

**MARCO ANTONIO DA SILVA LEMOS**

**DIREITO, MITO E IDEOLOGIA**

Orientador: Prof. Dr. José Rossini Campos do  
Couto Corrêa

2007

**MARCO ANTONIO DA SILVA LEMOS**

**DIREITO, MITO E IDEOLOGIA**

2007

## DEDICATÓRIA

A meus pais, Augusto e Carminha, exemplos e inspiração de dignidade, que cumpriram para com os filhos todos os deveres que a vida lhes poderia impor;

A Eliane, minha mulher, meu norte e enseada de refúgio e proteção;

A meus filhos, Renata e Breno, e a meus netos Alex, Erika, Nikolas, Marina e Júlia, razões de orgulho e certeza de fidelidade aos valores que devem presidir a continuidade da jornada.

## AGRADECIMENTOS

O direito surgiu em minha vida como um acidente. Embora nunca o tivesse procurado, com ele inevitavelmente esbarrava a cada passo. Desde minha formatura no curso de bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, na Universidade Federal de Goiás, em 1970 — e lá se vão, constato espantado, 37 anos —, ele nunca entrou no âmbito de minhas prioridades. Mas a sincronicidade das leis do universo é inexorável, e o encontro tantas vezes adiado pela afeição ao jornalismo acabou ocorrendo em 1987, quando me tornei juiz de direito. Por acidente, tornei-me desembargador, em 1991, e, agora já por livre opção, após aposentar-me, tornei à magistratura, submetendo-me a novo concurso público.

Essa inconstância me afastou igualmente da vida acadêmica. Hoje, e somente hoje, após realizar o presente curso de mestrado, me dou conta de que, tivessem os fados me unido ao direito há mais tempo, teria sido ela minha opção primeira.

Há casos em que não enxergamos o que passa diante de nós; somos cegos para o óbvio e o extremamente visível. Geralmente, não enxergamos porque, por alguma razão, nos recusamos a ver. Por paradoxal que seja, dessa realidade óbvia só nos damos conta quanto alguém nos abre a percepção e assim nos

força a tomar conhecimento da existência dela e a apreendê-la. Meu ingresso neste curso mestrado, que ora o presente trabalho coroa, só se tornou possível pela insistência e pelas artes e engenhos de meu enteado Erick Vidigal, secundado por sua mãe e minha esposa Eliane, que praticamente me forçaram, contra toda minha relutância, vacilações e inseguranças, a retornar aos bancos escolares e a percorrer os degraus da vida acadêmica.

Assim, meus primeiros e fundamentais agradecimentos vão para os dois. Sem o impulso inicial e o apoio de ambos, nada disso teria sido possível. Não agradeço a ambos por um curso ou um título; agradeço aos dois por uma retomada de vida e pelos novos horizontes que me foram abertos. Esta graduação, mais que a mim, pertence a eles.

Em seguida, *last but not least*, embora posterior na enumeração não menor na importância e na dimensão do afeto, minha gratidão vai para o eminente mestre José Rossini Campos do Couto Corrêa. Figura que consegue unir a cultura com a simplicidade e fundir o amor aos livros, ao conhecimento e às atividades de magistério com a paixão pela vida em todos os seus sentidos, fidelíssimo às amizades e aos comandos do coração, esta dissertação não teria existido sem ele. Interessado, paciente, atento, sua orientação foi inestimável, e imprescindível ao bom êxito desta jornada.

Um agradecimento especial endereço a meu enteado Edson José, cujo interesse e estímulo, aliados à extensão e profundidade de seus conhecimentos jurídicos e filosóficos, foram decisivos e fundamentais no sucesso do empreendimento.

Posteriormente, acredito mais que justo formular agradecimentos ao UniCEUB – Centro Universitário de Brasília, *locus* de excelência no estudo e pesquisa do direito, em especial à equipe de seu curso de mestrado em direito. Já foi dito que a qualidade de um mestrado se mede pela intensidade das modificações dos padrões de pensamento e de valores dos que a ele se submetem. Nesse particular, então, não há como quantificar a gratidão que aqui devo externar, ante a extensão exponencial das alterações que ele introduziu em meus paradigmas e na minha visão de vida. A todo o corpo de professores do mestrado, sob a capitania do professor Marcelo Varella, e ao quadro de funcionários, aqui representados pela incansável Marley, minha gratidão de coração.

Brasília, 29 de junho de 2007.

Não há verdades, apenas interpretações.

Nietzche

A letra mata, o espírito vivifica.

Paulo, II, Coríntios, 3:6.

## RESUMO

direito e justiça, termos que se confundiam nos primórdios da civilização ocidental, quando revelados pelo mito, hoje se encontram distantes e diferenciados, a partir especialmente de sua desacralização e outorga ao comando humano. Tais ruptura e distanciamento foram ditados, ao longo do tempo, pela instituição de sistemas e princípios jurídicos múltiplos, legitimados por fontes diversas. No presente estudo, tais problemas são enfocados eminentemente sob a ótica da **jurisdição**, v.g., a partir do referencial oferecido pelo juiz, como guardião da ordem jurídica e, ao mesmo tempo, encarregado, no âmbito desta, de aplicar justiça. Comprometido com o atendimento preferencial de interesses estamentais e incomodamente prisioneiro, nos tempos mais modernos, de um legalismo escrito e estrito, o direito perdeu sua sintonia com o sentimento de justiça sob cujo signo sua criação foi inspirada. Simultaneamente, tornou-se o direito igualmente campo de batalha de interesses ideológicos, acusado de representar, para além de suas implicações e compromissos éticos, sobretudo um instrumento superestrutural a serviço das classes sociais dominantes. O ápice desse questionamento veio a ocorrer no Estado Moderno, com a adoção da dogmática jurídica e o império do positivismo, com reflexo direto no ato de julgar. Tais paradigmas se encontram em xeque, face a questionamentos filosóficos e jurídicos, calcados em reclamos políticos e sociais, todos alimentando posturas ideológicas conflitantes. Tais posições ideológicas se dividem na solução proposta: enquanto para uns o direito tradicional reclamaria apenas um **aggiornamento**, com correções que preservam a base existente, outros insistem em que todo o edifício positivista deve ser demolido. O estudo efetua uma prospecção sobre tal situação, e tem a pretensão de fornecer subsídios à constituição de um novo figurino jurídico que, sobretudo, tenha comprometimento com o sentimento de justiça.

Palavras-chaves: direito, Justiça, Mito, Ideologia, Positivismo, Dogmática Jurídica, Estado Moderno.

## ABSTRACT

Law and Justice (concepts that have been used as equivalents since the origins of Western civilization), when disclosed through myth, are today distant and differentiated. This is due mainly to the loss of their original sacred dimension and to its placement under the rule of ordinary human governance in the contemporary. Such rupture and detachment has been dictated, throughout time, by the institution of multiple systems and legal principles, legitimated by diverse sources, much more concerned about order and structure than with the ethical dimension and interests of the social. In the present study, such issues are addressed according to the idea of jurisdiction; coming from the perspective of the judge, as a keeper of jurisprudence and, at the same time, a maker of justice. Compromised to certain interests and prisoner, in the contemporary, to a formal and strict legalism, Law lost its fine connection to Justice as a feeling. Simultaneously, the Legal terrain became a battlefield of conflicting ideological interests, finally configured and expressed by the Modern State, with the adoption of a legal dogmatics and the empire of positivism, being directly reflected in the judicial acts. Such paradigms are now being challenged, faced with new philosophical and legal questionings, based in new social and political demands, all of which come from conflicting ideological positions. Such ideological positions disagree about the solution each envisions: while, for some, traditional Law would be in sole need of an *aggiornamento*, with some corrections that preserve the existing legal base; others insist that all the positivist edifice must be demolished, from its very foundations. The study is prospective in evaluating this situation, and aims at supplying subsidies to the constitution of a new body of Law which, above all, is committed to Justice as a feeling.

Keywords: Law, Justice, Myth, Ideology, Positivism, Legal Dogmatics, Modern State.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
<b>1 DIREITO E JUSTIÇA.....</b>	<b>14</b>
<b>1 Conceitos, peculiaridades e distinções.....</b>	<b>14</b>
<i>1. 1 Da fusão gnosiológica inicial à distinção e conflito dos conceitos.....</i>	<i>14</i>
<i>1. 2. A contribuição de elementos de Psicologia na solução da dicotomia direito/Justiça</i> .....	<i>25</i>
<i>1. 3. A importância do mito e da religião na esfera do direito e Justiça.....</i>	<i>34</i>
<i>1. 4. Os mitos de Têmis e Diké.....</i>	<i>36</i>
<i>1. 5. O mito de Atená.....</i>	<i>38</i>
<i>1. 6. O início da jurisdição humana: o mito do julgamento de Orestes.....</i>	<i>40</i>
<i>1. 7. O mito como justiça e componente ideológico.....</i>	<i>49</i>
<b>2. A evolução histórica do direito e da Justiça na Grécia e em Roma .....</b>	<b>51</b>
<b>2 O ESTADO MODERNO E A JURISDIÇÃO .....</b>	<b>76</b>
<b>1 Carta Magna: a jurisdição se emancipa .....</b>	<b>78</b>
<b>2 O Iluminismo e a lei como fonte do direito .....</b>	<b>82</b>
<b>3 O juiz como mero enunciador da vontade da lei.....</b>	<b>89</b>
<b>4 A jurisdição volta ao controle judicial .....</b>	<b>93</b>

<b>3 O ADVENTO DA IDEOLOGIA E A SUA INFLUÊNCIA NA JURISDIÇÃO</b>	<b>100</b>
.....	
1 Ideologia: um termo em busca de um conceito.....	100
2 O social como passível de enquadramento científico.....	105
3 A utopia da permuta da razão pela ciência.....	107
4 Mannheim e a quebra de paradigma no campo social.....	111
5 O fracasso da concepção científica de ideologia.....	117
6 A política e a economia se apropriam da ideologia.....	121
7 O “flash ontológico” de Mannheim.....	128
8 O direito, o Judiciário e a questão ideológica.....	133
<b>4 O JUIZ COMO ATOR PRIVILEGIADO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS</b>	<b>143</b>
.....	
1 O juiz perante a ideologia e sua visão peculiar de mundo.....	143
2 O juiz perante o sentimento de justiça.....	148
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>157</b>

## INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado na presente dissertação de mestrado versa sobre **uma atividade** (a jurisdição, entendida aqui como a função ou atribuição de aplicar o direito, ressaltado-se, em seu exercício, seu compromisso implícito com uma expectativa, a de por ela se alcançar a realização ou dicção de justiça – *juris-dicere*) e **um agente** (o juiz, atuando quer monocrática quer colegiadamente<sup>1</sup>).

O recorte a ser focado e desenvolvido consiste em procurar descobrir, lançando mão de uma prospecção histórico-valorativa no campo da religião, mitologia, filosofia, sociologia, psicologia e do próprio direito, como é possível alcançar-se, no âmbito da aplicação do direito, mediante a ação de um magistrado, exercendo a prestação jurisdicional, esse que é, inquestionavelmente, seu mais desejável espírito, o **ideal de justiça**.<sup>2</sup> De permeio, buscar-se-á analisar o que afeta, ou pode afetar, o campo de decisão de um juiz, no âmbito dessa sua atividade, notadamente os aspectos de sua própria formação, e os ditados pela psicologia e ideologia.

A atividade e o agente serão analisados um em relação ao outro e em sua interação com o direito e a justiça. Trabalhar-se-á, assim, inicialmente, no campo das relações humanas, recorrendo-se a todos os sistemas que, ao curso do tempo, buscaram estruturá-las

---

<sup>1</sup> No presente trabalho, quando utilizado, o termo “juiz” deverá ser entendido significando todo e qualquer operador do direito que tenha a função de coordenar e sobretudo decidir, em caráter último ou intermediário, questões de natureza jurídica, pouco importando se atuando nessa função individual ou colegiadamente.

<sup>2</sup> Não há uma definição pacífica nem satisfatória de justiça. Para os gregos antigos, a noção da justiça é a linha que demarca a barbárie da civilização. Compreendia, assim, algo estruturante e de âmbito universal. Assim é que, inicialmente, para os gregos, a idéia da justiça estava associada à idéia da própria ordem universal (*cosmos*), de tal forma que seria totalmente descabido falar de uma “ordem errada” ou “injusta”, porquanto isso equivaleria a falar em uma “não-ordem” ou “desordem”. Já com Platão e Aristóteles a idéia da justiça perdeu sua identificação com a ordem cósmica para se associar à idéia de virtude especificamente humana (*dikaiosyne*). Ver, a esse respeito: GALLEGO, Elio A. **Tradición jurídica y derecho subjetivo**. Madri: Dykinson, 1996.

estabelecendo **normas de convivência** e, mais consistentemente ainda, a cogitação e **fixação de valores**, muito especialmente a religião, as tradições, as bases ético-morais, a psicologia, o direito e a ideologia. O campo de pesquisa abrangerá a antiguidade clássica (Grécia e Roma), a fase positivista inaugurada no Estado Moderno e o pós-positivismo (Século XX aos dias atuais).

A ênfase, já se ponha de manifesto, não será propriamente no direito como norma pura, mas, tomando em conta sua **dimensão ética e valorativa**, na sua **aplicação** e no seu **agente de efetivação**. Adicionalmente, serão estudadas as implicações, na atividade jurisdicional e na ação do magistrado, de outros campos do conhecimento humano, com contributos filosóficos, sociológicos e psicológicos. Particular cuidado será tomado com a questão sob uma ótica semiológica e ideológica, analisando-se em tal contexto, holisticamente, as expectativas dos ideais de justiça que subjazem, objetiva e subjetivamente, a todo corpo social. Abordar-se-á o relacionamento da atividade jurisdicional com as instituições de poder político, e, sob esse aspecto ainda, um cotejamento mais aprofundado buscará avaliar o peso, a dimensão e a validade das implicações de elementos ideológicos, sob os seus mais diversos matizes, na atividade jurisdicional e no psiquismo do magistrado.

A relevância da proposta de debate busca sustentação, primeiramente, no fato de que, no entender do autor, toda regulação jurídica, em qualquer época, local e grupamento social, apresenta, como imanência e pano de fundo, atender a expectativas. Essas expectativas são individuais e sociais; implicam numa obrigação de que essa regulação promova um atendimento tão pleno quanto possível aos fundamentos da ordem jurídica que estrutura e normatiza aquele *locus* específico, bem como às bases e princípios que a levaram a ser instituída. O primeiro e inarredável compromisso do direito é com uma atuação que melhor se afeição ao **bom** e sobretudo ao **justo**.

O direito não se esgota num trabalho mecânico e servil de mera aplicação de um corpo de normas e regras, vai e deve ir além disso, pois reclama, para além de sua previsão de regulamentação de situações e comportamentos, compatibilização **ativa e permanente** com um elenco de **valores**.

A instauração de uma ordem jurídica, qualquer que seja, por vocalizar um interesse imanente de toda a coletividade, reclama um compromisso com uma **satisfação subjetiva** do respectivo corpo social, caracterizada por uma **convicção**, íntima e difusa, de que o quadro normativo a que ela se encontra submetida é, além de necessário, válido e eficaz, também **justo**<sup>3</sup>.

Para sua busca de completude, deve ser presidida pela **noção** e, mais que isso, pelo **sentimento** de que a ordem jurídica a que a pessoa pertence está calcada em assentamentos válidos e justos (ela **merece** ser observada). Mais ainda, que, em cada caso concreto, o juiz, seu guardião e responsável executivamente pela sua implementação, não se limitou a aplicar mera e singelamente a fonte normativa vigente, ou cabível, mas que, nessa realização da norma, a **melhor solução** foi alcançada.<sup>4</sup>

A concepção e a realização de uma norma<sup>5</sup>, é conveniente insistir, são sempre presididas por um caráter de vontade e de funcionalidade. Ainda assim, independentemente dos objetivos que fizeram com que ela fosse criada, todo regramento de índole jurídica traz em si, ôntica, teleológica e inafastavelmente, uma idéia **ética**, um substrato de **correção**, de **medida** e de **proporção**. Uma norma, seja qual for, não é cogitada nem criada para existir despida de

---

<sup>3</sup> A noção de justo, aqui, se dirige tanto à ordem normativa **objetivamente considerada**, v.g., a norma substantiva, quando à sua **aplicação em casos concretos**.

<sup>4</sup> A toda evidência, esse sentimento é melhor exprimido pela recepção que a ele dispense o próprio corpo social. Alguém por qualquer modo prejudicado por uma decisão judicial normalmente resiste a sentir (e aceitar) que a decisão que o desfavoreceu tenha sido justa.

<sup>5</sup> O termo “norma”, aqui, é empregado em seu sentido mais amplo, abarcando a idéia de lei, costume, regra (*rule*), comando ou princípio.

sentido de valor ou operar num espaço desprovido de objetivos éticos, mínimos que sejam. Quando posta em execução, **deve operar integralmente**, prestando reverência tanto aos fatos e elementos objetivos que fizeram com que fosse instituída e viesse a vigor quanto a esse substrato ético que a revestiu desde sua concepção e que lhe confere legitimidade de valor. Toda norma, se chega a ser posta, deve ser executada, e **bem executada**. E a melhor forma de execução de uma norma — nem sempre possível, mas que nem por isso deve deixar de ser incessante e diuturnamente perseguida — é sua **aplicação justa**. É isso que possibilita, segundo Aristóteles, alcançar-se a virtude, segundo o Livro V da “Ética a Nicômaco”<sup>6</sup>.

A toda evidência, a **noção do justo**, que é deontologicamente superior à **noção do jurídico**, ou seja, aquilo que é relativo a mera legalidade ou mera regulação, guarda maior correspondência com **princípios e valores** do que com normas (comandos) ou regras (*rules*), cujos elementos nocionais preponderantes são validade e factividade. Em outras palavras, muito embora a dimensão de justiça não seja imprescindível à realização do direito, torna-se inquestionável que a concretização de uma norma atenderá bem melhor ao direito e estará muito mais adequada ao espírito que a inspirou quando se faça acompanhar do atendimento daquilo que poderia ser qualificado de sentimento do **justo** ou do **adequado**, do **mais apropriado**, sentido bem próximo ao do *dikaion* dos antigos gregos, que fundia direito e justiça.

A responsabilidade de um magistrado quando diz o direito é imensa, sendo-lhe cobrado aplicar a norma com justiça e retidão.

O “homicídio da justiça”, como a nossa língua costuma chamar, de forma tão apropriada, é o verdadeiro pecado mortal do direito. O defensor e guardião da lei transforma-se em assassino e o ato que pratica assemelha-se ao do médico que envenena o doente, ao do tutor que estrangula o pupilo. **Na Roma antiga, ao juiz peitado aplicava-se a pena de morte**. Para a justiça, que violou o direito, inexistente acusação mais grave do que a encarnada na figura do homem que se

---

<sup>6</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2002, p. 135-162.

transforma em criminoso pelo senso de justiça lesado, pois ele é a sombra ensangüentada dessa justiça.<sup>7</sup> [grifo nosso]

Em seguida, o estudo abrangerá uma incursão sobre o que é ideologia e sua influência no pensamento do juiz e no ato jurisdicional, no sentido de se buscar saber até que ponto este opera efetivamente, ou pode atuar – conscientemente ou mesmo inconscientemente –, sob o efeito de uma ideologia<sup>8</sup>. Em se admitindo como positiva a resposta, novas indagações reclamariam resposta, uma delas a de saber se e até que ponto as cogitações para alterações de paradigma no campo jurídico, e mesmo suas modificações efetivas, são influenciadas ou ditadas por razões ideológicas, formulações que ultrapassam as forças do presente trabalho, mas que podem servir como ponto de partida para novos estudos e avaliações.

A oportunidade do tema e sua problematização, vale ainda acrescentar, se ligam a alguns dos mais atuais e momentosos temas da pós-modernidade jurídica, dentre os quais: 1) a irrupção da cidadania, como elemento real de poder, na elaboração da ordem política, jurídica e social; 2) a assunção, pelas sociedades, em escala exponencial, da necessidade de adoção, em nível de primazia, de valores éticos, capazes de assegurar a manutenção de um Estado Democrático de direito; 3) a exaustão da dogmática jurídica, na medida em que as expectativas sociais cada vez são menos atendidas pela prática de se reconhecer concretude, efetividade e factividade exclusivamente à norma positiva posta pelos Estados nacionais; 4) a imperiosidade de

---

<sup>7</sup> IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 75.

<sup>8</sup> Aprioristicamente, de vez que tais noções serão objeto de análise e crítica mais aprofundadas adiante, o termo “ideologia” aparece aqui utilizado transcendendo aspectos convencionais, de cunho político-econômico, inserido numa matriz sociológica mais ampla, a de uma *Weltanschauung*, ou seja, uma postura ou visão de mundo. Não somente a atuação explicitamente política é ideologia: atuação na vida cotidiana, na decoração da casa, no nosso tipo de roupa, no relacionamento com os amigos, com o cônjuge, em suma, em todas as atividades sociais há ideologia, isto é, “*ação orientada para a realização de certos valores de indivíduos, classes ou sociedades inteiras*” (MARCONDES FILHO, Ciro. **Ideologia**. 8. ed. São Paulo: Global Editora, 1985, p. 81, grifo do autor.). Na mesma esteira de raciocínio, ideologias podem ser também consideradas “[...] conjuntos articulados de ideais, fins e propósitos, que ajudam os membros do sistema a interpretar o passado, explicar o presente e oferecer uma visão do futuro” (CHRISTENSON, Reo M. et al. **Ideologias e Política Moderna**. São Paulo: Ibrasa, 1974, p. 24.).

se garantir concretude a princípios de base constitucional e mesmo de se fixar mecanismos práticos de solução para conflitos eventuais entre os próprios princípios; 5) a expansão da globalização, impondo o reconhecimento de que as diversas sociedades mundiais se guiam por sistemas jurídicos diferenciados, a reclamar compatibilização; isso implica renúncia a regras jurídicas rígidas e, em certa escala, mesmo a flexibilização das soberanias políticas nacionais. O presente trabalho se propõe a fornecer ferramentas para essa tarefa.

No intuito de atingir os objetivos expostos, traçamos como meta o seguinte percurso a percorrer:

No Capítulo I, de relevante importância instrumental ao tema, serão analisadas as origens, fundamentos e distinções entre as idéias de direito e de justiça, tais como concebidas na antiguidade greco-romana, bem como suas relações com a religião, os mitos, a moral e seus institutos e formas de aplicação.

Posteriormente, no Capítulo II, o estudo adentrará o mecanismo de aparecimento, implantação, ascensão e eventual decadência de paradigmas jurídicos, a partir do Estado Moderno. Especial ênfase será dada à formação dos sistemas e fontes de direito, suas peculiaridades e inter-relações uns com os outros; o sentimento de justiça insito em cada um e as variações de suas concepções e manifestações no tempo e no espaço, bem como as expectativas despertadas em seus respectivos corpos sociais por tal atividade.

No Capítulo III, cuidar-se-á da relação entre a jurisdição e a ideologia, englobando as diversas concepções desse termo, e as implicações ideológicas que influenciaram tanto o direito quanto a sua aplicação. Particular atenção será dispensada à distinção efetuada por MANNHEIM, no estudo da ideologia, entre os conceitos de **topia** e **utopia**, aplicados ao âmbito jurídico.



Finalmente, no Capítulo IV, o enfoque se dará exclusivamente na figura do juiz, suas peculiaridades e os elementos que concorrem para sua atuação, em especial as implicações de ordem ideológica, envolvendo a fusão inicial e posterior separação em categorias distintas de suas funções de sacerdote secular, preposto dos detentores do poder e por fim magistrado civil, simultaneamente detentor autônomo de parcela de poder político e burocrata *lato sensu*.

# 1 DIREITO E JUSTIÇA

## 1 Conceitos, peculiaridades e distinções

### *1. 1 Da fusão gnosiológica inicial à distinção e conflito dos conceitos*

O que é direito, o que é justiça? A tentativa de conceituar e distinguir tais conceitos torna necessário, primeiramente, que se enfrente a árdua dimensão polissêmica do problema. Tanto “direito” quanto “justiça” apresentam uma peculiar e quase insuperável dificuldade de apreensão, um caráter movediço, uma indecisão, uma imprecisão e uma elasticidade semântica que se faz presente em todas as épocas e em todos os lugares; esse caráter polissêmico, por sinal, foi notado e destacado por GOYARD-FABRE. Ela desenvolve o tema, salientando que a questão se agravou após a antiguidade, durante a qual essa indistinção não suscitava tanta perplexidade, girando em torno do alcance do que fosse *jus*. A questão da polissemia da palavra “direito”, observa, foi suscitada e colocada em evidência pelos juriconsultos dos tempos modernos:

[...] foram os juriconsultos dos tempos modernos que puseram claramente em evidência a polissemia da palavra direito. No século XVI, autores como Bodin, Doneau, Connan ou Charondas atribuem à palavra direito uma significação versátil: **os mandamentos da lei "divina e natural" aí se mesclam com preceitos humanos, eles mesmos ora veiculados por usos e costumes, ora expressos por leis cuja finalidade, além disso, oscila entre o justo e o útil.**<sup>9</sup>  
[grifo nosso]

O tema dessa pluralidade de sentidos volta a ser mencionado, nos Séculos XVII e XVIII, com a escola “do direito e das gentes”, de Grotius a Pufendorf, e a Burlamaqui, que destaca que o termo direito tem múltiplas acepções que designam ou “o justo”, ou “uma

---

<sup>9</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XVII.

qualidade moral da pessoa”, ou então a lei; deve-se ainda distinguir o direito natural, o direito voluntário, divino ou humano, e o direito das gentes, distinções que correspondem a campos de compreensão diferenciados. GOYARD-FABRE chama a atenção para o fato de que o direito se insere numa gama muito ampla de perspectivas (cosmológica, teológica, antropológica e política), o que dificulta ainda mais as tentativas de sua definição, acrescentando mais que a cisão entre o direito “objetivo” e o “subjetivo” se presta ainda a mais polissemias:

Decorre daí que, **para o pensamento clássico, o terreno do direito não é estranho nem à metafísica - o direito natural clássico tem uma dimensão cosmológica -, nem à teologia - existe um direito divino -, nem à ética - o direito pode designar uma “faculdade moral da pessoa” -, nem à antropologia - o direito natural moderno é inerente à “natureza humana” -, nem à política - o direito humano voluntário é “determinado” pelo poder soberano do Estado. Portanto fica patente que, nesse campo de compreensão multidimensional e complexo, o termo “direito” corresponde a um conceito vago, difícil de definir com rigor.** Na nossa época, essa pluralidade da palavra direito acentuou-se ainda mais: a reivindicação incessante dos “direitos” vinculados à pessoa é levada em consideração pelo direito objetivo; a juridicização dos direitos subjetivos ou o reconhecimento dos “direitos do homem” acarreta a diferenciação deles em categorias, cuja aparente ordem classificatória ameaça mascarar inúmeras obscuridades filosóficas.<sup>10</sup> [grifo nosso]

A mesma questão é enfrentada por Bergel<sup>11</sup>, que a coloca como praticamente insuperável. Tentar definir o direito de uma maneira homogênea e definitiva parece impossível<sup>12</sup>. Ocorre que esse termo “direito” é entendido num determinado sentido e alcance conforme a classe ou categoria que se aplique a tal tarefa: para os moralistas, pelos religiosos e por certos filósofos, direito equivale por si só a “justo” e a “justiça” (ou seja, confunde-se com a própria noção de idealidade na sua aplicação), ao passo que, para os juristas, significa “regra de direito”, *tout court*. Reconhecendo a impossibilidade de obtenção de consenso, assim assevera Bergel:

---

<sup>10</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XVII e XVIII.

<sup>11</sup> BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

<sup>12</sup> Com esse propósito, o autor recomenda conferir: REVUE DROITS. **Définir le droit**. Paris: n. 10. 1989-1; n. 11. 1990-2.

Para uns, é um ideal; para os outros, é uma norma positiva. Alguns só vêem nele uma “disciplina de ação destinada a instituir ou preservar certo estado da sociedade”, portanto uma simples disciplina social; outros buscam nele um conjunto de regras de boa conduta. Para alguns, o direito é apenas um aspecto dos fenômenos sociais, como a sociologia ou a história. Para outros, é “um sistema de representações intelectuais que se edificam segundo princípios que lhe são próprios, de modo totalmente independente dos fenômenos sociológicos ou históricos”. Alguns pensam que sempre é apenas “o resultado provisório da luta secular travada pelas forças sociais e das alianças de interesses que podem, em certos momentos, operar-se entre elas”. Outros rejeitam a idéia de que o direito procede apenas de uma evolução histórica e de um determinismo material e sustentam que o direito resulta apenas da “vontade e da atividade humana.”<sup>13</sup>

Em relação ao termo “justiça”, dá-se problema assemelhado. Ele padece de imprecisão semântica e anfibológica. Num certo contexto, **justiça seria o próprio direito**, objetivamente considerado, englobando a norma e sua mecânica de aplicação (daí o sentido primordial do *jus* no Direito Romano); entretanto, esse ponto já se encontra superado, porque modernamente o termo é utilizado, no campo normativo-jurídico<sup>14</sup> como avaliação crítica de um processo jurídico tal como **deveria ser**, como **está sendo** ou como **foi aplicado**. Se — numa justaposição dialética — por direito entendêssemos uma **posição** (estática e objetiva), justiça seria um **movimento** (dinâmico e subjetivo)<sup>15</sup>. “justiça”, hoje, é um elemento integrante do ordenamento jurídico, um dos **valores sociais** que este busca realizar, ou idealmente deveria procurar tornar efetivos (justiça, segurança jurídica, paz e progresso social) — as doutrinas diferem consoante os valores que elas respectivamente enfatizam, noutras palavras, conforme as finalidades que perseguem<sup>16</sup>. Justiça é, hoje, sobretudo, uma **finalidade** do direito<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5. Sobre as dificuldades da constituição de uma ciência jurídica, ele remete a MIAILLE, Michel. **Une introduction critique au droit**. Paris: Maspéro, 1976, p. 37 e ss.

<sup>14</sup> Isso não impede que a noção de “justiça” se aplique a outras situações não regidas pelo direito. A idéia aqui desenvolvida trata dela no âmbito exclusivo do “sentido justo” na concepção e aplicação de alguma norma jurídica.

<sup>15</sup> Nem por isso ambos os conceitos estariam despidos de valoração. O que se quer enfatizar é que o critério e o peso de valor tomados quando da criação e da permanência de uma regra jurídica não são os mesmos que presidem, ou idealmente deveriam presidir, a sua aplicação.

<sup>16</sup> BERGEL, Jean-Louis. op. cit., p. 8.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 8 e 9.

No âmbito do direito, o vocábulo “justiça”, que deriva de *justitia*, de *justus*, quer exprimir o que se faz conforme o direito ou segundo as regras prescritas em lei<sup>18</sup>. Para BOBBIO<sup>19</sup>, o problema da justiça, matizado sobretudo pela ética, diz respeito à correspondência (ou não) entre a norma e os valores supremos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico. Assim, estudar o problema da justiça de uma norma jurídica requer o exame da sua aptidão para o ideal do bem comum. Uma outra idéia da complexidade que abarca o tema é fornecida por SOIBELMAN, no verbete “justiça” de sua enciclopédia jurídica:

É uma das noções mais difíceis de definir. É idéia e sentimento, não se sabendo até hoje se é mais uma coisa do que outra. É o ideal que persegue todo o direito, e o fato de ter havido e haver direitos injustos, não destrói esse ideal. Há autores que acham que o direito nada tem a ver com a justiça. Outros dizem que é impossível saber se uma ordem jurídica é justa usando conceitos éticos. Terceiros consideram que a justiça nem é um conceito, mas apenas um pseudo conceito. Todos concordam que é um tema desesperador, inclusive por motivo das variações históricas da idéia da justiça. Para os gregos, para só citar um exemplo indestrutível, a escravidão era uma instituição justa. Justiça é virtude, liberdade, igualdade, racionalidade, boa vontade, boa fé, humildade ante a finitude da vida humana, moderação, etc. É tudo isso e mais do que isso. Hegel tem uma frase que dá a idéia exata da complexidade da justiça: o drama não é a luta entre a justiça e a injustiça, é a luta entre dois direitos igualmente justos. A justiça não é um dom gratuito da natureza humana, ela precisa ser conquistada sempre porque ela é uma eterna procura.<sup>20</sup>

POUND, a seu turno, sustentava que se deveria considerar justiça:

[...] a virtude individual ou idéia moral, ou regime de controle social ou fim e objetivo do controle social e, portanto, da lei, ou relação ideal entre os homens, que se procura promover e manter, na sociedade civilizada, e em direção à qual orientamos o controle social, e a lei como forma de maior especialização desse controle.<sup>21</sup>

Para REALE, a idéia de justiça liga-se intimamente a uma idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como

---

<sup>18</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 40.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoría generale del derecho**. Trad. José Guerrero R. 3. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

<sup>20</sup> SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia Jurídica Eletrônica**. São Paulo: Saraiva, 1997.

<sup>21</sup> POUND, Roscoe. **A justiça conforme a lei**. São Paulo: Ibrasa, 1965, p. 4 e 5.

valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.<sup>22</sup>

Segundo SOUZA, em relação ao direito o valor “justiça” constitui um *a priori* jurídico, vale dizer, o sentimento, a demanda psíquica íntima, antecede a efetivação de alguma norma que o declare e proclame: “se a lei é garantia de estabilidade das relações jurídicas, a segurança se destina a estas e às pessoas em relação; é um conceito objetivo, *a priori*, conceito finalístico da lei”<sup>23</sup> [grifo nosso], acrescentando ainda que, em toda comunidade, é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que seja lícito ou ilícito.<sup>24</sup>

MARTINS também destaca o caráter idealístico e sempiterno do termo, que é transbordante de sentido e de significado e por isso mesmo resistente a qualquer tentativa de aprisionamento numa definição regular:

René Cassin, principal autor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esclareceu que “não é porque as características físicas do homem mudaram pouco desde o começo dos tempos verificáveis que a lista de seus direitos fundamentais e liberdades foi idealizada para ser fixada permanentemente, mas em função da crença de que tais direitos e liberdades lhe são naturais e inatos”. Uma reflexão sobre a justiça pode perfeitamente principiar por estas palavras do grande jusfilósofo francês. **A justiça é, fundamentalmente, aspiração do ser humano, que nasce com ele, acompanha-o durante toda a vida e não desaparece quando ele morre.** A aspiração de justiça do ser humano transcende sua própria morte, como também é anterior à sua existência. **Sempre que ouvimos falar de Justiça, consideramo-la a partir dos poderes do Estado em administrá-la, não poucas vezes correndo o risco de reduzi-la à mera prestação jurisdicional, que, embora relevante, não esgota sua concreção fenomênica.**<sup>25</sup> [grifo nosso]

Talvez a indissociabilidade da Justiça com a ordem jurídica jamais tenha sido tão bem exposta como por REALE, numa exposição em que, recorrendo ao poeta DANTE para

---

<sup>22</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>23</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico**. São Paulo: LTr, 1996, p. 128.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>25</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Caderno de direito Natural**. n. 1. Belém: CEJUP, 1985, p. 21.

discorrer sobre o direito, envereda por um enfoque ético, em que acaba fazendo remissão muito mais à Justiça que ao próprio direito:

Essa conceituação ética do direito, que coloca a coação como elemento externo e não como elemento intrínseco da própria vida jurídica, teve uma formulação bastante feliz, por obra não de um jurista, mas de um poeta.

Conhecem os senhores evidentemente a personalidade extraordinária do poeta Dante Alighieri. O “divino poeta”, além de ter-nos legado a Divina Comédia — o poema maravilhoso da Cristandade — deixou obras de política e filosofia e, numa delas, referindo-se ao direito, escreveu estas palavras que devem ficar esculpidas no espírito dos juristas, pela apreensão genial daquilo que no direito existe de substancial: *Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem; corrupta, corrumpit*. Esta definição de Dante merece nossa análise demorada pois, de maneira límpida, é apresentada a ordem jurídica como fundamento inarredável da sociedade. Vamos traduzir, se é necessário fazê-lo, uma vez que as palavras são transparentes: “O direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a”.<sup>26</sup> [grifo do autor]

Uma sociedade, para DANTE, não pode prescindir de um ordenamento, que vem a ser representado pelo direito. Mas de nada serve esse ordenamento, se não vem a ser orientado e afeiçoado pela idéia de **proporção**, ou seja, por um senso de justiça que lhe garanta a eficácia e a legitimidade. Em outras palavras, o ordenamento político-social, a ordem jurídica, por si sós, de nada valem se não se apresentem acompanhados de uma dimensão ética.

Dante esclarece que a relação é uma proporção. A proporção é sempre, uma expressão de medida. O direito não é uma relação qualquer entre os homens, mas sim aquela relação que implica uma proporcionalidade, cuja medida é o homem mesmo. Notem como o poeta viu coisas que, antes dele, os juristas não tinham visto, oferecendo-nos uma compreensão do direito, conjugando os conceitos de proporção e socialidade. Proporção entre quem? De homem para homem. Quando a proporção é respeitada, realiza-se a harmonia “... *quae servata, servat societatem*...” e, quando corrompida, corrompe a mesma sociedade. Mas, Dante não diz que há apenas uma proporção de homem para homem. Ele delimita melhor o sentido da palavra *proportio* esclarecendo, quase com o rigor da técnica moderna: *realis ac personalis*.<sup>27</sup> [grifo do autor]

O homem, em sua inteireza, está na essência do direito. As relações jurídicas só se dão entre homens. Não há relação jurídica fora da dimensão humana. Mesmo quando ela

<sup>26</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 60.

envolva um objeto, uma coisa, essa coisa só é juridicizável e interessa ao direito quando promova uma conexão entre uma e outra, ou uma e mais pessoas, de forma — é preciso acrescentar — proporcional, ponderada, razoável, em suma, **justa**.

É aqui que se nota a atualidade da conceituação jurídica oferecida por Dante, pois, dentre as múltiplas distinções do direito, nenhuma é tão fundamental como a que distingue os direitos em reais e pessoais.

“O direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem...” parece, à primeira vista, uma expressão redundante: pessoal, de homem para homem. Se é pessoal, por que dizer de homem para homem? É que, para Dante, o direito tutela as coisas somente em razão dos homens: a relação jurídica conclui-se entre pessoas, não entre homens e coisas, mas é “real” quando tem uma coisa (*res*) como seu objeto.

A sua definição inspirava-se na obra e nos ensinamentos aristotélico-tomistas e, também, nas grandes lições dos juriconsultos romanos, especialmente nas lições de Cícero, que dizia que devemos conhecer perfeitamente o homem, a natureza humana para, depois, conhecer o direito.<sup>28</sup>

Por fim, reforçando essa linha de entendimento com maior força ainda, arremata REALE essa contribuição de DANTE sublinhando que, no direito, são indissociáveis sua expressão humana e sua dimensão histórica, firmada pela tradição nas relações sociais:

Segundo o grande orador e político romano devemos procurar o segredo do direito na própria natureza do homem: natura juris ab homine repetenda est natura. Vamos buscar o elemento fundamental do direito no exame mesmo da natureza humana, pois é ele uma expressão ou dimensão da vida humana, como intersubjetividade e convivência ordenada. [grifo do autor]

Quer dizer que essas idéias, que hoje nos parecem tão modernas, como a da humanização e da socialização do direito, já encontram os seus antecedentes através de uma tradição histórica mais que milenar. O direito, indiscutivelmente, inova, apresenta elementos de renovação permanente, mas conserva, sempre, um fulcro de tradição.<sup>29</sup>

Tentar definir ou delimitar a noção de direito sem recorrer à sua dimensão valorativa (e, nesta, o papel expressivo e notável que cabe ao sentido de justiça) é praticamente uma tarefa de Sísifo ou a uma teia de Penélope — tratam-se de tarefas condenadas à inconclusão.

---

<sup>28</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60-61.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 61.



Essa característica, o caráter multimórfico desses dois termos tão intimamente próximos, foi detectada também por BOBBIO:

Uma das mais tradicionais definições filosóficas é a que define o direito em função da justiça (isto é, como ordenamento que serve para a realização da justiça). Esta definição já é encontrada em Aristóteles. Neste autor, a propósito, a identificação de direito e de justiça atinge até o plano linguístico, visto que para indicar o “direito” Aristóteles usa o termo dikaion, que significa propriamente “justo” (de dikê = justiça; cf. § 1). Esta mesma definição pode ser encontrada num filósofo contemporâneo, Radbruch: **“direito é a realidade que tem seu significado no servir ao valor jurídico, isto é, à idéia da justiça”** (Rechtsphilosophie, § 4).<sup>30</sup> [grifo nosso]

Como se vê, pelo pensamento de BOBBIO, não há como se buscar cogitar de direito sem recorrer-se, forçosamente, à sua dimensão valorativa, v.g., ao seu substrato ético imanente. O mais forte valor a que a ordem jurídica deve aspirar a se atrelar não é a **ordem** nem a **segurança**; é à **justiça**.

Um outro valor, em função do qual se define frequentemente o direito, é o bem comum; clássica é a formulação de Santo Tomás de Aquino: Lex nihil aliud est quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata (S. th., La II.ae, q.90, art. 4). Esta definição é claramente deontológica ou valorativa, visto que a lei é definida em relação a um fim particular, o bem comum; **de onde, deste ponto de vista, a lei de um tirano quoad exercitium (isto é, do tirano que exerce o poder para a própria vantagem pessoal e não para o bem comum) não é uma lei verdadeira.**<sup>31</sup> [grifo nosso]

Não há, igualmente, como descurar do aspecto social do direito. Para que possa ter validade, sua definição estará falha se não levar em conta que ele é um instituto voltado essencialmente para a preservação do bem comum, numa esfera ética, deontológica. A vontade de um tirano pode se transformar em realidade; nada, entretanto, a converterá em direito reconhecível.

Uma outra famosa definição do direito é a de Kant: “O direito é o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode entrar em acordo com o

---

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 139.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 139.

arbítrio do outro, segundo uma lei universal da liberdade” (Metafísica dos Costumes, em Escritos Políticos, ed. UTET, p. 407).

Esta definição é ontológica ou deontológica? Alguns a considerarão ontológica, mas nós sustentamos que é claramente deontológica. Não define, com efeito, o direito assim como este é em todos os casos, mas assim como Kant queria que fosse, segundo suas próprias concepções políticas. Ainda aqui o direito é definido em função de um valor que este deve realizar, mesmo que este valor não seja nem a justiça nem o bem comum, mas a liberdade individual; é a liberdade (mais precisamente a liberdade externa, como ausência de impedimento) o valor que, segundo a concepção liberal teorizada por Kant, o Estado deve garantir através do ordenamento jurídico. Que a definição de Kant não é ontológica mas deontológica deflui com total evidência do fato de que bem poucos são os ordenamentos jurídicos que garantem a cada cidadão uma esfera igual de liberdade. Com base na formulação kantiana, a todos os ordenamentos que não garantem este resultado deveria ser negado o caráter da juridicidade (assim não seria direito o ordenamento normativo da União Soviética, que se inspira na ideologia socialista, segundo a qual o Estado deve garantir aos cidadãos a segurança social).<sup>32</sup>

A discussão do tema, por fim, faz BOBBIO enveredar pelas noções do *ser* (*sein*) e do **dever ser** (*sollein*). O direito não se exaure, sustenta ele, numa detecção de uma realidade, ou seja, em sua dimensão meramente **ontológica**. Ele impõe mais, exige mesmo uma proposição com um vir a ser, um dever ser, cujo viés é inquestionavelmente **ético**, e, portanto, **deontológico**.

Um recentíssimo exemplo de definição valorativa do direito pode ser encontrada nesta formulação de Piovani: “O direito é a atividade dirigida à criação de meios capazes de impedir atentados à expansão da individualidade, que se realiza no mundo histórico” (*Linee d'una filosofia dei diritto*, Pádua, Cedam, 1958, pp.235-36). Mesmo esta é uma definição deontológica, porque define o direito em função de um certo valor (representado neste caso pela individualidade humana).<sup>33</sup> [grifo do autor]

Por fim, ainda trilhando uma senda que confere privilégio ao sentido de valor do direito, BOBBIO termina propondo que, para abarcar ainda mais essa pluralidade significativa

---

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 139 e 140.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 140.

do termo, ele lembra que direito é também respeito e afirmação à individualidade do ser humano, um valor que qualquer ordenamento social tem que buscar preservar.<sup>34</sup>

Ainda no que pertine à noção de Justiça compreendida como dimensão de aplicação do direito, é também relevante acentuar que a concepção ôntica de direito não correspondia, originalmente, à noção moderna que hoje desperta. Na antiguidade, em especial a mais remota, a noção de “direito” não compreendia a perspectiva de reclamação ou exigência de algo pela massa do povo, coletiva ou individualmente considerada. Direito compunha, em essência, um elenco normativo voltado para a estruturação social e a boa ordem. O interesse jurídico a ser atendido ou obedecido prioritariamente é o da **pólis** ou da **civis**, não o do indivíduo. Caracterizava-se o direito bem mais por uma noção de **dever** ou de **obrigação**, ou para com a divindade ou para com o governante, do que de “direitos” propriamente ditos. Disso são exemplos os Dez Mandamentos, onde só há proibições<sup>35</sup>, e o Código de Hamurábi. Já as Leis das XII Tábuas, conquanto também tratassem preferentemente de **deveres**, consignavam **direitos**, que se tornavam reclamáveis e exigíveis. De todo modo, o que se pretende deixar claro é que a visão de direito, tal como gradualmente veio a se institucionalizar — a junção entre a previsão objetiva de uma determinada estipulação (*norma agendi*) e a capacidade de invocá-la e de torná-la efetiva, ao talante do interessado (*facultas agendi*) —, é conquista da modernidade.

