



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Roberta Candeia Gonçalves

**O CIRCUITO MÍSTICO DO DIREITO COMO PODER E VIOLÊNCIA:  
indecidibilidade, derrotabilidade, espaços sem povo**

BRASÍLIA

2019

ROBERTA CANDEIA GONÇALVES

O CIRCUITO MÍSTICO DO DIREITO COMO PODER E VIOLÊNCIA:  
indecidibilidade, derrotabilidade, espaços sem povo

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito Estado e Constituição.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Claudia Rosane Roesler

BRASÍLIA

2019

**ROBERTA CANDEIA GONÇALVES**

**O CIRCUITO MÍSTICO DO DIREITO COMO PODER E VIOLÊNCIA:  
indecidibilidade, derrotabilidade, espaços sem povo**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito Estado e Constituição.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Claudia Rosane Roesler

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Claudia Rosane Roesler - FD/UnB (Presidente)

---

Prof. Dr. Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto - FD/UnB (Membro)

---

Prof. Dr. Isaac Costa Reis - FD/UnB (Membro)

---

Prof. Dr. Eduardo Soares Neves Silva - FAFICH/UFMG (Membro externo)

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eneá de Stutz e Almeida - FD/UnB (Suplente)

Dedico esta tese ao amor, que em tempos de guerra, como estes, ainda é o lugar de toda potência e de toda ação. Para nós, enquanto humanidade, ele se chamará matriarcado. Para mim, dentro de mim, ele se chama Dôco.

## AGRADECIMENTOS

O conhecimento não opera na exclusividade; todo conhecimento é social. Às amigas e amigos, colegas de docência, de luta e de bar, Thiago Arruda, André Abath, Ana Lia Almeida, Juliana Dunder, Jairo Ponte, Ana Lucas, Theo Barreto, Ana Laura Vilela, Eduardo Zucco, João Paulo Assis, Omara Galvis, Vivian da Silva e toda gente que faltarei em nomear, agradeço por me proporcionar essa troca. Em especial, à professora Claudia Roesler, que teve a difícil tarefa de me orientar nesta tese, obrigada pela bruxaria. Celebro a Universidade Pública, que me acolheu para estudar e trabalhar e que é tão parte do que eu sou. À família, aos amigos, aos muitos colegas a todo mundo que a vida traz e leva, eu agradeço e abraço como quem abraça o mar na lua cheia.

o barro  
toma a forma  
que você quiser  
você nem sabe  
estar fazendo apenas  
o que o barro quer

*Paulo Leminski*

## RESUMO

No marco de uma filosofia crítica, esta tese investiga a *Gewalt* [poder-como-violência] do direito e o seu percurso místico em três momentos fulcrais: fundação, manutenção e refundação do direito. Pretende-se, de entrada, utilizar as categorias benjaminianas que compõem esse poder-violência para objetar três promessas fundamentais do direito: ontológica, epistemológica e a promessa teleológica, esta última, que mantém o direito em crédito por conformar uma solução de justiça em devir, proporcionada pela decisão judicial. A partir da alegoria da guerra, argumenta-se que este deslocamento ao âmbito da decisão revela a *polemogenesis* da justiça, um conceito vazio e, ao mesmo tempo, tomado de *Gewalt*, e sua função de operar e manipular os limites do direito desde sua indecidibilidade. Assim, no campo da violência da decisão, oferece-se uma genealogia da enunciação do direito, a qual busca em experiências jurídicas do direito romano – ou o que se convencionou nomear como tal – indícios da violência mística que envolve dizer o direito, a *iuris dictio*, a jurisdição. Em especial, apresenta-se a exemplaridade romana para destacar a dependência desta jurisdição clássica na força normativa dos precedentes e na autoridade do magistrado, aliada à identificação de características de uma mesma classe de falha analítica a partir de teorias do direito contemporâneas, pelo cotejo com o fenômeno da *defeasibility* [derrotabilidade] ou argumentação excepcionável. Ao fim, esta discussão enseja a crítica sobre o juízo decisório fundado na neutralidade do julgador e sobre os produtos epistemológicos deste juízo, a jurisprudência. Analisa-se, então, os deveres de independência, autonomia e imparcialidade do magistrado para argumentar que não há um estado de coisas institucional que permita supor ou proponha meios hábeis de aferição e controle da neutralidade da atuação jurisdicional para além do autogoverno dos juízes. O resultado desse percurso é a fabricação de uma jurisprudência que é, ao mesmo tempo, arquivo da violência e experiência normativa que refunda e aprofunda a *Gewalt* do direito, em que uma democracia jurisprudencial captura a representatividade para destruí-la, em um circuito místico sem termo, sem limites, sem povo.