BOBBIO indica que o que se entendia como “direito”, na antiguidade, constituía um corpo de regras essencialmente imperativas, negativas ou positivas, que visavam obter comportamentos desejados ou evitar os não desejados, recorrendo a sanções celestes ou terrenas:

---

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 140.

<sup>35</sup> Nessas proibições, estavam contidos **direitos**, mas por **via reflexa**. Assim, havia o direito à vida e à propriedade, mas por força da proibição de matar e furtar (sexto e oitavo mandamentos), bem como se assegurava o direito à fidelidade conjugal (corolário do sétimo mandamento).

[...] a figura deôntica originária é o **dever**, não o **direito**. [...] a função primária da lei é a de comprimir, não a de libertar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade; a de corrigir a árvore torta, não a de deixá-la crescer selvagemmente.<sup>36</sup> [grifo nosso]

Isso não significa, absolutamente, que na antiguidade não se desse valor à dignidade humana, ou que esta não fosse respeitada, ou ainda que não existisse senso nem aspiração de justiça. O que se pretende acentuar é que não existia então uma concepção que consignasse a possibilidade de invocação disso mediante um corpo de regras definido e igualitário.

Isso esclarecido deve-se mais uma vez reiterar que **direito** e **justiça**, conquanto guardem entre si grande afinidade, não são idênticos e muito menos se confundem. Quando de sua origem na moderna sociedade ocidental, o que se dá na Era de Ouro do pensamento grego, em que a ordem humana era associada à própria natureza, e promanava da vontade dos deuses, os dois conceitos praticamente se confundiam. Entretanto, logo se distanciaram e adquiriram autonomia ontológica. **Justiça** ainda conserva maior identidade com noções de valor e de ética<sup>37</sup>, enquanto **direito** conduz mais imediatamente à idéia de regramento e de ordem. Não por acaso, vale destacar que o compromisso maior de nosso sistema jurisdicional sempre foi com a idéia de justiça que à de direito. Não temos “tribunais de direito”, e sim “de justiça”<sup>38</sup>. Por fim, resta ressaltar que, conquanto seja fora de dúvida de que o bem social estará mais bem assegurado quanto mais tais dimensões (a normológico-jurídica e a justa) se façam simultaneamente presentes, de forma associada, isso não ocorre nem sempre nem necessariamente. Em tese, tanto abstrata quanto concretamente, é possível falar-se de **direito injusto** e de **justiça sem direito**.

---

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 56.

<sup>37</sup> Para o significado do termo “ética”, ver: LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>38</sup> Cf. VIDIGAL, Erick. **Protagonismo político dos juízes: risco ou oportunidade?** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 75.

## 1. 2. A contribuição de elementos de Psicologia na solução da dicotomia direito/Justiça

Não há como se discorrer sobre direito e relações humanas, englobando sentidos de valor, sem iniciar com uma referência às origens do tipo de civilização à qual pertencemos, a cristã-ocidental, que se situam na Grécia Clássica. E, pelo mesmo modo, não há como se falar em Grécia sem se recorrer à *Paidéia*, de JAEGER<sup>39</sup>. Qualquer tentativa de se abordar uma história da educação, com sentido e significado para nós, na nossa realidade educativa atual, tem que se iniciar na Grécia, porque é com os gregos que a educação se põe como problema, em especial no Século V a.C., não sem razão denominado a Era de Ouro da civilização. Nesse período estão concentrados os sofistas, Sócrates, Platão e Aristóteles e todo o conhecimento que deles derivou, e que ainda hoje permanece. A palavra *Paidéia* aparece pela primeira vez mencionada em Ésquilo, em “Os Sete contra Tebas”, e designa a “criação dos meninos” (*pais, paidos* = criança), significado “em nada semelhante ao elevado sentido que mais tarde adquiriu”<sup>40</sup>.

A noção de *Paidéia*, que, evidentemente, engloba a noção de educação que se dá a toda geração, a partir das crianças, daí sua origem etimológica, é muito mais do que isso. Educar não é meramente **ensinar**, compreende sobretudo **formar**, **conduzir**, o que implica uma escala de valores. Dentre esses valores fundamentais, JAEGER chama a atenção para a noção de *aretê*, conceito “que remota aos tempos mais antigos”<sup>41</sup> e para o qual remete. É esse termo (*aretê*) que exprime o ideal educativo grego na sua forma mais alta, e é de difícil definição, podendo

---

<sup>39</sup> JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do Homem grego. Trad Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 23.

singelamente ser traduzido como **virtude**. É precisamente na busca dessa virtude para, definindo-a com o propósito de encontrá-la, e assim conferir-lhe sentido e precisão, que se volta toda a arte (*teckné*) dos pensadores gregos. O problema está não em saber quais são as virtudes, mas, precisamente, em saber **o que é a virtude**. O mesmo se dá com a pluralidade de idéias consideradas como virtudes. Por mais numerosas que sejam, haverá sempre certo caráter geral que as abrange a todas e por força do qual elas são virtudes. É este caráter geral que se deve ter em vista, para se saber o que é a virtude.

Na *Paidéia*, JAEGER destaca que Homero é, dentre todos os poetas gregos, considerado o maior e, crendo-se nos testemunhos, é indicado também como o educador de toda a Grécia. De fato, a tradição homérica e o ideal educativo que nela se propõe são transmitidos oralmente, de geração em geração, pelos aedos e rapsodos. Também só assim se pode compreender a afirmação: “Nele [em Homero], pela primeira vez, o espírito pan-helênico atingiu a unidade da consciência nacional e imprimiu o seu selo sobre toda a cultura grega posterior”<sup>42</sup>.

Assim:

[...] a verdadeira essência da educação é dar ao homem condições para alcançar o fim autêntico da sua vida. Identifica-se com a aspiração socrática ao conhecimento do bem, com a *phronesis*<sup>43</sup>. **E esta aspiração não se pode restringir aos poucos anos duma chamada cultura superior. Só pode alcançar o seu objetivo ao longo de toda a vida do homem; de outro modo não o alcança.**<sup>44</sup>[grifo nosso]

É dessa base (o ideal grego de educação) que deriva, primeiro, a virtude como ação política, voltada para o sentimento do grupo, da cidade, da comunidade (a **pólis**). Depois, aparecerá a busca pelo ideal de beleza e de perfeição física (*kalokagathia*). E será nessa mesma

---

<sup>42</sup> JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do Homem grego. Trad Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1979, p. 77.

<sup>43</sup> Por *phronesis*, atinge-se a sabedoria prática. Por ela, a partir da opinião (*doxa*) é possível atingir o conhecimento (*episteme*). Para Gadamer, a *phronesis* está entre o *logos* e o *ethos*.

<sup>44</sup> JAEGER, Werner. op. cit., p. 532.

fonte que a noção de direito irá buscar substância. E o fará, pela busca de **justiça**, já que o conceito de ordenamento, ali, estava abarcado pela política:

O ideal grego de educação é o primeiro que aparece na história de maneira consciente e caracteriza-se, em geral, pela formação do homem político, o homem da **Pólis** [...], do cidadão, tanto no aspecto civil como no aspecto bélico. Esse ideal sofre uma evolução, a partir dos tempos heróicos de Homero, onde predomina o guerreiro, até à época [...] de Péricles, em que sobressai o político. Dentro deste desenvolvimento, a educação grega tem como aspiração a excelência — **aretê** —; mais tarde esse ideal é completado pelo de *kalokagathia*, o ideal da perfeição do corpo e da alma em beleza, bondade, sabedoria e justiça do indivíduo na comunidade pública. Mas todo o ideal grego aparece, finalmente, como Paidéia. Mas, afinal, o que se pode entender por Paidéia, palavra polissêmica que consubstancia o ideal grego de educação? Platão, define-a como toda a verdadeira educação ou Paidéia, a que é educação na **aretê**, que enche o homem do desejo e da ânsia de se tornar um cidadão perfeito, e o ensina a mandar e a obedecer, sobre o fundamento da justiça.<sup>45</sup> [grifo nosso]

Direito e justiça, como se vê pela tradição do pensamento ocidental, desde sempre envolveram **valor e modo de realização** deste. Em assim sendo, por dizer respeito ao humano, tal dicotomia sempre se sujeitou a elementos ligados ao psiquismo, que contribuíam para sua formação e para as tentativas de sua solução. No início, a tentativa de superação dessa problemática enveredava pelo transcendental, e recorria basicamente a elementos míticos, conforme observa GUSDORF<sup>46</sup>, e, prospectivamente, também a elementos arquetípicos e psicológicos ligados ao inconsciente, o que será posteriormente anotado e descrito por JUNG, ao

---

<sup>45</sup> JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do Homem grego. Trad Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1979, p. 136.

<sup>46</sup> “As mitologias e as teologias assumiam uma função capital, que as teorias científicas não assumem mais. Elas envolviam a morada dos homens com um horizonte protetor. Davam um sentido e uma validade à existência de cada um e de todos. Garantiam a esperança dos seres humanos, graças a um sistema de referência escatológico. [...] O mundo familiar das evidências do coração e da fé, das crenças e das paixões contraditórias converte-se num universo geometrizado, onde reina a luz fria das demonstrações matemáticas. A racionalidade científica desnatura a natureza e desumaniza o homem.” (Apud PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium Editora, 2003, p. 2.)

analisar os princípios de *Logos* e *Eros*, em especial à vista de outros princípios correlatos, os do *animus* e da *anima* <sup>47</sup>:

É comum falar que o animus corresponde ao Logos e a anima ao Eros. Mas Jung usava os termos Eros e Logos como conceitos intuitivos, ou seja, auxiliares na descrição do fato de que o consciente da mulher é caracterizado mais pela vinculação ao Eros do que pelo caráter cognitivo do Logos. No homem, o Eros - que é função de relacionamento - em geral apareceria menos desenvolvido do que o Logos. Na mulher, ao contrário, o Eros seria a expressão de sua natureza real. De acordo ainda com o autor, "é função do Eros unir o que o Logos separou. <sup>48</sup> [grifo do autor]

Buscando explicitar melhor essa senda de análise simbólica promovida por Prado, que no caso concreto irá se voltar para a atividade judicial, vale assinalar que Jung trabalha com símbolos, e é dentro dessa concepção simbólica que essas dicotomias *Eros* e *Logos* e *animus* e *anima* têm que ser compreendidos.<sup>49</sup> Arquetipicamente, para JUNG, *Eros* e *Logos* funcionam como **elementos complementares**. PRADO destaca que:

[...] em geral, o *Eros* é associado à afetividade, à intimidade, à capacidade de relacionamento, ao amor, ao vínculo, ao lúdico. Com o *Logos* costuma-se relacionar a consciência focalizada, o respeito pelos fatos, o julgamento feito

---

<sup>47</sup> “Não se deve, equivocadamente, entender que o *masculino* seria idêntico ao *Logos* e o *feminino* ao *Eros*, como se fosse uma definição absoluta e atemporal. O próprio Jung alertava que a utilização dos dois termos, *Eros* e *Logos*, ocorria apenas num caráter de conceituação. [...] Desse modo, não há motivo para identificar o *anima* com sentimento e o *animus* com pensamento. Um homem pode sentir e uma mulher pode pensar, embora a *anima* e o *animus* possam fazer surgir, auxiliar ou dirigir essas funções. [...] Uma das características do modelo teórico junguiano é a importância dada à emoção. Conforme esse modelo, ‘o homem se satisfaz, na maioria dos casos, só com a lógica; tudo que é psíquico, inconsciente, lhe repugna; ele o considera vago, nebuloso e mórbido’ (CW 10, § 255, 258). Assim, o arquétipo da *anima* é muito importante, porque, sendo do mundo feminino - ligado ao sentimento - ela é uma figura compensatória para a consciência masculina (CW 7, § 328)” (cf. PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium Editora, 2003, p. 63 e 64).

<sup>48</sup> Apud PRADO, Lídia Reis de Almeida. op. cit., p. 63.

<sup>49</sup> “Por símbolo não entendo uma alegoria ou um mero sinal, mas uma imagem que descreve da melhor maneira possível a natureza do espírito obscuramente pressentida. Um símbolo não define nem explica. Ele aponta para fora de si, para um significado obscuramente pressentido, que escapa ainda à nossa compreensão e não poderia ser expresso adequadamente nas palavras de nossa linguagem atual. Um espírito que não pode ser traduzido em um conceito definido é um complexo psíquico situado nos limites da consciência do nosso eu. Ele não produz nem faz nada além daquilo que colocamos dentro dele. Mas um espírito que requer um símbolo para sua expressão é um complexo psíquico que encerra os germes fecundos de possibilidades incalculáveis.” (JUNG, Carl. **Símbolos da transformação**. Petrópolis: Vozes, 1998.)



com base apenas na lei, o intelecto, a abstração lógica e a discriminação.<sup>50</sup> [grifo do autor]

Ou seja, não são atitudes contrapostas antagonicamente, mas que devem se unir para promover (restaurar) a integralidade do ser humano original.

Já a predominância de um ou de outro desses aspectos, quer de forma constante ou eventual, conduz a uma predominância da visão e sentimento mais ligados a uma das duas capacidades arquetípicas básicas, masculino e feminino. Se a prevalência for do masculino, pontificará o *animus*; ao contrário, a *anima* terá mais vigor e expressão. Onde o masculino, ou *animus*, aparecer mais ativo, estaremos diante de um modelo patriarcal; ao revés, onde o feminino, ou *anima*, obtiver a supremacia, o modelo será matriarcal. Isso é tão importante que BYINGTON observa que nenhuma consciência humana, individual ou coletiva, consegue alcançar e funcionar num padrão democrático de alteridade se essas duas naturezas não estiverem harmonizadas e reciprocamente atuantes e participativas, v.g., “se suas raízes não estiverem firmemente plantadas e alimentadas pelos dinamismos patriarcal e matriarcal”<sup>51</sup>.

A importância dessa contribuição para a noção de justiça é mais que fundamental, porque ela dá primazia ao papel que nisso representam os mecanismos psíquicos internos, quer conscientes ou não, que informam e conduzem ao agir no ser humano. No estabelecimento das relações sociais, elas abarcam o **fundo**, a **vontade** em termos de **raciocínio** e a **emoção**, e não o **acidental**, que se contenta com a **forma** e o **ordenamento**.

Mais que na **instituição** de normas (base do que se considera direito), é no ato de **aplicação** de tais regras e comandos (ou seja, o concernente ao *modus*, na busca de se realizar o primado do direito, que vem a ser a justiça) que esse espaço normológico-valorativo sofre

---

<sup>50</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium Editora, 2003, p. 65.

<sup>51</sup> Apud Ibidem, p. 65.

influência desses arquétipos. Dito de outra forma, uma aplicação de uma norma sob a ascendência do *Logos (animus)* tenderá a gerar uma ação mais lógica, objetiva, literal, pragmática, rígida, mais distante e insensível. Predominará aí o intelectual e a emoção será posta em segundo plano. Já a mesma aplicação, ainda que a respeito da mesma matéria, com prevalência de *Eros (anima)*, ao contrário, será promovido dando-se mais atenção e valor aos aspectos do caso sob outros prismas (emocional, afetivo, lúdico, compassivo, tolerante, flexível e integrativo). A idéia de realização de justiça fica embaraçada (ou comprometida) quanto mais um desses estados de ânimo vier a presidir tal processo, de forma exclusiva ou não integrada.

Esse quadro pode ser melhor entendido, no campo da psicologia, sob a ótica da chamada teoria de Análise Transacional <sup>52</sup>, que trabalha com três instâncias de ego (Pai, Criança e Adulto). *Logos* pode, grosso modo, ser equiparado ao estado de ego do **Pai** e *Eros* ao estado de ego da **Criança**. A higidez psíquica e a integridade do processo comportamental implicam e reclamam, primeiro, o reconhecimento, pelos estados egóicos originais (Pai e Criança), um em relação ao outro, de sua recíproca existência, validade e autonomia. Depois, passam por uma **fusão dialógica** entre ambos, na instância psíquica representada por um outro estado de ego, o do **Adulto**. Por fim, mantêm-se mediante uma interação dinâmica permanente entre esses três estados egóicos.

No plano do direito e da justiça, os julgamentos mais confiáveis seriam então os do estado de ego Adulto. O Pai tende a ser conservador, formal, racional, duro, autoritário, prescritivo, irredutível, muito pouco emotivo e pouco tocado pela compaixão. A Criança, ao

---

<sup>52</sup> Eric Berne, um dos expoentes da escola, considera que o *Ego* existe como um sistema formado por instâncias psíquicas: *exteropsique* (Pai), *neopsique* (Adulto) e *arquiopsique* (Criança), cada qual com seu conjunto de pensamentos, sentimentos e comportamentos, com os quais interagimos conosco mesmos e com outras pessoas. Ver mais em: BERNE, Eric. **Intuition and Ego States**. São Francisco: Transactional Publications (ITAA), 1977.

contrário, é aberta, informal, flexível, leniente, irracional, lúdica, sensível, bem mais emotiva e compassiva. Já o Adulto atua fundindo tais características, fazendo com que, sem prejuízo das características objetivas do que está avaliando, na sua decisão **esses dois outros estados de ego estejam presentes e participem, dialeticamente**. Conforme o caso, sob o controle vigilante mais prudente do ego Adulto, predominarão então valores e critérios do Pai ou da Criança, mas somente aqueles que venham a ser julgados os melhores ou mais convenientes àquele caso concreto. Neste ponto, é praticamente irresistível estabelecer-se um paralelo desses três estágios com a visão freudiana de **Id, Ego e Superego**. Segundo Freud<sup>53</sup>, o Id funciona de acordo com o princípio do prazer, “exigindo uma satisfação completa e sem demora das pulsões. Não se importa com conseqüências, razão ou bom senso, como também não se importa com o bem-estar dos outros”; o Superego “representa a nossa absorção mental dos padrões e proibições dos nossos pais e da sociedade” e o Ego constitui a função executiva da mente: “A ele é conferida a ingrata tarefa de mediar entre o id, o superego e o mundo exterior. Ele funciona de acordo com as leis do processo secundário e do princípio da realidade”. Sem muito esforço, é possível divisar identificações na comparação dessa tríade freudiana com os três níveis da Análise Transacional. O Id guarda correspondência com a Criança, o Superego com o Pai e o Ego com o Adulto.

Não é por outra razão que PRADO<sup>54</sup>, fazendo remissão a JUNG, comenta que Jeová, o rígido, implacável e vingativo Deus do Antigo Testamento, é um ente que age sob o efeito apenas do *Logos* e é inteiramente destituído de *Eros*. Ou seja, distribui justiça, mas é uma justiça exclusivamente em estado de Pai<sup>55</sup>. Já a figura de Cristo é diferente. Atua sempre em

---

<sup>53</sup> Apud KANH. **Freud básico**: pensamentos psicanalíticos para o Século XXI. Trad. Luiz Paulo Guanabara. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 47 e 48.

<sup>54</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium Editora, 2003, p. 64.

<sup>55</sup> Jeová não aparenta ser, entretanto, tão destituído de *Eros* como o comentário pretende fazer crer. Há inúmeras passagens na Bíblia em que Deus é contemporizador. Em Gênesis, 18:16-33, depois de haver já condenado

estado de ego Adulto, em que tanto *Logos* quanto *Eros* se fazem sempre presentes. No episódio das bodas de Caná (João, 2: 1-11), ele acede ao pedido da mãe para que converta água em vinho, *Logos* está presente, mas é desconsiderado. Cristo age deixando-se conduzir pelo impulso de *Eros*. Dá-se o mesmo quando ele ressuscita Lázaro (João, 1: 1-46). Em ambos os casos a norma (a própria lei natural que preside a realidade fenomênica), considerada em seu estado puro (que corresponde ao direito) é quebrada. Afinal, em condições de normalidade água não se transforma em vinho e mortos não readquirem vida, e isso é uma imposição do *Logos* em seu estado puro e absoluto. O contrário se dá quando ele expulsa os vendilhões do templo: atua então quase que inteiramente como aplicador do *Logos* (Mateus, 21: 12-13). Pela mesma forma, é o *Logos* que atua em Jesus quando ele repudia sem tergiversação a tentação de Satanás no deserto (Mateus, 4:1, Marcos, 4: 12-13 e Lucas, 4:1).

No Novo Testamento, o episódio do julgamento da adúltera (João, 8: 1-10) introduz, no âmbito ainda do tema, uma faceta singular e sumamente interessante a respeito do direito em contraposição à justiça. Uma mulher é surpreendida em adultério; pela lei mosaica vigente (o direito), deveria ela então (à míngua de maiores filigranas processuais, à conta do flagrante e da desnecessidade de processo formal) ser lapidada publicamente até à morte. Em suma, a regra vigente, aplicável ao caso sem discussão, era conhecida; o próprio fato em si já trazia consigo o seu julgamento e o decorrente comando de execução. Com o propósito de

---

Sodoma, Jeová é tocado por uma argumentação compassiva de Abraão, e aceita voltar atrás se este conseguir localizar ali cinquenta homens justos, e vai diminuindo sua exigência até fixar-se em dez. Como Abraão não consegue localizar um único justo, a destruição sobrevém. Mas Jeová debate e transaciona. No caso da destruição de Nínive (Jonas, 4: 1-10), o profeta se enfurece ao constatar que, ao contrário do que profetizara, a cidade acaba não sendo aniquilada. A população acata a mensagem de Deus, se arrepende e é perdoada. Para agradar a Jonas, Jeová faz nascer uma figueira, que lhe dá sombra e frutos, mas a faz mirrar no dia seguinte, gerando consternação no profeta. Nesse momento, Jeová é que assume uma atitude de *Eros* para se contrapor ao *Logos* iracundo de seu emissário. Com certa ironia, comenta-lhe: “Tivestes compaixão de um arbusto, replicou-lhe o Senhor, pelo qual nada fizeste, que não fizeste crescer, que nasceu numa noite e numa noite morreu. E então, não hei de ter compaixão da grande cidade de Nínive, onde há mais de cento e vinte mil seres humanos, que não sabem discernir entre sua mão direita e a sua mão esquerda, e uma inumerável multidão de animais?”

embaraçar Jesus, um grupo de escribas e fariseus a conduziu à presença dele, narrando o fato, fazendo alusão ao comando de lei aplicável, e indagando-lhe, de forma sub-reptícia e com propósito ardilosamente malicioso, o que deveriam fazer com ela.

Juridicamente, em plano de atendimento às regras ditadas pelo direito, não haveria outra resposta possível a não ser o cumprimento estrito da norma vigente. Contudo, Jesus — percebendo as razões ocultas de tal procedimento — reage de forma igualmente ardilosa. Não contesta a norma; aliás, não efetua sobre ela qualquer comentário. Aparentemente, anui a ela. Apenas, atento à dimensão teológica da legislação judaica (crimes ofendem a ordem civil e a religiosa; são, sobretudo, **pecados**), introduz na discussão um elemento novo, claramente perceptível, embora não explicitado. Ora, se é certo que a mulher errou e é culpada, não é menos certo, como premissa para a **correção** e a **justiça** do julgamento, que aqueles venham a promovê-lo (o que implica, em caso de condenação, execução simultânea da pena) atendam a uma premissa de **isenção**. Será justo que um pecador seja julgado e apenado por outro pecador? Cristo não lança mão de um argumento retórico de advogado nem de uma chicana dialética. Ele faz um apelo à dimensão de *Eros* que está presente em cada um de nós. Envia uma mensagem à consciência dos circunstantes, morada daquele senso íntimo de justiça, igualdade e vergonha que todos possuímos e nos predispõe à relatividade e à compaixão. “Quem de vós estiver sem pecado, seja o primeiro a lhe atirar uma pedra”, limita-se a dizer. O imperativo moral faz o resto. Este é um caso emblemático em que o direito não foi realizado, quando a rigor deveria ter sido aplicado, mas no qual se fez justiça. Cristo não age como juiz; limita-se a fazer uma exortação à consciência dos circunstantes. Distanciando-se do direito sob a ótica formal, realiza-o, todavia, em sua essência de valor, aplicando Justiça ao caso.

### 1. 3. A importância do mito e da religião na esfera do direito e Justiça

A função da mitologia, segundo MORRISON<sup>56</sup>, é interpretar as criações de nosso intelecto e nossos modelos racionais de modo que os despoje de seu mistério e os transforme em entidades com as quais possamos nos relacionar. Isso promove um retorno à discussão sobre a **estruturação da ordem** (direito) e também sobre o modo como essa ordem deve ser estruturada e mantida dentro de um mecanismo de interação e de alteridade do grupo envolvido (justiça). Comentando os mitos primordiais da civilização ocidental, e chamando a atenção precisamente para esse ponto, ele põe em realce a necessidade de harmonização desses dois princípios:

A primeira consorte de Zeus, *Métis*, era uma fonte de discórdias e foi por ele devorada, mas a segunda, *Têmis*, tornou-se a deusa da ordem comunitária e da "consciência coletiva", ou sanção social [...] **Assim, a união do beligerante Zeus com a pacífica Têmis pode representar tanto a necessidade de diferenciar e equilibrar o cumprimento ativo e agressivo das prescrições (leis) com o ideal de estabilidade e paz social, bem como de ilustrar que a segurança doméstica exige, no mínimo, a capacidade de recorrer à espada.**<sup>57</sup>  
[grifo nosso]

É pelo mito que se descobre que, assim como Zeus, sem a influência de Têmis, pode ser um tirano cruel e selvagem, também o direito, cego aos efeitos de seu poder e eficácia e suas conseqüências sociais, pode ser uma arma selvagem.<sup>58</sup>

Há outros indícios que sinalizam nesse sentido, ou seja, a principal função do mito é dar conformação ao humano, levando-o à reflexão e inspirando-lhe a virtude. Isso pode ser

---

<sup>56</sup> MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 22.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 24.

depreendido de uma análise mais acurada do segundo poema de Hesíodo, **Trabalhos e Dias**<sup>59</sup>. Na primeira parte do poema, há um elogio ao trabalho e à justiça. O trabalho está ali indicado como um castigo de Zeus à comunidade humana pelo pecado de Prometeu, ao trazer o fogo celestial aos homens, punição essa iniciada por Pandora. Somente pelo trabalho o homem pode progredir. No que toca à justiça, o homem deve evitar incorrer em *hýbris*, a desmedida. Na segunda parte, destinada ainda ao trabalho e também à agricultura e à navegação, Hesíodo expõe como é que o homem pode adquirir riqueza e prosperidade, recorrendo à terra e ao mar. Por fim, na terceira, dedicada a conselhos morais e religiosos, o poeta exorta o homem à constituição de família e à observância das normas de justiça para com os deuses. BRANDÃO dá ênfase a essa fase, que é onde o homem vai ser convocado ao exercício da virtude, e, com isso, abre as perspectivas para o advento, em nível humano, das noções de justiça e de direito:

**Se em Homero o homem é medrado pelo *ver*, em Hesíodo o *métron*, a medida, é o ser, isto é, o homem dimensionado pelo trabalho e pela necessidade de ser justo. É aqui precisamente o abismo que separa Homero de Hesíodo. No primeiro, o *anér*, o *uir*, o "herói", que vive à sombra do deus *ex machina*, com sua multiplicidade de epítetos (garantia de sua nobreza), o que o afasta do ser. Em Hesíodo, o *ánthropos*, o *homo*, isto é, o *humus*, o barro, a argila, o "descendente" de Epimeteu e Pandora, o que ganha a vida duramente com o suor de seu rosto. No primeiro, a hipertrofia do *kálllos*, da beleza, do *kósmos*, da ordem, da *aretê*, da excelência, da *timé*, da honra pessoal; no segundo, *gué*, a terra, *érgon*, o trabalho, sua dignidade e suas misérias. **Em Homero, o herói se mede por sua *aretê*, excelência, e *timé*, honra pessoal; em Hesíodo a *aretê* e a *timé* se traduzem pelo trabalho e pela sede de justiça.** <sup>60</sup>  
[grifo nosso]**

Isso ocorre com o advento de Diké, guindada à condição de divindade poderosa, como filha de Zeus, que aparece para admoestação aos reis, ou governantes: deles não

---

<sup>59</sup> Cf. BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. vol. I. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 163-169.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 165.

se exige trabalho, mas, sim, em compensação, “que solucionem as querelas e arbitrem corretamente os processos”.<sup>61</sup>

#### 1. 4. Os mitos de *Têmis* e *Diké*

Na mitologia greco-romana, duas imagens arquetípicas, *Têmis* e *Diké* (ou *Astréia*), personificam a idéia de justiça = direito, permanecendo vivas na psique coletiva do Ocidente há mais de três mil anos. Também nos livros de introdução histórica à Filosofia do direito, essas deusas são tradicionalmente citadas. Por sinal, Stone<sup>62</sup> destaca que, na Grécia Antiga, as palavras traduzidas como “justiça” e “lei” são *dikas* e *themistas*.

Estas palavras são as formas plurais de *diké* e *themis*. No singular, são termos abstratos: **o primeiro designa o costume, a lei ou a justiça, enquanto o segundo refere-se ao que é decente ou correto conforme o estabelecido pelo costume, a tradição ou o precedente.** As formas plurais designam os métodos utilizados para resolver disputas numa sociedade organizada. Uma tradução mais literal seria “processos” e “julgamentos”. O homem não civilizado não conhece tais procedimentos.<sup>63</sup> [grifo nosso]

Uma alentada compilação de referências a tais arquétipos, com suas particulares nuances semânticas de ação, foi feita por PRADO<sup>64</sup>, em seu trabalho já citado. Alguns destes pontos merecem destaque. *Têmis* é, segundo ela, uma entidade titânica, pré-olímpica. É uma **deusa matriarcal**, possivelmente reflexo de uma época em que as mulheres eram depositárias da

---

<sup>61</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. vol. I. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 180. Na mesma passagem, o autor registra o comentário de que naquela época justiça era coisa tão rara que, “ao entrar na assembléia um rei justo, era saudado, segundo se mostrou, theòs hós, como um dues [...]”

<sup>62</sup> STONE, I. F. **O julgamento de Sócrates**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 40-41.

<sup>64</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium Editora, 2003, p. 120 e ss.



sabedoria da comunidade<sup>65</sup>, e seus valores são femininos. Filha de *Gaia*<sup>66</sup>, a Terra, com *Urano*, deus do firmamento, era irmã das *Erínias*, que também protegiam a ordem social<sup>67</sup>:

Têmis é considerada a deusa da Justiça divina, personificando a lei e a organização do universo. Inspirava *Zeus* nas soluções justas, auxiliando-o com seus conselhos e convocando as reuniões dos deuses. Aconselhava-o na distribuição dos prêmios e dos castigos, suscitando, em seu aspecto negativo, as discórdias, promovendo perseguições e desencadeando guerras (atribuía-se a ela a idéia da guerra de Tróia, para equilibrar a densidade demográfica do planeta). Pelo fato de ser essa deusa a personificação da organização do Universo, a invocação da justiça divina pelos mortais jamais apresentava um caráter de pretensão ou exigência, mas apenas de favor ou graça.<sup>68</sup>

Casa-se com *Zeus*, o que indica a união das ordens titânica e olímpica, e vem a ser mãe de *Diké*, outra divindade arquetípica ligada à justiça e ao direito. Nas representações, surge quase sempre unida a *Zeus*, ao lado de *Métis*, inteligência orientadora (prudência) e de *Mnemósine* (memória). *Têmis* compõe a matriz original da idéia de justiça, promovendo uma superação dos antagonismos existentes entre a ordem natural (titânica) e a ordem olímpica que a ela se segue, que inclui o humano.

Por seu turno, ao discorrer sobre *Diké*, conhecida como a justiça do caso concreto, PRADO não deixa de enfatizar que esta, embora tenha compromisso com a Justiça, converte-se na **portadora do direito**, o *nómos*, que ela traz do Olimpo para a Terra, assumindo o encargo de mantê-lo entre os homens. Nessa figuração, é um **sentimento**, o de justiça, que faz com que os homens tenham acesso à **noção de direito**: tal inspiração normocrática provém de *Diké*, que promove a fusão do *logos* com o *nómos*. Nessa sua incumbência, *Diké* terá de enfrentar

---

<sup>65</sup> Essa característica é destacada pela autora para distinguir *Têmis* (e *Diké*, entidade também matriarcal), de Atená, entidade que por ela é vista como deusa que encarna o ideal da masculinidade nobilitada, “que aparece divinizada no sentido masculino da dureza no combate, e da alegria na ação”.

<sup>66</sup> Em outros textos, mencionada como *Géia*.

<sup>67</sup> As *Erínias*, ou *Fúrias*, representam os elementos primais do inconsciente, atuando quando a ordem social (e, especialmente, a ordem familiar) era quebrada. Constituíam, o que chamamos de raiva primal de nosso íntimo, personificadas no desejo de vingança diante de uma ameaça real ou iminente. São entidades punitivas; daí sua ligação com o sentimento de justiça retributiva.

<sup>68</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium Editora, 2003, p. 120 e 121.

três forças antagônicas: *Eris* (a discórdia), *Bia* (a violência) e *Hybris* (a imoderação), não por acaso forças também arquetípicas que, quando aparecem, transformam o direito em injustiça.<sup>69</sup>

Na Grécia, *Diké* era simbolizada, de início, com uma balança na mão esquerda, à qual se adicionaria, mais tarde, uma espada<sup>70</sup>. A balança, nesse mito, representava o **equilíbrio** e a **igualdade** e a espada era o símbolo de **potência** e **precisão**. A venda nos olhos (muito posterior), representa o **caráter abstrato** da Justiça.<sup>71</sup> *Diké* se apresenta também como divindade protetora da existência do direito como ordem<sup>72</sup>, punindo o transgressor, quando necessário.<sup>73</sup> Seu método de ação não é o do julgamento reflexivo, de índole estritamente racional, atributos que, como adiante se verá, pertencem a outro dos mitos gregos ligados à Justiça e ao direito, *Atená* (Palas Athena, ou a Minerva dos romanos).

### 1. 5. O mito de Atená<sup>74</sup>

*Atená* apresenta uma estreita ligação com a Justiça, que se inicia com sua própria ascendência (filha de *Zeus* e *Métis* — nome com a mesma raiz de *métron*, que

<sup>69</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. vol. I. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 147.

<sup>70</sup> O mito, nesse ponto, apresenta algumas controvérsias. Alguns estudiosos de mitologia sustentam que a história é diferente. *Têmis* é quem empunhava uma espada, **mas em sua mão direita**. Posteriormente, em sua versão romana, batizada *Iustitia*, a mesma deusa (*Têmis*) passa a trazer também a espada e a venda nos olhos.

<sup>71</sup> “A venda é um símbolo de imparcialidade: significa que ela não faz distinção entre aqueles que estão sendo julgados. A balança indica equilíbrio e ponderação na hora de pesar, lado a lado, os argumentos contra e a favor dos acusados. A espada é um sinal de força. A arma implica que a Justiça não pede aos que estão brigando que aceitem sua decisão. Ela tem de ser imposta, mesmo porque inevitavelmente descontentará um dos dois lados em conflito.” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Revista Superinteressante**. São Paulo: Janeiro, ed. 209, 2005.). Ver ainda a respeito: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 1988, p. 34. Para explicar a diferença entre o caráter especulativo, o saber puro dos gregos, e o saber prático, ligado à *prudentia* dos romanos, esse autor apresenta, a partir de uma monografia de Sebastião Cruz, uma interpretação dos símbolos de *Diké* e da deusa *Iustitia* dos romanos.

<sup>72</sup> O direito estritamente considerado, compreendendo o conjunto de normas postas pelos homens para regulação de seus interesses e da defesa do corpo social.

<sup>73</sup> COELHO, Luis Fernando. **Introdução histórica à Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 31.

<sup>74</sup> Em outros textos, mencionada como Athena e Palas Athena. Equivale à Minerva da mitologia romana.

compreende simultaneamente medida e comedimento —, deusa da Prudência e da Sabedoria), e se reforça com suas relações de parentesco e identidade simbólica com *Têmis* e *Diké*. PRADO chama ainda a atenção para a peculiaridade de que *Atená* teve *Têmis* como mãe adotiva, sendo, assim, irmã de criação de *Diké*.

Essa circunstância remete para duas ponderações: a primeira, acerca do estreito relacionamento que *Atená*, desde pequena, teve com a justiça. A segunda, sobre o fato de não ter havido ligação entre *Atená* e a verdadeira mãe, o que poderia significar um contato com o mundo físico e instintivo.<sup>75</sup>

Diversamente de suas parentas, exercia uma justiça preocupada com a exatidão apolínea e a razão, privilegiando o pensamento e os princípios gerais, em detrimento do sentimento,<sup>76</sup> da chamada função valorativa e do caso particular. Em seus atributos, segundo BRANDÃO, está implícita, como em *Têmis*, a garantia ampla e geral de justiça, tendo-lhe sido atribuída a instituição do primeiro tribunal destinado a decidir as causas humanas, o Areópago de Atenas<sup>77</sup>.

Do ponto de vista mítico e psicológico, *Atená* é a imagem do julgamento reflexivo, da racionalidade, o que, para os gregos, constituía uma faculdade divina, porque era o que diferenciava o homem do animal. Além do mais, a reflexão fria da deusa é idealista em excesso: sua espada pode cortar o coração com verdades gerais, que não se aplicam a uma situação específica.<sup>78</sup> *Atená* é, num certo sentido, aquilo que mais idealmente se aproxima de uma justiça humana neutra:

Por ser defensora dos valores patriarcais, o seu julgamento não tem por base as estimativas pessoais, mas a avaliação imparcial e objetiva de todos os fatores contidos em uma situação. A castidade da deusa pode ser vista como símbolo da

<sup>75</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium Editora, 2003, p. 123 e 124.

<sup>76</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. vol. I. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 147.

<sup>77</sup> Essa atribuição, aparentemente, constitui um exagero mitológico, conforme adiante se conferirá. *Atená*, em verdade, não cria o Areópago, tribunal que já existia em Atenas. O que realmente faz é conferir-lhe atribuições e prerrogativas de **corte jurídica**, e não mais apenas **política**.

<sup>78</sup> Cf. PRADO, Lídia Reis de Almeida. op. cit., p. 125.

pureza de seu caráter reflexivo, inteiramente desvinculado do desejo pessoal e dos instintos.<sup>79</sup>

O mito de *Atená* é pleno de paradoxos e ambigüidades, a começar pela natureza singular de seu próprio nascimento: ela nasce **das meninges** de seu pai, Zeus, e não do ventre de sua mãe, Métis. Isso a torna de psiquismo e ação estreitamente vinculadas com o patriarcal, mais ligada ao *Logos* do pai do que ao *Eros* da condição feminina; por isso mesmo, ela ostenta características muito mais propriamente masculinas do que femininas, apesar de ser mulher. É guerreira (versada nas artes da guerra) e também deusa da inteligência, da razão, do equilíbrio apolíneo, do espírito criativo, e preside a todas as atividades do espírito. O mito é riquíssimo: ela representa a síntese por reflexão e a inteligência socializada. O animal que a simboliza é o mocho, que só desperta e atua nas trevas. Isso faz de Atená contraponto de Zeus, que tem como símbolo a águia.<sup>80</sup> É uma deusa guerreira e assexuada; mantém-se casta e virgem (*parthénos*), e isso num universo onde, vale lembrar, ao sexo não estava associada a idéia de pecado ou culpa.

### *1. 6. O início da jurisdição humana: o mito do julgamento de Orestes*

É ainda o mito que fornece os elementos de composição e desate do primeiro exercício de jurisdição humana, na “Oréstia”, de Ésquilo — palco em que transcorrem o drama e

---

<sup>79</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium Editora, 2003, p. 125.

<sup>80</sup> “Deduz-se, daí [dessa oposição águia e mocho], que o mocho, em relação a Atena, **é o símbolo do conhecimento racional com a percepção da luz lunar por reflexo, opondo-se, destarte, ao conhecimento intuitivo com a percepção direta da luz solar**. Explica-se talvez, assim, o fato de ser a coruja um atributo tradicional dos *mânteis*, dos adivinhos, simbolizando-lhes o dom da clarividência, mas através de *sinais* que os mesmos interpretam” (BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. vol. II. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 32, grifo nosso.).

as desventuras do herói Orestes, enredado num conflito de valores para os quais os próprios deuses, responsáveis pela situação, não se vêem em condição de desatar.

Orestes é o filho mais novo de Agamêmnon, rei de Micenas, e de sua esposa Clitemnestra. Esta, em conluio com seu amante Egisto, assassina o esposo, quando este retorna da Guerra de Tróia. Único legitimado e, em verdade, também compelido pela tradição (que exigia a expiação dos crimes de sangue cometidos por alguém contra um seu parente) a vingar a morte do pai, como seu parente mais próximo, Orestes recebe instruções do oráculo de Delfos, do deus Apolo, para executar tal vingança. Obedecendo ao comando de Apolo, elimina assim Egisto e, instigado pela irmã Electra, mata também a mãe Clitemnestra.<sup>81</sup>

Na tradição mitológica grega, um dos mais hediondos e imperdoáveis crimes era o delito de sangue cometido contra parentes, e com muito maior razão se a vítima fosse algum dos pais. De sua punição se encarregavam as Erínias, divindades da vingança pelos crimes cometidos contra os consangüíneos, forças primordiais cuja função essencial, no mito, é guardar a recordação da afronta feita por um parente a outro, e de fazê-lo pagar, seja qual fosse o tempo necessário para tanto. As Erínias, na tradição grega, representam o ódio, a recordação, a memória do erro, e a exigência de que o crime seja castigado<sup>82</sup>. Elas encarnam, assim, um **sentimento de justiça**, de reparação pela **vindita**, de punição ao agressor como fator de garantia de paz à vítima.

Orestes tem plena consciência das implicações de sua situação. Deve vingar o pai, mas tem também consciência de que, para fazê-lo, deverá incorrer em falta gravíssima, que é derramar o sangue de seu *guénos*, v.g., matar a própria mãe. Pede orientação ao oráculo de Delfos, onde recebe a instrução de Apolo de vingar o agravo ao pai. Desse modo, Orestes

---

<sup>81</sup> HIRATA, Filomena Yoshie. **O julgamento de Orestes na Orestia de Ésquilo**. Disponível em: <[http://www.tre-pi.gov.br/eje/especializacao-direito-eleitoral/hermeneutica/o\\_julgamento\\_de\\_orestes.doc](http://www.tre-pi.gov.br/eje/especializacao-direito-eleitoral/hermeneutica/o_julgamento_de_orestes.doc)> Acesso em: 04 jun. 2007.

<sup>82</sup> VERNANT, Jean-Pierre. **O universo, os deuses, os homens**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 25.

exercita o que é um **direito** seu e mesmo uma **obrigação** familiar (matar quem verteu o sangue de seu pai, situação que exige vingança), embora isso represente incidir em um **crime grave** (derramar o sangue de um parente, no caso o da mãe Clitemnestra). Aparentemente (e, como logo restará claro, equivocadamente), Orestes supõe que estará livre de punição por ter assim agido, uma vez que, além de acobertado pela tradição, que o obriga a vingar a morte do pai, pratica o ato a mando de Apolo. Mas as coisas não se dão bem assim: a despeito disso, invocadas pelo espírito da mãe assassinada, as Erínias vão atrás de Orestes, e o perseguem implacavelmente, infundindo-lhe culpa, dor e loucura sem quartel. Em desespero, ele recorre a Apolo.

Precisamente nesse momento, é possível divisar a necessidade de uma **atividade jurisdicional**: está em curso um conflito entre dois ordenamentos que, no caso concreto, se antagonizam. Não é possível harmonizá-los; ambos não têm como se justapor, pois são inconciliáveis naquele quadro específico. Há entrechoque de dois interesses, **em princípio ambos válidos, legítimos e exigíveis**. Passa a existir, assim, uma **lide**, que reclama composição.

Inicialmente, dá-se uma tentativa de composição. Perante as Erínias, Apolo assume a autoria mediata do delito, responsabilizando-se pelo matricídio, e executa um ritual de purificação, lavando Orestes com sangue do porco, para que a poluição matricida (*metroktónon míasma*), uma vez lavada, se afaste dele e não contamine os outros <sup>83</sup>. O astuto estratagema apolíneo não funciona, pois as Erínias não se satisfazem com a purificação celebrada pelo deus, sob a alegação de que no caso de Orestes isso não basta, já que Orestes fez correr o sangue materno. De outro turno, o próprio Apolo se mostra dividido: protegendo Orestes, porque é seu suplicante e seguiu as indicações de seu oráculo, mostra-se partidário da lei do talião — o parente mais próximo da vítima vinga o sangue derramado desta, no caso o pai de Orestes, Agamêmnon

---

<sup>83</sup> Sobre Apolo e Orestes, ver: WINNINGTON-INGRAM, R. P. **Studies in Aeschylus**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 132-153.

— mas está também convencido de que é necessária uma mudança no paradigma, ou seja, é necessário que todo crime, de qualquer ordem, seja julgado e punido. O período é de transição: Apolo questiona a ordem antiga, mas não lhe cabe construir a nova<sup>84</sup>. Essa questão, ao contrário do que possa parecer a nossa visão moderna, era religiosa e juridicamente da maior relevância na Grécia clássica, e tinha implicações de justiça, como explica BRANDÃO<sup>85</sup>, de forma didática:

Para que se possa compreender bem a função das Erínias como vingadoras do sangue derramado, talvez fosse oportuno lembrar, se bem que sumariamente, o conceito de *guénos*. *Guénos* pode ser definido em termos de religião e de direito grego como *personae sanguine coniunctae*, isto é, pessoas ligadas por laços de sangue. Assim, qualquer crime, qualquer *hamartia* cometidos por um *guénos* contra o outro tem que ser religiosa e obrigatoriamente vingados. Se a falta é dentro do próprio *guénos*, o parente mais próximo está igualmente obrigado a vingar o seu “*sanguine coniunctus*”. Afinal, no sangue derramado está uma parcela do sangue e, por conseguinte, da alma do *guénos* inteiro. **Foi assim que, historicamente falando, até a reforma jurídica de Drácon ou de Sólon, famílias inteiras se exterminavam na Hélade.**<sup>86</sup> [grifo nosso]

Todavia, posta a questão nesses termos, não existem corte nem autoridade olímpica legitimadas a decidi-la. Diferentemente de outros casos, nesse há colisão de tradições e de princípios<sup>87</sup> e não há como os deuses homéricos decidirem a questão por imposição arbitrária de seu poder divino. Isso leva Apolo a criar uma instância de julgamento<sup>88</sup>, apto a solucionar o impasse e, a partir de então, decidir outros tantos similares.

---

<sup>84</sup> THOMSOM, George. *Aeschylus and Athens*. London: Lawrence & Wishart, 1950, p. 245-297.

<sup>85</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. vol. I. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 207.

<sup>86</sup> Essa tradição ainda não desapareceu em muitos lugares. Não é estranha ao Brasil, onde em certas localidades, notadamente na região nordeste, ainda tem vigência. O caso mais notório é o da cidade de Exu, em Pernambuco, onde as famílias Alencar e Sampaio praticamente se aniquilaram mediante vinganças recíprocas.

<sup>87</sup> A obrigação de vingar a morte do pai, de um lado, confrontada com a vedação de derramar sangue de parentes, de outro, e uma ação empreendida por expressa autorização de um deus de elevada estirpe, Apolo.

<sup>88</sup> “Apolo tomou, por isso mesmo, a única providência cabível: instituiu um julgamento ultrapatriarcal para o matricida, cujo crime seria apreciado pelo Areópago, o augusto tribunal ateniense. Seus advogados seriam o próprio deus de Delfos e Atená, a que nasceu sem mãe, das meninges de Zeus [...]” (BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. vol. III. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 337). Nessa solução, Apolo repete o procedimento de Zeus no episódio em que este recorre a um humano, Páris, para decidir a qual das três deusas que se candidataram à condição de “mais bela” (Palas Athena, Afrodite e Hera) deveria ser entregue o troféu (um pomo de ouro) maliciosamente ofertado por Éris, a deusa da discórdia. Páris escolhe Afrodite, com o que afronta as outras duas deusas, e isso redundará na Guerra de Tróia.

Vem a ser então instituído um conselho de juizes (*dikastôn bouleutérion*) que, por meio de doze humanos, doze juizes escolhidos da *pólis*, se incumbirá do julgamento, sob a presidência da deusa. Atená instala esse conselho sobre o rochedo de Ares, onde outrora as Amazonas, enfurecidas contra Teseu, se instalaram e sacrificaram a Ares; donde o nome Areópago <sup>89</sup>.

O julgamento é emblemático, à semelhança de um *hard case* da *common law* anglo-americana. Instalado o conselho de sentença, formaliza-se a acusação, que cabe às Erínias. Estabelece-se o contraditório, com Orestes promovendo sua própria defesa, tendo Apolo como defensor. Curiosamente, Apolo, que já havia definido o órgão competente para o julgamento e escolhido quem o deveria presidir, também participa do próprio julgamento, como defensor (*xyndikéson*) e também como testemunha (*martyrésou*), algo inconcebível em qualquer moderna concepção de jurisdição. A sistemática empregada é de um autêntico *cross examination*, onde as partes se revezam em indagar e argumentar ao mesmo tempo, e manipulam argumentos procurando persuadir os jurados da justiça de sua posição.

O relato é de HIRATA:

Iniciando o processo (*díken*, v. 582), Atená passa a palavra ao acusador (*ho diókon*), que esclarece os fatos não através de um discurso de acusação, mas através de perguntas rápidas: Orestes matou a mãe? Como? E por quê? Isto significa que os juizes irão considerar não apenas o ato, mas as circunstâncias e o motivo. Nas respostas, o réu não nega que matou a mãe, com um golpe de espada no pescoço, seguindo a ordem do oráculo de Apolo. Em seguida, acusa

---

<sup>89</sup> Simbolicamente, Atená funda o conselho do Areópago, e lhe confere **funções diferentes** das que até então exercia, ou seja, outorga-lhe **poder jurídico**, fato que ocorreu no momento em que, no século V a. C., o tribunal perdia sua função política. Na verdade o conselho já existia quando da obra de Ésquilo; fora fundado no século VII a .C. e constituiu uma das mais sólidas instituições aristocráticas que Atenas teve. Detinha amplo poder político e administrava grande parte dos negócios mais importantes da cidade. Por volta de 460 a. C., entretanto, com o regime democrático bem estabelecido, ele constituía uma anomalia com seus membros aristocráticos importantes e muito poder. Assim, em 462, Efialtes lança um ataque decisivo contra o Areópago, privando-o de decisões relevantes relativas à vida política e deixando-o apenas com julgamentos de crimes de assassinato, envenenamento e lesão corporal. Mais informações sobre o Areópago, ver: SOMMERSTEIN, Alan H. **Introduction in Aeschylus**: Eumenides. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 13-17.



Clitemnestra de ter cometido dupla poluição (*miásmata*), pois assassinando o marido, assassinou seu pai [pai de Orestes]. As Erínias respondem que ela pagou com a vida o seu crime, mas que ele, Orestes, continua vivo. Este contesta dizendo que, em vida, ela não foi perseguida [pelo assassinato do marido Agamêmnon], ao que as Erínias, com firmeza, retrucam com a ausência de consangüinidade no ato de Clitemnestra. E Orestes, que foi gerado e amamentado pela mãe, nega o sangue materno?<sup>90</sup>

Neste ponto, as *Erínias* promovem uma imputação objetiva: a uma, o delito é de mera conduta; prescinde de razões e nem pode ser justificado, pois consuma-se com o mero ato do derramamento do sangue parental; a duas, como pode ser renegado o vínculo uterino entre a vítima e seu assassino?

Em dúvida sobre a qualificação do ato cometido, Orestes pede ajuda a Apolo e o deus responde que o crime foi cometido com justiça (*dikaíos*, v. 615), pois, profeta, ele não mentiria e de seu trono divinatório ele jamais emitiu um oráculo que não fosse uma ordem de Zeus e nada poderia prevalecer sobre ela. A menção a Zeus poderia representar o fim do debate, porém as incansáveis Erínias ainda continuam, lembrando que Zeus pouca importância deu ao pai Crono, no dia em que o acorrentou. E Apolo, indignado, lembra que Zeus também sabe livrar dos entraves aqueles que ata, porém o sangue derramado não se recupera; e com isso concordam as Erínias, dizendo que esta é a verdadeira ofensa de que Orestes é culpado.<sup>91</sup>

A essa altura, a questão ainda continua indefinida, pois envolve valores e princípios antagônicos e de improvável conciliação. E findará por ser decidida com base num ponto polêmico. Primeiro, Apolo maneja um argumento retórico para convencer o júri de que o fato de uma esposa matar o marido é algo tão recriminável quanto o de um filho matar a mãe, pois o casamento é uma pedra angular da sociedade e, assim, a ligação por contrato é tão poderosa quanto a natural. Na melhor das hipóteses, eles se equivalem, e um deve anular o outro. Ora, se as Erínias não perseguiram Clitemnestra por haver assassinado o marido, falecer-lhes-ia então legitimidade para atormentar Orestes pela morte da mãe. O argumento não funciona; as

---

<sup>90</sup> HIRATA, Filomena Yoshie. **O julgamento de Orestes na Orestia de Ésquilo**. Disponível em: <[http://www.tre-pi.gov.br/eje/especializacao-direito-eleitoral/hermeneutica/o\\_julgamento\\_de\\_orestes.doc](http://www.tre-pi.gov.br/eje/especializacao-direito-eleitoral/hermeneutica/o_julgamento_de_orestes.doc)> Acesso em: 04 jun. 2007.

<sup>91</sup> Ibidem.

Erínias não se deixam convencer. Lembram que Clitemnestra matou seu **marido**, que não era seu parente de sangue, e, por isso, não têm compromisso com esse delito. Diferentemente, Orestes matou a **mãe**; derramou sangue de sua própria família, seu próprio sangue, e é por isso que têm legitimidade para atormentá-lo.

Por fim, o deus lança mão de um último argumento, um recurso erístico: ele introduz um elemento novo na discussão, **questionando a consangüinidade de Orestes em relação à mãe**. Segundo preconizava a doutrina pitagórica da paternidade<sup>92</sup>, à época aceita entre os gregos, **não é a mãe que engendra o filho, mas sim o pai que a fecunda**. A mãe apenas preserva e alimenta o embrião. Por sinal, arremata Apolo, a prova mais evidente disso era a própria deusa Atená, ali presente. Com efeito, pela mitologia, Atená era o protótipo da “filha do pai”, já que nascera da cabeça de Zeus, a golpes de marreta de Hefáistos, e não chegou sequer a ser alimentada no seio materno.

Trata-se, a todas as luzes, de um raciocínio dos mais especiosos. A uma, porque Atená, na teogonia grega, teve mãe. **Não veio a ser parida por uma mulher**, o que é diferente. Foi gestada por Métis, que, grávida e às vésperas de dar à luz, foi engolida por Zeus<sup>93</sup>. A duas, devido ao fato de ser esse argumento fulcrado numa posição inteiramente antinatural, contrária à natureza das coisas e que, aliás, faria **tabula rasa** da tradição tão denodada e implacavelmente defendida pelas Erínias. A três, enfim, porquanto legitimaria automaticamente qualquer matricídio, conferindo imunidade a qualquer filho que matasse a mãe, já que esta não seria sua parenta “consangüínea”.

---

<sup>92</sup> Cf. THOMSOM, George. **Aeschylus and Athens**. London: Lawrence & Wishart, 1950, p. 268.

<sup>93</sup> Um relato do nascimento de Atená, que se encontra em Hesíodo, dá conta de que, quando Métis estava prestes a dar à luz Atená, Zeus a enganou ardilosamente com palavras lisonjeiras e colocou-a em sua própria barriga. Geia (Gaia) e Urano tinham-no aconselhado a fazê-lo, pois Métis estava destinada a ter filhos excessivamente sábios. O primeiro seria Atená, igual a Zeus em coragem e em sábios conselhos. Depois dela, entretanto, Métis daria à luz um menino de coração conquistador, que seria rei de deuses e homens. Zeus devorou Métis antes que isso pudesse acontecer.

Encerrados os debates e as perorações, Atená chama os doze jurados a proferir sua decisão. **Ela própria não participa do julgamento**; todavia, diante do número par de votantes, e da probabilidade concreta e não improvável da superveniência de um empate, ela promove um esclarecimento ao corpo de sentença.

Nessa sua manifestação, que se dá em aberto, Atená revela que as alegações que melhor a persuadiram foram as de Apolo, inclusive seu argumento malicioso a favor da tese controvertida do “parentesco por paternidade”. Mas o que mais a tocou foi o raciocínio de que o crime de Clitemnestra, de fato, havia sido tão ou mais hediondo que o do filho que a assassinou e a convicção de que o ato de Orestes não se revestia, assim, de censurabilidade suficiente para uma condenação:

Juntarei meu voto àqueles que vão para Orestes:  
 Pois não há nenhuma mãe que me gerou,  
 O masculino – exceto o casamento –  
 Louvo de todo coração, sem reservas sou pelo pai.  
 Orestes vencerá se os votos forem iguais.<sup>94</sup>

Feita a apuração, dá-se a proclamação:

Este homem foi absolvido do crime de sangue,  
 O número de votos das duas partes é igual.<sup>95</sup>

Importante é destacar que **Atená não julga** e nem propriamente **absolve** Orestes. Em verdade, ela não chega mesmo a participar do julgamento em si<sup>96</sup>; ela se limita a conduzir a sessão do Areópago, metamorfoseado de tribunal político para corte jurídica. Ela dá

---

<sup>94</sup> HIRATA, Filomena Yoshie. **O julgamento de Orestes na Orestia de Ésquilo**. Disponível em: <[http://www.tre-pi.gov.br/eje/especializacao-direito-eleitoral/hermeneutica/o\\_julgamento\\_de\\_orestes.doc](http://www.tre-pi.gov.br/eje/especializacao-direito-eleitoral/hermeneutica/o_julgamento_de_orestes.doc)> Acesso em: 04 jun. 2007. Brandão dá a seguinte versão da manifestação da deusa: “A mim pertence a última palavra. Juntarei meu voto aos que são a favor de Orestes. Não tive mãe que me desse à luz. Sou a favor do homem, pelo menos até o casamento. Com todas as minhas forças sou pelo pai. Desse modo, não levarei em consideração o assassinato de uma mulher, que matou o esposo, guardião de seu lar. Para que Orestes seja absolvido, basta que haja empate nos sufrágios” (BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. vol. III. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 341.).

<sup>95</sup> HIRATA, Filomena Yoshie. op. cit.

<sup>96</sup> O Areópago era constituído de doze magistrados. Tanto Atená não participa do conselho no julgamento de Orestes que, caso tivesse ela integrado o conselho, não teria então ocorrido empate.

suas razões de convencimento, mas se limita a enunciar o que fará caso ocorra divisão igual dos votos, que é uma possibilidade a qual, se vier a ocorrer, constitui uma perspectiva indesejada por apenas prolongar o impasse. Ante o quadro de *non sequitur* ditado pelo empate na votação, declara-o inocente, no sentido de **não culpado** (*not guilty*), tal como no direito norte-americano a ausência de consenso de um corpo de sentença leva, conforme o caso, a se declará-lo inocente, ou à anulação do julgamento. Seu gesto é revolucionário, ditado por um sentimento de justiça, e corporifica mais uma contribuição mítica ao direito. Com ele, Atená institui o princípio do *fávor rei*, ou seja, em havendo empate na votação, no âmbito criminal<sup>97</sup>, esse empate deve ser resolvido em favor do réu, hoje um princípio praticamente universal e unanimemente considerado imposição de justiça.

A deusa vai mais além. A partir daí, Atená deixa definitivamente fixado o princípio de que aos homens, ou à *pólis*, é conferida a autoridade de dizer o direito, v.g., de exercer **jurisdição**. Efetua uma exortação, onde fornece os referenciais pelos quais se deverá pautar o exercício de tais funções:

Ouvi, agora, o que estabeleço, cidadãos de Atenas, que julgais a primeira causa de sangue. Doravante, o povo de Egeu conservará este Conselho de Juizes, sempre renovado nesta Colina de Ares. Nem anarquia, nem despotismo, esta é a norma que a meus cidadãos aconselho observarem com respeito. Se respeitardes, como convém, esta augusta Instituição, tereis nela baluarte para o país, salvação para a Cidade. Incorruptível, venerável, inflexível, tal é o Tribunal, que aqui instituo para vigiar, sempre acordado, sobre a Cidade que dorme.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Em nossa tradição, num julgamento de *habeas corpus*, garantia criminal, o empate, pelo *fávor rei*, implica concessão da ordem. No mandado de segurança, que é garantia civil, o empate tem o efeito contrário, implicando denegação do *writ*.

<sup>98</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. **Dicionário mítico etimológico**. vol. I. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 140.

### 1. 7. O mito como justiça e componente ideológico

O julgamento mítico de Orestes, sob a ótica do direito e também da justiça, propicia muitos campos de discussão, de cunho religioso, filosófico, jurídico e mesmo ideológico.

Esse mito, tal como exibido na tragédia de Ésquilo, ostenta iniludível dimensão ideológica. É que, ao mesmo tempo em que esse julgamento se guia pela procura de uma solução justa a um impasse de cunho jurídico, a *Oréstia*, no fundo, conforme destaca BRANDÃO<sup>99</sup>, é também um campo de batalha entre duas concepções de poder, cujos elementos de composição e de conflito são paradigmáticos, e, portanto, necessariamente ideológicos.

Simbolicamente, nesse julgamento se opõem, lutando pela predominância e pela hegemonia, duas concepções de mundo, o **Matriarcado**, configurado principalmente por Clitemnestra e as Erínias, e o **Patriarcado**, traduzido sobretudo em Agamêmnon, Electra, Orestes, Apolo e Atená. É um **confronto por poder e hegemonia**, à semelhança da travada entre jusnaturalistas e positivistas, entre capitalistas e comunistas, entre conservadores e liberais, entre os adeptos da tecnologia e do mercado transnacional e os das forças mais tradicionais e locais, resistentes e hostis a qualquer tentativa de globalização — enfim, entre todos aqueles mundos com visões e parâmetros antagônicos que não se suportam mas se vêem condenados a conviver<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. **Teatro Grego**: Tragédia e Comédia. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 22 e ss.

<sup>100</sup> Sobre essa convivência simultânea de mundos caracterizados por valores e crenças diferentes e de incompatibilidade aparentemente irreduzível, ver: FRIEDMAN, Thomas. **O Lexus e a Oliveira**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Os próprios crimes de que se cuida (Clitemnestra matando Agamêmnon e Orestes justificando a mãe), em si próprios, têm clara inspiração ideológica. Clitemnestra atua atendendo ao apelo ideológico da **justiça matriarcal**, assassinando o marido que havia matado a filha de ambos, Ifigênia. Admitir a possibilidade desse comportamento ocorrer impunemente, no contexto do caso concreto (uma esposa matando o marido), coloca sob risco o poder e a hegemonia patriarcais. Por sua vez, precisamente em nome da ideologia patriarcal ultrajada por tal gesto é que Apolo orienta Orestes a restaurar a supremacia dessa ordem desafiada, restaurando-lhe o vigor.

No caso de Orestes, esse julgamento compõe uma luta de morte entre as deusas-mães ctônias, as Erínias, e os deuses “novos” olímpicos, Zeus e Apolo. Uma mesma situação (a ocorrência de duas mortes) desperta sentimentos e posicionamentos totalmente diversos, ambos aspirando à justiça com base em **valorações** distintas de cada uma delas em relação à outra. Para as Erínias — comprometidas com os valores telúrico-matriarcais —, a morte de Agamêmnon e a condição de adúltera de Clitemnestra representam circunstâncias de somenos importância: o ato se exauria nos limites de um homicídio comum, e haveria mesmo razões justas que lhe retirariam o caráter criminoso e recomendariam sua impunidade. A rainha não se ligava ao marido pelo *ius sanguinis*, pelo direito consanguíneo, e estava de outro lado vingando o sangue derramado de sua filha Ifigênia. Já para Apolo, no entanto, a morte do rei Agamêmnon, do ponto de vista do patriarcado, houvera sido um crime abominável, mercê da posição de supremacia política, social, religiosa e familiar do homem em relação à mulher. **A decisão do impasse se dá em contexto nitidamente ideológico.** Atená, apesar de mulher, repele qualquer identidade com uma eventual posição feminina e matriarcal. Opta acintosamente pelo patriarcado; rejeita emprestar solidariedade ao seu gênero, “classe dominada”, alinha-se com o patriarcado (a “classe dominante”) e dá solução à lide de forma “falocrática”.

Analisando-se esse mito em suas implicações jurídicas mais modernas, percebe-se que ele é cheio de contradições. De um lado, se ele se revela pleno de significação positiva (ele representa a outorga da **jurisdição** pelos deuses aos homens, mediante a entrega do *lógos* à *pólis*), por outro ostenta pontos de deficiência e de perplexidade, que o colocam contrariamente à maioria dos sistemas de direito conhecidos e das noções usuais de justiça e de imparcialidade. A primeira objeção deriva da instituição mesma do órgão julgador, que é efetuada por Apolo, que é parte interessada na lide. A segunda está no fato de que Apolo atua simultaneamente como parte, testemunha e advogado. Em todo caso, indubitavelmente Atená se desincumbe em de sua tarefa, e, mais que aplicar uma das **normas** em questionamento, ministra **justiça**: em nenhum momento ela é neutra, mas atua com irrepreensível imparcialidade. Demonstração disso é o fato de que as próprias Erínias não se rebelam contra sua conduta e seu decisório; não só acatam o resultado como mesmo se libertam a partir de então de sua natureza irascível e persecutória; são convertidas nas Eumênides, e a partir daí se tornam símbolos de benevolência <sup>101</sup>.

## 2. A evolução histórica do direito e da Justiça na Grécia e em Roma

Passando do mito à realidade terrena, na Grécia clássica, as noções de direito e Justiça eram indistintas; uma implicava a outra. Nisso concordavam o pensamento platônico e aristotélico, embora posteriormente viessem a divergir. <sup>102</sup> Em Aristóteles, os conceitos de justiça,

---

<sup>101</sup> Esse julgamento denuncia as imperfeições do direito (*nómos*), e, ao mesmo tempo, sinaliza que ainda assim é possível obter-se justiça.

<sup>102</sup> “Platão confundia sob os termos de *nómos* e de *dikaion* o direito e toda a moral. O esforço de Aristóteles para sair dessa confusão culmina nos capítulos VIII e IX do livro V da *Ética a Nicômaco* em que o vemos chegar a uma distinção entre direito e justiça. Aristóteles sem dúvida trata do direito, do *dikaion*, num estudo da

lei e direito estão entrelaçados: para ele, justiça é, com efeito, um **fenômeno estatal**, ou seja, um elemento componente do direito porque o direito (consubstanciado na idéia de lei humana) é a ordem da comunidade pública, estatal, e esta ordem, uma vez posta, **informa a noção de justiça**; este direito outorgado é também o **critério do justo**. Em relação aos deuses e à natureza, não há que se questionar “justiça”, pois nem a vontade das divindades nem as leis naturais são susceptíveis de se submeter a essa avaliação valorativa.

Na determinação das relações entre justiça e lei [no sentido de direito], o Estagirita parte da antiga concepção popular que as identificava. **Todo o legal era uma espécie de justo**. O ordenado pelo legislador era o legal e a tudo isso se tinha como expressão do justo. Por sua vez, o justo, tomado como valor, por sua vez, mostrava-se como uma **espécie de proporção**, que não é uma qualidade apenas das quantidades numéricas, mas sim das quantidades em geral, como uma igualdade de razões que envolvia quatro elementos, de forma semelhante a uma regra de três na matemática<sup>103</sup>. FLEINER-GESTER põe em resalto, a tal propósito, que na Grécia antiga, o conteúdo das leis (*nómoi*) ocupava o primeiro plano: “Segundo Platão, o Estado ideal governado pelos filósofos não tem necessidade de leis, mas apenas as cidades que ainda não puderam desenvolver um Estado ideal.”<sup>104</sup>

Os gregos faziam também uma clara distinção entre as coisas da natureza e as da sociedade. Não se confundiam aquilo que é por **natureza** (*phýsis*) daquilo que é por **convenção** ou **posto pelos homens** (*thésis*). Isso valia analogamente também para o direito.<sup>105</sup>

---

justiça; a ciência do direito é uma parte da ciência da justiça, mas uma parte bem distinta” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 45.).

<sup>103</sup> LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica**: Horizontes, Teoria e Linguagem. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 53.

<sup>104</sup> FLEINER-GESTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>105</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15 e 16.



Surge também dos gregos a noção de **direito natural**, que BOBBIO<sup>106</sup> menciona quando quer fazer a associação entre o regramento cósmico da natureza<sup>107</sup> em oposição àquilo que denomina de **positivo**, o conjunto de regramentos estabelecido pela sociedade humana, através do Estado, sem qualquer correlação com ordens cosmológicas ou próprias da natureza. Nas cidades-estados gregas, por tais características, não há propriamente uma especialização da atividade jurisdicional; não existe o que poderíamos conceituar como “estrutura jurídica”, nem processual nem jurisdicional; as coisas ligadas ao direito não alcançaram ainda autonomia. Mito, religião, tradição, bases naturais e éditos e proclamações dos governantes são ainda função de profetas e de religiosos<sup>108</sup>, e ainda assim passam por um filtro de fundo ético-filosófico e político. Os conselhos tutelares de tais cidades, eventualmente, são chamados a decidir causas de cunho legal ou jurídico, mas geralmente suas funções precípua são **políticas**, e não especialmente **jurídicas**. Mesmo o jurídico passa pelo filtro do político. Só mais tarde se tornarão hermeneutas, em relação à regulação social promovida pelo jurídico.

O que dá o tom maior àquele tipo de sociedade eram a **filosofia** e a **religião**, não o direito. Nem por isso a Grécia, no âmbito jurídico, escapou de experimentar problemas político-jurídicos ditados por influências ideológicas, ditadas por confrontos de grupos ou castas (para não se dizer “classes sociais”, no sentido que o termo “ideológico” ganharia, muito mais

---

<sup>106</sup> “Aqui o termo ‘positivo’ refere-se à justiça: a passagem pretende expressar precisamente que o *Timeu* trata da ‘justiça natural’ (isto é, das leis naturais que regem o cosmos, e, portanto, a cosmologia, a criação e a constituição do universo) e não da ‘justiça positiva’ (isto é, das leis reguladoras da vida social) [...] Neste texto o direito positivo é chamado ‘direito legal’ (*nomikón dikaion*) e o natural é dito *physikón*: observamos que é impróprio traduzir o termo *dikaion* pela palavra ‘direito’ (ainda que o façamos assim por motivos práticos) uma vez que o grego *dikaion* (bem como o latino *jus*) tem um significado dual indicando ao mesmo tempo a idéia de ‘justiça’ e de ‘direito’.” (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 16 e 17.)

<sup>107</sup> Necessário esclarecer, neste ponto, que por direito natural para BOBBIO o que se deve compreender é o elenco das regras da natureza invocáveis para regular temas humanos. A visão dos gregos é mais ampla, porquanto as relações humanas estão sujeitas e podem ser decididas pelos ditames naturais.

<sup>108</sup> Nesse sentido, oportuno é lembrar que a esses agentes (profetas e sacerdotes) cabia a função de **interpretar** (ou seja, **declarar**, **anunciar**, **esclarecer** ou mesmo **traduzir**, em toda sua extensão semântica) os signos para que fossem aplicados, e que *hermeios* era a denominação dada ao sacerdote do oráculo de Delfos.

tarde, no Século XIX, com MARX), com interesses distintos. Esse atrito ideológico se esboça, inicialmente, por volta do Século VII a.C., quando é instituído um sistema monetário e, pelo desenvolvimento do comércio, surge na Hélade um novo estamento, o dos mercadores e artesãos, que rapidamente enriquecem e passam a ameaçar a hegemonia da elite aristocrática da época, os eupátridas <sup>109</sup>. Esse conflito somente chega ao plano do direito quando das reformas de Sólon, em 594 a.C., que estruturou as instituições políticas, deu direito de voto aos trabalhadores livres sem bens e codificou o direito em Atenas, preparando o terreno para a implantação da democracia com Clístenes:

Outro problema sério para o povo era o direito grego. Se pelo que se sabe, até o momento, da Linear B, não havia código algum escrito de direito no período micênico, durante toda a época dória os helenos se tornaram ainda mais ignorantes. Só entre os séculos IX e VIII a.C. é que apareceram no mundo grego vários alfabetos, que paulatinamente se unificaram, mas cuja origem é uma só: o alfabeto fenício. Pois bem, o direito grego oral, consuetudinário, estava nas mãos dos nobres, dos eupátridas, que, por “conhecimento hereditário”, pretendiam interpretá-lo e aplicá-lo. **Era o direito baseado na *thêmis*, “*têmis*” (Thémis, “Têmis”, é a deusa da justiça), isto é, na justiça de caráter divino, uma espécie de ordálio, cujo depositário é o rei, o eupátrida, que decide em nome dos deuses.** Não foi apenas Hesíodo que se queixou dos “reis comedores de presentes”, que não raro julgavam em seu próprio proveito. <sup>110</sup> [grifo nosso]

Como se pode notar, nesse particular, uma vez mais as noções de direito e de justiça ficam claramente distinguidas. Primeiramente, está destacado o aspecto que ainda unia a influência teológica na vida jurídica da sociedade. O direito era de origem divina, reclamando *herméios*, ou interpretação. Em segundo lugar, fica também muito claro que o jurídico não se constitui apenas de uma ordem normativa; é preciso que essa ordem seja aplicada com critérios justos.

**Foi exatamente com isto inclusive que Sólon tentou romper, substituindo a *têmis* pela *dike*, “dique”, isto é, pela justiça dos homens, baseada em leis escritas. Lamentavelmente, porém, enquanto as aristocracias não foram**

---

<sup>109</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. vol. I. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 149.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 151 e 152.

**eliminadas, a administração da justiça continuou a ser manipulada por magistrados e conselhos aristocráticos.** E a violência, que Sólon tanto se esforçou por evitar, foi inevitável. Suas reformas acabaram por desagradar a todos: aos eupátridas, porque perderam seus privilégios, e ao povo que preferia transformações radicais [...] Incapazes, portanto, de satisfazer sobretudo às aspirações populares, os legisladores foram substituídos pelos tiranos.<sup>111</sup> [grifo nosso]

As reformas de Sólon, por si sós, já configuravam uma mudança de paradigma jurídico, estando em latência um componente ideológico. Por outro lado, a jurisdição na Grécia se dá, até o advento e triunfo dos postulados democráticos, por meio de um misto de sacerdote e magistrado, um hierofante, encarregado de interpretar os ditames dos deuses e aplicar a justiça, mas observando parâmetros que atendessem a categoria hegemônica, a dos eupátridas. O espectro das tradições e dos mitos projetava na jurisdição grega outros efeitos, como já se pôde observar.

Já naquela que poderia ser chamada de classe intelectual, não há qualquer vislumbre de ideologia na Grécia, no âmbito do direito quanto na própria função de jurisdição e de seus agentes. O interesse dos intelectuais gregos naquilo que somente séculos depois será denominado de ideologia era nulo. Naquilo que mais se aproximaria desse conceito, v.g., a concepção de mundo, o interesse dos gregos se voltava para as escolas de pensamento filosófico que ali vicejaram na Era de Ouro da Hélade, com ênfase na noção de **ética**. A Grécia Clássica se interessa por **ciências naturais** (astronomia, matemática, cálculo, geometria e música) e pelas artes mais ligadas à **filosofia** e à **política** (lógica, gramática, retórica e dialética), eminentemente em plano **abstrato**. De todo modo, vale salientar, como mais adiante restará ainda mais reforçado, pouca importância dispensava ao direito, em especial no que este apresentasse de pragmático e negocial.

Na esfera da jurisdição grega, existia **procedimento** e havia preocupação com o **contraditório**. O que não existia era a figura acabada do advogado, cuja presença apenas difusa

---

<sup>111</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. vol. I. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 151 e 152.

talvez estivesse perigosamente em tipos como o tribuno, de que Demóstenes foi talvez o maior exemplo. As cidades gregas, em especial Atenas, eram comunidades fundadas na ação política, caracterizada pelo oral e pelo discurso, e o direito herdou tal característica. Mas essa participação política era **pessoal**; não podia ser delegada. O conceito de advocacia (*ad vocare* = para falar, ou seja, convocar alguém a manifestar-se oralmente por outrem) era atividade ilegal e mal vista na Grécia clássica. Para Aristóteles, “se é lamentável não saber defender-se com o corpo, mais lamentável, ainda, é não saber se defender com a palavra, expressão do exclusivamente humano”.<sup>112</sup> Essa vedação tinha expressão íntima (era desonroso fazer-se representar por outrem) e também legal. Isso levou à instituição de uma categoria de retóricos intermediários, os *logógrafos*<sup>113</sup>, os *ghostwriters* da época, aqueles que elaboravam por escrito as petições, razões e discursos para outrem, destinados a serem decorados e pronunciados pelos próprios interessados<sup>114</sup>. É bem ilustrativo desse estado de coisas que, no julgamento de Sócrates, este tivesse sido procurado por Lísias, seu amigo e o mais conceituado dos logógrafos da época, que lhe foi exhibir um discurso que preparara para que o filósofo argumentasse perante seus julgadores. “Afirma-se que Sócrates o leu, gostou, mas o recusou. Seria ‘iludir a lei que proibia um homem defender-se por outrem.’”<sup>115</sup>

Os gregos, portanto, não desprezavam o direito. Apenas não lhe conferiam importância ou prioridade mais destacada, no conjunto de suas preocupações e atividades

---

<sup>112</sup> SODRÉ, Hélio. **História universal da eloquência**. vol. I. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 33. O autor imprime ainda mais ênfase a esse aspecto, logo em seguida: “ ‘Em Atenas tudo dependia do povo e o povo dependia da palavra’, disse Fenelon. Os cidadãos podiam galgar espontaneamente à tribuna para apresentar seus planos, manifestar suas convicções, criticar a marcha dos negócios públicos. ‘A democracia ateniense era um vasto pretório. Qualquer cidadão podia ver-se citado para comparecer à tribuna, para advogar uma causa, para sustentar uma candidatura, para refutar um acusador’, confirmou Paul de Saint-Victor. E concluiu: ‘O exercício da palavra era tão necessário quanto o das armas’ ”, p. 59.

<sup>113</sup> Os gregos, portanto, se não admitiam o **falar** em nome de outra pessoa, não censuravam o **escrever** para uso de outrem. Rejeitavam a advocacia, mas toleravam aquilo que poderia ser denominado de “adescritura”.

<sup>114</sup> SODRÉ, Hélio. op. cit., p. 66. Sócrates, um prestigioso logógrafo do período, equiparava-se a uma faca de amolar: “sou como a pedra de afiar, que não corta, mas faz com que muitos ferros cortem”, p. 68.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 67.

habituais, provavelmente pelas conotações de natureza prática e indeclinável aspiração mercantil que sempre o circundou. Sua *tekné* devia ser reservada a temas julgados mais dignos e relevantes:

Os helenos tinham inegavelmente espírito inventivo. Mas, se não se interessavam pelas realizações práticas, para isso havia duas razões. “Em primeiro lugar, existia a tradição cultural de que o pensamento abstrato era superior às operações manuais, que chegavam a ser ridicularizadas. Segundo, as classes altas não tinham necessidade de inventos destinados a economizar trabalho, uma vez que contavam sempre com grande número de escravos, cuja maior comodidade não era levada em conta”. Eis uma razão convincente, positiva. Os gregos não necessitavam de inventos técnicos. Estavam absorvidos com os seus pensamentos, com as suas investigações mentais, com as atividades do espírito, que eles acreditavam serem as únicas capazes de elevar o homem. “Um povo extraordinariamente lúcido tem gosto de pensar pelo prazer de pensar”, escreveu Fouillée.<sup>116</sup>

No plano filosófico, político e jurídico, a Grécia Clássica projeta seus efeitos para muito além do período em que viveu. Basta atentar que na Inglaterra, a “Utopia”<sup>117</sup>, sociedade ideal concebida por MORUS, era muito decalcada nas tradições gregas, mesmo já transcorridos vinte séculos após o de Péricles. Os utopianos demonstravam grande afinidade com a visão grega clássica, e, à semelhança desses gregos de antanho, não conseguiam disfarçar má vontade e ojeriza aos romanos e faziam severas críticas ao direito como instituição. As leis, como na Grécia, deviam ser claras e de fácil entendimento; cada um defenderia seus próprios interesses, e o juiz, chamado a atuar, mostrava-se preocupado com justiça, por equidade e justa composição:

Os utopianos são um povo amável, alegre, industrioso; saboreiam suas horas de descanso, suportam o que for necessário em matéria de trabalhos físicos e são infatigáveis nos trabalhos do espírito. **Quando eles nos ouvirem falar das letras e da ciência dos gregos — pois não puderam ter grande estima pelos latinos, exceto por seus historiadores e poetas —, demonstraram um zelo admirável em querer aprofundá-las, ajudados por nossas explicações.**

Suas leis são pouco numerosas: não são necessárias muitas com tal constituição. **Eles desaprovam vivamente em outros povos a quantidade de volumes de**

---

<sup>116</sup> SODRÉ, Hélio. *História universal da eloquência*. vol. I. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 48 e 49.

<sup>117</sup> MORUS, Thomas. *A Utopia ou tratado da melhor forma de governo*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Editores, 1997.

**difícil interpretação, pois consideram uma suprema iniquidade submeter os homens a leis numerosas demais para que alguém possa lê-las de uma ponta a outra, e obscuras demais para que um leigo possa compreendê-las.**<sup>118</sup> [grifo nosso]

Para MORUS, a perspectiva de justa e equânime solução a litígios passa, necessariamente, pela simplicidade e, principalmente, pela possibilidade de que todos os interessados tenham noção, tão completa quanto possível, das regras que devem ser aplicadas a cada caso concreto. Por força disso, como se constatará logo em seguida, serão desnecessários intérpretes: a singeleza dos dispositivos ensejará que, na maioria dos casos, o próprio interessado promova a defesa direta de seus direitos.

**Eles recusam radicalmente a intervenção dos advogados, que expõem as causas com demasiado refinamento e interpretam as leis com demasiada astúcia.** Preferem que cada um defenda sua própria causa diante do juiz em vez de delegá-la a um porta-voz; **poupam-se assim desvios e a verdade se deixa resgatar mais facilmente, pois, quando um homem fala sem que um advogado lhe tenha soprado artificios, a sagacidade do juiz saberá pesar os prós e os contras e proteger os espíritos mais simples contra os sofismas dos expertos, método que dificilmente poderia se aplicar nos países onde as leis se acumulam numa mixórdia inextricável.** Entre os utopianos, todos conhecem as leis, já que elas são, como eu disse, pouco numerosas e, num caso duvidoso, adota-se como mais equitativa a interpretação ditada pelo bom senso. Tendo a lei por objeto unicamente lembrar a cada um seu dever, dizem eles, uma interpretação demasiado sutil, que poucos são capazes de compreender, só poderá instruir uma minoria, enquanto sua significação, resgatada por um espírito simples, é clara para todos. **De que serve para a massa, isto é, para a classe mais numerosa e que tem a maior necessidade de regras, a existência de leis, se as que existem só têm sentido nas intermináveis discussões de personagens engenhosos, leis inacessíveis ao julgamento sumário do povo simples e muito menos a pessoas cuja vida está inteiramente ocupada em ganhar o pão?**<sup>119</sup> [grifo nosso]

---

<sup>118</sup> MORUS, Thomas. **A Utopia ou tratado da melhor forma de governo.** Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Editores, 1997, p. 117 e 118.

<sup>119</sup> *Ibidem*, 128 e 129. Oportuno consignar a existência de outra versão do mesmo texto, como segue: “Possuem apenas um número muito restrito de leis, pois, para um povo tão instruído como os Utopianos, e com tais instituições, poucas leis são necessárias. **Desaprovam principalmente nos outros povos o número interminável de leis e comentários sobre as mesmas e que esses povos consideram ainda insuficientes.** Têm como suprema injustiça que se obrigue um homem a obedecer a leis que não consegue conhecer, pois são inúmeras e tão obscuras que ninguém as pode compreender com exatidão. **Excluem ainda mais rigorosamente os advogados, procuradores e solicitadores, que manejam habilmente os processos e discutem astuciosamente as leis.** Pensam ser mais acertado que cada um defenda a sua própria causa e confesse diretamente ao juiz o mesmo que contaria ao advogado. Deste modo haverá menos ambigüidade e

Em suma, os gregos cultuavam, no plano jurídico, muito mais um sentido de **justiça** e de **ética**, ligado ao mito, à religião e à atividade exigível de um cidadão, mas sem manifestar grande preocupação com a literalidade ou filigranas de normatizações ou regramentos. Muito menos, pode-se acrescentar, com qualquer coisa remotamente aparentada com o que modernamente se concebe como “justiça social” ou defesa de interesses de minorias ou de segmentos oprimidos.

Quando surge o Estado Romano, as concepções de direito e justiça teriam que experimentar um forte desvio de concepção e práxis. Nem isso seria de se estranhar, já que tal substituição implicava uma inversão de paradigmas: saía de cena uma sociedade de filósofos, ocupados com o abstrato, assumindo uma outra formada por comerciantes, preocupados com aspectos práticos e utilitários da vida.

Uma primeira destas distinções, na área jurídica, é o fato de que o direito, entre os gregos, regia as relações dos cidadãos de uma mesma cidade, a *pólis*. Dependia, portanto, das instituições peculiares dessa *pólis*, e da ação de seus magistrados. Os gregos, ainda que pudessem aspirar a uma **universalidade da filosofia**, jamais pretenderam a mesma universalidade para as **normas jurídicas**. Já os romanos, por força de injunções outras, como se acentuará

---

a verdade descobrir-se-á mais facilmente, pois o juiz pesará e examinará com bom senso as razões de cada um, **a quem nenhum advogado instruiu com impostura, defendendo os espíritos ingênuos e simples contra as calúnias maliciosas dos malabaristas de palavras**. É difícil observar estes princípios em países com um número infinito de leis intrincadas e equívocas. **Na Utopia, no entanto, todos são advogados hábeis, pois é pequeno o número de leis que os regem e a sua interpretação mais simples e vulgar é considerada a mais justa**. Pois todas estas leis, dizem os Utopianos, são promulgadas com o único intento de que cada homem fique convenientemente informado de seus direitos e deveres. Ora a interpretação cheia de sutilezas e habilidades é acessível a pouca gente e só esclarece um pequeno número, enquanto as leis formuladas com clareza e simplicidade são facilmente compreendidas por todos. **Ora, que importa ao vulgo, isto é, à grande maioria do povo, que é quem mais precisa de conhecer os seus deveres, que não haja leis, ou que as leis estabelecidas sejam tão equívocas e confusas que só se consegue uma interpretação verdadeira depois de grande discussão e de longos estudos?** E se para conseguir descobrir o seu significado não chega o entendimento simples do povo, nem a vida inteira dos que ocupam o seu tempo somente em ganhar o pão com o suor do seu rosto!” (MORUS, Thomas. **Utopia**. Trad. Maria Isabel G. Tomás. Lisboa: [s.d.], p. 110 e 111, grifo nosso)

posteriormente, quando passaram a dominar o mundo conhecido, ampliaram esse conceito: à *pax romana*, corresponderia também a *lex romana*, dividida entre o *ius civile* e o *ius gentium*.

Observa LOPES:

A ordem cosmológica grega centrada na participação do cidadão na vida da *pólis* modifica-se, transformando-se em uma ordem social, baseada numa aliança entre os membros da *civis*. O pensamento grego, que estava voltado para um cosmos abstrato, representado pela *pólis*, foi apropriado para regular uma sociedade concebida concretamente como um pacto entre os cidadãos de Roma.<sup>120</sup>

É ainda LOPES faz referência a um texto perdido de CÍCERO (*De iure civili in artem redigendo*), onde aparece uma definição de direito na expressão *Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium conservatio*<sup>121</sup>. Há em Roma, no plano jurídico, pouca preocupação com as relações públicas (entre o Estado e os cidadãos, ou entre os Estados, ambas geralmente compondo domínio mais reservado à política). direito, propriamente dito, diz respeito às **relações privadas**, sob um lado eminentemente prático, que deviam ser resolvidas não mediante “ciência” ou lógica racional, mas por um critério de **proporcionalidade** — *aequabilitas* — que decorria da observação dos usos e costumes da realidade social — *usitatae*. O referencial era costumeiro, e não legal. O direito não era produto da razão pura, mas sim **ponderação** segundo regras da própria sociedade. O juiz deveria decidir os conflitos de acordo com as leis romanas — desde que legítimas [nesse contexto, presumidamente **justas**, adequadas e mais ainda, **autorizadas pelos usos**]. Por “lei”, assim, não se consideravam apenas regras escritas, mas sobretudo usos e costumes<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica**: Horizontes, Teoria e Linguagem. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 62.