**Palavras-chave:** *Gewalt*. Justiça. Decisão. Indecidibilidade. Neutralidade. Jurisprudência.

## ABSTRACT

Within the theoretical framework of a critical philosophy, this thesis investigates the *Gewalt* [power and violence] of Law [right], and its mystical course in three key moments: foundation, maintenance and re-foundation of law. Initially, using the benjaminian categories that compose this power-violence, it intends to object three fundamental promises of law: the ontological, epistemological and the teleological promise, the latter which maintains law in credit for conforming a solution of a justice to come, provided by the court decision. From the allegory of war, it is argued that this shift towards the decision reveals the *polemogenesis* of justice, an empty concept and at the same time bursting with *Gewalt*, and its function of operating and manipulating the limits of law through its undecidability. Thus, in the field of the violence of the decision, a genealogy of the enunciation of the law is offered, which seeks in juridical experiences of the Roman law - or what is conventionally named as such - indications of the mystical violence that surrounds the saying of the law, the *iuris dictio*, the jurisdiction. In particular, Roman exemplarity is presented to highlight the dependence of this classical jurisdiction on the normative force of precedents and on the magistrate's authority, combined with the identification of characteristics of the same class of analytical failure in the grounds of contemporary law theories, by comparison with the phenomenon of defeasibility of legal argumentation. In the end, this discussion provokes the criticism of the decision-making judgement based on the neutrality of the judge and on the epistemological products of this judgment, the jurisprudence [set of relevant case law]. The magistrate's duties of independence, autonomy and impartiality are then analyzed in order to argue that there is no institutional state of affairs that allows us to suppose or propose a skillful means of assessing and controlling the neutrality of jurisdictional action beyond the self-government of judges. The result of this course is the fabrication of a jurisprudence that is, at the same time, an archive of violence and a normative experience that refunds and deepens the *Gewalt* of the law, in which a jurisprudential democracy captures the representativity to destroy it, in a mystical circuit without term, without limits, without people.

**Keywords:** *Gewalt*. Justice. Decision. Undecidability. Neutrality. Jurisprudence.



## RESUMEN

En el marco de una filosofía crítica, esta tesis investiga el poder de la *Gewalt* [poder y violencia] del derecho y su curso místico en tres momentos clave: fundación, mantenimiento y refundación del derecho. Se pretende, de entrada, utilizar las categorías benjaminianas que componen dicho poder-violencia para objetar tres promesas fundamentales del derecho: la ontológica, la epistemológica y la promesa teleológica, esta última, que mantiene el derecho de crédito para conformar una solución de justicia en devenir, proporcionada por la decisión judicial. Desde la alegoría de la guerra, se argumenta que este cambio al ámbito de la decisión revela la *polemogenesis* de la justicia, un concepto vacío y al mismo tiempo lleno de *Gewalt*, y su función de operar y manipular los límites de la ley desde su indecidibilidad. Así, en el campo de la violencia de decisión, se ofrece una genealogía de la enunciación del derecho, que busca en las experiencias jurídicas del derecho romano - o lo que se denomina convencionalmente como ello - indicaciones de la violencia mística que involucra el fallo de la ley, la *iuris dictio*, la jurisdicción. En particular, se presenta la ejemplaridad romana para subrayar la dependencia de esta jurisdicción clásica en la fuerza normativa de los precedentes y en la autoridad del magistrado, combinada con la identificación de las características de la misma clase de fallo analítico en teorías del derecho contemporáneas, a través del cotejo con el fenómeno de la *defeasibility* [anulabilidad] o la argumentación sujeta a excepciones. Al final, esta discusión provoca la crítica de la toma de decisiones basada en la neutralidad del juez y de los productos epistemológicos de tal juicio, la jurisprudencia. Los deberes de independencia, autonomía e imparcialidad del magistrado se analizan para argumentar que no existe un estado institucional que nos permita suponer o proponer un medio hábil para evaluar y controlar la neutralidad del fallar jurisdiccional más allá del autogobierno de los jueces. El resultado de este curso es la fabricación de una jurisprudencia que es, a la vez, archivo de la violencia y experiencia normativa que refunda y profundiza la *Gewalt* del derecho, en el cual una democracia jurisprudencial captura la representatividad para enseguida destruirla, en un circuito místico sin término, sin límites, sin pueblo.