<sup>121</sup> Numa tradução livre, pelo mesmo autor: “A finalidade do direito civil pode ser assim definida: manter os costumes e as leis entre os cidadãos nos litígios sobre um bem.” (Ibidem, p. 62)

<sup>122</sup> Ibidem, p. 62-63.



Neste trabalho, o enfoque no sistema jurídico romano e nas suas implicações de direito e de Justiça concentram-se mais fortemente nas compilações justinianas, que representam o coroamento bem sucedido na busca por um sistema de direito com fundamento no ideal de justiça, e que deu origem aos sistemas jurídicos da maioria das nações ocidentais, no qual se aliou o senso prático, característico da cultura romano, à busca da justiça do caso concreto e à filosofia grega, que também influenciaram a formação do Direito Romano.<sup>123</sup>

Relações e interesses filosóficos e puramente políticos não requerem auxílio do direito; são resolvidos em outra arena. Mas relações mercantis, sim; não têm como ser implementadas sem uma estrutura jurídica que defina direitos e obrigações (e estabeleça garantias para o sucesso de contratos e negócios) — o que impõe também a existência de um esquema jurisdicional que mova essa engrenagem. Não terá sido por mera coincidência que em Roma uma das atividades que mais foram incrementadas foi precisamente a advocacia, precisamente aquela atividade tão pouco considerada pelos gregos.

Se os gregos eram **idealistas**, os romanos serão predominantemente **realistas**.<sup>124</sup> Sodré explora a fundo essa dimensão ideológica que tão acentuadamente distingue os dois povos. A opção ideológica grega fez com que a matriz de sua civilização enveredasse pelo conferir prestígio à filosofia e às artes, a despeito de circunstancialmente se deixar influenciar por motivações sócio-econômicas e eventualmente mesmo de estamentos sociais. Já a diretriz ideológica romana, ditada por um novo corpo de interesses e de valor existencial, dava pouca importância a esses aspectos que eram tão mais caros aos gregos. Sua natureza **empreendedora**, centrada não apenas no poder político, mas na prosperidade ensejada pela

---

<sup>123</sup> SOUSA, Aiston Henrique de. **A equidade e seu uso nos juizados especiais cíveis**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005, p. 26.

<sup>124</sup> SODRÉ, Hélio. **História universal da eloquência**. vol. I. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 119.

expansão do comércio, e preocupada com outro tipo de valor, ligado ao **útil**, ao **concreto** e ao **prático**, à **matéria**, enfim, teria que conduzir o Império Romano ao direito, indesejavelmente:

“Desde o início, Roma se firmou com força, expandindo-se no terreno das realizações”, escreveu Veidt Valentin. E não restam dúvidas de que essas realizações — materiais e objetivas — chegaram a impedir, durante muito tempo, o aparecimento dos grandes poetas, dos grandes filósofos e dos grandes dramaturgos. As principais realizações intelectuais dos romanos deviam, mesmo, expandir-se por outros setores.<sup>125</sup>

Chega a ser notável a diferença entre as duas civilizações, no que respeita à arte e à filosofia. Não se pode chegar à afirmação temerária de que inexistiram em Roma manifestações artísticas e filosóficas; o que se acentua é que elas nunca se ombream ao nível da civilização helênica:

Também rasgaram novos horizontes para a humanidade — mas estes horizontes foram os jurídicos e os políticos. Através dos tempos, a influência de Roma teria que se fazer sentir imperiosamente por intermédio da obra máxima de sua inteligência, situada, firmemente, nos domínios do direito e do Estado. **“Os gregos foram (inclusive) os iniciadores da filosofia jurídica, mas os primeiros que construíram um sistema engenhoso e prático do direito foram os romanos”**, afirmou Bodenheimer. É a verdade reconhecida. Ainda hoje não se fala em direito ou em Política, não obstante todas as transformações sociais, sem olhar-se, ainda que de relance, para a Roma antiga.<sup>126</sup> [grifo nosso]

Como já se buscou enfatizar, a excelência romana se manifestou, no plano do pensamento e das idéias, no direito, muito provavelmente por consistir num tipo de atividade que coincidia com as expectativas da comunidade, assim como o culto ao corpo, às artes e à filosofia diziam mais ao espírito dos gregos. Ademais, cumpre não deslembrar que os romanos eram marcadamente pragmáticos, e não os sensibilizava o gosto grego pelas atividades abstratas:

“A ciência do direito é em Roma essencialmente popular, como a arte. Emanada do povo, se dirige ao povo e o povo a compreende plenamente”, declara Biondo Biondi, confirmando, de algum modo, a afirmação citada de Cícero. E avança: “Se compararmos o jurista romano com o moderno, não é certamente este último o que sai favorecido, por muito orgulhosamente que se proclame científico e chame o primeiro de empírico”. **Ao direito, os romanos emprestaram, com**

---

<sup>125</sup> SODRÉ, Hélio. **História universal da eloquência**. vol. I. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 122.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 122.

**efeito, um caráter de perenidade, fixando normas que resistiriam — e continuam resistindo, galhardamente, o transcorrer dos séculos.** Capricharam, ademais, no estudo e na prática da administração pública, logrando fornecer esplêndidos ensinamentos, ainda hoje buscados por todos quantos se dedicam à arte ou à ciência do Estado. “O direito romano — escreve agora George H. Sabine — acabou por ser uma das maiores forças intelectuais da história da civilização européia, uma vez que apresentou princípios e categorias em torno dos quais pensaram os homens a respeito de toda a classe de problemas e, especialmente, dos problemas políticos”. A verdade é imperiosa: alguma glória mental imensamente grande pertence aos romanos — e esta glória é a de terem sido mestres admiráveis do direito e da Política.<sup>127</sup> [grifo nosso]

Dessa própria conformação das características peculiares do direito em Roma, onde a norma não derivava nem **exclusivamente** nem com **maior força** da lei, como texto escrito, extrai-se que havia ali uma maior preocupação com um **sentimento de justiça**. Ou seja, não bastava a mera aplicação da regra a um caso concreto; importava muito mais que tal atendimento **satisfizesse** a uma expectativa do corpo social<sup>128</sup>, ainda que à custa de contrariar eventualmente uma norma positiva<sup>129</sup>. Afinal, é preciso não deslembrar que Roma constitui uma sociedade onde a retórica é **pública**, mas o interesse primordial das atividades da civis é **privado**. É o privado que orienta o público, e não o inverso. São os costumes que norteiam as leis, não os textos escritos que condicionam as praxes. No exercício da dicção do direito, era usual aparar as arestas dos excessos legais, temperando-lhes eventuais durezas ou excessos, de acordo com cada caso particular, conforme recomendação feita por Cícero:

Nas *institutas* de Ulpiano (D,1,1,1)112, há a seguinte definição: para quem vai trabalhar com o direito é indispensável que conheça a origem dessa palavra ‘justiça’. Segundo a elegante fórmula do jurista Celso, o direito é a arte do bom e do equânime (busca de uma justa proporção) — *ius est ars boni et aequi*. O Digesto confirma assim que a idéia de justiça para os romanos estava intrinsecamente ligada ao direito. No entanto, observe-se que não se tratava de uma justiça geral, mas sim de uma justiça para o caso particular, bem sintetizada

---

<sup>127</sup> SODRÉ, Hélio. **História universal da eloquência**. vol. I. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 122.

<sup>128</sup> Ou da “categoria social” envolvida, já que em Roma não existiam o que depois se denominaria de “classes sociais” no sentido moderno.

<sup>129</sup> “Positivo” está sendo aqui utilizado no sentido de “posto pelo Estado”.

na máxima *ius suum cuique tribuere*. A tarefa do direito era determinar a posição concreta e os bens de cada um dos cidadãos.<sup>130</sup> [grifo do autor]

Isso é reconhecido por VILLEY<sup>131</sup>, que atesta essa preocupação dos juristas romanos com a noção aristotélica de justiça: justiça é a virtude que tem por objeto próprio atribuir a cada um a parte que lhe corresponde. Esses juristas, na linha exata dos preceitos do Digesto, admitem a doutrina de que o direito deriva da justiça; que a jurisprudência é a ciência do justo e do injusto; e, mais precisamente, que o direito é “aquilo que é justo”. Tal noção de justiça, enfatiza VILLEY, está fortemente condicionada por essa visão peculiar do Direito Romano, centrado num contexto axiológico de **distribuições** e **trocas**. Direito, ali, está embebido de noções de ajuste e contrato: mais substancialmente, envolve dar a cada um a parte que lhe toca. Demais disso, os romanos se interessavam pouco por filigranas filosóficas ou retóricas na regulação e resolução dos temas sociais; o que lhes importava era a concreção do estatuído pela base costumeira (principalmente) e pelas leis (subsidiariamente) sobre casos concretos. Isso era facilitado por uma singularidade: a atividade jurídica em Roma era visualizada não como **ciência**, mas sobretudo como **arte** — ideologicamente posta, na imensa maioria dos casos, a favor do perfil mercantil daquele tipo de sociedade.

Vale a pena chamar a atenção, aqui, para o fato de que a definição de Justiça dada por Ulpiano, que se tornou clássica na parêmia *Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu), sempre foi amplamente satisfatória para o campo do direito romano porquanto, torne-se a repetir, este apresentava caráter **eminente privado**, e, mais que isso, marcadamente **contratual** (sinalagmático e comutativo, pressupondo troca negocial). Mas não funcionava em outros

---

<sup>130</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Outubro/ Dezembro, a. 37, n. 148, 2000, p. 129.

<sup>131</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 71.

campos das relações humanas. Não apresenta correspondência com o direito Penal nem com qualquer relação humana não negocial.

A concepção de Celso, como atrás indicada, embora ainda fluídica, limitada e imprecisa, oferece uma noção mais aceitável do que vem a ser justo, em especial porque faz alusão a um **aplicador** e à **natureza intrínseca de sua ação**. Enquanto Ulpiano se cifra num conceito de vontade (*voluntas*), que é meramente uma **disposição de espírito**, mas em estado inercial (não há menção a algum ato que a torne real e concreta), a definição de Celso, diversamente, alude a uma **concepção dinâmica de Justiça**, tal como sublinha LOPES:

A definição de Celso, em que o direito é tratado como arte, possibilita destacar ainda outra característica do direito romano. Na Antiguidade, a arte - *ars* para os romanos ou *teknê* para os gregos - era um saber **que se orientava para um fazer**. Ela envolvia um método verdadeiro de raciocínio, relacionado com a criação de algo não permanente, de modo que dedicar-se a uma arte é estudar a maneira de fazer uma coisa que pode existir ou não. **A arte era um saber real que intenciona sempre à práxis, buscando um domínio pragmático sobre a própria coisa**. Dentre as virtudes intelectuais, a arte geralmente é vista em contraste com a *episteme* - ciência, com um saber representado pelo modelo da matemática, sobre o inalterável, repousando sobre uma demonstração de coisas universais e invariáveis. **Para os romanos, o saber do direito voltava-se para uma prática da vida social, sendo, por isso, uma arte [...]** Em Paulo (D,50,17,1): a função da regra é a de descrever uma realidade. Não é o direito que advém da regra, mas sim do direito que existe é tirada a regra (VILLEY:1998, p. 65). O direito não podia ser exaurido em regras jurídicas, elas apenas descreviam o conhecimento jurídico, que era uma realidade preexistente.<sup>132</sup> [grifo nosso]

Ou seja, aplicar o direito de forma devida e escoreita (ou seja, com justiça), pela fórmula de Celso, implicava portanto uma **ação** (ou seja, **um fazer**, uma **arte**). Tal ação pressupunha um **agente**, ou seja, o **encarregado da aplicação da norma**. Em Roma, isso englobava toda a classe encarregada de dar solução a litígios<sup>133</sup> (pretore, jurisconsultos e juizes).

<sup>132</sup> LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica: Horizontes, Teoria e Linguagem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 63-64.

<sup>133</sup> Nem sempre quem decidia um caso jurídico era o encarregado de executar a decisão. Para isso, haviam funcionários, ligados não à classe judiciária, mas ao Executivo: “ [...] existia também em Roma o princípio da separação entre a direção formal do processo e a aplicação do direito, ainda que, sem dúvida, numa

Para configurar-se como **justa**, essa ação (configurativa de jurisdição, pelo fato de dizer o direito) não poderia se cingir à literalidade da norma ou do princípio; teria que ser marcada por duas características essenciais. Deveria afirmar valores positivos (o **bom**), nisso compreendidas noções tais como utilidade, correção, conformidade com a moral e os bons costumes, legitimidade, e, mais ainda, deveria ser **equânime**, ou seja, atender a critérios de justa proporção. Só acidentalmente uma regra positiva, estaticamente visualizada e tão-somente pelo seu próprio enunciado, poderia atender ao direito e à Justiça. Por sinal, por conta disso mesmo, havia em Roma grande desconfiança em relação às regras, “que jamais atingem o justo e não devem ser confundidas com o direito”<sup>134</sup>. VILLEY esclarece esse ponto, em comentário ao Digesto:

**Não acreditemos poder tirar o direito da regra mas, a partir do justo, que existe (que está nas coisas: direito natural), tentemos construir regras: *Jus non a regula sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.*** <sup>135</sup> [grifo nosso]

Em Roma, pela primeira vez se pode falar em jurisdição, de forma autônoma. O direito é aplicado mediante um **procedimento**; adquire feição **processual**, libertando-se da regra objetiva:

Em uma primeira fase, que se desenvolvia perante o pretor (*in jure*), os envolvidos eram ouvidos e eram declarados os termos da controvérsia, mas o pretor não julgava as causas apresentadas pelos litigantes. Em seguida, as partes eram encaminhadas a um juiz (*judex*), momento em que se iniciava a fase denominada *in judicio*, na qual o juiz decidia a questão dada pelo pretor, julgando soberanamente, em nome do povo. Estes juizes eram escolhidos entre patrícios, e até mesmo entre plebeus.<sup>136</sup>

O direito, assim, também se secularizou, emancipando-se da religião; o encarregado pelo deslinde dos dissídios é desvinculado claramente da função religiosa: “Com

---

forma tecnicamente muito diferente da elaboração germânica da sentença.” (WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. vol. II. São Paulo: Editora UnB, 2004, p. 81.)

<sup>134</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 73.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>136</sup> SOUSA, Aiston Henrique de. **A equidade e seu uso nos juizados especiais cíveis**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005, p. 30.

isso, os ritos e termos que anteriormente se constituíam em segredo foram dessacralizados. A partir daí se abre caminho para que o sacerdócio e a profissão jurídica se separem.”<sup>137</sup>

Ênfase mais notável deve ser dada, no plano do universo jurídico da Roma clássica, ao tratamento especial ali reservado ao seu aspecto processual. FLEINER-GERSTER, ao comentar o período, faz esse registro, ao explicitar a amplitude do sentido, ali, do termo “lei”:

Na Antigüidade romana, o acento recaía sobre o procedimento. Do ponto de vista do conteúdo, toda ordem suscetível de generalização pode ser entendida como uma lei. Contudo, no plano do procedimento, é necessário distinguir entre a *lex data*, lei posta pelo soberano (por exemplo, a Lei das Doze Tábuas), e a *lex rogata* ou a lei proposta pelo magistrado. Segundo Gaio (117-180 d.C), a lei é uma *lex* aprovada pelo povo por proposta de um magistrado "*lex est, quod populus iubet atque constituit*" (Gaius, I, 3). Finalmente, a decisão da plebe (*plebiscitam*) foi igualmente denominada *lex*.<sup>138</sup>

De tal giro, não é apenas o direito em sua condição de norma material que experimenta expansão no âmbito da Roma clássica. O elemento de jurisdição também avança singularmente no campo do Direito Romano, tanto que a noção de direito em Roma era **eminentemente procedimental e processual** (sendo promovida mediante *actios*); não era passiva nem expectante, como assinala WEBER, que assinala sua origem no direito germânico:

A direção do processo pela autoridade e a divisão de poderes entre funcionários e juiz foram conservadas. Tudo isso em conjunto deu origem à prática especificamente romana da instrução do processo: uma instrução estritamente formal do magistrado ao cidadão escolhido da lista de juizes, referente às condições, jurídicas e efetivas, em que tinha que reconhecer ou não a existência do direito reclamado. Por fim, os magistrados, especialmente os *pretores* e *ediles*, chegaram a fixar os esquemas dessas instruções processuais, no início de cada ano de gestão, em seu edito, cujo conteúdo, aliás, em oposição à força obrigatória das *loegsaga* nórdicas, somente muito tarde adquiriu caráter compromissório.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> Cf. SOUSA, Aiston Henrique de. **A equidade e seu uso nos juizados especiais cíveis**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005, p. 30.

<sup>138</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 493.

<sup>139</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. vol. II. São Paulo: Editora UnB, 2004, p. 94.

Tudo isso já prenuncia que os romanos, a partir da transformação de sua cidade-estado em potência mundial, com que submeteram povos diversos e entraram em contato com seus usos, costumes e métodos de jurisdição, vão se deixar influenciar por tais povos, numa área que a eles (os romanos) interessava vivamente. No texto de WEBER, é muito sensível a influência crescente dos sistemas germânicos no direito romano. A recíproca também é verdadeira.

Isso é peculiarmente notado nas diferenciações experimentadas por cada um desses sistema jurídico à conta de contatos com os métodos e critérios de povos e comunidades distintos, e do tipo de características jurídicas próprias de cada um (para se ficar numa dessas distinções, basta lembrar que Roma concentrava interesses predominantemente **urbanos**, ao passo que os dos germânicos eram marcadamente **rurais**). Em Roma, importava a **atividade comercial**, centrada em **contratos funcionais**; nas comunidades germânicas, os interesses se concentravam, sobretudo, na **posição social**, na **posse de imóveis** e nos direitos de **sucessão e familiar**<sup>140</sup>. Isso tornava a prática jurídica em Roma altamente formal e racional:

O edito, como é natural, era redigido com a assistência de práticos jurídicos, e assim adaptado às novas necessidades surgidas dos interessados no direito, conservando-se de resto, em regra, simplesmente a redação do precedente no cargo. **A grande maioria dos fundamentos de queixa reconhecidos tinha que ser definida, naturalmente, não por situações de fato concretas, mas por conceitos jurídicos da linguagem cotidiana. O emprego de uma fórmula juridicamente errada pela parte que escolhia o esquema de queixa implicava, por conseguinte, a perda do processo, em oposição a nosso princípio da "substantificação da queixa", segundo o qual basta a apresentação de fatos para fundamentar a queixa, contanto que justifiquem sob algum aspecto jurídico, seja qual for, a reclamação do direito em questão.**<sup>141</sup> [grifo nosso]

---

<sup>140</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. vol. II. São Paulo: Editora UnB, 2004, p. 96.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 44.



Por sinal, costuma escapar a boa parte dos comentadores jurídicos, preocupados com o plano mais expressivo em que se manifestava a construção jurídica romana, o do direito material, ou direito Civil, o fato de que foram também os romanos grandes inovadores na área procedimental e processual das relações jurídicas. A ênfase já indicada no formalismo exagerado era proposital, com o objetivo de só dar andamento àquelas causas que atendessem rigorosamente a um figurino pré-ordenado.

É claro que no caso do “princípio de substantificação” a necessidade de uma fixação jurídica extremamente precisa dos conceitos é muito menor do que era no procedimento romano, o qual obrigava os práticos a uma distinção e a uma delimitação muito rigorosa e precisa dos conceitos jurídicos cotidianos. E também onde o magistrado instrutor vinculava suas instruções processuais a puras situações de fato (*actiones in factum*), a interpretação, em virtude daquela técnica do pensamento jurídico, assumia um caráter jurídico rigorosamente formal. Nessas condições, o desenvolvimento prático da técnica jurídica cabia, em grande parte, à “jurisprudência cautelar”, isto é, à atividade dos consulentes jurídicos, que preparavam os esquemas contratuais para as partes e também aconselhavam os magistrados no *consilium*, ao qual todo funcionário romano costumava recorrer, como peritos na redação de seus editos e esquemas de queixa. Aconselhavam, por fim, os cidadãos chamados para resolver certos casos, dando-lhes assistência na resolução dos problemas apresentados pelo magistrado e na interpretação de suas instruções processuais.<sup>142</sup>

As novidades procedimentais e processuais ocorridas em Roma se viram aceleradas quando os romanos foram compelidos a recorrer a seu conhecido pragmatismo para fazer frente às necessidades geradas pelo seu agigantamento. À medida que seus domínios se expandiam de uma cidade-estado para um estado-nação e daí para um império, eles confrontaram uma variedade desconcertante de normas e procedimentos, legais diferentes de suas próprias normas e procedimentos e também diferentes entre si. Assim, os juristas romanos tiveram de buscar princípios comuns aos diversos sistemas legais com os quais passaram a conviver e a ter

---

<sup>142</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. vol. II. São Paulo: Editora UnB, 2004, p. 44.

que manter contato, isso tanto no campo do direito propriamente material quanto no âmbito processual.

Isto tudo tomado em conta, o Direito Romano clássico é onde a **jurisdição** — o exercício da aplicação do direito por pessoas especializadas, sem conexões com as antigas tradições mitológicas e teológicas — começa a existir concretamente e vem a se afirmar de modo mais prático e efetivo. É lá também onde o **sentimento de justiça** aparece mais fortemente ligado ao conceito clássico e formal de ordem jurídica. Isso se deveu à instituição da figura do pretor, como assinala SOUSA:

O Direito Romano clássico foi marcado pela forte atuação do pretor. O Pretor surgiu por volta de 367 a.C, e tinha como atribuição apreciar os litígios que ocorressem entre cidadãos romanos, enquanto que o pretor peregrino, função surgida por volta de 251 a.C, tinha por função apreciar as questões envolvendo cidadãos romanos e estrangeiros, uma vez que estes não tinham a proteção da lei. Suas funções não eram exatamente a de julgar, mas apenas a de conhecer o processo, indicando o direito a ser aplicado e encaminhando a um juiz que iria proceder ao julgamento. Ao ser eleito, os pretores publicavam um programa de trabalho que passou a denominar-se édito. Inicialmente o édito era oral, mas, com o tempo, passou a ser escrito e, posteriormente, foi consolidado, passando a ser perpétuo. Assim, os éditos passaram a se constituir em uma espécie de código. **Os éditos dos pretores foram uma das fontes mais originais do direito no último século da época republicana, e constituíram-se em uma fonte de direito genuinamente romana, que não é encontrada em nenhum outro sistema jurídico.**<sup>143</sup> [grifo nosso]

Esse sistema jurídico peculiar implementado em Roma, o direito pretoriano, significou um dos grandes passos evolutivos do direito em direção à concepção de justiça<sup>144</sup>:

O direito flexibiliza-se com o objetivo de alcançar o ideal de justiça: ‘... o magistrado comporta-se como legislador quando faz as suas escolhas e determina os seus objetivos entre os possíveis, traduzindo-os em esquemas típicos e formulações gerais; mas, como senhor do processo, empenha-se em respeitar as condições que as escolhas realizadas impõem à sua própria atividade.’<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> SOUSA, Aiston Henrique de. **A equidade e seu uso nos juizados especiais cíveis**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005, p. 32.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 33-34.

Vale realçar que, por essa ocasião, à medida que o território romano se expandia ao redor do Mediterrâneo, os romanos fazem com que seu direito outra vez beba em fontes filosóficas helênicas. Foi formulada uma “lei das nações”, o *jus gentium*, que sintetizava as normas adotadas por todas as nações então conhecidas.

Sob a influência da filosofia estóica, a Lei das Nações gradualmente fundiu-se com a Lei da Natureza (*jus naturale*); o processo foi concluído no início do século III da nossa era, quando a cidadania romana estendeu-se a todos os súditos do império. Passou então a existir um postulado fundamental do pensamento ocidental: o certo e o errado não são conceitos arbitrários, mas normas fundamentadas na natureza e, portanto, concernentes a toda a humanidade; problemas éticos devem ser resolvidos com base na lei da natureza, que é racional e supera a lei positiva (*jus civile*) das sociedades de indivíduos.<sup>146</sup>

O Direito Romano vai aos poucos se conformando aos novos tempos, amplia seu sentido de aliar a ordem normativa com maior agilidade e justiça na execução das regras jurídicas, e, à conta disso, o regramento jurídico romano, de modo gradual, mas inexorável, irá ganhando dimensão universal:

O direito pretoriano apresentou-se, assim, como reconhece Justiniano, como a “viva voz do direito civil”. As rígidas regras do direito civil, voltadas unicamente para os interesses da classe patrícia, vieram a se chocar com a nova realidade dos fatos, fazendo surgir, de outra parte, um direito baseado no direito natural. **O Direito Romano, aos poucos, deixou de ser o direito dos patrícios para se tornar o direito internacional, o direito das gentes, que sancionava os atos praticados sem a observância das formalidades e respeitava a boa fé (fides), ou seja, a lealdade à palavra empenhada.**<sup>147</sup> [grifo nosso]

O Direito Romano seria ideológico, no sentido que modernamente é esse termo empregado mais usualmente, ou sofreria algum tipo de influência de tal natureza?<sup>148</sup> A resposta é positiva. Primeiro, é suficiente para tanto lembrar toda a concepção que orientou a instituição das

---

<sup>146</sup> PIPES, Richard. **Propriedade e liberdade**. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto P. D. da Fonseca. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001. p 32 e 33.

<sup>147</sup> SOUSA, Aiston Henrique de. **A equidade e seu uso nos juizados especiais cíveis**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005, p. 33.

<sup>148</sup> Mais adiante, no capítulo em que se discorrer sobre ideologia, serão abordadas as diversas concepções desse termo. Na presente abordagem, “ideologia” está sendo utilizada tanto como conjunto de idéias, crenças e valores que prestigiam a preservação de uma determinada ordem político-social quando que influenciam psicologicamente as pessoas, individual e coletivamente.

bases jurídicas romanas. Por um lado, tratava-se de regulamentar as relações locais (civis), entre cidadãos romanos, que era intensamente matizado por propósitos econômico-mercantis, o que era feito pelo *jus civilis*, por outro, especialmente quando a dominação política de Roma se ampliou e ganhou características universais, passou a ser necessário regulamentar também as relações entre os romanos e os povos conquistados e submetidos ao *imperium* de Roma.

Para tanto, utilizava-se o *jus gentium*, tido como o direito comum ao gênero humano, conseqüência forçosa das relações particulares entre os homens de todas as nacionalidades. Era, então, aquele praticado por romanos e estrangeiros, sem distinção (*quo gentes humanae utuntur*), fundando-se na razão (*naturalis ratio*). O *jus civilis*, ditado por razões ideológicas, de cunho político, econômico e social, mantinha com o *jus gentium* uma relação de supremacia; sob qualquer visada, compunha também um instrumento de dominação. Por sinal, SOUSA identifica uma influência ideológica ativa e recíproca entre o Direito Romano e o de outros povos dominados, em especial os germânicos. Isso faz com que se modifique gradativamente, por força do intercâmbio de novos modelos e figurinos de direito e de jurisdição, forçados por novas realidades negociais, em constante necessidade de atualização e mutação, a base jurídica romana:

O direito pretoriano guarda em si uma importante manifestação da eqüidade na medida em que representa uma adaptação, por via judicial, do direito próprio de uma sociedade arcaica. **É que o desenvolvimento de Roma, que se transformara no centro cultural e econômico do mundo, fez surgir um novo conceito de relacionamento entre os povos e a necessidade de novas regras jurídicas que viessem a regular as sempre crescentes relações comerciais.**<sup>149</sup>  
[grifo nosso]

Esse componente ideológico, é preciso enfatizar, está também presente, de forma clara, na natureza peculiar da sociedade romana. Roma não era (pelo menos, seguramente,

---

<sup>149</sup> SOUSA, Aiston Henrique de. **A eqüidade e seu uso nos juizados especiais cíveis**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005, p. 33.

não na medida dos gregos que a antecederam) uma sociedade preocupada com a filosofia, e sim com o **poder político** e com a **economia**, de cunho **negocial**. Apesar da inegável expressão do humanismo latino, não há como se deixar de reconhecer que, em Roma, a ordem prática se impõe à ordem idealista. As instituições jurídicas ali, fato que vai se expandindo à medida que Roma mais e mais se torna uma potência, estão a serviço de uma orientação nítida de **interesse mercantil**; são voltadas para **coisas** (tudo o que apresenta perspectiva de **apropriação**, v.g., o *dominium*, a posse e todas as formas sob as quais tais modos de relação do homem com as coisas se manifestam) e para **ajustes** (pactos e contratos), que de ordinário envolvem sempre **coisas** (*res*).

A noção de justiça que um tal tipo de visão ideológica forçosamente acaba por inspirar é a de garantia e respeito às relações negociais, proteção contra danos e de equivalência das trocas, tão plena quanto possível.<sup>150</sup> Assim como na Grécia, em Roma existiam conflitos ditados por diferenças de castas sociais. Mas, na mesma esteira do exemplo grego, o direito nunca esteve ali a serviço de dar solução a esse tipo de reclamo político-ideológico. Os atritos sociais da *civis*, conquanto existissem, se diluíam ou eram amortecidos à medida em que aquela cidade-estado se expandia, e gradualmente dominava o mundo conhecido: o “cidadão romano”, pouco importando a origem familiar ou a classe a que pertencesse, constituía uma elite perante a comunidade dos demais povos.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> Não será por outra razão que um dos mais conspícuos e vigorosos princípios jurídicos criado pelos juristas romanos é o *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos), que confessadamente objetiva conferir segurança aos contratos civis. É precisamente aqui que o mercado começa a mudar, conforme suas conveniências peculiares, a política e também o direito. As bases do positivismo e da dogmática jurídica já podem ser aqui claramente entrevistados.

<sup>151</sup> A tal hipótese, se aplica inteiramente o verso de John Milton, em seu “Paraíso Perdido”: “O reinar justifica a ambição,/ Inda que seja no próprio inferno!/ É preferível reinar no inferno / Que servir como escravos no céu!” A exemplo de Lúcifer, o anjo caído, o cidadão romano não se incomodava de ser o segundo em sua cidade quando podia ser o primeiro em qualquer outra sob o domínio de Roma.

É necessário já deixar claro, para prevenir equívocos, que o Estado Romano, conquanto mercantil, **não era capitalista**. Nesse sentido é a lição de GALGANO<sup>152</sup>, quando põe em realce o fato de que as regras, usos e costumes jurídicos romanos eram voltados à **conservação**, à **segurança** e **preservação** das relações comerciais. Não tinham como escopo, como virá a ocorrer no Estado Moderno, assegurar a **acumulação de capital e de riquezas**, nem, como MARX denunciará séculos depois, discorrendo sobre o mundo instituído pela burguesia liberal, garantir a dominação de uma “classe social” — a burguesia —, interessada no monopólio da propriedade privada dos meios de produção, sobre uma outra — o proletariado. Com esse intuito de fornecer garantia a esse modelo peculiar de sociedade e de vida (civil e negocial), o direito em Roma — por motivações ideológicas, como se frisou — apresentava amarras públicas débeis e era flexível na solução das demandas; passava-se a admitir o princípio da liberdade das formas jurídicas.

Por sinal, é precisamente por conta dessa evolução econômico-social da classe mercantil, a partir do Estado Moderno, que irá ideologizar ainda mais as relações jurídicas, que virá a aparecer aquilo que veio a ser conhecido como *ius mercatorum*. Este,

[...] antes de referir a uma parte do direito, é expressão que significa **um modo particular de usar o direito**: chama-se *ius mercatorum* **porque é criado pela classe mercantil** e não porque regule a atividade dos mercadores. Essa criação responde à necessidade de substituir-se o direito romano, voltado à **conservação**, por um novo direito, que propiciasse a **acumulação de riqueza**, ao mesmo tempo permitindo que a **estabilidade** das relações jurídicas, que aquele preservava, fosse transformada em **mutabilidade**.<sup>153</sup> [grifo nosso]

Fica evidente, diante disso, que a influência do estamento mercantil sobre os assuntos do Estado e do direito é antiga, solerte e diuturna. Cada época apresenta características

<sup>152</sup> Apud GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 65. “A expressão *ius mercatorum* pertence à linguagem jurídica culta; usavam-na, prevalecentemente, os glosadores como Bártolo e Baldo. A expressão possui um significado especial: mais do que referir-se a um ramo de direito, significa um **modo particular de criar direito**.” (GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Trad. João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 41, grifo nosso.)

próprias, que são cumulativas. Tal fato, como já se pode facilmente concluir, propiciará base jurídica, no tempo devido, à futura burguesia liberal.

## 2 O ESTADO MODERNO E A JURISDIÇÃO

No longo interlúdio que se dá entre a progressiva decadência das instituições da Roma clássica e o advento do chamado Estado Moderno, realização dos ideais político-sociais do Iluminismo, a base objetiva do direito (o **sistema jurídico**) muda, mas o relacionamento entre o sistema encarregado de aplicá-lo e o poder político praticamente não se altera. Ou seja, o **figurino jurisdicional básico** não sofre mudança de paradigma. O juiz e os tribunais prosseguem na tarefa de efetuar uma intermediação entre o elenco de regras jurídicas adotadas pela comunidade político-social em que se achavam inseridos, a estrutura de poder vigente e o próprio corpo social. Mas, como no passado, careciam de uma base epistemológica mais consistente e, mais expressivamente, não eram nem autônomos<sup>154</sup> nem autárquicos<sup>155</sup>. Já emancipados de sua antiga função sacerdotal, e diferentemente do poder clerical, que constituía um mundo à parte, com regras e competências peculiares, invioláveis pelo poder secular, os responsáveis pela jurisdição eram quase sempre burocratas ou prepostos dos detentores dos fatores reais de poder. Contra estes não dispunham de garantias e não eram deles parceiros no exercício do poder real.

Com o eclipse do poder de Roma, os reinos semibárbaros estabelecidos sobre as ruínas do extinto Império Romano passam a ser governados por um corpo de direito consuetudinário, do qual algumas parcelas foram gradualmente incorporadas em códigos escritos. Tais códigos, em sua maior parte, são completamente seculares e não se apóiam em origem ou

---

<sup>154</sup> Por **autonomia**, para os propósitos do tema, deve ser entendido “faculdade que possui determinada instituição de traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha”, uma das acepções indicadas pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (DICIONÁRIO HOUAISS. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 16 jun. 2007).

<sup>155</sup> O termo está aqui utilizado no sentido do grego *autárkeia*, “qualidade ou estado de quem se basta a si mesmo ou faz alguma coisa por si mesmo, auto-suficiência.” (DICIONÁRIO HOUAISS. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 16 jun. 2007)



inspiração divina. A política e as novas formas de organização das comunidades e feudos que vão se formando, como pequenos Estados que iam progressivamente adquirindo autonomia, altera toda a ordem conhecida, e isso forçosamente se reflete nas relações jurídicas<sup>156</sup>:

O lento desenvolvimento do feudalismo, a partir do caos econômico e social da Idade das Trevas, acarretou a desagregação e o colapso do governo central, dependendo o status jurídico de um homem de sua posse de terra e de sua relação com o senhor feudal, de quem ele recebia essa terra. Grande parte da população era de escravos de um senhor feudal ou de servos da gleba, sem nenhum direito legal sobre a terra que cultivavam, mas, não obstante, vinculados a essa terra e ao serviço do seu senhor. Nesse estado de coisas, a lei tendia a fragmentar-se em vastas congêries de leis consuetudinárias locais, administradas pelos senhores feudais em suas próprias cortes locais, e a suposta autoridade que o rei lograsse ainda assim reter era extremamente frágil e virtualmente impossível de ser imposta.<sup>157</sup>

No âmbito do direito, a congêrie não era menor, nem menos anárquica, reflexo das peculiaridades políticas e sociais da Europa feudal. Um fator de estabilização era a Igreja, que, para além de sua autoridade carismático-religiosa, compunha uma instituição com âmbito universal e dispunha do direito Canônico. Lembra LLOYD que, paralelamente a isso, havia um reclamo por ordem e estabilidade, com o propósito de conferir segurança a interesses de liberdade, propriedade, comércio e relações intra e extrafeudais:

Além disso, mesmo na esfera dos reinos seculares, um poder indeterminado de legislação era considerado investido no rei, assistido por seu conselho de magnata do reino; ele também possuía uma autoridade judicial suprema para decidir disputas legais e, assim fazendo, declarar imperativamente os costumes do reino. Não é necessário enfatizar que decisões desse gênero podiam, com frequência, consubstanciar inovações e, por conseguinte, ajudar na adaptação de regras consuetudinárias às novas necessidades sociais. Também a ascensão de cidades governadas por uma classe mercantil, no período final da Idade Média, sobretudo na Itália setentrional, criou a necessidade de um direito comercial mais desenvolvido e que fosse de aplicação mais do que meramente local. Para esse fim, recorreu-se amiúde à codificação do direito civil romano por Justiniano, e esse avanço foi muito incentivado pelo estudo do direito civil nas

---

<sup>156</sup> Mais detalhes em: LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 305.

universidades italianas, um estudo que se propagou a outros centros de ensino da Europa ocidental.<sup>158</sup>

Tudo isso contribuiu para um estado muito fluido de desenvolvimento jurídico na Europa feudal. A idéia de direito consuetudinário, escrito ou não escrito, como peculiarmente rígido e inflexível, não obtém apoio nos costumes desse período. Nos reinos feudais, a lei como um todo era considerada consuetudinária, sendo a legislação e as decisões judiciais tratadas como não mais do que vários métodos adequados ou para confirmar antigos costumes ou para criar outros.

## 1 Carta Magna: a jurisdição se emancipa

Em meio a essa turbulência, uma exceção extraordinária ocorre em 1215, na Inglaterra, quando — ainda assim, impõe-se não deslembrar, **tão-somente por conta de um conflito entre os detentores dos fatores reais de poder então vigentes, o rei e os barões** — uma autoridade real se vê compelida a acatar um instrumento jurídico de limitação de seu poder, a *Magna Carta de Libertatibus*, ou *Great Chart*.<sup>159</sup> O príncipe-regente John de Anjou, conhecido como *John Lackland*, ou João Sem-Terra, assume o poder, em caráter provisório, e acaba por ter que se submeter a um instrumento de garantia dos barões, que serve como um marco divisor na política inglesa e no direito anglo-saxão, com repercussão em todos os demais sistemas jurídicos desde então. Inicialmente, a Magna Carta era endereçada à proteção política dos barões, mas a tradição anglo-saxã a converteu em pedra fundamental para asseguarção de direitos fundamentais, de extensão geral.

---

<sup>158</sup> LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 306.

<sup>159</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 16-20.

BLACKSTONE, quando comentou existirem certos direitos individuais que se encontravam, “pelo menos pela razão e prática, se não pela lei estrita”<sup>160</sup>, acima do Parlamento, radicou a origem desses direitos na Magna Carta<sup>161</sup>, que, segundo ele:

[...] protegeu cada indivíduo da nação ao livre usufruto de sua vida, liberdade e propriedade, **a menos que declarado penalizado pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra** (“protected every individual of the nation in the free enjoyment of his life, his liberty and his property, **unless declared to be forfeited by the judgment of his peers or the law of the land**”).<sup>162</sup> [grifo nosso]

Por via oblíqua, o Judiciário inglês, ou seja, cada juiz ou corte, viu-se elevado de *status* político e passou a participar dos mecanismos reais de poder na Inglaterra, ou seja, ali, a jurisdição ingressou num novo patamar, com maior autoridade. Isso restou consolidado com a versão alterada da Carta Magna, em 1225. A partir de então, “nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, estaria acima da lei”<sup>163</sup>, e instituiu-se, conforme o § 39 desse texto reformado, o embrião daquilo que viria a tornar-se o princípio do devido processo (*due process of law*):

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

**(No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so,**

<sup>160</sup> Cf. SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.18.

<sup>161</sup> Esse cerne jurídico contido na Magna Carta, reconhecendo (e proclamando) a existência e a supremacia de uma ordem jurídica fundamental e fora do alcance dos poderosos, irá influenciar, nos Séculos XVII e XXVIII, a idéia de constituições escritas. FLEINER-GERSTER indica claramente essa conexão: “Já as primeiras Constituições não se satisfizeram contudo com a simples organização do Estado. **Convencidas de que o poder constituinte estava ligado ao direito anterior ao Estado, essas Constituições, no que concerne ao exercício do poder do Estado, codificaram os valores que, aos olhos do poder constituinte, deveriam ser imutáveis**” (FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 503, grifo nosso).

<sup>162</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. op. cit., p. 18.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 19.

**except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.)**<sup>164</sup>  
[grifo nosso]

Por óbvio, a lei aqui mencionada não é, absolutamente, a resultante de texto escrito. Por sinal, nem teria como sê-lo, muito especialmente pelo fato semântico de que, nos países anglo-saxões, o termo *law* sempre foi empregado com a conotação de “norma jurídica”, sendo irrelevante se derivada de alguma proclamação escrita ou não. No texto indicado, isso pode ser observado ante o fato da expressão *law of the land* ter sido traduzida como “costume da terra”. Portanto, para além de qualquer dúvida, no documento “lei” está empregada como sinônimo de “direito”:

[...] é aquela, revestida de legitimidade, porque adotada pelo povo, através dos costumes e declarada pelos juízes (common law). No sistema da common law, instituído pelo povo inglês, o direito surge a partir dos fatos concretos depois de sua apreciação pelos juízes, gerando, então, o precedente judiciário (stare decisis). A opinião da Corte se torna, a partir daí, lei da terra (law of the land). Somente depois é que o Parlamento, se entender necessário, edita lei com base no precedente judiciário, detalhando, mediante ampliação ou restrição, o entendimento adotado. Assim o arco de direitos e garantias conferidas pela common law deriva da pedra angular do direito inglês, ou seja, da Magna Carta, que lhe traçou os princípios fundamentais.<sup>165</sup>

O contido no § 40 do histórico documento, por outro ponto, autoriza novas considerações sobre o impacto da Magna Carta **no âmbito da jurisdição**, e não apenas no que se refere ao direito material. Indo além do que foi estipulado no parágrafo anterior, e claramente com o propósito de conferir-lhe **eficácia e concretude**, ele **emite comandos**, v.g., determina um **agir**, que tem como destinatária toda a comunidade, mas é também dirigido com maior vigor e grau de exigibilidade àqueles que venham a proferir julgamentos. Estes deverão, em obediência a esse dispositivo, não só aplicar a lei da terra, mas fazê-lo de modo a que o direito envolvido

---

<sup>164</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 19.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 20.

(*right*) seja preservado e se assegure, sobretudo, justiça (*justice*). Nenhum direito nem a justiça que o compreenda poderão ser objeto de transação ou negócio, denegação ou retardamento.

Em suma, o direito a ser aplicado deverá sê-lo de forma rápida, isenta e efetiva, e na sua mais lata extensão (o que implica dar-se ao *due process* uma amplitude máxima, abarcando tanto seu aspecto processual e procedimental (*procedural*) quanto sua essência material (*substantive*):

A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça. (**To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice.**)<sup>166</sup> [grifo nosso]

É importante observar que, se o texto original da Magna Carta, em 1215, estabelece **direitos**, objetiva e materialmente considerados, sua reforma em 1225 fixa **regras de garantia** e de que ditam o **modo** pelo qual tais direitos sejam efetivamente assegurados. Primeiro, não é suficiente um julgamento qualquer, ainda que pela lei da terra (*law of the land*); é imprescindível que esse julgamento seja **pleno, integral**, tanto **formal** quanto **substantivamente**, como se extrai da expressão *lawful judgement*. Inquestionavelmente, pelo contexto, o significado desse termo *lawful* está ali lançado no sentido de “*appointed or recognized by law; legally qualified*”.

No campo do direito, historicamente, o advento da Magna Carta tem a extraordinária condição de conceder autonomia e autarquia ao Judiciário. A atividade jurisdicional passa a compor fator de poder efetivo, transformando-se o magistrado em guardião do direito, em âmbito político e social, valendo-se do instrumental jurídico posto ao seu dispor (usos e costumes, doutrina, precedentes, *equity* e leis escritas, ou *statutory laws*). A **jurisdição moderna** nasce desse evento histórico, que influenciará toda a mecânica de formação do Estado Moderno e, em especial, mais tarde, o princípio da separação dos poderes e — ainda mais sólida

---

<sup>166</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 20.

e conspicuamente — a idéia de Constituição como norma fundamental, asseguradora de direitos e garantias fundamentais. Bem mais modernamente, no campo do direito romano-germânico, irá dar respaldo à idéia do juiz como criador da norma e do direito.

## 2 O Iluminismo e a lei como fonte do direito

A despeito disso, já que os episódios indicados fazem parte da estrutura peculiar da formação anglo-saxã, no resto da Europa a situação era bem diferente. Nesse período, irá vigorar, no continente europeu, o *ius commune*, o direito comum ou vulgar.<sup>167</sup> É a fase chamada de particularismo jurídico.<sup>168</sup> Tal interregno se caracteriza, dentre outros pontos, pela coexistência de várias ordens jurídicas distintas num mesmo espaço territorial e pelo conflito entre sistemas jurídicos que se apegavam a fontes distintas, como o Direito Romano e os direitos feudais e germânicos. Com isso, aparece e se fortalecerá um crescente sentimento de **incerteza jurídica**, em que não se sabe ao certo que tipo de direito aplicar a cada caso concreto.

Por força disso, já ao início do século XV a autoridade dos textos romanos e das contribuições jurídicas da Idade Média começa a ser substituída pela **razão humana**. Conforme preleciona SOUZA, o movimento de codificação, que teve surgimento na sistematização dos argumentos prudenciais, vai se intensificando, de forma crescente, até o século XVIII, através do surgimento de diversas ordenações, que constituíram o elemento

---

<sup>167</sup> EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do direito**. Brasília: Editora UnB, 1996, p. 218.

<sup>168</sup> Cf. NOJIRI, Sérgio. **A Interpretação Judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 34.

fundamental da vida jurídica dos povos modernos: “Caminhava-se, é bem de ver, em direção ao primado da lei, como expressão última da racionalidade.”<sup>169</sup>

A idéia de “código”, se não tem sua origem, ganha força e autoridade nessa época. Representa, numa era em que se privilegia a racionalidade, a melhor fórmula de se obter ordem e classificação do conhecimento. Todo ramo do conhecimento, nesse período, trazia ínsita a utopia de poder vir a compor uma ordenação exaustiva<sup>170</sup>. Esta idéia de sistema dá ao direito uma certa orientação metodológica, que o coloca em pé de igualdade às chamadas ciências da época.

Assim, abrindo mão da simples exegese dos textos, da mera conciliação de argumentos retóricos, e lançando-se, por outro lado, à concatenação de proposições lógicas, operadas num sistema fechado, o direito passa a cumprir os modernos imperativos do conhecimento científico.<sup>171</sup>

Isso implicará uma busca crescente, a partir dos Séculos XV a XVIII, por se conferir ao direito uma nova base: os novos tempos reclamam uma ordem normativa mais uniforme, que garanta mais segurança na elaboração e entendimento das normas. Isso abrirá azo à expansão do Estado e, mais tarde, como já se deixou assinalado, à prevalência da lei escrita e de um sistema legal codificado. NOJIRI comenta a respeito que essa obra de racionalização demandaria, necessariamente, radicais alterações na políticas e nas fontes que deveriam informar a atividade jurídica.

De início, ela reclamaria um centro de decisão unitário que se fundasse em bases políticas diferentes e elaborasse e aplicasse um projeto jurídico global:

O Estado moderno era o candidato mais natural, enquanto tendente, de um lado, a uma concentração de poder mais acentuada, de outro lado, a fazer com que a relação entre tais poderes e os sujeitos a ele submetidos se configurasse como

---

<sup>169</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

<sup>170</sup> O pensamento é de FOUCAULT. Cf. *Ibidem*, p. 44.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 44.

jurídica, ou seja, regida por regras jurídicas bem determinadas. A concentração política não podia deixar de lado a dimensão jurídica e se traduz no **monopólio da produção jurídica**.<sup>172</sup> [grifo nosso]

A irrupção do Iluminismo, o prevalecimento dos Estados nacionais, o apelo à razão e à ciência e o triunfo da idéia de que textos escritos conferiam maior precisão e segurança ao sentido do direito levarão, inelutavelmente, à vitória da concepção de que todo o sistema jurídico deveria então ser escrito e submetido a uma única fonte (estatal), e organizado em uma estrutura coerente e sistematizada (codificação)<sup>173</sup>:

O processo de codificação das leis trouxe consigo a idéia, típica do Iluminismo, de que a lei deveria, **do ponto de vista político, eliminar o despotismo e o arbítrio e, do ponto de vista jurídico, acabar com a incerteza e os privilégios**. Oportuno lembrar dois dos aspectos mais marcantes retirados do conceito de lei daqueles tempos e que até hoje se impõem firmemente: o da generalidade e o da abstração. Uma lei é geral ao não se destinar a uma única pessoa e abstrata ao não prever uma única ação concreta. **Generalidade e abstração são, portanto, duas características fundamentais da lei jurídica, características com as quais se objetiva realizar um valor ético e político (igualdade) e combater um desvalor social (incerteza e insegurança)**.<sup>174</sup> [grifo nosso]

Muita influência nessa fase virá a ter o racionalismo jusnaturalista.

Suas críticas à inorganicidade e à imprecisão das formas vigentes, muitas das quais consuetudinárias, deram impulso, em meados do século XVIII e durante o século XIX, a um crescente movimento de codificação. Deste modo, o direito passou a concretizar-se legislativamente. Este fato transcendental na história do direito modificou substancialmente a atitude dos juristas em face do ordenamento positivo.<sup>175</sup>

Como ficou, nesse quadro, a atividade jurisdicional? Nele se iniciam os suplícios e agruras da magistratura, que irão atingir seu ápice com a visão, pós-Revolução Francesa, de que a aplicação da lei consistiria em mera e singela aplicação do disposto no texto

---

<sup>172</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 46, fazendo remissão a NINO (NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica**. México: Astrea, 1984, p. 22 e 23.), sobre a elaboração, neste período, das modernas categorias jurídicas, a partir de uma versão sistemática.



legal a cada caso concreto em que se subsumisse. O direito, como se tomado por um *insight* mágico, havia supostamente logrado encontrar a sua pedra filosofal, o Santo Graal da verdade eterna e imutável, como diagnostica SOUZA:

As normas sistematizadas refletiam os mais íntimos aspectos da natureza humana, pelo que os juristas acreditavam, fielmente, que haviam descoberto princípios últimos, imutáveis e absolutos, os quais regulavam a convivência do homem em sociedade.<sup>176</sup>

Tudo que conspirasse contra o império da expressão literal da norma contida na lei escrita, elevada à categoria de “verdade”, deveria ser eliminado — isso incluía todo e qualquer operador do direito. Em certo sentido, era o que preconizava MORUS, na “Utopia”, como se constatará um pouco mais adiante no período pós-revolucionário francês.<sup>177</sup>

Tal estado de coisas, obviamente, não terá como evitar projetar efeitos na jurisdição, ou seja, na forma efetiva de aplicação do direito. Ora, em devendo o direito proceder apenas da **legislação escrita**, elevada à categoria de sua **principal** (e **virtualmente única**) fonte, seu único e exclusivo produtor será inicialmente o rei ou soberano, como detentor da soberania. Ele será posteriormente eclipsado pela figura do legislador, legitimado politicamente pela vontade popular, apurada mediante eleições. Em acréscimo, também por imposição da utopia iluminista, essa lei escrita deveria ser redigida em termos tão claros, precisos, inteligíveis e exaustivos que, a par de abarcar todos os aspectos do tema que estivesse regulando, qualquer do povo pudesse, sem maiores dificuldades, entender seus comandos. Não há como deixar de se estabelecer um paralelo, neste ponto, entre a Reforma protestante e o tipo de alteração de figurino proposto pelo Iluminismo para o plano jurídico. A concepção iluminista foi influenciada,

---

<sup>176</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 46.

<sup>177</sup> “Numa perspectiva quase utópica, **um dos objetivos da Revolução era traçar um sistema simples, sem tecnicismo, no qual se pudesse suprimir, sem maiores problemas, a figura do advogado**. Os códigos serviriam como verdadeiros manuais para os cidadãos, que poderiam, a partir deles, conhecer seus direitos e obrigações.” (Ibidem, p. 46, grifo nosso.)

primeiro, pela herança religiosa ocidental, firmada em torno de um código religioso (a Bíblia), e, segundo, pelo fervor com que a Reforma protestante a respeito da imprescindibilidade de que os textos religiosos podiam e deviam ser interpretados pelos próprios fiéis, sem necessidade de intermediários.

Interpretar era, para os apologistas da utopia iluminista, algo a ser combatido e evitado. Configuraria tão-somente uma furtiva oportunidade para escamotear e distorcer o único e real sentido da lei, que deveria obrigatoriamente ser aquele ditado pelo seu elaborador e outorgante (o soberano absolutista e, após, com exclusividade, o legislador) — do mesmo modo que, para os prosélitos da Reforma luterana e calvinista, a Igreja católica, pelo artifício da hermenêutica, havia desvirtuado a palavra de Deus e os verdadeiros ensinamentos da Bíblia, valendo-se da intermediação de uma autoridade central, o papa, e outros agentes de mediação o corpo clerical e os doutores da Igreja, valendo-se de exercícios hermenêuticos de conveniência. Ainda segundo NOJIRI, comentando o fenômeno, a alma do sucesso dessa nova engenharia jurídica implicava uma **conexão direta** entre o legislador e o cidadão:

Além disso, a lei deveria ser clara e precisa. Essas características visavam estabelecer uma conexão direta entre legislador e cidadão, sem que houvesse a intervenção do intérprete da lei que poderia, com uma função criativa, “corromper” a lei (Voltaire costumava dizer que “interpretar uma lei é, quase sempre, corrompê-la”). Qualquer cidadão comum poderia entender, pela simples leitura, o significado de uma lei. A clareza, nesses termos, além de uma garantia do cidadão, era uma forma de preservar a onipotência do legislador, garantindo a prevalência da lei como fonte fundamental do direito. Além disso, a lei deveria ser simples, vale dizer, de fácil aplicação.<sup>178</sup>

O conceito de supremacia da lei positiva passou gradativamente a adquirir preeminência cada vez mais e mais incontestável no concerto jurídico: o direito, a partir do triunfo dessa concepção, deverá vir a se fundar cada vez mais na lei positiva e menos, ou

---

<sup>178</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

praticamente nunca, em outras fontes. Por ocasião dessa passagem, acaba por ocorrer um novo fenômeno jurídico-ideológico: o direito escrito, que nos primórdios do Estado Moderna era malvisto por ser visualizado como elemento de dominação do soberano, pelo qual a aristocracia e o próprio povo eram enquadrados, passará a ser preconizado como fórmula de **libertação** desse mesmo povo. O povo assume a soberania, e com base nela — pelo mecanismo da representação — passa a criar as normas jurídicas, com total liberdade, conforme suas conveniências, mediante representantes eleitos para tal fim. A forma escrita, é preciso desde já por de manifesto, por facilitar na maioria dos casos a apreensão literal do sentido do dispositivo jurídico, permite o vislumbre imediato do alcance e dos limites da norma posta, algo inalcançável pelo sistema consuetudinário. Ou ainda pelo chamado direito natural, de contornos vagos e de grande imprecisão.

Essa mesma concepção de primazia e intangibilidade da lei escrita em sua rigidez (**fixação de limites do poder político e do corpo de normas jurídicas, mediante um texto escrito**), surgida para pôr cobro aos excessos dos reis e soberanos, acabará, paradoxalmente, tendo um efeito perverso. Em nome da liberdade e da repulsa à opressão, a lei escrita acabará por propiciar a instauração de uma nova tirania, agora a do Parlamento. Assim, a partir das idéias que irão desembocar cada vez mais no fortalecimento progressivo da lei até sua institucionalização como **fonte única**, ou **hierarquicamente superior**, do direito, que culminam com o triunfo das revoluções de 1776/1787, nas ex-colônias americanas, e 1789/1804, na França, passar-se-á de um mero “período legislativo” para o que veio a ser chamado Estado de Direito Legalista, que tem como principal princípio, na lição de BOBBIO, o da “onipotência do

legislador”<sup>179</sup>. Antes, se antes era dito que o rei não podia errar (*the king can do not wrong*<sup>180</sup>), a partir de então é o legislador que assume esse caráter messiânico, portador presuntivo de tal tipo de infalibilidade.

Por que se adotou então o fetiche da lei, e não se tomou em conta a possibilidade de se recorrer a outras fontes tradicionais de direito? Porque, assim asseveravam os revolucionários democratas, o texto escrito, resultante de debates de representantes eleitos pelo povo e aprovado pela maioria deles, seria, pelas suas características (legitimidade de elaboração, formulação racional, enunciado bem delimitado, forma escrita e conteúdo preciso), o instrumento mais apto a viabilizar a manifestação e atuação da vontade geral, por ser o que melhor se compatibilizaria com a desejável nova ordem por ele desejada de democracia.<sup>181</sup> Nas circunstâncias de então, entendia-se que apenas a ordem jurídica positiva forneceria resposta adequada às demandas sociais, que clamavam mais que tudo por **precisão** e **acurácia** das regras e também por **segurança**, tanto **política** quanto **jurídica**. Essa segurança só poderia ser obtida fazendo-se a lei **fonte única**, ou senão privilegiadíssima, do direito. O direito passa a ser identificado não mais por seu **conteúdo material**, mas pela **forma**. É a forma (**a procedência positiva da regra jurídica**) que passa a identificar o direito e confere à lei uma preeminência incontestável e absoluta.

---

<sup>179</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del derecho**. Trad. José Guerrero R. 3. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 22.

<sup>180</sup> Cf. BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 14.

<sup>181</sup> “O que o homem perde com o contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que tente e consiga obter; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que tem. Se queremos evitar equívocos ao avaliarmos uma coisa contra a outra, devemos estabelecer uma clara distinção entre a liberdade natural, que só é limitada pela força do indivíduo, e a liberdade civil, que é limitada pela vontade geral[...] Acima de tudo isso devemos acrescentar, ao que o homem adquire na condição civil, a liberdade moral, que por si só dele faz o verdadeiro senhor de si mesmo; pois o mero impulso do apetite é a escravidão, enquanto a obediência a uma lei que prescrevemos a nós mesmos é a liberdade.” (ROUSSEAU apud MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 183.)

### 3 O juiz como mero enunciador da vontade da lei

Em meio a tal embate de forças, nesse confronto entre o mar e o rochedo, ao Judiciário foi reservado o papel de marisco, e só com muito esforço conseguiu ele se afirmar no concerto da tripartição de poderes, no final do Século XVIII e início do Século XIX. Já de imediato, teve de se livrar das desconfianças dos agentes políticos eleitos e das severas peias do Estado Legalista liberal. Naquela época, de absoluta sacralidade da vontade soberana do legislador, como criador da lei, vigia a concepção de que o juiz não deveria ser mais que o aplicador servil do comando legal, ou seja, a simples e mera *bouche de la loi*, a boca que pronuncia as palavras da lei, no dizer de Montesquieu<sup>182</sup>. SOUZA faz menção ao fenômeno e à sua dimensão radical:

**Exigia-se, pois, que o Judiciário se visse despojado do poder de criar normas, mesmo que o fizesse a título de interpretá-las.** Havia, assim, uma certa desconfiança em relação ao possível espírito reacionário dos juizes, considerando-se a interpretação literal, rigorosa dos textos, como o melhor meio de garantir as liberdades individuais. Mas frente à nova ordem, os antigos revolucionários, estes sim, na expectativa de ver assegurados os seus ideais, assumiram posições radicais e reacionárias, que podem ser retratadas nas seguintes afirmações: “Os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete” (Laurent); “Não conheço direito civil, só ensino o Código de Napoleão” (Bugner); “Minha divisa, minha profissão de fé é a seguinte: os textos antes de tudo” (Demolombe).<sup>183</sup> [grifo nosso]

A consequência disso era que ao, nessa nova ordem, passou a ser vedada qualquer função judicial que não a aplicação literal do texto da regra legal, e qualquer

---

<sup>182</sup> MONTESQUIEU. *El Espíritu de las leyes*. Trad. Nicolas Estevénez e Matilde Huici. Buenos Aires: El Ateneu, 1951, p. 209.

<sup>183</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 46 e 47.

interpretação criativa na aplicação do direito seria recebida como heresia.<sup>184</sup> VOLTAIRE, que já havia dito que interpretar uma lei equivalia a corrompê-la, acrescentou a isso outro comentário desairoso à classe judiciária, ao dizer que os juízes não deveriam árbitros da lei, mas sim escravos dela.<sup>185</sup> A atividade jurisdicional, em tais tempos, viu-se reduzida à dimensão do exercício mecânico de uma subsunção burocrática efetuada por um amanuense.

Sobre os juízes, aliás, vale assinalar que eles nessa época eram considerados entes públicos de baixa confiabilidade, à vista de suas anteriores ligações com os monarcas absolutistas, dos quais por vezes eram pouco mais que fantoches. Sendo impossível escapar de alguma tirania — era o pensamento corrente —, seria preferível submeter-se, em vez de à do monarca ou à do magistrado, à do legislador. Por conta disso, os revolucionários franceses do Século XVIII procuraram resguardar-se fortemente contra o Judiciário. O espaço interpretativo tornou-se praticamente nulo, a exegese legal se viu reduzida ao mínimo possível, e o método único, quando fosse imprescindível algum exercício hermenêutico, ou suprimento de eventuais lacunas, seria a busca da *mens legislatoris*. Em presença de dúvidas, omissões e obscuridades, ou na lacuna da disposição legal, o aplicador da lei deveria, para resolver um caso concreto, tentar reconstituir a vontade original do legislador e seus propósitos quando da edição do texto legal.

Nas eventuais dúvidas, quem deveria dar solução ao impasse, ou ainda prestar esclarecimentos que orientassem tal solução, seria o próprio legislador (interpretação autêntica), e não o magistrado aplicador dela. Em 1790, na França pós-revolucionária, uma disposição ordinária do Parlamento “enquadrava” o Judiciário a esse novo estado de coisas, restringindo

---

<sup>184</sup> Na França revolucionária, ao Judiciário não se reconhecia o direito de aplicar a lei a assuntos políticos e administrativos; competia-lhe a aplicação da lei a assuntos privados, e, ainda assim, de forma praticamente mecânica. Ainda hoje naquele país o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos é feito por uma corte especial, que é despartada do Judiciário *stricto sensu*.

<sup>185</sup> SANCHIS, Luís Prieto. **Ideologia e interpretação jurídica**. Madrid: Tecnos, 1993, p. 26-29.

ainda mais seus limites, ao estabelecer, para os tribunais, que eles não poderiam “fazer regulamentos, **mas se dirigirão ao corpo legislativo sempre que seja necessário interpretar uma lei, ou fazer uma nova**”. A isso se denominou *référé législatif*, instituto pelo qual o Legislativo se tornava **tanto criador quanto explicitador** dos limites da norma jurídica produzida. O legislador, além de criador exclusivo da norma jurídica, tornava-se seu intérprete privilegiado.<sup>186</sup> A atividade jurisdicional, exercida pelos juízes, chegava ao fundo do poço.

Poucos atentaram, então, as implicações de tal postura. Só gradualmente a classe política e o corpo de juristas da França pós-revolucionária foram se dando conta dos riscos e ameaças que ela trazia em si embutidos, tanto no âmbito da aplicação do direito quanto, muito especialmente, os riscos que representava para o princípio da separação dos poderes. No plano jurídico, era concreta a possibilidade de vir a ser introduzido um caos total. Na área política, tornava-se possível (e quase impossível de ser contida) a instalação de uma ditadura do Legislativo, algo tão nefasto e indesejável quanto a anterior onipotência do Executivo. PERELMAN faz menção explícita a esse ponto de total desprestígio ao Judiciário, em favor da onipotência do Legislativo, bem como os riscos que tal situação implicava, quando comenta:

Quer-se, graças a esse sistema, impedir que o juiz interviesse como legislador; mesmo para melhorar o direito, o juiz não deve completar a lei nem interpretá-la. Mas então, muito depressa, por causa do atravancamento, essa solução mostrou-se impossível e teve-se de abandonar a idéia do ‘référé législatif’ e substituí-lo por outra solução. O ‘référé législatif’, além dos inconvenientes práticos, **recriava outra confusão dos poderes, porquanto, interpretando a lei e interpretando-a necessariamente de uma forma retroativa – porque todas as leis interpretativas são leis retroativas – devia-se ao mesmo tempo**

---

<sup>186</sup> Após a Revolução de 1789, os novos detentores do poder se convenceram de que a suprema liberdade seria a submissão absoluta à lei, apanágio da razão, votada pelo legislador, o representante do povo, este o único detentor da capacidade de gerar o direito. Por isso mesmo, já em 1790, o Parlamento francês fez aprovar esse dispositivo, já indicado, tornava os deputados simultaneamente **criadores da lei** e seus **únicos hermeneutas**. Essa demasia do Legislativo foi finalmente derrubada com a Constituição de 1791, que estabeleceu limites ao legislador, cassando-lhe a onipotência e reduzindo-lhe os poderes; essa nova constituição francesa, aliás, já enquadrava com vigor o Parlamento, ao estabelecer que o Poder Legislativo **“não poderá fazer nenhuma lei que ameace e coloque obstáculos ao exercício dos direitos naturais e civis consignados no presente título, e garantidos pela Constituição.”** [grifo nosso]

dirimir um litígio, uma vez que se ia dar a regra de decisão de um processo. Os legisladores se tornavam por conseguinte juízes, o que é contrário ao princípio da separação dos poderes.<sup>187</sup> [grifo nosso]

Ademais, esse mecanismo de controle era ainda mais implacável, uma vez que se previa que as próprias decisões judiciais estariam sujeitas a cassação pelo Legislativo: em certos casos, a questão teria que ser submetida ao corpo legislativo, que ditaria um “decreto declaratório da lei”, decreto ao qual, uma vez sancionado, teria que se ajustar a sentença. Assim, não poderia haver e não houve espaço, então, para a interpretação do direito proveniente da enunciação da lei, como reparou CALLEJÓN: “A imposição da lei é, assim, tão brutal que não deixa lugar algum para a construção teórica no primeiro positivismo e menos ainda para a interpretação e criação do direito fora dos limites da aplicação mecânica da lei.”<sup>188</sup>

Como consequência disso, não existiam nem interpretação do direito, nem autonomia jurisdicional e sequer *res judicata* intangível. O Legislativo onipotente, detentor da soberania, poderia a qualquer momento rescindir qualquer julgado oriundo do Judiciário, a teor de que este não teria “aplicado corretamente” a lei vigente. Em outras palavras, o Parlamento se transformava em instância de revisão das atividades próprias do Judiciário, ou seja, a apreciação dos casos concretos e a prolação de sentenças<sup>189</sup>. CAPPELLETI<sup>190</sup> argumenta, ainda nesse mesmo ponto, que se chegou naquela época a cogitar que o Tribunal de Cassação francês passasse a se denominar **Conselho Nacional para a Conservação das Leis**, denominação

---

<sup>187</sup> PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina G. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 520.

<sup>188</sup> CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. **La interpretación de la constitución por la urisdicción ordinaria**. Madrid: Marcial Pons, 1990.

<sup>189</sup> Assim como, nos Estados Unidos, seria posteriormente implantado o instituto do *judicial review* (o controle das leis pelo Judiciário), na França, bem antes, vigorou um estado de coisas precisamente inverso, o controle das decisões judiciais pelo Legislativo, uma espécie de *legislative review*.

<sup>190</sup> CAPPELLETI, Mauro. **Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1978.



entendida como “mais apropriada” ao objetivo fundamental do órgão, inquestionavelmente o de impedir que a interpretação das leis ficasse a cargo de um órgão **fora do Legislativo**.

#### 4 A jurisdição volta ao controle judicial

Não poderia deixar de chamar a atenção o fato de que nos dois países em que vieram a eclodir, no Século XVIII, revoluções que haviam se abeberado na mesma fonte, o império da lei, acabassem enveredando por caminhos tão distintos para atingir o mesmo objetivo original, a implantação do liberalismo. Enquanto na França foi instaurado um estado de onipotência do Legislativo e ao Judiciário se negou o papel de guardião do direito, nos Estados Unidos, a partir da Constituição de 1787, o regime caminhou para um figurino em que — caprichosamente — justamente ao Judiciário coube o exercício de uma função moderadora, precisamente por lhe terem sido cometidas tanto a interpretação dos textos legais e, sobretudo, a da Constituição.

PIÇARRA põe isso em realce, de forma exemplar:

Estas duas “referências” — soberania da lei e relativização do poder político estadual a favor da liberdade-autonomia — determinam, em rigor, duas variantes do próprio Estado liberal, embora apenas no plano específico da sua organização interna (na sua dimensão externa ou relacional ele caracterizou-se por todo a parte como Estado “mínimo” não intervencionista): o já referido Estado de legislação parlamentar, que se procurou institucionalizar no continente europeu, e o Estado de jurisdição executor de constituição, que liminarmente se implantou nos Estados Unidos da América. **O primeiro [o sistema francês], na pureza do seu modelo normativo, está impregnado pela idéia de estrutura hierárquica e de monismo de poder no interior do Estado. O segundo [o modelo americano], por sua vez, está impregnado pela idéia de estrutura**

**horizontal, de pluralismo e de equilíbrio no interior do Estado.** <sup>191</sup> [grifo nosso]

Com efeito, os princípios ditados por Montesquieu vicejaram muito mais efetivamente nos Estados Unidos do que, ao contrário do que à primeira vista se poderia supor, na pátria de seu formulador, principalmente por conta de se ter entregue ao Judiciário o monopólio da interpretação das leis e da Constituição, conforme lembra FRANCO.<sup>192</sup> Prosseguindo em sua linha de raciocínio, PIÇARRA destaca que, na França, os ideais originais foram postergados e não alcançados, enquanto que, nos Estados Unidos, o modelo judicial-constitucionalista se revelou mais conforme às origens que o inspiraram, e mais afeiçoados à realidade dos fatos:

[...] Enquanto o Estado de legislação parlamentar e a concepção de lei e de poder legislativo que lhe deram causa estariam, na pureza dos seus princípios, destinados a ser rapidamente postergados pela realidade que não conseguiram modelar — o Estado concreto não se deixou reduzir ao direito, a lei parlamentar revelou-se arbitrária e injusta, o juiz e o administrador criam direito —, a necessidade de limitação e racionalização do poder político-estadual legítimo através de mecanismos constitucionais equilibrantes, de freios e contrapesos entre poderes constituídos, no quadro da “soberania da constituição”, estaria destinada a perdurar, pois que, na prática, nem perante o poder legítimo — porque, antes de mais, poder — se revelou despicienda a sua limitação. Mesmo neste contexto continuou a mostrar-se necessário que “pela disposição das coisas, o poder limite o poder.”<sup>193</sup>

A realidade fria dos fatos determinou, portanto, o êxito da opção tomada pelos americanos e a necessidade, na França, de que o modelo de onipotência do legislador tivesse que refluir. A fórmula que ensejou a estabilização do modelo americano e a retificação dos desvios do

---

<sup>191</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 151.

<sup>192</sup> “[...] toda a construção da Constituição americana é uma construção jurisprudencial. Esta a divisão fundamental entre a tradição do direito Público anglo-saxônico, tento o inglês como o americano, e o direito Público latino. Nós procuramos estabelecer esquemas racionais minuciosos e ideais, através de movimentos políticos sucessivos, destruindo o que havia antes. Os saxônios estabelecem esquemas operacionais, esquemas realistas, através de modificação constante, que se processa no texto da Constituição, por meio da interpretação judicial.” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **O som do outro sino**: um breviário liberal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 103.)

<sup>193</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 151 e 152.

figurino francês foi uma alteração na concepção da idéia de Constituição. Tal idéia tomou forma avançando por duas vertentes distintas: numa delas, a americana, admitiu-se o reconhecimento de ampla liberdade hermenêutica ao Judiciário na aplicação das leis e a possibilidade de que este pudesse efetuar, por si próprio, o próprio controle da constitucionalidade das leis; na outra, a francesa, admitiu-se a ampla discricionariedade hermenêutica dos órgãos do Judiciário na aplicação da lei comum, mas o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos foi sonogado à competência judicial. Entendido como de natureza política, e não jurídica, esse controle foi cometido a um outro órgão, fora do esquema tradicional da tripartição de poderes, com poderes de obstar a eficácia de leis contrárias à Constituição.

A partir de então, a função jurisdicional retornou aos seus trilhos tradicionais. Com uma ou outra exceção, reconhece-se que é função precípua do Judiciário a aplicação da lei, e sua eventual interpretação, caso esta se faça necessária, recorrendo o juiz subsidiariamente às demais fontes do direito (costumes, doutrina, a equidade e os chamados “princípios gerais de direito”) ou ainda a elementos de integração da norma à vista do caso concreto, tais como a analogia e a jurisprudência. A discussão passará, doravante, para as chamadas escolas interpretativas; o direito, acompanhando a tendência científica da época, não é mais havido em termos de uma teoria contemplativa, e sim como atividade que faz e constrói seu objeto. “As idéias deixam de ser medida transcendente para tornar-se valores, cuja validade passa a depender da sociedade como um todo, em suas sempre mutáveis necessidades funcionais”, comenta FERRAZ JÚNIOR<sup>194</sup>.

Com essa moldura, firma-se aquilo que vem a ser conhecido como **dogmática jurídica**, momento que coroa, no campo do direito, de forma quase apoteótica, um novo figurino

---

<sup>194</sup> Apud SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 46 e 47.

político, econômico e social, o chamado Estado Liberal. Cristaliza-se o chamado **positivismo jurídico**, que se instaura em meados do Século XIX e prevalecerá até o advento pós-modernidade, a partir de meados do Século XX. O fenômeno positivista, da perspectiva deste estudo, interessa-nos no que respeita à jurisdição, v.g., à atividade concreta do juiz como aplicador do direito.

A dogmática jurídica, que, como mais adiante se discorrerá com mais profundidade, é o elemento que irá conferir à atividade judicial a sua natureza mais nitidamente ideológica, no sentido de colocar a engrenagem judicial, pelas regras adotadas e pelos seus aplicadores, a serviço de uma ordem político-econômico-social dominante, aquela representada pelo Estado liberal burguês. Nesse contexto, o direito, “concebido como verdadeiro sistema, revela um corpo de normas, cuja interpretação se esgota em si mesma, sob o dogma da razão”<sup>195</sup>. No Estado liberal burguês, a norma jurídica promana da vontade do legislador, que encarna a soberania nacional mediante delegação do povo. Somente o Legislativo pode criar ou alterar a ordem jurídica, o que confere ao direito segurança e certeza, os mais desejáveis valores almejados pela nova ordem.

A primeira das correntes positivistas, de cunho eminentemente formal<sup>196</sup>, e denominada *Begriffsjurisprudenz*, ou **jurisprudência conceitual**, defendia que à atividade jurisdicional seria permitido, por melhor convir a esse figurino liberal-burguês, promover a interpretação dos textos legais, mas sob a condição de, ao fazê-lo, buscar concretizar, ao máximo

---

<sup>195</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>196</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 221: “O juspositivismo [BOBBIO está se referindo à jurisprudência dos conceitos] tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que possa fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa.”

possível, a **vontade ínsita na lei**, ou seja, aquilo que o legislador buscava quando a editou. A função do juiz torna-se, portanto, meramente **cognoscitiva**:

Como decorrência disto, o magistrado não deve avaliar as conseqüências práticas de suas decisões, mantendo-se fiel às regras de interpretação, construídas a partir do próprio direito legislado. Este era o papel da **Jurisprudência dos conceitos**: fixar, de uma vez por todas, o sentido dos termos jurídicos, de modo que se fizesse possível, a partir dos textos legais, uma racionalização tão estrita como aquela que se leva a cabo em um sistema matemático. Com base neste método, tinha-se em vista, pelo menos, reduzir em alguma medida todas as ambigüidades que favoreciam as controvérsias e diminuía a segurança jurídica.<sup>197</sup> [grifo nosso]

Essa corrente, a **jurisprudência dos conceitos**, cujo criador foi PUCHTA, preconizava que o magistrado deveria abandonar toda e qualquer veleidade de interessar-se por **valores**, éticos ou sociais; o único valor a ser considerado na ponderação da norma seria seu **valor jurídico**. Quaisquer outros âmbitos valorativos deveriam ser desconsiderados, porquanto pertenceriam não ao direito, mas a algum outro ramo das ciências sociais, refugindo ao âmbito jurídico. Tampouco o operador ou estudioso do direito deveria se interessar pela **questão da justiça**, porquanto esta, para essa corrente, diria respeito ao domínio da filosofia.<sup>198</sup>

A conexão entre direito e Justiça no âmbito da atividade jurisdicional só volta a ser restabelecida com o surgimento de uma outra corrente jurídica, a da **jurisprudência dos interesses**, ou *Interessenjurisprudenz*, de HECK que, rejeitando o dogmatismo e o abuso da lógica que caracterizavam a corrente antagônica, “se propõe a interpretar o direito à luz das relações sociais que deve regular e dos conflitos de interesse que deve dirimir”<sup>199</sup>. Seus postulados fundamentais podiam assim ser condensados: a) a lei é a fonte do direito, ainda que se reconheça que o ordenamento nem sempre é preciso, completo e coerente; b) a interpretação dos

---

<sup>197</sup> Cf. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 51.

<sup>198</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 50.

<sup>199</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 221.

textos legais não deve ser literal; terá, de outro modo de detectar os interesses que o legislador pretendeu satisfazer, o que não se confunde com a apreciação da finalidade da lei, preconizada pela **jurisprudência teleológica**; c) no caso de algumas contradições ou imprecisões do direito legislativo, **o juiz está amplamente autorizado a formular novas regras**, desde que obedecidas as avaliações que o legislador estabelece para um caso análogo; d) **a tarefa do juiz não é em consequência, puramente cognoscitiva, nem, menos ainda, mecânica, senão, em boa parte, valorativa e criativa**; e) a Ciência do direito é uma ciência prática, e tem como finalidade assistir os juizes em suas tarefas; f) a consideração destas consequências práticas das normas propostas pela ciência jurídica faz com que esta necessite da contribuição de outras ciências sociais, tais como a Economia e a Sociologia<sup>200</sup>.

A dogmática jurídica, inserida “nas exigências da concepção positivista da ciência, caracterizada pela busca da objetividade e neutralidade científica na produção do conhecimento que independe da realidade à qual se aplica e da subjetividade do pesquisador”<sup>201</sup>, culmina por se consolidar, e irá reger o direito no mundo ocidental romano-germânico desde então. ANDRADE observa que esse fenômeno, a racionalização dogmática do ordenamento jurídico, pressupõe, de um lado, um axioma de existência de um legislador racional, coerente, onisciente e justo, complementado por um outro, que pressupõe um juiz racional, imparcial e neutro, “que vai aplicar o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo deste modo o valor da segurança jurídica”<sup>202</sup>.

De todo modo, nem essa camisa de força impediu no passado (ou ainda impede, no presente) o juiz, como ator jurisdicional, de perseguir a melhor decisão. SOUZA reconhece

---

<sup>200</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. op. cit., p. 53.

<sup>201</sup> ANDRADE, Vera R. P. de. **Dogmática Jurídica**: Esforço de sua Configuração e Identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996, p. 66.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 68 e 69.

essa evidência, ao reconhecer na dogmática jurídica, apesar de seus inquestionáveis defeitos e limitações, uma contribuição muito positiva à prática das relações jurídicas, **estabilizando-a** e **uniformizando-a**, na medida em que, precisamente por estar vinculado à lei e tê-la como referencial, há maior garantia e certeza na prestação jurisdicional:

Observe-se que, **pretendendo o juiz, numa determinada sentença, afastar-se do texto legal, terá de empreender um particular esforço de fundamentação, a fim de garantir os limites que a dogmática jurídica impõe à sua decisão.** Neste sentido, é notável a contribuição da doutrina, na justificação das soluções adotadas pela dogmática. A *communis opinium doctorum*, por sua vez, interfere diretamente na orientação da jurisprudência, pelo que poucos são os julgados que se furtam à citação de um argumento de autoridade. Jurisprudência e doutrina, assim, acabam alterando o conteúdo do direito legislado, pelo que, já dissemos, o cientista dogmático, aos poucos, vai alterando o seu próprio objeto de estudo.<sup>203</sup> [grifo nosso]

A conclusão, meridiana, é que a jurisdição, em seu compromisso com valores e sobretudo com o primado da Justiça, sabe como se desvencilhar das amarras que a peiam e limitam quando a isso se dispõe, qualquer que seja o regime jurídico em que se ache inserida.

---

<sup>203</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 68 e 69.

### 3 O ADVENTO DA IDEOLOGIA E A SUA INFLUÊNCIA NA JURISDIÇÃO

#### 1 Ideologia: um termo em busca de um conceito

No decorrer do presente trabalho, já se viu que a atividade da jurisdição nunca esteve desacompanhada de influências que sempre foram visualizadas como “ideológicas”, mesmo em épocas bem remotas, quando o termo ainda não existia. Este, bem como sua pluralidade semântica e de implicações semiológicas, só vem a existir com o advento do Estado Moderno.

Como a proposta é prospectiva, no sentido de se tentar descobrir, avaliar e criticar esse “caráter ideológico” da atividade jurisdicional, considerada em si própria, e também do próprio juiz, é conveniente que se destine um capítulo à ideologia, iniciando por sua conceituação — ou, melhor dizendo, por suas possibilidades conceituais, porque a conceituação de ideologia revela-se um terreno tão movediço e incerto quanto a definição de direito ou de justiça.

O primeiro ponto a salientar, assim, é que não existe qualquer consenso, mínimo que seja, para a definição do termo “ideologia”. Ele é fluídico, impreciso, pleno de conotações. EAGLETON enfatiza essa dificuldade, quando efetua uma alentada listagem de algumas definições de ideologia atualmente em circulação: a) o processo de produção de significados, signos e valores na vida social; b) um corpo de idéias característico de um determinado grupo ou classe social; c) idéias que ajudam a legitimar um poder político dominante; d) idéias falsas que ajudam a legitimar um poder político dominante; e) comunicação sistematicamente distorcida; f) aquilo que confere certa posição a um sujeito; g) formas de pensamento motivadas por interesses sociais; h) pensamento de identidade; i) ilusão socialmente



necessária; j) a conjuntura de discurso e poder; k) o veículo pelo qual atores sociais conscientes entendem o seu mundo; l) conjunto de crenças orientadas para a ação; m) a confusão entre realidade linguística e realidade fenomenal; n) oclusão semiótica; o) o meio pelo qual os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social; p) o processo pelo qual a vida social é convertida em uma realidade natural.<sup>204</sup>

Dessa listagem, reputa o autor que as mais consistentes são as indicadas nas alíneas **a, b, c e l**. É difícil aceitar que ideologia seja algo compulsoriamente ligado a idéias falsas ou a comunicações distorcidas; que componha forçosamente ilusões, ainda mais “socialmente necessárias”. E são admissíveis, com as devidas ressalvas, ou seja, que o alegado é parcialmente verdadeiro, mas incompleto, as assertivas das alíneas **g, h, j, k, o e p**. Por conta disso mesmo, para se tentar definir ideologias, cumpre, em primeiro lugar, é a advertência de MANNHEIM<sup>205</sup>, desembaraçar as várias cambiantes de significado nele misturadas numa pseudo-unidade:

Para começar, a palavra “ideologia” não tinha nenhuma significação ontológica inerente; não incluía qualquer decisão quanto ao valor das diferentes esferas da realidade, pois originalmente denotava apenas a teoria das idéias. Os ideologistas foram, como sabemos, os membros do grupo filosófico que, em França, seguindo a tradição de Condillac, rejeitava a metafísica e procurava basear as ciências culturais em fundamentos antropológicos e psicológicos.<sup>206</sup>

Difícilmente um nascimento poderia ter sido mais positivo e auspicioso, e ainda mais improvavelmente se poderia conceber que uma evolução pudesse ser marcada por tamanhas

<sup>204</sup> EAGLETON, Terry. **Ideologia**. São Paulo: Editora Boitempo-Unesp, 1997, p. 15 e 16. Para um resumo útil desses vários significados de ideologia por ele indicados, ver: NAESS, Arne. et al. **Democracy, Ideology and Objectivity**. Oslo: Oslo University Press, 1956, p. 143 e ss. Para um apanhado de teorias da ideologia, de Marx aos dias modernos, e uma excelente bibliografia, ver também: BIMBAUM, Norman. **The Sociological Study of Ideology 1940-1960**: Current Sociology. v. 9. Oxford: Blackwell, 1960.

<sup>205</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. 51.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 66 e ss. No mesmo comentário, ele salienta que Destutt de Tracy, fundador da escola supracitada, define a ciência das idéias como segue: “A ciência pode ser chamada ideologia, considerando-se apenas a matéria que lhe constitui o objeto; gramática geral, considerando-se somente os seus métodos; e lógica, considerando-se apenas o propósito. Qualquer que seja o nome, ele contém necessariamente essas três subdivisões, visto que não se pode tratar adequadamente uma sem tratar as outras duas. Ideologia me parece ser o termo genérico, porque a ciência das idéias abrange a de sua expressão e a de sua derivação.” (TRACY, Antoine Destutt de. **Les éléments d’idéologie**. 3. ed. Paris: Brunot-Labbe, 1817, p. 4.)

metamorfoses e pluralidade de significados como foi o caso da ideologia. Fato é que, concebida como uma nova disciplina filosófica, a ideologia foi desde o início visualizada e alardeada como o método pelo qual, mediante o trabalho científico das idéias — a exemplo do que se conseguiu obter no campo dos fenômenos naturais —, seriam filtrados, corrigidos e aprimorados todos os demais ramos do conhecimento filosófico, um trabalho do qual decorreria a erradicação dos males humanos mais resistentes, a ignorância, o preconceito e a superstição<sup>207</sup>. De outra parte, a noção de “ideologia”, no transcorrer do Século XX, foi gradualmente adquirindo uma multiplicidade de significados, alguns contraditórios e por vezes mesmo antagônicos entre si, a ponto de tornar indispensável, para a utilização do conceito, explicitar o sentido ou o contexto em que este vinha a ser utilizado. Passou a ter utilização predominante e marcadamente política, econômica e sociológica, tornando-se praticamente um epíteto, nesses campos.

A partir daí, multiplicam-se as tentativas de conceituação, que, em última análise, acabam por se concentrar em dois significados principais. Um, uma visão do mundo, produto da formação de cada pessoa e de sua interação com seu meio social, e o outro um instrumental psíquico e simbólico de dominação das castas ou classes dominantes.

#### Segundo MACRIDIS:

[...] uma ideologia consiste em um conjunto de idéias e crenças através das quais percebemos o mundo exterior e ‘atuamos sobre nossa informação’. É um meio através do qual tentamos aprender e compreender o mundo. Finalmente, as ideologias são orientadas para a ação. Isto é, consistem de idéias compartilhadas por muitas pessoas que agem juntas ou são influenciadas a agirem juntas de forma a alcançar fins postulados.<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> KONDER, Leandro. **A Questão da Ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 21-22.

<sup>208</sup> Apud ANDRADE, Léo Rosa. **Liberdade Privada e Ideologia**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 18-19. Este conceito é apresentado como sintetizador de diversos sentidos dados à palavra “ideologia”, por ele anteriormente relacionados, sem indicar qualquer deles como conceito seu.

LLOYD, ao discorrer sobre a idéia de lei, já põe de manifesto que ela, como qualquer idéia ou conceito, apresenta nítido caráter ideológico.<sup>209</sup> JASPERS vai um pouco mais adiante, quando adverte que as concepções ideológicas, ao mesmo tempo em que se formam e atuam internamente no indivíduo, impondo a ele uma “aparência de verdade absoluta” sobre aquela visão de mundo, são perigosas e ilusórias porquanto dão base a um mecanismo de autoilusão que estimula aquele que se encontra sob seu efeito a utilizá-lo como fórmula de justificativa, dissimulação e evasão.<sup>210</sup>

Por sua vez, THOMPSON, sem negar validade a tais concepções predominantes, procura de algum modo conciliá-las. O conceito pejorativo de ideologia é por ele aceito<sup>211</sup>, mas deve ser tratado como uma **concepção crítica da ideologia**. Tal fato não modifica sua feição essencial, que define como **sentido a serviço do poder**.<sup>212</sup> Um contributo interessante à discussão, nesse plano ontológico, é dado por ANDRADE<sup>213</sup>, quando enfatiza que as relações ideológicas “não são erradas, da mesma maneira que não são corretas”; simplesmente existem e são condições de existência de qualquer organização social. Nesse aspecto, ele reproduz a idéia de MACEDO, que se funda nas mesmas premissas.<sup>214</sup> É possível que ambos não tenham se dado conta de que, com tais observações, ambos pulverizam qualquer expressão científica que a ideologia tinha quando foi constituída ou que pudesse ainda pretender.

---

<sup>209</sup> LLOYD, Dennis. **A idéia da Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 3.

<sup>210</sup> Apud ANDRADE, Léo Rosa. **Liberdade Privada e Ideologia**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 19.

<sup>211</sup> THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**: Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Editora Vozes, 1995, p. 13.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>213</sup> ANDRADE, Léo Rosa. op. cit., p. 23.