**Palabras-clave:** *Gewalt*. Justicia. Decisión. Indecidibilidad. Neutralidad. Jurisprudencia.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 DIREITO COMO PODER E VIOLÊNCIA.....</b>	<b>17</b>
1.1 Três narrativas sobre o direito e suas promessas .....	21
1.2 <i>Polemogenesis</i> da justiça e o conceito-limite do direito .....	43
<b>2 DA EXEMPLARIDADE À DERROTABILIDADE.....</b>	<b>61</b>
2.1 Uma genealogia da enunciação.....	69
2.2. O direito é uma decisão cujos limites estão em disputa.....	84
<b>3 PHRONESIS SEM PRUDENTIA .....</b>	<b>122</b>
3.1 O fundamento místico da neutralidade .....	126
3.2 <i>volkloser Raum</i> : a jurisprudência é um espaço sem povo .....	152
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>166</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>172</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO.....</b>	<b>189</b>

## INTRODUÇÃO

Há algo de podre no direito<sup>1</sup>, mas essa é uma afirmação que já não causa espanto. É possível que já saibamos disso há razoável tempo e, a partir dessa constatação, tenhamos orientado nossas dinâmicas de uso dos seus mecanismos, adaptando-nos a cada novo sinal de podridão. O direito não se extingue porque nos demos conta de sua decadência; o forte do direito não é sua vocação à perfeição, e sim, sua inescapabilidade: é um discurso que não quer apenas demonstrar seu poder e fazer valer seus predicados, é uma manifestação de poder, sempre superlativo (*erst Recht!*<sup>2</sup>), um discurso que quer controlar discursos, conteúdos e sujeitos de fala, uma prática discursiva que demanda presença em todos os campos da experiência como se toda experiência fosse ele, reduzindo, assim, o que quer que haja de potencialmente apreensível, exemplarmente válido e necessariamente valorativo a enunciados jurídicos – por inclusão ou exclusão, a depender do sentido que se lhes atribua.

O direito é grandiosamente pobre; sobrevive na pobreza de suas narrativas, a reboque do mesmo empobrecimento da experiência que marca a modernidade, mas nada lhe foi espoliado: a pobreza do direito é voto, é um guardar lugar para o vazio tramado, premeditado, estratégico. Um vazio cheio de sentido. Assim como o vazio de uma modernidade que titubeia em caminhar sem as muletas do classicismo, o direito é uma estátua greco-romana que, de tanto ser transportada de aqui a acolá, lhes “foram quebrados todos os membros, e que agora nada mais oferece senão o bloco precioso a partir do qual ele tem de esculpir a imagem de seu futuro”<sup>3</sup>. Enquanto for o direito a esculpi-la, permanecerá uma estrutura sincrônica, fechada, fora do real e determinante do real, que não presta contas à história, que não tem história para fora da sua tautologia fundamental. *Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi ius*<sup>4</sup>. O direito mantém-se em crédito por reivindicar para si algo de sublime.

---

<sup>1</sup> “[...] *etwas morsches im Recht*”. (BENJAMIN, W. **Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze**. Mit einem Nachwort versehen von Herbert Marcuse. Berlin: Suhrkamp, 2016, posição 1149 - Kindle Edition)

<sup>2</sup> “Certamente!”; “Mais do que nunca!”.

<sup>3</sup> BENJAMIN, W. **Rua de mão única**. Obras escolhidas II. TORRES FILHO, R. R.; BARBOSA, J. C. M. (trad.). São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 41-42.

<sup>4</sup> “Onde há o homem, há sociedade; onde há sociedade, há direito”, um antigo axioma do direito atribuído a Ulpiano.

O direito resolve-se construindo urgências. Os assuntos definitivos do ser humano lhe são sempre urgentes e não há narrativa do direito que se desvie deles, que não seja em nome deles. Resolver-se, contudo, não é o mesmo que resolver suas urgências: o direito é a ordem da polêmica, não do consenso, e é na urgência das crises que o direito aviva seu farol iluminista sobre esses assuntos mais definitivos, sobre os valores mais universais, atemporais. Neste aspecto, o direito mantém seus jurisdicionados em um permanente estado de urgência, pela eterna percepção de uma crise que vem, a qual necessita de esforços já, num estorvo mental que oblitera os sentidos, fragmenta a crítica e transforma fenômeno em torpor. A cada revolução, um novo direito e um novo cerrar de olhos. O direito não perturba o cidadão de bem mas não abre mão da função aglutinadora e catártica proporcionada pela culpabilização dos outros cidadãos, dos cidadãos perdidos. O direito é parasitário da crise.