<sup>214</sup> “É preciso insistir que a ideologia não é um erro, nem sequer uma mácula do conhecimento [...] **O oposto da ideologia não é verdade; é outra ideologia**. Extirpar a ideologia como mácula de determinados conhecimentos os deixa puros; elimina-os.” (MACEDO, Ubiratan Borges de. **Ideologia no mundo contemporâneo**. vol. 5. Fortaleza: Nomos, 1986, p. 98, grifo nosso.)

É cabível aqui, assim, a crítica de EAGLETON, colocando o dedo na ferida desse desvirtuamento do sentido original do termo e das contradições intrínsecas que sempre o caracterizaram. Primeiro, ele faz menção à pretensão científica que marcou o surgimento do termo “ideologia”:

Em nossa própria época, a ideologia muitas vezes serviu nitidamente de contrapeso à ciência; assim, é irônico lembrar que a ideologia nasceu precisamente como uma ciência, como uma investigação racional das leis que governam a formação e o desenvolvimento das idéias. Tem raízes profundas no sonho iluminista de um mundo totalmente transparente à razão, livre do preconceito, da superstição e do obscurantismo do Ancien Régime.<sup>215</sup>

Em outras palavras, a ideologia, uma vez alcançado esse estágio científico, serviria para criticar...os desvios “ideológicos” dos sistemas de crença e de visão do mundo. Isso não fazia sentido e nem era factível, para EAGLETON, porquanto as tentativas de dar feição de ciência à ideologia, em verdade, apenas camuflavam interesses políticos e classistas:

Ser um "ideólogo" — um analista clínico da natureza da consciência — significava ser um crítico da "ideologia", no sentido aqui dos sistemas de crença dogmáticos e irracionais da sociedade tradicional. No entanto, essa crítica da ideologia era na verdade, ela própria, uma ideologia, e em dois sentidos diferentes. Por um lado, os primeiros ideólogos do século XVIII francês, em sua guerra contra a metafísica, recorriam em peso à filosofia empírica de John Locke, insistindo em que as idéias humanas derivavam mais de sensações que de alguma fonte inata ou transcendental; esse empirismo, com sua concepção dos indivíduos como seres passivos e distintos, está intimamente relacionado com as suposições ideológicas burguesas. Por outro lado, o apelo a uma natureza desinteressada, à ciência e à razão, em oposição à religião, à tradição e à autoridade política, simplesmente mascarava os interesses de poder a que essas nobres noções secretamente serviam. **Poderíamos então arriscar o paradoxo de que a ideologia nasceu como uma crítica totalmente ideológica da ideologia.** Ao iluminar o obscurantismo da velha ordem, lançou sobre a sociedade uma luz ofuscante, que cegou homens e mulheres para as fontes sombrias dessa claridade.<sup>216</sup> [grifo nosso]

Formulações como estas feitas por EAGLETON irão, com rapidez — como se verá, de forma mais clara e em escala de maior profundidade, pouco adiante —, acelerar o fim do

---

<sup>215</sup> EAGLETON, Terry. **Ideologia**. São Paulo: Editora Boitempo-Unesp, 1997, p. 66.

<sup>216</sup> Ibidem, p. 66.

projeto “científico” de Destutt e de seus seguidores que ainda acreditavam nessa falácia. E puseram em evidência o fato de que ideologia, em verdade, constituía muito mais um **instrumental**, posto a serviço tanto dos que se empenhavam na conservação de uma determinada estrutura de poder quanto dos que preconizavam sua derrubada e substituição. Com esse propósito, ideologia constituiria um agrupamento de valores, representados por símbolos, reunidos, organizados e manipulados de forma coerente, a serviço de um projeto. Esse projeto, que abrange uma dimensão de ordem e poder, pode tanto já estar instituído quanto se encontrar numa fase de institucionalização; em qualquer dos casos, vai se utilizar de signos, estereótipos e preconceitos para se afirmar.<sup>217</sup>

## 2 O social como passível de enquadramento científico

O início das conjecturas acerca de “ideologia”, hoje um termo tão plurívoco e pleno de interpretações, remota aos primórdios da teoria do conhecimento, onde a principal preocupação era a possibilidade de se dar um tratamento científico (à luz dos lindes racionais e mecanicistas próprios à época) a tudo que se relacionasse ao espírito humano, e, dentro desse espectro, às idéias. As dificuldades, nesse particular, eram expressivas. Um cientista das áreas da Física ou da Química, ao estudar objetos do mundo físico, poderia muito bem cingir-se ao exame de suas uniformidades e regularidades externas, sem penetrar o significado interno dos fenômenos, e com isso bem satisfatoriamente atender a seus propósitos e aos rigores de uma metodologia científica. Diversamente, as investigações sobre os temas do mundo social implicam, principalmente, a prospecção de **elementos abstratos** e de **significados e suas**

---

<sup>217</sup> MARCONDES FILHO, Ciro. **Ideologia**. 8. ed. São Paulo: Global Editora, 1985, p. 21-27.

**conexões internas.** Não há dúvida de que manifestações da vida social, com efeito, podem se expressar em coisas materiais, passíveis de percepção, medição e aferição externas; isso, contudo, não torna essas manifestações concretas as únicas reais. Embora seja certo que existem fenômenos sociais que podem ser encarados externamente como se fossem coisas, a maioria das manifestações sociais refoge a esse padrão. A maior gama dos fenômenos sociais não é material nem objetivamente avaliável, uma vez que ligados a idéias, **conceitos e valores.** Estes, a seu turno, são eminentemente **subjetivos e internos.**

Por volta do Século XVIII, o notável triunfo das ciências naturais sobre o dogma teológico e metafísico ofereceu marcado contraste com o desenvolvimento dos estudos da vida social. O método empírico invadiu profundamente o campo dos antigos dogmas relativos à natureza, ao passo que as doutrinas sociais clássicas resistiram a esse tipo de avanço. A razão inicial disso parece decorrer do fato de que, no campo das ciências naturais, a noção de “verdade” parecia mais facilmente alcançável, mediante experimentação, demonstração e convencimento em bases concreta e logicamente sólidas. Por sinal, como adiante se verá, o início das lucubrações daquilo que virá a desaguar no conceito de “ideologia” nasce precisamente daí: a tentativa de demonstrar que as ciências sociais podiam aspirar à imparcialidade, à neutralidade e à objetividade tão características das ciências naturais — e, assim como o conhecimento da natureza, conduzir igualmente ao alcance da “verdade”. Ora, pelos paradigmas da Idade da Razão e do Iluminismo, a noção de **verdade** decorre da **ciência**, e esta, por sua vez, decorre da **objetividade:**

Na terminologia anglo-saxônica, ser objetivo significa ser imparcial, não ter preferências, predileções ou preconceitos, nem pontos de vista, valores ou juízos preconcebidos diante dos fatos. Esse modo de ver exprime o velho conceito da lei natural, segundo o qual a contemplação dos fatos da natureza, em vez de ser colorida pelas normas de conduta do contemplador, automaticamente fornece essas normas. Depois que se tornou obsoleta essa maneira de abordar o problema da objetividade através da concepção da lei natural, o modo impessoal

de encarar os fatos voltou a encontrar pontos de apoio, por algum tempo, na voga do positivismo. Na ciência social do século XIX abundam as exortações à autopurificação e as advertências contra os efeitos perturbadores da paixão, do interesse político, do nacionalismo e do sentimento de classe.<sup>218</sup>

Essa ausência de recurso a fatos externos e à escassa influência de elementos rigorosamente objetivos no campo social, é bom que se diga, não torna as ciências sociais não-científicas. É ainda o mesmo WIRTH<sup>219</sup> que lembra a existência de campos de existência social em que se pode chegar a um conhecimento científico fidedigno e que exerce influência fecunda sobre a política e ação social. Embora os seres humanos exibam, em seus atos, uma espécie de causalidade que não se observa nos demais objetos da natureza — a **motivação**, algo aprioristicamente imprevisível e indeterminado — deve-se reconhecer, mesmo assim, a necessidade de admitir neles a existência de determinadas **seqüências causais**, aplicáveis ao campo social da mesma maneira pelas quais poderiam ser aplicadas ao campo físico. Certamente nem tanto quanto no caso da mecânica celeste de Newton, para se ficar num exemplo mais emblemático; ainda assim indubitavelmente fenômenos sociais e as razões do espírito podem ser submetidos a análises empíricas e perscrutados com metodologia rigorosamente científica.

### 3 A utopia da permuta da razão pela ciência

Na arguta observação de VILLEY<sup>220</sup>, o que o fenômeno iluminista em verdade se limitou a promover foi tão-somente apenas uma **permuta simbólica**: o mito da razão cede lugar ao mito da ciência. Os resultados desse tipo de concepção, notadamente pelo radicalismo

---

<sup>218</sup> WIRTH em prefácio à obra: MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. XVIII.

<sup>219</sup> Ibidem, p. XXI e XXII.

<sup>220</sup> Apud LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica**: Horizontes, Teoria e Linguagem. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 175.

com que foi implementado, não tardaria a se revelar desastroso, em especial nos campos do direito e da política. O Iluminismo, no século XVIII, já havia adiantado uma mudança de cosmovisão que redundaria no pensamento predominante no século XIX, e a razão dos modernos, que era extremamente abstrata, acabou recepcionada pelos iluministas muito mais voltada para a experiência concreta e para uma valorização de certezas ligadas às ciências naturais e aos fatos. Repelia-se o transcendental, o metafísico, o mítico e o filosófico. O conhecimento, que antes se tornava suficientemente legítimo quando atendesse a um caráter “racional”, ampliou os parâmetros de legitimação. Para isso, além de racional, tornou-se imprescindível que o conhecimento fosse também “científico”; seu plano de existência legítima deslocava-se para a observação dos fatos, regidos por leis deterministas e necessárias, que permitiriam um grande progresso material com a apropriação tecnológica dos conhecimentos das ciências naturais, como a física, a química, a biologia<sup>221</sup>.

LOPES chama a atenção para o fato de que muito poucos atentaram para a convulsão sísmica que essa mudança de eixo traria. Com tal alteração de paradigma, o eixo axiológico do conhecimento se alterou. Criou-se uma oposição entre ciências e letras. Desprezava-se todo o conhecimento vago, ligado à moral, à estética, à metafísica, ou qualquer idéia ou princípios *a priori*. O conhecimento deveria abranger elementos concretos, palpáveis; submeter-se-ia tão-somente a verdades positivas, estritamente científicas, de forma totalitária e excludente. Durante o século XIX, os métodos e o pensamento das ciências exatas ganharam novos objetos: a sociedade e o homem, em uma visão causalista e determinista. A concepção de ideologia é um efeito tardio desse cientificismo arrogante, auto-suficiente e supostamente onipotente. Foi aí o marco do surgimento das ciências sociais; inicia-se o parto do positivismo e

---

<sup>221</sup> LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica**: Horizontes, Teoria e Linguagem. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 175.



da ideologia.<sup>222</sup> Mas outros entes associados a estes dois, embora ainda não formalmente concebidos, já achavam encaminhados, as ciências destinadas a cuidar dos fatos econômicos e das implicações administrativas estatais:

A visão totalitarista de sociedade que se consolidara com o positivismo exigiu a criação de um super-ator social que pudesse absorvê-la e representá-la como um todo. Os cidadãos que haviam promovido a revolução francesa foram, sob essa ótica, reduzidos ao seu coletivo para formar o povo, que aliados à soberania e ao território formariam o Estado Nacional. Esse Estado Nacional iria constituir-se a partir das metáforas mecanicistas e tecnicistas geradas pela própria Revolução Industrial como uma máquina burocrática. A Alemanha Imperial foi o grande exemplo desse novo Estado autoritário e totalitário. O século XIX foi, assim, a era da ciência e da técnica que pretendia dominar e abarcar a própria sociedade. Então, reforçados pela visão determinista, orgânica e mecanicista do positivismo, surgiram dois novos componentes, dois novos sistemas na sociedade: **a economia, voltada para o dinheiro, e o Estado, voltado para o poder administrativo**. Este último montado claramente para absorver e integrar toda a sociedade.<sup>223</sup> [grifo nosso]

No direito, esse estado de coisas conduzirá ao positivismo jurídico, teoria que propugnava um direito “científico” e aplicado com estrita isenção ética, neutralidade e distanciamento crítico (o observador não se deixa contaminar nem influenciar pelo fenômeno observado). Busca-se formular um sistema de conhecimento calcado apenas sobre fatos observáveis, sejam os fatos sociais, econômicos, históricos ou mesmo a lei posta pelo Estado. Nas diferentes escolas do positivismo jurídico, o direito continuaria ligado à razão e à autoridade, como na fase jusnaturalista, mas não com o mesmo sentido abstrato e individualista do direito natural. A razão, a lógica dedutiva e a autoridade afirmam-se como fatos. A experiência concreta e a lei positiva tomam então a forma de dogmas pretensamente científicos, passando a constituir sistemas fechados. Por seu turno, no campo do pensamento, dado o impacto desse figurino

---

<sup>222</sup> LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica**: Horizontes, Teoria e Linguagem. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 175.

<sup>223</sup> Ibidem, p. 176.

científico, irá despontar e por algum tempo vicejar vigorosamente a ciência das idéias, a futura ideologia.

Vale registrar, a tal propósito, que tais discussões sobre a essa “objetividade” das ciências sociais (que a realidade se encarregaria de demonstrar como inteiramente quimérica) de certa forma antecipa uma perplexidade que as ciências naturais, em especial a chamada “ciência dura”, a Física, somente tiveram que enfrentar pouco mais de um século depois, versando precisamente sobre a problemática da objetividade. É que, nos primórdios das ciências sociais, um dos fatores que mais contribuíram para agravar o problema da objetividade nas ciências sociais é que, nesse campo do conhecimento, **o observador faz parte do objeto observado**, não tem como evitar interagir com ele e não tem, assim, como escapar à realidade fenomênica que o circunda.

Por conseguinte, ainda que conscientemente ele ou outrem se mantivesse atento a tal implicação para o efeito de obstar-lhe os efeitos, não há como impedir que um observador se veja pessoalmente envolvido no assunto da observação. Além do mais, esse observador, em escala muito maior do que o cientista do campo natural, acaba influenciado pela própria vida social que o circunda, por seu corpo de crenças e valores, e tudo isso, inelutavelmente, forçosamente o leva a interferir, ainda que involuntariamente, no fenômeno sob observação e nos fins da ação observativa. Por conta disso, sempre se recusou aos experimentos e às descobertas e asserções deles resultantes, no campo do conhecimento social, caráter científico.

As ciências naturais enfrentavam também tais limitações, mas isso era relativamente superável, ou ao menos relevável. A questão só se tornou um problema real e efetivo quando da superveniência, no início do Século XX, de duas questões que colocaram em xeque a até então sacrossanta e intangível objetividade da Física: a primeira, o resistente e ainda insuperável dilema da natureza da luz, que pode se comportar, e efetivamente se comporta,

simultaneamente como onda e partícula; o segundo, no âmbito quântico, a descoberta de não ser possível determinar-se, num dado momento, de modo simultâneo, a velocidade e a localização de uma partícula subatômica. Essa indeterminação torna a observação imprecisa; pelos padrões de rigor da ciência, as conclusões obtidas não podem ser objetivamente estabelecidas nem demonstradas. A primeira dessas questões geradoras de perplexidade nulifica (ou “relativiza”, para se dizer o mínimo) o princípio da não-contradição, que preceitua que algo não pode a um mesmo tempo ser e não ser. Já a segunda restringe o âmbito de objetividade do campo científico natural.

#### 4 Mannheim e a quebra de paradigma no campo social

Coube a MANNHEIM<sup>224</sup>, em sua obra seminal “Ideologia e Utopia”, a observação de que, nesse período, sobrevirão fenômenos de influência crucial nas décadas seguintes e que, de certa maneira, condicionarão todos os acontecimentos sociais subsequentes. Ideologia, sustenta ele, é uma característica distintiva da época moderna.<sup>225</sup>

Sumariamente, ele enfatiza alguns desses pontos:

a) a sociedade de então sempre obtivera estabilidade com base na autoridade, somente reconhecendo prestígio social às concepções e visão de mundo da camada dominante;

<sup>224</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954.

<sup>225</sup> Esse conceito de Mannheim, segundo Thompson está decalcado nos estudos e avaliações efetuados por ele nas obras de Marx e Weber, o primeiro preocupado com a **desmistificação** das relações sociais e o segundo com o **desencantamento** do mundo moderno, em que os valores tradicionais se viram soterrados pela racionalização e burocratização (THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**: Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 108 e 109). Para novos e diferentes argumentos sobre esta questão, ver: LEFORT, Claude. **The Political Forms of Modern Society**: Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism. Cambridge: Polity Press, 1986; e, GOULDNER, Alvin W. **The Dialectic of Ideology and Technology**: The Origins, Grammar and Future of Ideology. Londres: Macmillan, 1976.

b) até então, a interpretação do mundo era promovida por uma casta sacerdotal e por um grupamento de acólitos da estrutura de poder, teocrático ou temporal, os quais compunham igualmente uma casta intelectual fechada, que exercia um controle exclusivo, monopolizador e inquestionado sobre o conhecimento;

c) assistiu-se, naquela época, a intensa mobilidade social, vertical e horizontal; tal mobilidade, pelo influxo das idéias iluministas, se fundava em conceitos democráticos, privilegiando o primado da ciência e da racionalidade e ideais de autonomia e de igualdade;

d) esse estado de coisas introduz modificações significativas na maneira de pensar das camadas inferiores, até então desprovidas de validade pública, que adquirem validade e prestígio;

e) tal fenômeno leva ao aparecimento do **indivíduo**, como ente livre e autônomo, voltado prioritariamente para a satisfação de seus próprios interesses, e que só se sentirá comprometido com os comandos da ordem social de que venha a participar ativa e efetivamente, e ao do **intelectual**, um ser pensante autônomo, caracterizado por ampla desvinculação com a ordem social. Um e outro, por tal arcabouço, legitimam-se a questionar o pensamento e o conhecimento vigentes;

f) com a disseminação das idéias de democratização, as idéias das camadas inferiores vêm-se, pela primeira vez, em situação de arrostar as idéias das camadas dominantes no mesmo nível de validade;

g) pela primeira vez, a perspectiva de ter idéias à margem da ortodoxia será capaz de impelir esse indivíduo e esse intelectual, no gozo dessa autonomia, a submeter os objetos de seu mundo exterior a uma investigação fundamental.<sup>226</sup>

Essa revolução, de forma irrefragável, não tem como evitar a eclosão de sismos sociológicos, pois representa uma alteração de paradigma<sup>227</sup>, que irá se refletir sobre toda a estrutura do pensamento do Século XIX e seguintes. Até então, pensamentos, idéias e conceitos tinham sido objeto da seara exclusiva da religião e da filosofia, aceitos ou repelidos como blocos integrais. Subitamente, viam-se susceptíveis de **questionamentos** e, ao menos em tese, passíveis de **investigação científica**.

Esse admirável mundo novo, por outro lado, gera seus próprios e distintos problemas. Nem poderia ser diferente. Convém lembrar que, nessa nova situação, sem paralelo em passado recente ou remoto ao da Idade Moderna, dá-se o desaparecimento de um mundo intelectual unitário, com normas e valores fixos, em que existe liberdade sem segurança, e se dá a entrada em cena de um elemento psicológico até então desconsiderado, o **inconsciente**, oculto até então, à luz brilhante da consciência.

Como o caráter absoluto da concepção do conhecimento desaparece, cedendo lugar a uma pluralidade de possibilidades, a uma multiplicidade de concepções divergentes, e ao mesmo tempo as ações e idéias humanas passam a sofrer a influência tanto de **fatores**

---

<sup>226</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. 6 e ss.

<sup>227</sup> Thomas S. Kuhn usou o termo “paradigma” para se referir a estruturas e/ou compreensões do mundo de várias comunidades científicas. Para Kuhn, um **paradigma científico** inclui modelos como o modelo planetário dos átomos, e teorias conceitos, pressupostos e valores. Para ele, uma noção como a do paradigma científico foi essencial para compor seu argumento alusivo a um aspecto particular da história da ciência, a saber, quando uma estrutura conceitual cede lugar a outra, durante o que ele chamou de **revolução científica**. O que ocorreu no Século XVIII, a toda evidência, representou a substituição de um paradigma por outro, com substituição do pensamento monopolizador, de cunho escolástico, por uma pluralidade de conceitos, métodos e teorias, de cunho livre (KUNH, Thomas S. **Estrutura das Revoluções Científicas**. 6. ed. São Paulo, Perspectiva, 2001.).

**conscientes** (lógico-apolíneos) quanto de **motivações mascaradas** (intuitivo-dionisíacas), essas novas idéias e concepções passam a se associar em grupamentos de pensamento comum ou afim. **O indivíduo se descobre capaz de pensar autonomamente**, mas repara também que é melhor atuar em interação com outros que compartilhem de sua visão pessoal.<sup>228</sup> Salienta MANNHEIM que o resultado disso é o aparecimento de uma crise intelectual, caracterizada pela oposição de dois conceitos xifópagos, **ideologia** e **utopia**. Importante é reparar que, para MANNHEIM, a idéia inicial do conceito de ideologia não está ligada a uma concepção de mundo, individual ou grupal, nem tampouco a uma fórmula premeditada de dominação, nem pela casta ou classe que domina nem pelas que são dominadas:

O conceito de “ideologia” reflete uma das descobertas que surgiram do conflito político, a saber, que os grupos dominantes podem estar tão ligados, em seu pensamento, aos interesses decorrentes de uma situação que se tornam simplesmente incapazes de perceber certos fatos que lhes solapariam o senso de domínio. A palavra “ideologia” implica o conceito de que, **em certas situações, o inconsciente coletivo de determinados grupos obscurece o verdadeiro estado da sociedade, tanto para esses grupos como para os demais e que, por isso mesmo, a estabiliza.**<sup>229</sup> [grifo nosso]

Nessa visão peculiar de MANNHEIM, o primeiro ponto a ser destacado é que, para ele, no que acompanha a visão que predomina entre os demais pensadores que cuidam do tema, “**ideologia**” nada tem a ver com ciência, muito menos com os propósitos que normalmente balizam o conhecimento científico. Ao contrário, para ele “ideologia” constitui um corpo de crenças e valores que, por algum modo, alcançou poder e preeminência, destinado a existir e a **permanecer**. Nisso se empenham todas as forças que nessa manutenção dessa ordem têm interesse.

---

<sup>228</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. 32-33.

<sup>229</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. 36-37.

Inteiramente diversa é a concepção mannheimiana de “**utopia**”. Como adiante se poderá melhor conferir, a “utopia” não deixa de configurar, em essência, também uma ideologia. Mas, conquanto lance mão de idêntico arsenal de cunho ideológico, compõe igualmente um bloco de crenças, mas que, quando vem a existir, sobrevém para **alterar**:

O conceito de pensamento utópico reflete a descoberta oposta da luta política, isto é, que certos grupos oprimidos estão intelectualmente tão interessados na destruição e transformação de uma dada condição social que, sem sabê-lo, percebem apenas aqueles elementos da situação que tendem a negá-la. Seu pensamento é incapaz de diagnosticar corretamente uma situação real da sociedade. **Não lhes interessa, de modo algum, o que realmente existe; ao contrário, o seu pensamento gira em torno da mudança da situação existente.** Esse pensamento não é jamais um diagnóstico da situação, podendo servir apenas para orientar a ação. Na mentalidade utópica, o inconsciente coletivo, guiado por representações desiderativas e pela vontade de ação, oculta certos aspectos da realidade. Mostra aversão a tudo quanto seja capaz de debilitar sua crença ou paralisar seu desejo de mudar as coisas.<sup>230</sup> [grifo nosso]

MANNHEIM, muito embora não o diga expressamente, associa “**ideologia**” à **preservação** de um dado *status quo*, o que equivale à sua **manutenção**, v.g., a prevalência da estrutura de poder e de hegemonia dos interesses de uma casta ou classe tal como já existente. Já “**utopia**” é conectada com a idéia de insatisfação, repulsa e reação a esse *status quo*. Todo observador que se interesse pelas raízes sociais das éticas do período em que vive, e que se veja compelido a raciocinar sobre os problemas da vida social em função das tensões existentes entre as várias camadas de que ela se compõe, irá esbarrar no ressentimento como pano de fundo das experiências sociais, tenderá a tomar consciência da significação dinâmica dessas tensões sociais — e assim buscará alterá-las.<sup>231</sup>

De todo modo, vale consignar que, no Século XVIII, foi se firmando a convicção, ante a derrocada dos antigos conceitos de religião e metafísica perante o cada vez

---

<sup>230</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. 36-37.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 42.

mais crescente prestígio das ciências naturais, de que tudo poderia ser abarcado — e, em sendo o caso, retificado — pelo conhecimento científico. Isso, obviamente, incluiria a realidade social. A novidade introduzida por essa nova visão era que a realidade social, no que tivesse de válido e positivo (devendo, portanto, ser protegido e preservado) e no que exibisse de inválido, errôneo ou deficiente (caso em que deveria ser alterado) decorria do corpo de idéias que havia presidido sua instituição.<sup>232</sup> Corrigir o mundo passa, então, por uma correção dessas idéias, e isso será tarefa de uma postura racional e científica que abranja a idéia como objeto de avaliação e ação científicas.

Intuíu-se a necessidade, cada vez maior e mais urgente, de que a ciência — onde a razão havia sido elevada ao estado da arte do conhecimento, capaz de domar a física, a química, a geometria e a matemática —, efetuasse uma intervenção reguladora no processo social, desvelando as “leis naturais” que deveriam presidi-lo e formulando as regras que melhor conviessem à “melhor prática” dos fenômenos sociais. A ciência, organizada em leis universais de causalidade mecânica, obteria também da realidade social a noção de “verdade científica”. O espírito da época o reputava factível e assim o exigia, ainda que, em sendo o caso, os cientistas se vissem forçados a adaptá-la aos padrões e medidas de um leito de Procusto racional, iluminista e sobretudo cartesiano. Isso se refletiu fortemente no campo do direito, e o resultado disso foi a irrupção avassaladora, soberba e auto-suficiente do positivismo, nos Séculos XIX e XX. Esse quadro favorecia claramente o aparecimento de uma “ciência das idéias”, sem que ninguém se desse conta ou ao menos cogitasse que, em novo recurso aos conceitos da mitologia, o risco mais provável de tal procedimento seria o de se abrir uma nova caixa de Pandora.

---

<sup>232</sup> “As idéias da classe dominante são, em cada época, as idéias dominantes, isto é, a classe que tem a força material na sociedade é, ao mesmo tempo, a sua força intelectual dominante.” (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 5. ed. São Paulo: Hucitec, 1986, p. 12)



## 5 O fracasso da concepção científica de ideologia

No princípio do Século XIX, a assim chamada “ciência das idéias” era coisa recente, e, como já se assinalou, o movimento “ideológico”, buscando sintonizar-se com o espírito da nova era, ostentava pretensões científicas, atuando num viés educacional. Assim, ao que então se acreditava, se a evolução da humanidade havia desaguado na onipotência da razão, e o mais autorizado veículo da verdade era a ciência. Sob tal ótica, não apenas as coisas, mas também os acontecimentos sociais se sujeitariam a tal império. Num certo sentido, os “ideologistas” da época representaram a antecipação da classe que, no futuro, com a mais insuspeita excelência de intenções, se ofereceu para guiar sociedades e governantes no caminho da razão e da eficácia “neutra”, os tecnocratas. Não lograram nesse particular escamotear-se à visão crítica de EAGLETON:

O objetivo dos ideólogos do Iluminismo, como porta-vozes da burguesia revolucionária da Europa do século XVIII e mandarins da razão, era reconstruir a sociedade de alto a baixo, sobre bases racionais. Invektivavam sem medo contra uma ordem social que fomentava entre as pessoas a superstição religiosa, a fim de fortalecer seu próprio poder brutalmente absolutista, e sonhavam com um futuro no qual se teria em apreço a dignidade de homens e mulheres, como criaturas capazes de sobreviver sem ópio nem ilusão. Sua causa, no entanto, encerrava uma contradição debilitante. Pois se sustentavam, por um lado, que os indivíduos eram os produtos determinados do próprio meio, insistiam, por outro, ser possível elevar-se acima desses determinantes inferiores mediante o poder da educação. Assim que as leis da consciência humana se desnudassem ao exame científico, essa consciência poderia ser transformada, na direção da felicidade humana, por um projeto pedagógico sistemático. Mas quais seriam os determinantes desse projeto? Ou, como indagou Karl Marx, quem educaria os educadores? Se toda consciência é materialmente condicionada, isso não deveria aplicar-se também às noções aparentemente livres e desinteressadas que iluminariam as massas em seu caminho para fora da autocracia, rumo à

liberdade? Se tudo deve ser submetido à luz translúcida da razão, não se deveria incluir aí a própria razão?<sup>233</sup>

Tais contradições e perplexidades não embaraçaram a atividade desse novo mandarinato que operava com idéias. Ora, sustentavam, como agimos de acordo com nossos conhecimentos, e estes se organizam através de idéias, nossa ação individual e grupal pode ser esmiuçada e decomposta. A chave para a criação e fruição de um mundo ideal, fundado na razão e na verdade, estaria em se compreender como se formam então as idéias, a partir das **sensações** (ou seja, o empirismo também entra em cena). Os ideólogos, como “cientistas das idéias”, capazes de fundir o rigorismo das ciências naturais com o plano das idéias, de forma neutra, promoveriam a prospecção das origens últimas das idéias, o que lhes possibilitaria pudessem ser elas tratadas cientificamente.

A seguir, efetuariam uma reconstituição genômica dessas idéias; promoveriam então eventuais adaptações, retificações e expurgos, fornecendo às populações um elenco depurado de princípios, conceitos e noções “verdadeiros”, que orientariam a vida política, econômica, cultural e social dos povos à luz dos novos paradigmas pós-Revolução Francesa. Sob um certo ângulo, os ideologistas se miravam, em sua atividade, no mito do rei-filósofo de Platão, em sua “República”. Os cientistas das idéias, sob o influxo numinoso da Era da Razão, fariam de seus dirigentes e concidadãos homens e mulheres melhores, e realizariam o ideal do autêntico espírito filosófico de Platão, aquele que não se deixa perturbar pela variedade das opiniões, tendo como meta alcançar a unidade na diversidade, isto é, “ver a imagem fundamental, universal e imutável das coisas: a idéia”.<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> EAGLETON, Terry. **Ideologia**. São Paulo: Editora Boitempo-Unesp, 1997, p. 66.

<sup>234</sup> JAEGER, Werner. **Paidéia**: A formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 841-842.

Os integrantes dessa nova classe intelectual, sob a capitania de Destutt de Tracy, autor de “Elementos de ideologia”, “se dispunham a prestar aos detentores do poder uma assessoria esclarecedora, orientando-os no sentido de promover o aprimoramento das instituições”<sup>235</sup>; entretanto, a despeito do enunciado de tais intenções, sua interferência foi vivamente denunciada e repelida por Napoleão, em 1812, após o que o termo “ideologia” se cercou de conotação negativa<sup>236</sup>.

O moderno conceito de ideologia nasceu quando Napoleão, descobrindo que esse grupo de filósofos se opunha a suas ambições imperiais, alcunhou-os desdenhosamente de “ideólogos”, e a partir daí, a palavra assumiu um sentido pejorativo, ranço do qual jamais conseguiu se livrar e que a acompanha até hoje. Malgrado isso, Napoleão, ao assim, agir, efetuou uma valoração epistemológica e ontológica do termo, pois o que descobriu foi que idéias podem ser utilizadas como arma política, e, reagindo a isso, o que buscou enfatizar, depreciativamente, foi a validade do pensamento do adversário, por ser considerado pouco realista.<sup>237</sup> Para o bem ou para o mal, a interferência napoleônica desqualificou — de forma implacável e irreversível — a ideologia, ou ciência das idéias, como algo “científico” (afinal, ciência que se prezasse, na época, teria que ser atividade **politicamente neutra**) e conferiu à idéia de ideologia uma aura depreciativa; vinculou-a a uma conotação de coisa abstrata, utópica e artificial — não derivada do espírito ou experiência humana — e essa concepção obteve tamanho impacto que acabou se tornando o sentido que perdurou como significação tradicional de “ideologia” em dicionários.

---

<sup>235</sup> KONDER, Leandro. **A Questão da Ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 22.

<sup>236</sup> Napoleão proibiu o ensino de ciência moral e política no *Institut de France* e, em famoso discurso em dezembro de 1812, atacou as idéias de seus membros, qualificando-as como especulação abstrata, falsa e irresponsável — como “a negra metafísica” da ideologia que se compara mal com “o conhecimento do coração e as lições da História” (Cf. CHRISTENSON, Reo M. et al. **Ideologias e Política Moderna**. São Paulo: Ibrasa, 1974, p. 14.).

<sup>237</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. 67.

Não durou muito a pretensão dos “ideologistas” de conferir base científica à sua recém-criada ciência. A uma, porquanto a ciência busca a extração de **verdades** (*alethéia*), as quais, quando atendidos os pressupostos de rigor científico, são **imutáveis** e **definitivas**. Idéias são elementos sujeitos a **valor** e, portanto, não são passíveis de constituir *episteme*. E são mutáveis por excelência. A duas, porquanto não ensejam distanciamento entre o observador e o objeto ou fenômeno observado. ALTHUSSER, citado por CRESPIGNY e CRONIN, é peremptório em recusar tal *status* à ideologia; é por sinal bem claro em afirmar que ela é antagônica à ciência:

Em sua opinião [a referência é a ALTHUSSER] existe uma divisão nítida entre a ideologia e as ciências. **As ciências se constituem somente mediante uma atividade teórica que produz um rompimento com o que é ideológico.** A ideologia, diz ALTHUSSER, é a forma imaginária pela qual os indivíduos atribuem um centro às suas relações com suas condições reais de existência. **Por meio da ideologia, os indivíduos vivem essas relações como sujeitos, enquanto que o discurso das ciências é essencialmente descentralizado; as ciências não têm sujeito, e não devem tê-lo.**<sup>238</sup> [grifo nosso]

Muito embora, no campo das ciências sociais, possa ser discutível que elas apresentem campos que permitam uma abordagem científica, conforme venha a ser o recorte metodológico que se lhes aplique<sup>239</sup>, o fato é que nenhuma ciência social — o que vale muito mais especialmente para a ideologia, que se propõe a trabalhar com idéias, e para o direito, que trabalha com comportamentos e regras —, opera sem recorrer a juízos de valor, que são “considerados sob a ótica científicista como uma anomalia epistemológica”, adverte SOUZA.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy. **Ideologias políticas**. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: Editora UnB, 1981, p. 8.

<sup>239</sup> Essa foi a obra maior a que KELSEN se dedicou, com sua Teoria Pura do direito, com o propósito de elevar o direito a uma categoria rigorosamente científica, para o que dele extirpou todo elemento valorativo, que reputou como metajurídicos.

<sup>240</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 23.

## 6 A política e a economia se apropriam da ideologia

O termo “ideologia”, a partir da intervenção napoleônica, e com o sentido que por este lhe foi emprestado, foi abandonado e permaneceu condenado como coisa anacrônica e inútil nos porões da teoria do conhecimento. Seu resgate, já sob roupagem semântica inteiramente diferente, somente se daria em meados do Século XIX, quando veio ele a ser utilizado em sentido mais amplo, marcadamente político e econômico, no livro “A Ideologia alemã”, por Karl Marx e Friedrich Engels, lançado em 1846, e depois se disseminaria por toda a literatura marxista que se seguiu.

Essa retomada do conceito se deu num sentido precisamente oposto àquele que havia presidido a concepção original do termo. Para Destutt de Tracy e seus seguidores, a ideologia compunha uma **ciência**, e, precisamente por ser “científica”, gozaria de um caráter de “neutralidade” própria às ciências naturais e que se pretendia estender para o plano do estudo das idéias. Já para Marx e aqueles que a ele se seguiram, “ideologia” não compunha qualquer ciência, e nada teria a ver com alguma pretensa busca da verdade calcada em bases real ou supostamente científicas. Muito ao revés, a noção de ideologia nada apresentaria de neutro ou de isenção; representava tão-somente um **instrumento**, manipulando símbolos, para influenciar unilateralmente o corpo social, com vistas à submissão de uma classe social pela outra e à perpetuação de tal dominação.

Isso é vivamente destacado por ALTHUSSER:

Portanto estamos diante de um paradoxo bastante surpreendente. Tudo parecia levar Marx a formular uma teoria da ideologia. De fato, a *Ideologia alemã* nos

oferece, depois dos Manuscritos de 44, uma teoria explícita da ideologia, mas [...] ela não é marxista.<sup>241</sup>

Para ALTHUSSER, portanto, MARX apropriou-se do termo “ideologia” em sentido absolutamente diverso daquele original, e sob um enfoque negativo e de denúncia.

Ideologia seria algo artificial e sem validade:

Sabemos que esta fórmula aparece com todas as letras numa passagem da *Ideologia alemã*. Marx a enuncia a propósito da metafísica que, segundo ele, não tem mais história do que a moral (subentenda-se: e as demais formas da ideologia). Na *Ideologia alemã*, esta fórmula aparece num contexto nitidamente positivista.<sup>242</sup> [grifo do autor]

Finalizando, ALTHUSSER sugere que, ao se referir ao termo como o fizera em A “Ideologia Alemã”, MARX não havia ainda amadurecido o sentido de ideologia tal como a empregará posteriormente nas suas obras posteriores:

A ideologia é concebida como pura ilusão, puro sonho, ou seja, nada. Toda a sua realidade está fora dela. A ideologia é portanto pensada como uma construção imaginária cujo estatuto é exatamente o mesmo estatuto teórico do sonho nos autores anteriores a Freud. Para tais autores, o sonho era o resultado puramente imaginário, quer dizer nulo, de “resíduos diurnos”, apresentados numa ordem e composição arbitrárias, por vezes mesmo “invertidas”, em suma “desordenadamente”. Para eles, o sonho era o imaginário vazio e nulo, arbitrariamente *bricolé*\*, de olhos fechados, dos resíduos da única realidade plena e positiva, a do dia. É este exatamente o estatuto da filosofia e da ideologia (uma vez que a filosofia é a ideologia por excelência) na *Ideologia Alemã*.<sup>243</sup>

Numa sociedade — e ao se referir a sociedade, ele tinha em vista preponderantemente a sociedade de sua época, que era liberal e burguesa, edificada sob as regras dos modelos político, econômico, jurídico e social introduzidos pelas revoluções liberais do

---

<sup>241</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**: Nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. São Paulo: Edições Graal, 2003, p. 82.

<sup>242</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**: Nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. São Paulo: Edições Graal, 2003, p. 83.

\* O verbo *bricoler* não tem tradução direta para o português, significando a maneira pragmática pela qual a partir da junção de pedaços de coisas diferentes pode-se construir outras coisas. A bricolagem indica a ação de construção sem um projeto estabelecido, indica também que não se conta com os elementos adequados à ação. (Nota explicativa dos tradutores da obra: ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**: Nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. São Paulo: Edições Graal, 2003, p. 83.)

<sup>243</sup> ALTHUSSER, Louis. op. cit., p. 83.

Século XVIII —, assinalava MARX, existiam duas classes, dois blocos opositores, a burguesia (proprietários e patrões) e o proletariado (trabalhadores e integrantes das classes sociais mais baixas), que se dividiam e digladiavam não somente em relação a seus interesses práticos, mas sobretudo em relação às idéias e valores que cada classe dessas possuía e professava.<sup>244</sup> A despeito de não desconsiderar que o contexto do termo “ideologia” compreendia uma visão de mundo individual, MARX se empenhou desde logo em enfatizar a ligação dessa visão, produzida pela classe dominante e introjetada nas classes dominadas, com uma dimensão eminentemente política e econômica:

**As categorias econômicas são apenas a expressão teórica, a abstração, das relações sociais de produção [...] Os mesmos homens que estabelecem relações sociais de acordo com sua produtividade material, produzem também, os princípios, as idéias, as categorias, conforme as suas relações sociais.**<sup>245</sup> [grifo nosso]

O tecido social, antes uniforme, prosseguem Marx e Engels, havia sido esgarçado e cindido com o advento da divisão social do trabalho. Essa divisão, fulcrada na propriedade privada dos meios de produção, não só criava uma distinção entre os que a detinham e os que dela se viam privados, mas efetuava mesmo uma ruptura entre o trabalho material e o trabalho espiritual. Nesse ponto, MARX parte para a denúncia de que a cosmovisão hegeliana assentava bases em um equívoco, o fato de que o Estado fosse formado por homens livres e racionais. Ao contrário, argumenta, o Estado é criação de homens divididos, confusos e alienados: “O ser humano é o verdadeiro princípio do Estado, mas é o ser humano **não livre**. O Estado, então, é a **democracia da não liberdade**, a consumação da alienação.”<sup>246</sup> Em assim sendo, admitir que os seres humanos pudessem validamente aceitar serem enquadrados num

---

<sup>244</sup> Cf. MARCONDES FILHO, Ciro. **Ideologia**. 8. ed. São Paulo: Global Editora, 1985, p. 15.

<sup>245</sup> Apud MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. 53.

<sup>246</sup> Apud KONDER, Leandro. **A Questão da Ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 31.

molde preconcebido de cidadania, tal como definido na esfera estatal, constituiria grave solecismo dialético. Isso não se tornava possível porquanto, contrariamente à visão idealista e aos ideais românticos esposados por Hegel, adverte Marx, o Estado não pode ocupar o lugar da razão, porquanto, uma vez construído no interior de uma sociedade cindida, ele já nascia comprometido com tal cisão, dominado pelas idéias e representações dos setores dominantes da sociedade<sup>247</sup>.

Portanto, é preciso esclarecer um ponto importante. Para MARX e ENGELS, o uso que fazem do termo “ideologia” é o de rotular algo já existente, uma engrenagem já em ação, destinada a assegurar a continuidade das relações de exploração e opressão do trabalho pelo capital. Nesse sentido, ideologia não tem base nem de **verdade** e muito menos de **ciência**; representa apenas um esquema voltado para prolongar, *ad aeternum*, essa exploração e a alienação das classes sociais oprimidas. Em nível de ciência social, e, para ela, aí, sim, o marxismo reclama o *status* de cientificidade, está o chamado **materialismo dialético**. Esse materialismo dialético marxista é instituído como forma científica de se contrapor e combater os malefícios intrínsecos da sociedade burguesa, ditados por razões ideológicas. A ideologia caracteriza a disputa que travam entre si as “ciências sociais” e “ciências humanas”, e a luta que todas elas travam contra o marxismo. É que, enquanto as “ciências sociais” e “ciências humanas” travam sua disputa num mesmo campo ideológico — enquanto “teorias” das classes dominantes — para verificar qual delas alcança maior correspondência com os interesses de classe que representam, numa ou noutra conjuntura, o marxismo se coloca em outro campo, no campo antagônico, enquanto teoria da classe dominada. A diferença é que o materialismo dialético tem base e rigor científico, e está destinado a suplantar, à conta disso, essas outras “falsas” ciências, que apenas instrumentalizam a luta de classes a favor da classe dominante.

---

<sup>247</sup> Cf. *Ibidem*, p. 41-42.



Daí porque MARX e ENGELS diferem fundamentalmente de todos os teóricos de sua época; pela exigência que se impunham de se distinguir, rigorosamente, de todas as outras “teorias”, pelo rigor, precisão, apuramento teórico que dedicaram à elaboração de sua ciência. É nesse sentido a advertência que Marx efetua, no Posfácio à segunda edição de *O Capital*, em que nos fala das condições que a luta de classes assumiu, na prática e na teoria, como decorrência do ascenso da burguesia ao poder, mostrando que daí em diante deixaria de haver possibilidade de uma ciência social burguesa e de uma disputa científica imparcial:

A burguesia tinha conquistado o poder político na França e na Inglaterra. A partir de então, a luta de classes assumiu, na teoria e na prática, formas cada vez mais explícitas e ameaçadoras. Ela faz soar o sino fúnebre da economia científica burguesa. Já não se tratava de saber se este ou aquele teorema era ou não verdadeiro, mas se para o capital ele era útil ou prejudicial, cômodo ou incômodo, subversivo ou não. No lugar da pesquisa desinteressada entrou a espadacharia mercenária, no lugar da pesquisa científica imparcial entrou a má consciência e a má intenção da apologética.<sup>248</sup>

Nada impediria, todavia, que no futuro, no Século XX, os sucessores de Marx e os que se dispuseram a se valer de seu corpo de idéias e de seu arsenal filosófico (em que “ideologia” era tão-somente um artefato para garantir e preservar a ilusão e a “falsa consciência” da burguesia para instituir e justificar uma práxis revolucionária) se utilizassem do corpo de idéias do materialismo dialético como uma **ideologia**, ou seja, um elenco de conceitos utilizado como base de justificação para uma ação.