Há um conhecido aforismo de Goethe, difundido indiscriminadamente – como é costumeiro aos aforismos – durante o apogeu do romantismo alemão, o qual destaca um certo caráter não-imitativo da música, capaz de guardar em si toda dignidade da arte “porque não tem material que precise ser explicado. Tudo é forma [*Form*] e conteúdo [*Gehalt*], que aprimora e refina tudo o que expressa.”<sup>5</sup> Em meio a essa proficuidade de repetições, muitos de seus debatedores passaram a citá-lo para afirmar que a música era “totalmente forma [*Form*] e poder [*Gewalt*]”<sup>6</sup>. Assim, “conteúdo” foi substituído por “poder” ou, mais acuradamente, “poder-e-violência”, o que, vejamos, pareceu por décadas perfeitamente coerente e digno de repetição por parte dos enunciadores e da plateia impassível. Mais que um incômodo sintático, este evento causa um assombro filosófico e a sensação de que, em algum instante da consciência humana, passamos a aceitar “poder” e “violência” como conteúdos materialmente válidos na cognição do mundo e até mesmo ontologicamente desejáveis

---

<sup>5</sup> Tradução livre. O aforismo completo vai assim “Die Würde der Kunst erscheint bei der Musik vielleicht am eminentesten, weil sie keinen Stoff hat, der abgerechnet werden müßte. Sie ist ganz Form und Gehalt und erhöht und veredelt alles, was sie ausdrückt.” (GOETHE, J. W. *Betrachtungen im Sinne der Wanderer: Kunst, Ethisches, Natur* – Kapitel 41. In: **Wilhelm Meisters Wanderjahre**. Urbana, Illinois: Project Gutenberg, 1821. Disponível em: <<https://gutenberg.spiegel.de/buch/wilhelm-meisters-wanderjahre-3679/41>>

<sup>6</sup> Citem-se: BENNET, W. S. **Lectures on Musical Life**. Nicholas Temperley (ed.). Woodbridge: Boydell Press, 2006, p. 87; DWIGHT, J. S. The Intellectual Influence of Music, in: **Atlantic Monthly**, n. 19, Nov/1870, p. 621 (BONDS, M. E. **Absolute music: the history of an idea**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 100, nota 33.)

em fabricações humanas das mais diversas, como a música e o direito. Parece-me que quem melhor observou este fenômeno fantasmagórico de poder e violência em um direito e tempo histórico próximos de nós o suficiente como para livrar-nos de anacronismos derogatórios, ainda é, até hoje, Walter Benjamin. Será ele, então, meu principal e intercorrente interlocutor durante a investigação que se inicia.

Esta tese é um percurso. Pretendo investigar a *Gewalt* do direito, o direito como poder e violência e suas manifestações místicas a partir de três momentos críticos: o instante de sua fundação, cujo marco é a filosofia da história; o contínuo de sua manutenção, que transita entre a história do direito e a filosofia do direito; e o interlúdio de sua refundação, na qual a teoria do direito desemboca em uma crítica filosófica do direito. Como fundação, manutenção e refundação entrecruzam-se sem qualquer linearidade histórica e não prestam contas de seus termos, o percurso, então, converte-se em circuito - um circuito místico, violento, inescapável.

No primeiro instante, trato da concepção benjaminiana de um direito fundado no poder e na violência e a sua interlocução possível com a teoria crítica, autores afins e acidentais, que vão compondo a alegoria da guerra de que me utilizo para narrar três objeções sobre as promessas as quais, argumento, ajudam a fundar e manter o direito em vigência, em especial a promessa de justiça, na qual se transfundam todas as demais e para qual o imaginário coletivo sempre recorre, em sua função polemogênica e limítrofe do direito.

O segundo momento é um retorno a um oásis místico fundamental do direito, ao mesmo tempo seu *locus* estruturante mais historicamente celebrado, compreendido pela denominação genérica de direito romano. Ali, pretendo encontrar as bases de uma cultura jurídica que, argumento, ajudou a formular uma representação mística e exemplar da pessoa do magistrado, personagem ao qual foram comissionadas as principais respostas para problemas clássicos dos usos da lei e que subsistem, dramaticamente, até os nossos tempos. A análise destas problemáticas legais e o *deus ex machina* em que se convertem juízes e jurisdição, na contemporaneidade, é apresentada por intermédio de categorias e interlocutores da argumentação jurídica, que considero um robusto esforço teórico-jurídico de racionalização e apropriação do

conteúdo do direito na contemporaneidade, e que ressaltam a violência da decisão que persiste e interdita o direito.