Nunca é demais acrescentar que, a exemplo de tantas outras experiências efetuadas com idéias, em especial quando o propósito delas era político ou envolvia a mecânica de poder, jamais o materialismo dialético logrou comprovar esse apregoado caráter científico, que o desnaturaria como mera ideologia e o elevaria à categoria de ciência. Este é apenas um dos problemas gerados pelo conceito de ideologia, tal como Marx o propôs e tratou. O marxismo tem

---

<sup>248</sup> MARX, Karl. **O Capital**. vol. 1. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.17.

a característica — fundamental — de não se deixar desvincular jamais de uma exigência, a de uma **práxis revolucionária**, v.g., a de busca da **ação transformadora eficiente**, capaz de se aprofundar e de questionar revolucionariamente a própria estrutura da sociedade, o **todo**. O desafio que a perspectiva de Marx enfrenta é o de — como disse Walter Benjamin — romper a “tirania do sempre-igual”. É o de evitar que se repita uma história opaca feita pelos opressores vitoriosos e criar condições para que se passe a fazer uma história radicalmente nova, que corresponda às aspirações libertárias dos oprimidos.<sup>249</sup>

Nesse sentido, uma das críticas mais interessantes feitas ao conceito marxista de ideologia, por exemplo, foi desenvolvida por RICOEUR, em seu livro *Interpretação e ideologias*<sup>250</sup>, na qual ele, muito embora reconheça a poderosa marca que o marxismo imprimiu à concepção da ideologia, observa que não é possível trabalhar com conceitos ideológicos buscando atribuir-se-lhes uma **dimensão de verdade**, v.g., não é possível compatibilizar o científico ao ideológico, e tais categorias só podem ser tratadas reconhecendo-se-lhes uma tensão dialética. Isso, explica ele, se deve ao fato de que ideologia é algo que nada tem a ver com a noção de **verdade** (*alethéia*); parenteia muito mais com a noção de opinião (*doxa*)<sup>251</sup>. De outra visada, seria possível existir um *locus* onde o fenômeno ideológico pudesse ser analisado e estudado sem influências ideológicas pré-existentes, ou seja, uma dimensão espacial neutra, onde o estudo do fenômeno ideológico não acabasse contaminado pelo observador? “Existe um lugar

---

<sup>249</sup> Cf. KONDER, Leandro. **A Questão da Ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 167.

<sup>250</sup> RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

<sup>251</sup> Comentando o pensamento de Ricouer, Konder destaca: “Epistemologicamente, a ideologia está próxima daquilo que os gregos caracterizavam como *opinião (doxa)*, uma posição baseada, na melhor das hipóteses, num critério de probabilidade ou numa conveniência argumentativa. É por isso que ela se exprime preferencialmente por meio de máximas, de *slogans*, de fórmulas lapidares.” (KONDER, Leandro. op. cit., p. 165.)

não ideológico, de onde seja possível falar cientificamente da ideologia?”<sup>252</sup>, é a pergunta que RICOEUR formula, para respondê-la negativamente.

Uma avaliação mais aprofundada desses conceitos de RICOEUR nos leva, forçosamente, a ter que cobrar da ideologia as perplexidades despertadas pelo drama quântico, ditado pelo fato de que, na análise do fenômeno ideológico — e aqui pouco importando qual venha a ser a moldura semântica em que este esteja sendo considerado —, a presença do observador altera sempre o objeto observado e assim contamina e compromete o resultado da observação. Não há como estudar-se ideologia, de forma pretensiosamente científica, como processador inerte, inerte e rigidamente asséptico e passivo da informação; cada observador que o faça transforma-se em agente alterador do próprio fenômeno.

Essa constatação, na interpretação do autor deste trabalho, coloca em xeque a conclusão de RICOEUR de que seria possível a um observador promover, de forma supostamente neutra, ou “cientificamente isenta”, uma crítica do objeto ideológico observado e dissecado, porquanto existiria uma “pré-compreensão” das representações da realidade, pré-compreensão esta que ensejaria “um certo distanciamento [do observador] em relação ao seu objeto e, afinal, em relação a si mesmo”, do que adviria a possibilidade de uma crítica da ideologia e, mais ainda, que tal crítica viesse a se organizar posteriormente como saber. Tem-se, pelas razões já elencadas, como duvidoso o alcance de tal desiderato. Evidentemente, ninguém é uma página em branco, ou um andróide repleto de dados mas despido de sensações, valores, preconceitos e crenças. Precisamente por isso é que, chamada à observação de um fenômeno ideológico, qualquer pessoa, cientista ou comum do povo, ali compareceria acompanhada de uma pré-compreensão que, longe de ensejar-lhe uma observação e análises neutras, objetivamente

---

<sup>252</sup> RICOEUR, Paul. op. cit., p. 75.

científicas e inteiramente desapaixonadas, irá, muito ao contrário, impedi-la de efetuar uma crítica isenta desse fenômeno. Muito menos lhe permitiria organizar tais observações como um “saber”.

## 7 O “flash ontológico” de Mannheim

Para MANNHEIM, após seu insucesso em alcançar o *status* de ciência, a ideologia passou a se defrontar com um outro nó górdio, que não logrou desatar nem contornar. No enfrentamento dessa questão, dá-se em MANNHEIM o que se poderia denominar de “*flash ontológico*”, o desvelamento de um novo significado a partir do qual as coisas surgem diferentes de como eram vistas antes<sup>253</sup>, fenômeno similar ao que PERKINS denomina de **estalo cognitivo**<sup>254</sup>. Esse impasse força MANNHEIM, no propósito de equacioná-lo, a inovar, decompondo a concepção ideológica em dois campos distintos e reciprocamente complementares, a **topia** e a **utopia**.

Essa formulação mannheimiana diz com o fato de que todo fenômeno que implique um abarcamento ou um enfoque no plano das idéias faz despertar, de imediato, dois posicionamentos.

O primeiro desses posicionamentos possíveis tem cunho de **preservação**, e se cinde em duas alternativas: 1) o propósito de que aquele *status quo* seja mantido e preservado, pura e simplesmente, tal como já existia, quer por idealismo ou mesmo por máscara ou manipulação, porquanto entendido como verdadeiro, correto ou simplesmente conveniente; e 2)

---

<sup>253</sup> GERHART, Mary; RUSSEL, Allan M. **Metaforic Process**: The Creation of Scientific and Religious Understanding. Fort Worth: Texas Christian University Press, 1984, p. 114.

<sup>254</sup> PERKINS, David. **A banheira de Arquimedes**. Trad. Beatriz Sidou. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 20.

que tal ordem, se tal for o caso, **seja mantida íntegra em suas bases essenciais** e submetida a algum tipo de ajuste (revisão, reforma ou retificação). Neste caso, podem mesmo vir a coexistir várias propostas de revisão, reforma ou retificação, nem sempre compatíveis e mesmo antagônicas entre si, que irão competir entre si, numa espécie de seleção das espécies darwiniana.

Já o segundo desses posicionamentos, diametralmente diverso, parte já de imediato para uma idéia de **mudança**, e mudança radical. Envolve um inconformismo irreduzível com a realidade constatada, implicando o vislumbre de uma alteração radical dela, levada às últimas conseqüências. Ajustes não servem; é imprescindível se procurar subverter e eliminar esse *status quo* encontrado, com sua substituição por um outro, ideal. Quando este chega a ser alcançado, não deve se sujeitar a alterações posteriores, impondo-se a supressão de todo ideário a ele antagônico ou divergente. Tanto uma quanto outra dessas alternativas buscam influir na realidade, mas com práxis e alcances absolutamente diferenciados.

Ao primeiro desses posicionamentos, MANNHEIM denomina “**topia**”, valendo-se de um conceito que toma emprestado de LANDAUER<sup>255</sup>, cujo fundamento é **preservação** (a realidade deve ser mantida; as coisas podem mudar, mas a ordem e o sistema em que estão inseridas devem remanescer, inalterados); ao segundo, nomeia de “**utopia**”, e sua base é a **revolução** (a realidade é sempre insatisfatória, a carecer de mudança; entretanto, não basta que as coisas sejam alteradas: torna-se imperioso que o próprio sistema ceda lugar a uma nova ordem):

Todo período da história conteve idéias transcendentais à ordem existente, mas essas idéias não funcionavam como utopias; constituíam antes as ideologias adequadas a determinado estágio da existência, enquanto se integrassem harmoniosa e organicamente na concepção do mundo característica desse mesmo período (isto é, enquanto não oferecessem possibilidades

---

<sup>255</sup> A concepção peculiar tomada por empréstimo, referente ao termo “**topia**”, encontra-se em: LANDAUER, Gustav. **Die Revolution**. Frankfurt a.M.: Rütten & Loening, 1907.

revolucionárias). Enquanto a ordem medieval, clerical e feudalmente organizada, pôde colocar o paraíso fora da sociedade, numa esfera situada em outro mundo, transcendente à história e avessa a ímpetos revolucionários, a idéia do paraíso continuou como parte integrante da sociedade medieval. Só no momento em que certos grupos sociais incorporaram essas imagens desiderativas na sua conduta real, tencionando pô-las em prática, essas ideologias se transformaram em utopias. Se adotarmos por um instante a terminologia de Landauer, contrariando deliberadamente a definição usual, daremos a qualquer ordem social existente, que tenda a perdurar, o nome de “**topia**” (do grega *tónos*), essas imagens desiderativas que assumem uma função revolucionária virão a ser utopia.<sup>256</sup>

O termo “ideologia”, tal como empregado no presente estudo, é — conforme o conceito que se empreste ao termo, ou o propósito com que ele venha a ser invocado ou utilizado — comum a esses dois universos, o da “**topia**” e o da “**utopia**”, tais como formulados e propostos por MANNHEIM, embora, no sentido de dominação política, econômica e cultural, ele se insira melhor na idéia mannheimiana de “**topia**”.

Assim, as visões de realidade social, desenvolvidas por PLATÃO nas “Leis”, por ARISTÓTELES na “República” e MORUS na “Utopia” são nitidamente **utópicas** em seu âmbito de proposição ideológica. Igualmente utópica é a visão de ROUSSEAU no *Do Contrato Social* e de MARX e ENGELS no *Manifesto do Partido Comunista*, ou ainda a de HITLER no seu *Mein Kampf*. Por sua vez, dentro desses mesmos parâmetros indicados, a Florença retratada por MAQUIAVEL em *O Príncipe* é claramente **tópica**. O mesmo se dá com HOBBS, no *Leviatã*, com MONTESQUIEU, em *O Espírito das Leis*, com LOCKE, no *Ensaio sobre o Governo Civil* e mesmo LÊNIN, em *O Estado e a Revolução*, no qual a “**utopia**” marxista teve que ser mitigada pela “**topia**” leninista.

Na Revolução Francesa, os girondinos são “**tópicos**” e os jacobinos “**utópicos**”; DANTON era “**tópico**”, ao passo que ROBESPIERRE é a encarnação perfeita e absoluta da

---

<sup>256</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. 179 e 180.

“**utopia**”. Já na Revolução Americana, toda a ação é nitidamente “**tópica**”, pois o propósito do movimento jamais foi questionar os valores fundamentais herdados da Inglaterra, mas sim preservá-los, adaptados numa nova ordem, melhor compatibilizada com os interesses das ex-colônias e com os ideais do liberalismo do Século XVIII. Nesse particular, são exemplares as antíteses representadas por STÁLIN e TROTSKY, na União Soviética, e por CASTRO e GUEVARA, em Cuba. Quatro líderes com formação ideológica marxista, dois deles optaram por uma práxis **utópica** imediatista, quiliástica e milenarista (TROTSKY e GUEVARA) e os outros dois (STÁLIN e CASTRO) refrearam no poder seus impulsos utópicos iniciais em favor de necessidades **tópicas** de preservação de uma ordem conquistada. Na mesma esteira de raciocínio, a III Internacional de 1919, cujo conceito original era de **utopia**, converte-se em **topia** após a morte de LÊNIN, a ascensão de STÁLIN e a expulsão formal de TROTSKY em 1927, com a filosofia do “socialismo em um só país”. Entretanto, TROTSKY resiste e promove a IV Internacional, em Paris, em 1938, retomando o ideal utópico do socialismo em escala internacional, projeto que implementou até ser morto em 1940.

Esses dois conceitos, torne-se a insistir, são ambos **ideológicos**. Não são reciprocamente excludentes, embora normalmente não sejam conciliáveis. **Topia**, nessa visão mannheimiana, portanto, apresenta contornos de identificação de uma realidade, uma vivência de acordo com os padrões que a caracterizam (embora isso nem sempre seja possível ou desejável) e um esforço pela conservação dessa realidade existente — e, se necessário, sua adaptação mediante reformas. Já **utopia**, não. A realidade é identificada e repelida *in totum e in solidum*. Ela irrompe abruptamente e sem concessões contra o já estabelecido e busca a demolição da velha ordem, tijolo por tijolo. Mais do que isso, utopia parenteia com religião revelada, é

quiliástica, milenarista.<sup>257</sup> Ambas transcendem a realidade encontrada, só que a **topia** tem com ela algum tipo de ligação e compromisso, ainda que caracterizada por algum tipo de manipulação, mentira ou hipocrisia, e a **utopia** se sente em relação a ela hostil e desobrigada<sup>258</sup>. Ideologia tópica é uma **posição**; já ideologia utópica será sempre um **movimento**. A famosa frase de LAMPEDUSA (“Para que as coisas permaneçam iguais, é preciso que tudo mude”<sup>259</sup>) torna-se sugestivamente ideológica, no sentido **tópico**. Já a afirmação de que “a humanidade só estará livre no dia em que o último rei morrer enforcado nas tripas do último padre”, atribuída a DIDEROT, ou ainda a de DROYSSEN (“a tarefa do homem consiste em fazer com que de certas condições surjam novos pensamentos e, dos pensamentos, novas condições”<sup>260</sup>) se revelam nitidamente posições ideológicas **utópicas**.

Ao contrário do que possa à primeira vista parecer, o confronto entre esses conceitos de **topia** e **utopia** não são susceptíveis de superação dialética, no sentido hegeliano, compreendendo tese, antítese e síntese. Embora existam tese (**topia**) e antítese (**utopia**), não se dá qualquer síntese, porquanto a **utopia**, por sua condição quiliástica e milenarista, é por essência excludente, e rejeita quaisquer concessões às proposições que dela divirjam, recusando-se ao jogo e ao diálogo dialéticos. Os problemas, é o que se pode extrair das proposições de MANNHEIM,

---

<sup>257</sup> Segundo Mannheim: “O traço essencial do quiliatismo é sua tendência para dissociar-se sempre das próprias imagens e símbolos. Exatamente porque a força motriz desta utopia não reside na sua expressão externa, uma concepção do fenômeno que se baseie simplesmente na história das idéias não o reproduz fielmente. Tal concepção perde de vista o ponto essencial. Quando aplicamos os métodos da história das idéias, tendemos a pôr no lugar da história da substância do quiliatismo a história de quadros de referência que já se despiram de seu conteúdo, isto é, a história das idéias quiliásticas em si. [...] por natureza, a experiência quiliástica decai com o decorrer do tempo e sofre uma transformação irremediável no desenvolvimento da experiência de cada pessoa. [...] Para o verdadeiro quiliasta, o presente se converte em uma brecha pela qual o que antes era interior irrompe repentinamente, apodera-se do mundo exterior e o transforma. (MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. 199 e 200.)

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 181 e ss.

<sup>259</sup> LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. **O Gattopardo**. São Paulo: Record, 2000.

<sup>260</sup> DROYSSEN, T.G. **Outline of the principles of History**. Trad. E. Benjamin Andrews. Boston: Ginn & Co., 1893, p. 45 e 46.



passam a existir quando uma proposta **claramente utópica** lança mão de uma retórica que não é eticamente defensável: a um mesmo tempo, investe contra a realidade que pretende combater denunciando-a como ideológica (em sentido negativo) e metamorfoseia-se ela própria (a proposta utópica) em ideologia (já então em sentido positivo), apropriando-se de um discurso e de uma retórica próprios de uma proposta tópica convencional.

## 8 O direito, o Judiciário e a questão ideológica

Nenhum campo humano está a salvo da ideologia, e, evidentemente, notadamente por sua vinculação com a estrutura de poder estatal, nem o direito nem qualquer dos atores do drama jurisdicional, entre os quais o juiz, constituiriam exceção.

BOBBIO, por sinal, dedica a esse tema um capítulo inteiro de sua obra sobre o positivismo jurídico <sup>261</sup>, e sua conclusão é de que o positivismo jurídico, muito embora tivesse desde sempre assumido uma postura de neutralidade diante do direito, “não conseguiu ser integralmente fiel a esse seu propósito”<sup>262</sup>. Em sua avaliação, o positivismo a partir de um certo momento não se contentou em constituir um **modo de entender** o direito, mas passou a representar um **modo de querer** o direito; “parece, portanto, não somente uma teoria, mas uma ideologia”<sup>263</sup>. Isso se agravou quando, após o primeiro quarto do Século XX, lamenta-se ele, o juspositivismo chegou a ser considerado uma das causas que provocaram ou favoreceram o advento dos regimes totalitários europeus, do nazismo alemão.<sup>264</sup> As causas desse dilema

---

<sup>261</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 223-232.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 223.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 224.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 225.

remontam ao contributo kelseniano ao direito, pela sua teoria normativa pura, que se impôs vigorosamente no final do Século XIX e no início do Século XX. Aderir ao modelo normativo puro significou, de fato, o abandono pelo direito de critérios de valor. BOBBIO faz essa indicação:

[...] entre a concepção juspositivista e a tradicional há uma diferença radical, que se manifesta na última parte da fórmula por nós usada para definir o positivismo ético: “obediência às leis *enquanto tais*”; o pensamento tradicional, em lugar disto, afirma o dever de obedecer às leis *enquanto justas*, já que o requisito da justiça é parte integrante da definição do conceito de lei (uma lei injusta não é uma verdadeira lei, mas antes uma *corruptio legis*). **Em lugar disto, na definição da lei dada pelo positivismo jurídico não está compreendido o requisito da justiça, mas somente o da validade.**<sup>265</sup> [grifo nosso]

Demais disso, o marxismo nos legou, como herança indelével e, aparentemente, inextirpável, a idéia de que o Estado é essencialmente, e mais do que um “comitê diretor” da classe dominante<sup>266</sup>, um acabado instrumento de dominação ideológica<sup>267</sup>. Uma vez que ele constitui não propriamente um *locus* de contradição e luta de classes, mas sim um **instrumental** posto a serviço da dominação, o Estado é algo destinado a desaparecer, no triunfo final do milenarismo marxista. Nessa sua condição instrumental, ele tem que atuar na defesa e preservação de tais interesses dominantes, e o faz mediante duas categorias, dois aparelhos, um destinado às ações de repressão (o ARE, aparelho de **repressão** do Estado) e o outro ao mascaramento e à alienação das classes subalternas em relação a tal dominação (o AIR, aparelho **ideológico** do Estado). O Judiciário, pelos seus membros, integra, segundo ALTHUSSER, o aparelho repressivo estatal, que compreende governo, a administração, o exército, a polícia, os

---

<sup>265</sup> Ibidem, p. 227.

<sup>266</sup> José A. G. Albuquerque em introdução crítica à obra: ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**: Nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. São Paulo: Edições Graal, 2003.

<sup>267</sup> Essa dominação ideológica, inequivocamente, observada a dicotomia mannheimiana, é **tópica**: essa dominação ideológica tem o propósito de conservar a ordem e os valores já estabelecidos.

tribunais, as prisões, etc, todas as instituições públicas que atuem “através da violência”.<sup>268</sup> Em acréscimo a tal proposição, o mesmo autor indica claramente que o direito, que obviamente inclui o seu aplicador, o Judiciário, está simultaneamente inserido nesses dois aparelhos.<sup>269</sup> Da perspectiva marxista-althusseriana, não existe alternativa num Estado burguês: ou se é oprimido ou então se é opressor. *Tertius non datur*.

Toda a ideologia burguesa, desde a ideologia jurídica até a ideologia moral, passando pela ideologia filosófica difundidas durante séculos, sustenta essa evidência dos direitos do homem: que cada indivíduo é livre de escolher em política suas idéias e o âmbito de sua atuação (seu partido) e, sobretudo, sustenta a idéia, subjacente à anterior e que, no fundo, não passa de uma impostura, de que uma sociedade está composta de indivíduos. (Marx: "a sociedade não está composta de indivíduos", mas de classes que se enfrentam na luta de classes), que a vontade geral sai das urnas do escrutínio majoritário e que é essa vontade geral, representada pelos deputados dos partidos, que faz a política da nação — quando, em definitivo, a única coisa que faz sempre é a política de uma classe, da classe dominante.<sup>270</sup>

A jurisdição, ínsita ao Poder Judiciário, que é considerado por esse autor como integrante do aparelho ideológico do Estado, é a todos os títulos ideológica, e, mais que isso: está comprometida com a preservação da ordem burguesa. Aos operadores do direito, mormente o próprio responsável por sua aplicação em nome do Estado, o juiz, é recusado por ele o argumento de que não poderiam ser agentes ideológicos a serviço do Estado, como instituição dominante e opressora, porquanto, supostamente, atuariam sempre em nome da liberdade, dos direitos e do livre arbítrio dos indivíduos. ALTHUSSER, nesse particular, não dispensa a esse tipo de escusa a menor condescendência, porquanto visualiza a ordem jurídica como a própria matriz da ideologia burguesa<sup>271</sup>:

---

<sup>268</sup> ALTHUSSER, Louis. op. cit., p. 67.

<sup>269</sup> Althusser, em nota explicativa ao que denomina “AIE jurídico”: “O ‘direito’ pertence ao mesmo tempo ao Aparelho (repressivo) do Estado e ao sistema dos AIE.” (Ibidem, p. 68.)

<sup>270</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**: Nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. São Paulo: Edições Graal, 2003, p. 117-118.

<sup>271</sup> Ibidem, p. 118.

Que uma tal ideologia política seja uma parte da ideologia dominante, e que seja homogênea com ela, é algo demasiado evidente: essa mesma ideologia se encontra por todos os lados dentro da ideologia burguesa (a qual, é bom lembrar, está mudando nos últimos dez anos). **Isso não é surpreendente se se sabe que a matriz dessa ideologia dominante é a ideologia jurídica, indispensável ao funcionamento do direito burguês. O fato de que a encontremos por todos os lados é que indica estarmos frente à ideologia dominante.** E é dessa correspondência contínua de uma evidência com outra — da evidência da ideologia jurídica à evidência da ideologia moral, desta à evidência da ideologia filosófica e, desta última, à evidência da ideologia política de onde toda evidência ideológica retira sua confirmação imediata e se impõe, através das diferentes práticas dos AIE, a cada indivíduo. **Essa ideologia dos direitos do homem, liberdade, igualdade, liberdade de escolher suas próprias idéias e seu representante, igualdade frente às urnas, acabou por engendrar, não pela força das idéias, mas como resultado da luta de classes, esse aparelho ideológico no qual a ideologia política dos direitos do homem se encarnou, e se converteu, exceto para a crítica marxista, numa evidência aceita sem coação visível pelos eleitores ou, pelo menos, pela grande maioria dos eleitores.**<sup>272</sup> [grifo nosso]

Em suma, como conclusão em qualquer das vertentes que se fundem no marxismo em sua versão clássica ou no neomarxismo, o direito e seus aplicadores compõem Cérberos diligentemente aplicados na defesa dos domínios do mundo ífero da burguesia. Em qualquer dessas versões, paleomarxistas ou neomarxistas, o juiz é, sim, elemento de defesa dessa ordem, quer atue como integrante do órgão estatal quer como aplicador do direito. No marxismo althusseriano, a figura de Thêmis, num universo burguês, é a representação perfeita dessa ordem de alienação: quando usa a balança, a deusa perpetra ideologia; quando lança mão da espada, promove repressão. Ideologia e repressão, esclareça-se de pronto, apenas e tão-somente em favor das elites dominantes e contra a classe proletária oprimida.

Chega a soar como irrisão o fato de que o triunfo da Revolução Bolchevista na Rússia, em 1917, em nome de princípios marxistas, em nada modificou tal situação. O Estado, em vez de desaparecer, se fortaleceu; apenas passou a servir um senhor diferente. A ideologia, antes denunciada e escarmentada como algo negativo, apontada como fator de opressão por uma

---

<sup>272</sup> Ibidem, p. 118.

classe, a burguesia, não desapareceu nem sua atividade cessou ou se atenuou. Alegada e supostamente, o conflito de classes terminou: na nova URSS passa a existir apenas uma classe, a do proletariado. Nem por isso o fenômeno ideológico se retirou de cena. Ele persistiu e até mesmo se expandiu, apenas operando agora em favor dos desígnios não de uma classe, mas de uma casta, a *nomenklatura*, ou burocracia do partido. Em nada diferente do que ocorria sob o regime burguês, essa ideologia continuou sendo tópica para o efeito de garantir e preservar a nova ordem a que passou a servir — exibindo uma face igualmente repressora e distante dos interesses específicos da massa proletária. O direito da fase czarista é abolido, sem que a população disso tome efetivo conhecimento, ou reaja a essa nova ordem<sup>273</sup>.

O exemplo soviético é mais que suficiente para atestar que não só **classes sociais** podem exercer dominação e opressão no sentido ideológico denunciado pelo marxismo. Em verdade, qualquer **casta** ou **estamento** social, independentemente de seu vínculo com os meios de produção, pode lançar mão de idêntico instrumental, aí incluídos, ironicamente, os próprios marxistas. Como artefato de poder, a ideologia serve indistintamente a qualquer um que, no poder, a convocar; nesse sentido, ampliando o paradoxo, ela é inteiramente pragmática. Basta conferir o seguinte comentário de THOMPSON, decalcado em GRAMSCI:

É desse modo — para empregar o conceito de Gramsci — que a classe dominante garante a “hegemonia”: através da estruturação de um campo ideológico, a classe dominante ou facção de classe é capaz de exercer uma liderança política baseada no ‘consentimento ativo’ das classes subordinadas e

---

<sup>273</sup> “O povo russo, regido em grande parte unicamente pelos seus costumes, não considerava o direito, antes da revolução bolchevista, como a base da ordem social. Para ele as leis identificavam-se com os caprichos do soberano e representavam essencialmente uma técnica administrativa. **O marxismo preconizava o desaparecimento do direito e isso chocava tão pouco os russos que, no alvorecer da revolução, podia prever-se o desaparecimento total do direito.** De resto, faltavam juristas em que se pudesse ter confiança para administrar um novo direito.” (DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 223, grifo nosso.)

de integrar várias facções da classe dominante num bloco de poder relativamente estável.<sup>274</sup>

Se nesse trecho for substituído “classe” por “estamento” ou “casta”, o exemplo dado se afeiçoa à perfeição ao modelo soviético implantado em 1917. Não há comprovação mais robusta de que ideologia, em última análise, **não é algo circunscrito ao âmbito da civilização instaurada pelo Estado Moderno ocidental, em bases liberais-burguesas.** Ela é um fenômeno **não de classes, mas essencialmente de poder.**

Segundo observa DAVID, ao analisar os grandes sistemas do direito contemporâneo, a Revolução Russa de 1917, nos seus primeiros momentos, é totalmente **utópica** (no sentido mannheimiano) e algo irreal:

A obra realizada no período do comunismo revolucionário falta, na aparência, realismo. Parece que se quer, de imediato, construir uma sociedade comunista sem percorrer a fase do socialismo prevista por Marx. A própria palavra Estado (*gosudarstvo*) é evitada na primeira Constituição da Rússia de 1918. O direito de liberdade dos povos é proclamado (Declaração dos direitos dos Povos da Rússia), assim como, ao mesmo tempo, se elabora uma declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado; é enviada uma mensagem a todos os trabalhadores muçulmanos da Rússia e do Leste. A Igreja é separada do Estado e é promulgado um código do casamento. A terra, as fábricas, os estabelecimentos industriais de alguma importância e os bancos são nacionalizados; o comércio privativo é proibido. Parece que o próprio dinheiro deve desaparecer e que o sistema de repartição dos produtos deve ser substituído por um sistema de contratos. A herança é suprimida. Desconfia-se dos juristas, classe suspeita; os antigos tribunais e o processo são abolidos. Tudo anuncia a passagem imediata, sem transição, à sociedade comunista. **Os novos tribunais, que são criados, são convidados a estatuir, fora de todo o processo formalista, segundo a consciência revolucionária, o sentimento socialista da justiça, os interesses do governo, dos trabalhadores e dos camponeses.**<sup>275</sup> [grifo nosso]

Paradoxal e ironicamente, pouco depois a **utopia** desenfreada dos primeiros momentos cedeu ao imperativo **tópico** da realidade. Com o advento da Nova Ordem Econômica (sigla em inglês, NEP), com Lênin, comenta DAVID:

---

<sup>274</sup> THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**: Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Editora Vozes, 1995, p. 126-127.

<sup>275</sup> Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 208-209.

[...] os dirigentes da União Soviética abandonam — admitindo-se que alguma vez a tenham tido — a ilusão de que se possa estabelecer imediatamente o comunismo e lançam-se na via de construção do socialismo, organizando o Estado **e reconhecendo a importância do direito.**<sup>276</sup> [grifo nosso]

Em verdade, tudo o que tinha sido combatido na sociedade liberal-burguesa, no plano ideológico de opressão e exploração de classes (e que justificara a própria revolução), foi sendo aos poucos retomado, embora a serviço de uma outra ordem.

No plano do direito, o execrado e nunca suficientemente denunciado sistema jurídico positivista tradicional (fundado na estrita observância do princípio da legalidade) é adotado com redobrado vigor na URSS.<sup>277</sup> A diferença é que, enquanto na ordem capitalista liberal havia opressão por conta de uma luta de classes, na recém-criada União Soviética, onde as classes haviam sido (supostamente) abolidas, passou a existir supressão de liberdade e opressão à conta de um novo confronto, entre a “classe única” formada pelo proletariado, e a cúpula dirigente do PC soviético. A nova sociedade soviética era tão ou mais ideológica quanto aquela a que se propusera substituir. Valendo-nos ainda do exemplo de MILTON em “O Paraíso Perdido”, Lúcifer, após a queda e exaurida a tensão da rebeldia, vê-se na necessidade de edificar uma nova ordem sobre os domínios que lhe restaram. Nesse mister, comporta-se, ao edificar essa nova ordem infernal, exatamente como Deus na dele.

A irrupção do fenômeno nazista, nos anos 20-30 do século passado, de outra parte, teve um inesperado efeito perverso. Estabeleceu e tornou irrecusável um outro paralelo no mínimo constrangedor entre o novo Estado *soi disant* comunista, defensor de uma classe proletária, e o Estado nazista, cuja dominação social e política não se baseava em critérios de classe, mas raciais, e também desprezava o Estado liberal clássico do Século XIX. Se na nova

---

<sup>276</sup> Ibidem, p. 210.

<sup>277</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 239-240.

URSS e no “segundo mundo” de cunho socialista, os operadores do direito deviam atuar tendo em mira “**a sã consciência socialista**”, na Alemanha nazificada os juízes eram conclamados a julgar de “**acordo com os sadios sentimentos do povo alemão**”. Na primeira metade do Século XX, tanto na ordem soviética, alegadamente marxista e anticlassista (1917-1991) quanto na nazista — antiliberal, anticomunista e racial — (1933-1945), Thêmis, convocada e compelida por *nómos* diferentes, teve que atuar pondo de lado a balança, por desnecessária, e só fez uso da espada. Tomando-se em conta o aniquilamento de judeus nos campos de extermínio de Hitler e à morte de milhões em campos de trabalhos forçados para criminosos e presos políticos, nos *gulags* soviéticos, aos juristas e magistrados dessas duas ordens totalitárias cabe responder à indagação feita por LLOYD:

Poderá ser realmente verdade, como os positivistas insistiram tão sistematicamente em afirmar, que a lei humana seja considerada válida e merecedora de obediência, independentemente de seu conteúdo moral e do grau em que se imponha uma conduta contrária a todos os padrões morais ou civilizados recebidos?<sup>278</sup>

Ainda com referência ao atrelamento do direito, e, no caso, mais especialmente do juiz, à ordem em que se acha inserido, MARTINS concorda com a assertiva de que os juízes são muitos sensíveis, ideologicamente, aos fatores reais de poder. Como exemplo, expõe a fragilidade do Judiciário à ordem tecnoburocrática que os tempos modernos engendraram, que ele denomina de “nova classe ociosa”, em alusão à “classe ociosa” identificada por THORSTEIN VEBLEN em sua obra “Teoria da Classe Ociosa”<sup>279</sup>, e que vem a ser composta (a nova classe ociosa) pelo que ALVIN TOFLER denomina de **integradores do poder**<sup>280</sup>:

Alvin Tofler, em seu livro **A terceira onda** (1980), faz menção aos integradores do poder, que são os planejadores. **Distingue a classe política da classe dos**

---

<sup>278</sup> LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.102.

<sup>279</sup> VEBLEN, Thorstein. **A teoria da classe ociosa**. São Paulo: Pioneira, 1995.

<sup>280</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A nova classe ociosa**. Realidade Brasileira. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 6-8.



integradores, não pela ambição ao poder, que é comum, mas por ser esta mais permanente que a política e por crescer em velocidade maior que aquela. [...] aos integradores do poder não interessa o bem da comunidade, mas apenas o seu renome pessoal e seu bem-estar. [...] Os integradores do poder crescem em maior velocidade e são mais estáveis que os políticos, porque a classe não vive do conflito, mas da própria integração. [...] ao contrário da ociosa classe política, que, no conflito, na intriga, na falta de lealdade constante, encontra forças sobrevivenciais, a classe da tecnoburocracia desconhece tal dramático desafio, impondo-se, com o tempo, à própria classe política. [...] Embora seja a classe política aquela que aparentemente exerça o poder, ocupando espaço destacado nas fileiras da classe ociosa, em verdade é conduzida pela classe dos integradores, posto que é esta que detém o conhecimento específico capaz de fazer a máquina funcionar — necessariamente mal — para sua dignificação.<sup>281</sup> [grifo nosso]

MARTINS avança no tema com maior profundidade, para emitir sua opinião de que, em verdade, o teórico da separação dos poderes desconsiderou, na sua formulação, o mandarinato do poder público, ou seja, a **burocracia** que inevitavelmente subjaz a toda estrutura de poder. Essa burocracia, que compõe **atividades-meios** do Estado e não atividades-fins, interpenetra toda a estrutura orgânica dos três poderes montesquieusianos, e tem interesses próprios. O autor confessa sua estranheza quanto ao fato de que MONTESQUIEU disso não se tenha dado conta:

Montesquieu, ao pretender, na teoria da separação dos poderes, que o poder controlasse o poder, partira do princípio de que o homem no poder não é confiável. Vive, em verdade, para si mesmo, mais do que para os governados, e é, com o tempo, cercado apenas dos que, zangões da nova classe, outra coisa não fazem do que participar da corte inútil, como os nobres companheiros de caça, ao tempo das monarquias absolutas. O que Montesquieu não imaginou, no seu *De l'esprit des lois*, foi que a tecnoburocracia, no futuro, superaria a força dos políticos e o controle do poder pela sua separação se diluiria. **Em verdade, a tecnoburocracia, hoje, penetrou nos três poderes e nenhum deles controla o outro, pois todos são controlados pela classe dos integradores.**<sup>282</sup> [grifo nosso]

O Judiciário é vítima dessa situação, argumenta ele, porquanto, à margem de quaisquer outras considerações ou fatores de poder, a essa “nova classe ociosa” não interessa um

---

<sup>281</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A nova classe ociosa**. Realidade Brasileira. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 6-8.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 15.

Judiciário forte, porquanto, nas democracias autênticas, os juízes têm o direito de cortar os tentáculos dos detentores do poder [os formais e os efetivos] “quando agem — e o fazem comumente — contra a lei e contra o povo”<sup>283</sup>. Não é esse o caso, e a solução [MARTINS fala do Brasil] deve se dar pela **sobreposição aos critérios formais do direito por um outro, de justiça**:

Mesmo os formalistas do direito, como Kelsen, Hart e Cossio, reconhecem que a jurisprudência é fonte de direito, funcionando o Poder Judiciário como o integrador da físea da norma às realidades concretas, na busca de um ideal de justiça. Jeremy Bentham falava na necessidade de um "mínimo ético", em qualquer sistema jurídico, para lhe garantir permanência, e os jusnaturalistas — não os racionalistas do direito natural — **declaram que a norma injusta não deve ser obedecida, cabendo ao Poder Judiciário o principal papel estabilizador do direito** (Messner, Puy, Hervada, Izquierdo, Gomes, Leclercq, Villey, etc).<sup>284</sup> [grifo nosso]

E arremata:

Apenas com bons homens o Poder Judiciário — em qualquer regime, sempre o poder melhor constituído, com cidadãos cultos e capazes — não tem condições de cumprir sua missão e a nova classe ociosa alicerça sua força em lhe retirar os meios para que não possa atender aos superiores interesses da justiça.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>284</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A nova classe ociosa**. Realidade Brasileira. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.42 e 43.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 43.

## 4 O JUIZ COMO ATOR PRIVILEGIADO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

### 1 O juiz perante a ideologia e sua visão peculiar de mundo

Em relação ao presente trabalho, que trata do aplicador do direito perante essa função, de empreender a prestação jurisdicional, quatro são as facetas da discussão ideológica que de mais de perto nos interessam.

Uma é a que avanta que o aplicador do direito, o juiz, enfim, como magistrado monocrático ou atuando colegiadamente, é integrante da elite dominante (e assim, independentemente de qualquer outra indagação ou elemento adicional, já sendo com ela comprometido). Suplementarmente, ele atuaria como centurião jurídico, um guardião dos valores e padrões já estabelecidos, velando pela preservação do *status quo*. Essa é a visão mais próxima do modelo marxista e neomarxista de expressão ideológica. O simples fato de integrar uma determinada ordem naturalmente pressupõe uma adesão a ela. É o juiz **atuando ideologicamente**, ainda que **inconscientemente**, a serviço de uma ideologia **tópica**.

A segunda é o fenômeno ideológico encarado como uma visão de mundo, algo construído pelo *background* único que presidiu a formação pessoal do magistrado (origens, bases familiares, interrelações sociais, seu substratos religiosos, artísticos e morais, seu corpo de crenças e valores, condições econômicas e assimilação de vivências pessoais). Compõe uma *Weltanschauung*, ou seja, uma reação àquilo de que cada um de nós é feito, por introjeção de valores pela família e pela sociedade. Não é incompatível com a esperada imparcialidade do magistrado; pode vir, certo, a comprometer-lhe a neutralidade, mas tal ponto tem que ser admitido por constituir um efeito perverso de impossível remoção, já que é algo a que qualquer

pessoa estaria sujeita. Nesse ponto, o magistrado **também age ideologicamente**, em âmbito **tópico**, pois tende a atender e a preservar a ordem que presidiu sua própria formação pessoal.

Uma outra faceta compreende não só a **possibilidade**, mas principalmente a **legitimidade**, de que esse aplicador do direito, no exercício precípua dessa sua função, possa validamente atuar sob a influência (quer assumida e ostensivamente, quer de forma também assumida, mas ocultamente) de fatores ditados por **opções ideológicas** tradicionais, de cunho político, econômico ou filosófico. Colocando a questão em outros termos: de um juiz, já está pacificamente assentado e incontestado ser-lhe exigível na função **conduta imparcial**. Resta agora saber se esse mesmo magistrado, responsável pela aplicação de uma norma jurídica abstratamente neutra, igualitária e justa, poderá, conscientemente e de forma ética, aplicá-la de forma isenta, descomprometida e distanciada, quando se tornou mais que notório que qualquer filtro ideológico — notadamente os político-filosóficos — elimina do processo qualquer resquício de neutralidade que pudesse ter subsistido. Nesse particular, caso assim venha a agir, o juiz tanto poderá estar operando ideologicamente em dimensão **tópica** quanto **utópica**, na medida em que pretenda nesse seu agir preservar a ordem existente ou subvertê-la.

A quarta faceta, que se considera por derradeiro, mas nem por isso menos importante, é especular-se, prognosticamente, acerca do comportamento do aplicador do direito diante das crises paradigmáticas que assolam hoje o direito. Tais crises são tanto **tópicas** quanto **utópicas**, perante o do figurino positivista rígido e de suas fórmulas.

A proposta **utópica** é simples: todo o arcabouço jurídico ora existente, direta ou indiretamente fruto do positivismo jurídico implantado desde o Século XVIII, deve ser **removido integralmente** e substituído por um novo modelo de relações jurídicas. A discussão se dá quanto àquilo que substituiria o edifício positivista aniquilado; nisso, digladiam-se as mais diversas

correntes jurídicas, conforme a prevalência que cada uma pretende dar a uma ou outra inclinação ideológica jurídica, ou ainda a esta ou àquela fonte de direito.

Já os **tópicos** não são assim monistas e exclusivos na sua perspectiva. Dividem-se em duas correntes: de um lado, há os reformistas, aqueles que pregam que alguns ajustes podem permitir a sobrevivência do positivismo jurídico na pós-modernidade; de outro, estão os que se poderia rotular de “quânticos”, que prescrevem que o direito positivo, a exemplo da Física newtoniana, seja reservado para aplicação das macrorelações jurídicas, ao passo que outros modelos teóricos sejam utilizados, de forma compartimentada, na solução de determinados ramos especiais do espectro do direito, mediante regras de especialização. O exemplo clássico dessa postura é a convivência, na ordem jurídica brasileira, de dois sistemas de ordenamento de relações privadas radicados em bases distintas, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Independentemente disso, essa crise ideológica que atinge a função jurisdicional reclama o enfrentamento das deficiências, lacunas e antinomias presentes no sistema jurídico que lhe toca aplicar. E culmina com a revolução recente das relações políticas, econômicas, tecnológicas, jurídicas, sociais, artísticas e comunicativas que redundaram numa mundialização irreversível, com demandas rápidas e crescentes. Esse quadro se torna particularmente preocupante quando se constata a insuficiência de regramentos locais para fazer face a um mundo globalizado, em interrelação cada vez mais íntima e promíscua, em que diversos sistemas jurídicos conflitantes têm que conviver. Também aqui tudo irá sofrer a influência impostergável da **postura subjetiva** do julgador, pois a opção ideológica tomada poderá ter sido condicionada por fatores tópicos ou utópicos.

Se a ninguém é dado atuar perante a realidade sem ser de alguma forma, ao assim agir, afetado pelo seu corpo de valores e crenças intrínsecos e por sua própria formação —

e tal constitui indubitavelmente uma forma de ideologia —, não há como se negar que todo responsável pela aplicação do direito irá desempenhar tal papel sujeitando-se a tal tipo de influências ideológicas, em maior ou menor escala. MANNHEIM destaca que o oriundo de nossa experiência em situações reais de vida não é absoluto, é bem verdade, mas não deixa de ser conhecimento:

As normas provenientes dessas situações reais de vida não existem num vácuo social, mas são eficazes como sanções reais para a conduta. [...] **Todo conhecimento se orienta para determinado objeto e é influenciado, na maneira de abordá-lo pela natureza do objeto com que se preocupa. Mas o modo de abordar o objeto que nos propomos conhecer depende da natureza do conhecedor.** Isso é verdade, em primeiro lugar, no que diz respeito à profundidade qualitativa de nosso conhecimento (particularmente quando tentamos chegar a uma “compreensão” de algo, em que o grau de penetração a atingir pressupõe a semelhança mental ou intelectual do entendedor e do entendido).<sup>286</sup> [grifo nosso]

Ainda sobre tal enfoque pessoal-ideológico, é recomendável atentar-se para as peculiaridades que, em relação à prestação jurisdicional e à interveniência dos chamados atores judiciais (advogados, promotores, magistrados), singularizam a figura do juiz. É nele, o julgador, que se acaba o drama da jurisdição, com a decisão, que deve ser dada conforme o direito e — sempre que possível — fazendo prevalecer o seu espírito, a Justiça.

O primeiro ponto a pôr em relevo é o fato de que ao juiz, diversamente de outros operadores do direito, é negada qualquer dimensão, mínima que seja, de **parcialidade**<sup>287</sup>. Todos os demais atores da peça jurídica podem (e mesmo devem, na maioria dos casos<sup>288</sup>) ser **parciais**, porquanto estão comprometidos com **um lado** ou **uma posição** que nessa cena estejam

---

<sup>286</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**: Introdução à Sociologia do Conhecimento. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954, p. 79-80.

<sup>287</sup> Embora o termo parcialidade possa ser tomado no sentido de favorecimento subjetivo, pelo juiz, de alguma das partes envolvidas numa lide, ainda que nesta, objetivamente, o julgador não tenha qualquer interesse, ele aqui está tomado como identificação do julgador, de forma próxima ou remota, com a posição e o corpo de interesses peculiares de uma das partes. Ao juiz é vedado ocupar qualquer das duas posições.

<sup>288</sup> A ressalva aqui é endereçada especialmente à figura do Ministério Público, em sua condição de *custos legis* e de defensor da sociedade. Nos casos em que se convença da justeza dos argumentos da parte com a qual litiga, seu dever de ofício é aderir à posição dela, e não persistir na sua.

representados. Assim, servem, legitimamente e sem desdouro, a um **interesse peculiar**, o da parte de que sejam patronos, em cujo atendimento e prevalência se encontram empenhados. **Não participam do drama jurisdicional em atenção a uma busca abstrata de justiça<sup>289</sup>, e nem tal postura lhes pode ser cobrada.**

Em relação à figura do juiz, esse é um limite intransponível. É-lhe vedado qual vestígio ou resquício, mínimo que seja, de **parcialidade**. Seu compromisso é aplicar o direito, em cada caso concreto, sem que sua decisão seja conspurcada pela circunstância de ter sido adotada não pelas razões de alguma das partes, ou da fortaleza argumentativa dos patronos, mas pelo interesse que anima cada uma delas no litígio. Essa observação se estende (e talvez deva mesmo ser reforçada) quando a causa envolva outros agentes político-sociais, mais especificamente os administradores públicos, eleitos ou não (Poder Executivo), e aos legisladores (Poder Legislativo)<sup>290</sup>. Também aí ao juiz não se reconhece a faculdade de poder ser parcial, embora a toda evidência não seja neutro<sup>291</sup>.

---

<sup>289</sup> Por conta disso, um advogado, procurador público ou promotor pode livremente optar por quaisquer argumentações ou juízos que a seu ver melhor favoreçam tais propósitos. O compromisso primacial de um advogado é o **interesse** em jogo da parte da qual é patrono – e o mesmo raciocínio, devidamente mitigado, vale para o promotor, que é também **guardião de outros interesses**, os da **lei** e da **sociedade**. Para tanto, pode legitimamente lançar mão de certos recursos incompatíveis com os critérios de justiça imparcial e abstrata. Um advogado pode recomendar a seu cliente que minta ou se recuse a fornecer informações contrárias a seus interesses, pode oferecer apenas argumentos favoráveis à sua tese; selecionar e exhibir tão-somente jurisprudências e entendimentos doutrinários que sirvam à sua causa, lançar mão de tudo que por qualquer modo predisponha o julgador à aceitação da posição de seu cliente; minimizar ou mesmo silenciar inteiramente sobre fatos que sejam desfavoráveis à sua tese, colacionar e ostentar como válidos elementos de convicção com os quais ele próprio, intimamente, não comungue ou mesmo repila. Ao juiz, comprometido sempre com a verdade real e com a noção abstrata de justiça, é absolutamente defeso adotar idêntico comportamento.

<sup>290</sup> Dos governantes e legisladores, em relação à ordem jurídica, não há se exigir **imparcialidade**. Tais agentes, validamente, têm **interesses**, de ordem administrativa ou política, e obviamente sempre procurarão defendê-los e atuar para que prevaleçam. Tais objetivos não têm compromisso com qualquer noção de justiça abstrata. Já o juiz, não. Da mesma forma que em relação às partes de uma lide, é-lhe vedado prestar jurisdição de forma parcial, inclinando-se pelo interesse de alguma das partes extra-lide participante do processo.

<sup>291</sup> Não se devem confundir **imparcialidade** com **neutralidade**. **Imparcialidade** implica a idéia de isenção e distanciamento, equanimidade, ausência de paixão e de compromisso. Já **neutralidade** contém um *plus* semântico, implicando uma possibilidade de intervenção inteiramente objetiva, acrítica, sem influência de

O outro ponto peculiar a ser destacado é que a ação do juiz, em tal ponto também diversamente dos demais operadores do direito, ostenta um **caráter decisório**; não se reveste de caráter opinativo ou consultivo. O juiz promove o desate final do confronto dialético da lide, pondo fim, na síntese representada pela sentença, à tensão entre a tese agitada pelo autor e a resistência antitética ofertada pelo réu. Assim, diferente do legislador, que propõe, ou do doutrinador, que comenta e interpreta, ele decide e ordena. Isso torna o julgador alguém diferente dos demais agentes políticos, uma vez que, pelo nosso paradigma de não ser possível a subtração à esfera de avaliação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, em tese é a ele que caberá a última palavra.

## 2 O juiz perante o sentimento de justiça

Por “justiça”, deve ser entendido, a par do que sobre tal termo já se dissertou e mais que tudo, um **sentimento**. É uma sensação de alma, condutora de satisfação e plenitude e também de aflição e desespero, conforme seja a percepção de que essa expectativa foi ou não atendida. O próprio direito, na sua origem mais remota, se confunde com a busca pela Justiça, e, ainda hoje, é essa procura que preside toda ordem jurídica, em qualquer lugar. Mais do simplesmente ordenar e estruturar a ordem social, o direito tem um compromisso maior com o atendimento a esse *ethos*, sem o qual a vida em sociedade se torna impossível e a própria ordem se esboroa.

---

valores preconcebidos e com intangibilidade da atuação do agente a fatores ideológicos, de qualquer ordem. Como já se discorreu anteriormente, não existe neutralidade no campo científico e, por mais forte razão, em qualquer atividade do conhecimento que envolva idéias e valores. Ao contrário desta, a primeira pode ser exercida e exigida.



Nenhuma ordem social subsiste por si própria, por voluntariedade do poder ou ainda sabedoria ou força do governante. Para que essa ordem subsista,

[...] é preciso que haja um conjunto de axiomas valorativos que **forneçam crença\_àqueles que obedecem** [...] faz-se necessária uma **justa causa** que justifique e legitime quem está no poder e os métodos que esses grupos desenvolvem.<sup>292</sup> [grifo nosso]

AGUIAR enfatiza ainda mais essa sua idéia:

Por mais que se queira deixar a idéia de justiça no limbo das considerações retóricas e vazias de significação, seria cegueira não observar sua importância histórica para legitimar a dominação ou para fundar a contestação. Assim, fica claro que **aceitar dada idéia de justiça implica, originariamente, uma opção ética, fundada nas relações concretas do optante.**<sup>293</sup> [grifo nosso]

A importância do elemento “justiça”, na aplicação do direito, com efeito, é tão fundamental e inerente à aspiração social que o Tribunal Constitucional de Portugal, demonstrando preocupação e sensibilidade para com o tema, exarou um acórdão (Acórdão n.º 162/95, Diário da República, I Série-A, n.º 106, de 8 de Maio de 1995), em que considera o princípio da justiça “parâmetro de constitucionalidade”, outorgando-lhe, de tal giro, relevância de âmbito constitucional.

Por sinal, na superposição de valores, o de justiça deve sobrelevar a qualquer outro. ROCHA, em artigo em que abordava o princípio da segurança jurídica, sustentou que, caso tenham que se contrapor, o valor “justiça” deverá preferir o valor “segurança jurídica”: “A segurança não é, contudo, valor, é qualidade de um sistema ou de sua aplicação. Valor é a justiça, que é buscada pela positivação e aplicação de qualquer sistema”<sup>294</sup>. Comentando tal artigo, PAULSEN explicita ainda mais esse entendimento: a autora procurava, nessa passagem,

---

<sup>292</sup> AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 6. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2004, p. 25.

<sup>293</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>294</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**: direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168.

[...] demonstram que não haveria valor na afirmação da estabilidade, da intangibilidade, da imutabilidade de algo injusto, que a segurança pretendida pelo direito seria a segurança do justo, e, portanto, a justiça seria o valor, só se justificando a afirmação da segurança quando presente o valor justiça.<sup>295</sup>

Essa constatação de que o direito radica fundamentalmente na distribuição de justiça, e de que a própria ordem social depende do atendimento desse *ethos* é também abonada por DURKHEIM. Numa sociedade primitiva, o sentimento é coletivo, e não há necessidade de instâncias intermediárias para que se reconheça o justo ou o que seja devido. Essa consciência coletiva cuida de tudo: é ela quem examina, processa, decide, e, em sendo o caso, atribui ou nega atribuição de algo, pune ou absolve. Não se questiona se tal decisão é “adequada”: o que a consciência coletiva decidir é natural e inquestionavelmente justo. À medida que uma sociedade se diferencia, todavia, surge a necessidade de que a valoração e resolução de certas situações seja aferida por um órgão, que as examinará e decidirá de acordo com peculiaridades de cada caso. Tais decisões (ao contrário das proferidas pela consciência coletiva, que não se submetem a qualquer forma de perscrutação) são individuais e se sujeitam a interpretações e dúvidas:

Para dar um exemplo simples, o que a justiça exige, numa sociedade primitiva, é fixado com exatidão minuciosa pelos sentimentos coletivos. Por outro lado, nas sociedades onde a divisão do trabalho é mais avançada, essa exigência só será feita de modo abstrato, por assim dizer universal. Num caso, a justiça é que tal indivíduo receba tal sanção precisa; em outro, que haja uma espécie de igualdade nos contratos e que cada um receba o que lhe é devido, **que é definido de muitas formas, nenhuma das quais é isenta de dúvidas, e fixada de modo unívoco.**<sup>296</sup> [grifo nosso]

Quanto mais as decisões do direito, no plano dos indivíduos, coincidirem com o *ethos* da consciência coletiva, mais esse sentimento difuso de justiça estará atendido. Aliás, não é por outra razão que ARON, ainda comentando o pensamento de DURKHEIM, observa que, para este, na esfera penal, a função da pena nada tem a ver com amedrontamento ou dissuasão; é

<sup>295</sup> PAULSEN, Leandro. **Segurança Jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

<sup>296</sup> Cf. ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes/Editora UnB, 1987, p. 301.

integralmente retributiva, v.g., é vingança pura e simples: “A função do castigo é satisfazer a consciência comum, ferida pelo ato cometido por um dos membros da coletividade. Ela exige reparação e o castigo do culpado é esta reparação feita aos sentimentos de todos.”<sup>297</sup> Por fim, ele reforça ainda mais a necessidade de justiça nas sociedades modernas:

**[...] uma sociedade que propicia crescentemente o individualismo está obrigada, pela sua própria natureza, a respeitar a justiça [...]** Nas sociedades modernas, porém, o individualismo é o princípio fundamental. Nelas os homens são e se sentem diferentes uns dos outros e cada um quer obter tudo aquilo a que julga ter direito. O princípio individualista de justiça se torna o princípio coletivo, indispensável, da ordem atual. **As sociedades modernas só podem ser estáveis se respeitam a justiça.**<sup>298</sup> [grifo nosso]

Mesmo o vencido, numa lide, deseja ser acudido por esse **sentimento de justiça**, que lhe advém quando, ao ler a sentença desfavorável, é envolvido pela certeza de que sua causa foi examinada a fundo e de forma isenta. Tal cuidado deve presidir toda e qualquer decisão judicial. É nesse sentido o conselho dado por ROSA aos juízes, no que revela grande descortino sociológico, mais que propriamente jurídico, **no sentido de que dêem, na sentença, muito mais importância à análise fundamentada das razões daquele que irá perder o litígio do que propriamente às razões do vencedor:**

Não deixe nunca de, no “considerando” que favorecer a parte contrária, de nele deter-se e mostrar que naquele ponto a parte tem sua razão, insuficiente, porém, para inutilizar a razão da parte contrária; **dispense toda consideração aos argumentos daquela parte que sucumbirá, discutindo-os isentamente. Isso porá bem claro que a sentença foi produto de estudo minudente e imparcial.** Passe de leve sobre os argumentos daquele que vencerá. Ponha mais ênfase e mais atenção nos argumentos do adversário sem razão. Mostre o erro do que irá perder, com os melhores argumentos de que dispuser. Não insista na razão de quem a tem; mas na sem-razão do adversário. Será um erro, em tais casos, valorizar o que favorece o vencedor. **Mostrando a sem-razão do adversário terá o juiz demonstrado a razão do vencedor. O que o litigante quer é sentir que o juiz estudou a causa exaustivamente. Ainda que a parte que perder venha a saber que houve pedido em favor do vencedor, a leitura da**

---

<sup>297</sup> ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes/Editora UnB, 1987, p. 303.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p.307-308.

**sentença com sua potente argumentação lhe deixará a certeza de que perdeu justamente.**<sup>299</sup> [grifo nosso]

O festejado jurista italiano CALAMANDREI tornou famosa a imagem da chamada “balança de Calamandrei”, representada por uma figura impressa no frontispício de sua obra “Eles, os juízes, vistos por um advogado”, em que aparece uma balança em que, num dos pratos, se vê um grosso e vetusto código e, no outro, uma singela rosa. Para sua surpresa, o observador constata que, contrariamente ao senso comum, o prato em que se encontra a rosa pesa mais que o outro, em que está o texto legal. A metáfora é evidente por si mesma, mas BARILE a explicita na introdução da obra<sup>300</sup>; todavia, sem dizê-lo, é o próprio CALAMANDREI que a associa à busca de justiça:

Não adianta dizer, como se ouve repetir com demasiado simplismo, que a função dos magistrados é aplicar a lei e que, portanto, se mudança de regime significa mudança de leis, o ofício dos magistrados permanece sempre o mesmo, resumido no dever de serem fiéis às leis em vigor. **Quem assim raciocina não quer perceber que as leis são fórmulas vazias, que o juiz cada vez preenche não só com sua lógica, mas também com seu sentimento.** Antes de aplicar uma lei, o juiz, como homem, é levado a julgá-la; conforme sua consciência moral e sua opinião política a aprove ou a reprove, ele a aplicará com maior ou menor convicção, isto é, com maior ou menor fidelidade. A interpretação das leis deixa ao juiz certa margem de opção; dentro dessa margem, quem comanda não é a lei inexorável, mas o coração mutável do juiz.<sup>301</sup> [grifo nosso]

À conta disso, da necessidade ditada pelo sentimento de justiça de que valores, princípios e emoção devem acompanhar a aplicação do direito, CALAMANDREI, asseverou também não bastar que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; é necessário que conheçam igualmente a sociedade em que essas leis devem viver: “O tradicional aforismo *iura novit curia* não tem nenhum valor prático se não se acompanhar deste outro: *mores*

---

<sup>299</sup> ROSA, Eliézer. **A voz da toga**. 3. ed. Goiânia: AB Editora, 1999, p. 34.

<sup>300</sup> “Veja, leitor, a vinheta deste livro: uma balança, em que o prato que contém uma rosa é mais pesado que o que contém um código: a poesia vence o direito” (Paolo Barile em introdução à obra: CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes: vistos por um advogado**. 4. ed. Trad. Elogio dei Giudici. São Paulo: Martins Fontes, 1995.)

<sup>301</sup> CALAMANDREI, Piero. op. cit., p. 221-222.

*novit curia*”<sup>302</sup> [grifo do autor]. Diante disso, poderia ser acrescentado ainda, em homenagem à balança que o simboliza, um outro aforismo, o *rosam novit curia*. Aos juízes, para o correto exercício de seu ofício, não basta a lei. É preciso a vivência social e, sobretudo, o sentimento de justiça.

Um dos jurisfilósofos que mais se dedicou ao tema do relacionamento entre o direito e a Justiça foi IHERING, nas suas obras “A Finalidade do direito” e “A Luta pelo direito”. Ele empresta relevância mais que especial ao papel do **sentimento de justiça** como integrante essencial do próprio direito e à preservação da própria sociedade.<sup>303</sup> Vai para tanto buscar um exemplo mais que emblemático na literatura. Ao comentar o episódio da reivindicação feita pelo judeu Shylock pela libra de carne que o contrato celebrado com o armador Antonio lhe garantia, em “O Mercador de Veneza”, de Shakespeare, IHERING — deixando de lado as liberdades literárias do texto shakespeariano e a chicana jurídica de que o judeu acaba sendo vítima para ter seu direito postergado — utiliza tal exemplo como evidência da importância do sentimento de justiça no alcance do direito.

Vale a pena se estender no comentário, por reputá-lo oportuno e relevante ao espírito do tema abordado.

Ao expor sua causa perante o tribunal de Veneza, Shylock está animado por ódio, mas também por um inabalável sentimento de justiça. As palavras que Shakespeare o faz dizer constituem:

[...] a linguagem que, em todos os lugares e tempos, sempre emprega o sentimento de justiça ofendido, linguagem de certeza firme e irredutível, de que o direito será sempre o direito, linguagem inflamada e enfática de um homem

<sup>302</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes**: vistos por um advogado. 4. ed. Trad. Elogio dei Giudici. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 183.

<sup>303</sup> “A força de um povo está relacionada com a força de seu sentimento de justiça, e cultivar o sentimento de justiça nacional é, então, cultivar a saúde e a força do Estado.” (IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 83.)

côncio de que a causa que defende diz respeito não só à sua pessoa, como à própria lei:

A libra de carne, que dele exijo,  
 Foi comprada caro; é minha e eu a terei:  
 Se ma negardes, envergonhe-se a vossa lei!  
 O direito de Veneza está sem força.  
 ... Eu invoco a lei.  
 ... A meu lado está o título que exhibo.<sup>304</sup>

E mais adiante:

Eu exijo a lei.<sup>305</sup>

Postas as coisas de tal forma, a questão deixa de ser um problema jurídico pessoal do agiota, que ali está a cobrar o seu título, para colocar em xeque o próprio direito de Veneza, onde o drama se desenrola. Estão em causa a própria credibilidade das leis e do direito da república veneziana. Nisso, vem a ocorrer uma total antinomia: depois de proclamar a sentença, **reconhecendo o direito do reclamante**, o juiz da causa, lançando mão de um argumento falacioso, que por sinal em momento algum chegou a ser suscitado, **volta atrás e inverte a decisão**, agindo com fraude e malícia. IHERING identifica e expõe o sofisma:

Agora, proferida a sentença e afastada toda e qualquer dúvida sobre o direito do judeu, quando não mais se ousa formular a menor contestação contra a decisão, quando toda a Assembléia, inclusive o doge, se submete à palavra da lei, quando o vencedor, plenamente convencido do seu direito, pretende executar aquilo a que a sentença o autoriza, o próprio juiz, que solenemente proclamara esse direito, procura frustrá-la com objeção, com uma artimanha tão desprezível e tão vil que não merece sequer uma contestação séria. Por ventura existiria carne sem sangue? Ao reconhecer a Shylock o direito de cortar do corpo de Antônio uma libra de carne, o juiz reconheceu-lhe também o direito ao sangue, sem o qual a carne não pode existir, e quem tiver o direito de cortar uma libra de carne, pode, se quiser, tirar menos. Nega-se ao judeu tirar ambos: ele só poderá cortar uma libra de carne, sem sangue, e só poderá cortar exatamente uma libra, nem mais nem menos. **Teria eu dito demais, por acaso, afirmando que o judeu aqui foi enganado em seu direito? Certamente isso acontece no interesse da humanidade, mas a injustiça deixará de ser injustiça, se for cometida em**

---

<sup>304</sup> IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 71.

<sup>305</sup> Ibidem, p. 71.

**nome da humanidade?** E se o fim justifica os meios, por que não decidir logo, mas somente após a sentença?<sup>306</sup> [grifo nosso]

IHERING é inexorável quando destaca que o desfecho do caso, tal como se deu, configurou **imensa injustiça**, porquanto, para além da inversão absurda dos procedimentos processuais (o julgador da causa inova no feito após proferir a sentença; anula a decisão que já havia exarado e profere outra), a fundamentação utilizada para a inversão é logicamente absurda, e é consabido que a denegação se deu, em última análise, não em decorrência da essência do direito discutido, mas pelo fato do reclamante ser judeu:

Quando ele próprio cai sob o peso da sentença, que, mediante sofisticado artilhe frustra o direito, quando, perseguido com insultos, aniquilado e desalentado, curva, tremendo os joelhos, e sai trôpego, **não há absolutamente ninguém que não sinta, na própria pele, que o próprio direito de Veneza foi conspurcado e que não é o judeu Shylock que se afasta, humilhado, mas é a típica figura do judeu da Idade Média, pária social, que clamava, em vão, por justiça.** A tragédia enorme de seu destino não é o de seu direito não ter sido reconhecido, mas o fato de um judeu da Idade Média acreditar no direito, quase como um cristão. É uma fé inabalável no direito, que, neste mundo, nada quebrará, fé incentivada até pelo juiz, até que, com a força de uma tempestade, desaba-lhe sobre a cabeça a catastrófica fé que o tira do campo das ilusões e lhe traz à mente que não passa de um judeu medieval, um renegado, cujo direito é violado, na mesma hora em que é reconhecido.<sup>307</sup> [grifo nosso]

O que nos interessa, nesse episódio, para além de indagações referentes a métodos e correntes jurídicas e a sistemas de direito, é o tema do **sentimento de justiça**. Antonio, o armador que consegue escapar de pagar seu débito a Shylock, uma libra de sua carne, “tão perto do coração quanto possível”, obteve justiça? Não. Dá-se no seu caso o mesmo de um criminoso confesso, que alcança absolvição por uma tecnicidade processual. Livra-se da pena, mas não pode, de forma substancial, alegar que lhe terá sido feita justiça. O mesmo ocorre com Antonio. Termina eximido de cumprir o trato macabro, mas não porque essa decisão tivesse sido justa. Está feliz, mas não há qualquer sentimento pleno de realização de justiça. Com Shylock, ocorre o

---

<sup>306</sup> IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 18.

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 71-72.

oposto. É esmagado e assoreado por uma aguda e irrefreável **sensação de injustiça**: sai do episódio com seu direito denegado, perde os bens e a filha e amarga a indignidade de mais uma humilhação pelo fato de ser judeu.

Já que o mero cumprimento da lei não conduz, necessariamente, à melhor decisão, e, assim, aos desejáveis propósitos de justiça que devem nortear a jurisdição, como agir? Nenhum aplicador do direito, ao efetuar a prestação jurisdicional, pode imaginar-se, com soberba e auto-suficiência, poder guiar-se, no enfrentamento do tema e na tomada da decisão, por critérios apodícticos nem se deixar embair pela ilusão de neutralidade. direito (e, conseqüentemente, Justiça), não é apenas lógica; tem que envolver necessariamente diálogo, argumento, retórica, dialética, teleologia e emoção — enfim, na lição de PLÍNIO, um tempero *cum grano salis*, aquele grãozinho de sal que, de súbito, pode fazer toda a diferença. Por fim, mas nem por isso menos importante, deve ser destacado que a Justiça sempre sai malferida quando as razões que presidiram a instituição de uma norma, seja ela qual for ou a que categoria pertença, acabam sendo deslembradas, desvirtuadas, ou ainda distorcidas por motivos de ordem não jurídica. Ou seja, quando o direito foge aos princípios que o inspiraram, ou os encarregados de aplicá-lo por qualquer razão se mostram infiéis à dignidade e magnitude dessa tarefa.



## CONCLUSÃO

Alcançadas finalmente as páginas conclusivas, acredita-se ser possível formular, a partir do que foi exposto, determinadas assertivas e avaliações, com o escopo de facilitar a compreensão global e sistemática do trabalho empreendido, pondo em relevo a relevância teórica e prática do tema versado. Justamente visando a uma mais fácil sistematização, as assertivas serão apresentadas por tópicos referentes aos respectivos capítulos do estudo.

No primeiro capítulo, buscou-se assinalar que a regulação humana em sociedade, notadamente na denominada civilização cristã-ocidental, deriva substancialmente das revelações que advêm da mitologia greco-romana. O direito é descendente direto dos mitos, que narram sua fundação ontológica e sua transmissão aos homens. Restou caracterizado que, pela tradição e pela revelação fornecidas em plano mítico, “direito” e “justiça” constituíram desde sempre a mesma coisa; de sua apropriação pelo homem, à medida que essa sacralidade original foi esmaecendo, e essa idéia bifronte foi transportada para o plano profano, é que decorreu sua separação. Assim, direito passou a ser associado, cada vez mais, a uma idéia de **regramento** e de **ordem**, enquanto justiça preservou mais de sua essência ôntica original, por sua identificação com noções de **valor** e de **ética**. A **jurisdição**, que vem a ser a função e o modo pelo qual tais conceitos se tornam efetivos, também provém da hierofania, primeiramente pela intermediação de profetas e sacerdotes e depois, progressivamente, é assumida por agentes públicos, como função de Estado.

De maneira assemelhada, remanesceu igualmente comprovado que esses dois conceitos, direito e justiça, experimentam, em seu desenvolvimento, o impacto de arquétipos psicológicos, igualmente balizados por influências mitológicas. No texto, defende-se, no

exercício jurisdicional moderno, ser imprescindível que os ditames do ordenamento jurídico a ser aplicado sejam realizados recorrendo-se a critérios complementares de ética, equidade e justiça, de forma similar àquela original, em que direito e justiça se mostravam harmonizados e intimamente integrados. Isso se torna possível retornando-se ao próprio mito, com a fusão dos princípios do *Logos* e de *Eros* e do *animus* e da *anima*, segundo o figurino descrito por Jung. Esse retorno se dá mediante a retomada da ética aristotélica, que prescreve a necessidade de que a dimensão da perfeita equidade complemente os comandos do *dikaion* para que este possa, da noção de justo que abrange, alcançar a virtude. Ainda nesse capítulo inicial, destacam-se as características que irão marcar direito, justiça e jurisdição desde os tempos da Grécia clássica e do império romano até o advento do cristianismo e a Idade Média, com os desafios e as perplexidades que caracterizam, em nível de direito e de jurisdição, cada uma dessas fases e sociedades — nesse ponto já se chamando a atenção para a presença de componentes ideológicos que presidem tanto a formulação do direito quanto a sua aplicação.

No segundo capítulo, que trata da presença e do significado desses conceitos já no Estado Moderno, pode-se concluir que, nesse período, a jurisdição adquire cada vez mais contornos de **autonomia** e de **autarquia**. O jurídico se liberta de seu fundo religioso; a tarefa de dizer o direito adquire vida própria no concerto estatal, ganha certa independência e auto-suficiência. De forma similar ao que ocorre com a filosofia e com a política, o jurídico também ingressa no império da razão e assume a idéia da necessidade de contenção do poder, mediante a combinação de um ato de vontade política e sua instrumentalização jurídica. O início histórico disso se dá com a Magna Carta inglesa de 1215, complementada em 1225. direito passa a ser a lei da terra, os usos e costumes, tal como judicialmente interpretados e cristalizados como precedentes na jurisprudência. Tais reflexos se fazem sentir de imediato no universo anglo-saxão,

e repercutirão inelutavelmente no outro sistema de direito ocidental, o modelo romano-germânico, embora com maior lentidão e com certas peculiaridades distintas.

Na ápice do Estado Moderno, o direito muda de feição. Em especial na França e no continente europeu, passa a emanar prioritariamente da lei (texto escrito, de extração legislativa); as velhas fontes perdem coloração e prestígio. Paralelamente, assiste-se aos ideais liberais e aos conceitos de Montesquieu darem vida a duas concepções político-institucionais profundamente distintas, em relação à política e ao direito.

Nos Estados Unidos, o modelo adotado sacramenta uma rígida separação entre os poderes político-eleitorais (Executivo e Legislativo), conferindo ao Judiciário uma função moderadora, e outorgando-lhe, de forma exclusiva, a função de interpretar a lei, o direito e a Constituição. Nos EUA, portanto, ocorre uma efetiva separação de poderes, e o Judiciário (nisto incluídos o juiz e sua atividade jurisdicional) alcança preeminência e dignidade.

Já na França, dá-se o contrário: sobrevém ali um surto de fetiche da lei, com supremacia do Legislativo, e, em relação ao Judiciário, a ação jurisdicional atinge seu patamar mais baixo. O direito é o que diz a lei, e esta vale pelo que expressa literalmente. Ao juiz se nega o poder de interpretar os textos legais, ao pretexto de que, caso o faça, poderá “deturpar” a vontade soberana do povo, tal como enunciada pelo seu único intérprete reconhecido, o legislador. Tal situação faz com que, em verdade, a tripartição dos poderes seja falaz e utópica: uma nova tirania (do Legislativo) substitui a anterior, o que soa a todos os títulos paradoxal, porquanto a nova ordem instaurada o havia sido precisamente com o propósito de eliminar o despotismo tirânico dos soberanos absolutistas. Mesmo quando, por fim, passa-se a se admitir que os juízes possam interpretar os textos, no ato de aplicar o direito, isso só vale para a esfera ordinária. A interpretação da Constituição, os regulamentos administrativos e os temas estritamente políticos são mantidos à margem da intervenção do Judiciário.

Em meio a tudo isso, consolida-se o chamado estado liberal-burguês, que terá nas instituições jurídicas, ante o figurino adotado (direito positivo, fulcrado na lei, e dogmática jurídica, a sistemática de sua aplicação, como direito posto), o seu principal fator de consolidação e segurança. A expressão que melhor o define é o aforismo *pacta sunt servanda*, implicando a prevalência absoluta da vontade individual e a intocabilidade dos pactos, ajustes e contratos.

O trabalho passa à discussão, no terceiro capítulo, do tema **ideologia** e, em seguida, a suas eventuais relações com o direito e com a jurisdição. Do que se trabalhou, a primeira conclusão é que ideologia, com absoluta segurança, não constitui uma ciência, tal como apregoavam e sustentavam Destutt de Tracy e os primeiros “ideologistas”. Muito menos que possa aspirar a qualquer pretensão de neutralidade, ou imparcialidade. O que o texto descobre e conclui, a partir do que levantou e submeteu a avaliação crítica, é que ideologia, em verdade, compõe primeiramente uma visão de mundo, uma *Weltanschauung*. Sem deixar de representar uma peculiar visão do mundo, ela se presta a servir mais precipuamente (e normalmente é utilizada com tal propósito) como instrumento de ação no mundo fenomênico, geralmente com propósitos políticos, econômicos e sociais.

Essa ação pode se dar para **preservação** de uma dada ordem ou sistema — esta, aliás, é a idéia tutelar, o *leitmotif* da concepção de ideologia para Karl Marx, para quem ideologia nada mais era que uma engrenagem, já existente e em ação, destinada a assegurar a continuidade das relações de exploração e opressão do trabalho pelo capital. Nesse sentido, configurava tão-somente apenas um esquema voltado para fazer perdurar a exploração e a alienação do proletariado pela burguesia. Todavia, apurou-se também, no curso dos levantamentos feitos, que ideologia, vista ainda como ferramenta, pode ter como escopo não **conservar** ou garantir a manutenção, mas sim **alterar**, **modificar** uma dada ordem ou sistema. Por sinal, o que fica claro nos levantamentos efetuados, o fenômeno bolchevista — a nova ordem introduzida na Rússia, em

1917, estribada em fundamentos teóricos marxistas, com alterações introduzidas por Lênin — é a mais cabal comprovação desse alegado. Denunciou a burguesia como sociedade de exploração, que se sustinha mediante aparelhos ideológicos incrustados no Estado; entretanto, após a erradicação da ordem burguesa na recém-instaurada URSS, o novo regime não vacilou em lançar mão do mesmo instrumental ideológico que denunciara e exprobara anteriormente para preservar a nova ordem instaurada. As contradições não paravam por aí: se, por ideologia, dever-se-ia entender a exploração de uma classe social oprimida por uma outra classe social dominante e opressora, como justificar a utilização na URSS dos mesmos métodos supostamente exclusivos da ordem liberal-burguesa, já que, nela, ao menos em tese, não existiam mais classes sociais?

O ponto de maior vigor da conclusão deste trabalho é a adesão, por inteiro, à idéia de Karl Mannheim, no sentido de que ideologia, com efeito e para muito além de qualquer dúvida, configura efetivamente uma **visão de mundo**, atrelada a uma **metodologia de ação**, com vistas a manter ou a alterar a realidade, parcial ou integralmente. Todavia, diferentemente do reducionismo marxista, que identifica ideologia com o que denomina de alienação, destinada a atuar e se exaurir exclusivamente no plano do Estado liberal-burguês, Mannheim promove uma clivagem diferente.

O sistema democrático-burguês, para ele, existe por força de um imperativo ideológico; ele representa o triunfo de idéias, traduzidas em um sistema articulado que atende às implicações e reclamos de um dado modelo de vida. Hoje, como sistema posto e dominante, ele luta para sobreviver e se preservar. Para tanto, lança mão de um arsenal ideológico. Assim, Marx tem razão quando aponta que toda a estrutura burguesa é ideológica e promove ideologia. Contudo, não é menos verdadeiro que a própria luta marxista contra o Estado burguês **é também igualmente ideológica**. O materialismo histórico-científico engendrado por Marx e Engels revelou-se tão quimérico e inconsistente quanto a “ciência das idéias” de De Tracy, porquanto o

núcleo central de sua proposta (a supressão das classes conduz a um novo mundo sem opressão, sem exploração, onde não há mais ideologia) revelou-se inverídico. Nesse confronto, quem dá a última palavra acaba mesmo sendo Hegel: não existe o fim da história; a ideologia ainda segue os padrões da tríade tese-antítese e síntese. Se as idéias hegelianas chegarem algum dia a serem desestruturadas, não será por meio do figurino marxista: com segurança, pode-se dizer que o quiliasmo comunista, ao contrário da pregação de Marx, não representa a visão milenarista do fim da história.

Portanto, assevera Mannheim, tudo é ou acaba em ideologia. Ele identifica dois tipos de ideologia, um que denomina de **utopia** e outro, valendo-se de um termo cunhado por Gustav Landauer, que chama de **topia**.

Quando uma ideologia se propõe a alterar um dado *status quo* de forma integral e absoluta, terá matriz numa **utopia**. Ela tem conotação revolucionária e iconoclasta; luta por quebra de paradigmas e só aceita a implosão da velha ordem e sua substituição integral pela que defende. De outro giro, quando alguma visão de mundo tiver como propósito manter uma determinada ordem, ou então se contentar em alterá-la, mas de forma pontual, com cunho reformista, mantendo íntegros os vigamentos que a sustentam, representará uma **topia**. Tal proposição de Mannheim, que resulta decorrente dos levantamentos feitos e da exposição do presente trabalho, configura um **flash ontológico**, uma nova forma de se focar o fenômeno ideológico, ainda hoje, em linhas gerais, prisioneiro da ótica canhestra e limitada efetuada pelo marxismo.

E onde entram o direito e a jurisdição em tudo isso? Sob o enfoque mannheimiano, não há como o direito nem seus aplicadores escaparem à influência ideológica. O direito é e será sempre uma estruturação de um dado modelo, erigido e sustido conforme uma determinada concepção ou paradigma ideológico. Mostrou-se assim desde o advento do Estado, e

sustém-se ainda hoje nas democracias ocidentais por imperativo de sua concepção de vida, marcadamente positivista, que ostenta um perfil **tópico**. Mesmo nas experiências onde ocorreram convulsões político-institucionais mais severas, esse caráter tópico foi preservado. Ou, melhor dizendo, ele rapidamente tornou a se impor, após um início **utópico** (isso está bem demonstrado na análise feita sobre o direito soviético, entre 1917 e 1991, e no direito nazista, entre 1933 e 1945), quando as bases jurídicas tradicionais, vigentes na ordem anterior, se viram suprimidas ou então significativamente alteradas.

Uma outra conclusão decorrente dos levantamentos e avaliações efetuadas é no sentido de que o modelo positivista vigente (nos países de *civil law*) está falido e, comprovadamente, não atende satisfatoriamente às novas realidades políticas, sociais, econômicas e tecnológicas. Não consegue lidar satisfatoriamente com os desafios do presente e, por mais forte razão, não lidará a contento com os do futuro, ainda que próximo. Mais que isso, muito especialmente, não realiza o sentimento de justiça da sociedade e do corpo de jurisdicionados. O que resta saber é se essa inevitável reforma jurídica será promovida (que o será é fora de questão e impostergável) utilizando qual desses viezes ideológicos, ou seja, se a opção será tópica ou utópica.

Tudo parece se encaminhar para a opção preferencial por uma reforma, ou seja, uma opção **tópica**. A possibilidade da adoção de um sistema calcado na *common law* seria nitidamente **utópica**, e contra ela conspiram dois pontos: um, o fato de que para isso seria necessário uma brusca mudança político-institucional, nada existindo à vista em tal sentido, e, o outro, o também fato inegável das dificuldades de compatibilização das tradições e da cultura jurídica romano-germânica com qualquer das vertentes “puras” do direito anglo-saxão, em especial da chamada escola realista do direito. Afinal, um ordenamento jurídico não tem como, por ato de magia ou de simples ato de poder, desaparecer da noite para o dia. Vale, nesse ponto, a

lembrança feita por Ferdinand Lassale em sua obra “A Essência da Constituição”, quando formula hipoteticamente o que aconteceria com o direito prussiano se, de repente, todas as bibliotecas e todos os registros das leis e atos públicos do país fossem consumidos num incêndio global. Caso isso ocorresse, ainda que à falta de base material, a realidade jurídica subsistiria, vinculada aos fatores reais de poder; seria impossível que se instaurasse um hiato, ou um caos, na ordem pública tal como existente, ou que ela pudesse, integralmente, vir a ser substituída por um novo ordenamento totalmente diverso do que estivera em vigor pouco antes.

Assim, em relação à contribuição da *common law* para um novo figurino pós-positivista romano-germânico, uma imbricação entre esses dois sistemas mais provavelmente seria feita por critérios **tópicos**. O que, aliás, já existe, com a inserção do princípio do devido processo legal, instituto de natureza eminentemente anglo-saxã, no corpo da vigente Constituição brasileira, bem como a aplicação não-oficial de vários critérios típicos dos direitos americano e inglês.

O que dizer da razão comunicativa de Habermas? Para início de consideração, ela configuraria uma alternativa jurídica **tópica** ou **utópica**? Tudo leva a crer que, malgrado as profundas alterações que seu método propõe com os princípios do discurso e da ação comunicativa, ela em nenhum momento propõe uma supressão do figurino positivista, pelo que seria **tópica**. No caso especial do Brasil, o chamado direito alternativo não ostenta capacidade de imposição naquilo que exhibe de utópico. Apesar de seu radicalismo, provavelmente deverá contentar-se, se tanto e ao menos por ora, com reformas do edifício positivista mais ao gosto dos critérios e reclamos que vocaliza.

Por fim, uma outra conclusão do trabalho é que o juiz e os tribunais, intérpretes últimos da realidade jurídica, devem atentar para a descuidada dimensão que o atendimento do sentimento de justiça lhes tem merecido. Afinal, também resultou da prospecção feita que esse é



um ponto imprescindível para que o direito realize, adequada e dignamente, seu principal compromisso, que é o de realizar justiça.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 6. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2004.
- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**: Nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. São Paulo: Edições Graal, 2003.
- ANDRADE, Léo Rosa. **Liberdade Privada e Ideologia**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- ANDRADE, Vera R. P. de. **Dogmática Jurídica**: Esforço de sua Configuração e Identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2002.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes/Editora UnB, 1987.
- BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes.
- BERNE, Eric. **Intuition and Ego States**. São Francisco: Transactional Publications (ITAA), 1977.
- BIMBAUM, Norman. **The Sociological Study of Ideology 1940-1960**: Current Sociology. v. 9. Oxford: Blackwell, 1960.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoria generale del derecho**. Trad. José Guerrero R. 3. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. vol. I. Petrópolis: Vozes, 1986.

- \_\_\_\_\_. **Mitologia grega**. vol. II. Petrópolis: Vozes, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Mitologia Grega**. vol. III. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teatro Grego: Tragédia e Comédia**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes: vistos por um advogado**. 4. ed. Trad. Elogio dei Giudici. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. **La interpretación de la constitución por la urisdicción ordinaria**. Madrid: Marcial Pons, 1990.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1978.
- CHRISTENSON, Reo M. et al. **Ideologias e Política Moderna**. São Paulo: Ibrasa, 1974.
- COELHO, Luis Fernando. **Introdução histórica à Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy. **Ideologias políticas**. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: Editora UnB, 1981.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DICIONÁRIO HOUAISS. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 16 jun. 2007.
- DROYSEN, T.G. **Outline of the principles of History**. Trad. E. Benjamin Andrews. Boston: Ginn & Co., 1893.
- EAGLETON, Terry. **Ideologia**. São Paulo: Editora Boitempo-Unesp, 1997.
- EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do direito**. Brasília: Editora UnB, 1996.
- ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A ideologia alemã**. 5. ed. São Paulo: Hucitec, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRIEDMAN, Thomas. **O Lexus e a Oliveira**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

GALLEGO, Elio A. **Tradicción jurídica y derecho subjetivo**. Madri: Dykinson, 1996.

GERHART, Mary; RUSSEL, Allan M. **Metaforic Process: The Creation of Scientific and Religious Understanding**. Fort Worth: Texas Christian University Press, 1984.

GOULDNER, Alvin W. **The Dialectic of Ideology and Technology: The Origins, Grammar and Future of Ideology**. Londres: Macmillan, 1976.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HIRATA, Filomena Yoshie. O julgamento de Orestes na Orestia de Ésquilo. Disponível em: <[http://www.tre-pi.gov.br/eje/especializacao-direito-eleitoral/hermeneutica/o\\_julgamento\\_de\\_orestes.doc](http://www.tre-pi.gov.br/eje/especializacao-direito-eleitoral/hermeneutica/o_julgamento_de_orestes.doc)>. Acesso em: 04 jun. 2007.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

JAEGER, Werner. **Paidéia: A formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JUNG, Carl. **Símbolos da transformação**. Petrópolis: Vozes, 1998.

KANH. **Freud básico: pensamentos psicanalíticos para o Século XXI**. Trad. Luiz Paulo Guanabara. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

KONDER, Leandro. **A Questão da Ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KUNH, Thomas S. **Estrutura das Revoluções Científicas**. 6. ed. São Paulo, Perspectiva, 2001.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAMPEDUSA, Giuseppi Tomasi di. **O Gattopardo**. São Paulo: Record, 2000.

LANDAUER, Gustav. **Die Revolution**. Frankfurt a.M.: Rütten & Loening, 1907.

LEFORT, Claude. **The Political Forms of Modern Society: Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism**. Cambridge: Polity Press, 1986.

LLOYD, Dennis. **A idéia da Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Outubro/ Dezembro, a. 37, n. 148, 2000.

LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica: Horizontes, Teoria e Linguagem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACEDO, Ubiratan Borges de. **Ideologia no mundo contemporâneo**. vol. 5. Fortaleza: Nomos, 1986.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia: Introdução à Sociologia do Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1954.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Ideologia**. 8. ed. São Paulo: Global Editora, 1985.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A nova classe ociosa**. Realidade Brasileira. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. **Caderno de direito Natural**. n. 1. Belém: CEJUP, 1985.

MARX, Karl. **O Capital**. vol. 1. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MIAILLE, Michel. **Une introduction critique au droit**. Paris: Maspéro, 1976.

MONTESQUIEU. **El Espiritu de las leyes**. Trad. Nicolas Estevénez e Matilde Huici. Buenos Aires: El Ateneu, 1951.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORUS, Thomas. **A Utopia ou tratado da melhor forma de governo**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Editores, 1997.

\_\_\_\_\_. **Utopia**. Trad. Maria Isabel G. Tomás. Lisboa: [s.d.].

NAESS, Arne. et al. **Democracy, Ideology and Objectivity**. Oslo: Oslo University Press, 1956.

NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica**. México: Astrea, 1984.

NOJIRI, Sérgio. **A Interpretação Judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAULSEN, Leandro. **Segurança Jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina G. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERKINS, David. **A banheira de Arquimedes**. Trad. Beatriz Sidou. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIPES, Richard. **Propriedade e liberdade**. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto P. D. da Fonseca. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

POUND, Roscoe. **A justiça conforme a lei**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium Editora, 2003.

- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RICOUER, Paul. **Interpretação e ideologias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**: direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ROSA, Eliézer. **A voz da toga**. 3. ed. Goiânia: AB Editora, 1999.
- SANCHIS, Luís Prieto. **Ideologia e interpretación jurídica**. Madrid: Tecnos, 1993.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SODRÉ, Hélio. **História universal da eloquência**. vol. I. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia Jurídica Eletrônica**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SOMMERSTEIN, Alan H. **Introduction in Aeschylus**: Eumenides. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- SOUSA, Aiston Henrique de. **A equidade e seu uso nos juizados especiais cíveis**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.
- SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- STONE, I. F. **O julgamento de Sócrates**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**: Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Editora Vozes, 1995.

THOMSON, George. **Aeschylus and Athens**. London: Lawrence & Wishart, 1950.

TRACY, Antoine Destutt de. **Les éléments d'idéologie**. 3. ed. Paris: Brunot-Labbe, 1817.

VEBLER, Thorstein. **A teoria da classe ociosa**. São Paulo: Pioneira, 1995.

VERNANT, Jean-Pierre. **O universo, os deuses, os homens**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VIDIGAL, Erick. **Protagonismo político dos juizes: risco ou oportunidade?** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. vol. II. São Paulo: Editora UnB, 2004.

WINNINGTON-INGRAM, R. P. **Studies in Aeschylus**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.