Meu derradeiro argumento é que esta ocorrência dá-se porque a legitimidade da decisão judicial, da jurisdição e de todo o direito, num esforço obstinado, busca um lugar para si na neutralidade do juiz e esta neutralidade tem fundamento místico, impossível, incomunicável. Seu produto é aquilo que de mais violento o direito pode produzir, que quer ser arquivo e história, ao mesmo tempo que refunda o direito e sua *Gewalt*. Neste terceiro e catastrófico instante, de refundação inacabável, o direito exaspera seu poder e sua violência, em um processo tão massacrante que se converte em compulsão e autofagia.

Agamben acredita que, um dia, brincaremos com o direito como crianças brincam com objetos em desuso, “não para devolvê-los ao seu uso canônico e, sim, para libertá-los definitivamente dele”<sup>7</sup>, imaginando que o que encontraremos de novo não remonta a algo anterior ao direito, mas algo que está depois dele. Por mais que idílica e reconfortante, esta conjectura ainda não satisfaz, para mim, a inquietante sensação de impunidade histórica de que o direito parece gozar, nem explica, materialmente, como um “para além do direito” seria factível. Em todo caso, o que há depois do direito só será outra coisa que não uma ágil e inadvertida versão do mesmo, se seu eventual desaparecimento vier carregado por uma intransigente e profunda desmistificação de seus meios e pela prestação total de contas com a história dos seus oprimidos, pelo que não há acordo, apenas aniquilação. Este é o principal móbil de consecução deste trabalho.

Algumas considerações instrumentais são requeridas. Para o ensaio benjaminiano *Zur Kritik der Gewalt*, que embala esta tese, foram confrontadas três edições em português, publicadas pelas editoras Autêntica, 34 e Cultrix/EdUSP, com as respectivas traduções por João Barrento (o mesmo da edição portuguesa da Assírio & Alvim), Ernani Chaves e Celeste H. M. Ribeiro de Sousa et al., tendo a primeira como fonte primária, além do texto original de 1921, publicado sob o título *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze* pela Suhrkamp Verlag, de onde extraio todos os termos

---

<sup>7</sup> AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 98.

originais utilizados ao longo do texto. As demais obras de Benjamin na versão original são extraídas entre os volumes dos seus *Gesammelte Schriften*, quando não expressamente referenciadas em nota de rodapé. Todas as demais obras traduzidas de língua estrangeira foram, sempre que necessário, confrontadas com suas versões originais, estas nem sempre referenciadas, especialmente quando se tratava de simples desambiguação.

Incorre o uso de terminologias ora em grego ora em latim, sendo o último uso o preponderante. Esta diversidade é proposital e o recurso a um ou outro léxico dá-se a partir da origem filosófico-jurídica de cada tradição a que o termo presta respeito. Sempre que necessário, foram identificadas as raízes gregas e latinas de cada conceito, demarcando o acúmulo de tradições. Em outros casos, quando o termo ou expressão são intraduzíveis, uma pequena definição foi adicionada ao rodapé da página. Outros idiomas, como o inglês, francês, italiano ou espanhol, foram usados com parcimônia, apenas quando seu uso fazia sentido para referenciar expressões-conceito ou usos singulares de termos correntes, a partir do léxico reconhecido de cada autor. Expressões deste tipo foram traduzidas em colchetes, no corpo do texto, ou em notas explicativas.

O método de citação direta de obras em língua estrangeira respeitou o critério do oferecimento da tradução no corpo do texto e sua versão original em nota de rodapé. Para aquelas obras sem tradução oficial para o português, foi oferecida tradução livre, devidamente indicada em cada aparição. Ainda neste quesito, é bom esclarecer que citações diretas, menores ou maiores, foram utilizadas de maneira econômica ao longo desta tese e isto se justifica pela intenção de que não houvesse “pausas” que interferissem na fluidez da leitura, além de sugerir esforço autoral. Quando necessário, a voz direta de cada autor foi devidamente disponibilizada ao leitor.

Os termos em língua estrangeira e as nomeadas referências às obras foram destacadas em itálico, as aspas duplas foram resguardadas para as citações diretas menores de cinco linhas, para destacar um dos vários sentidos possíveis de palavra ou expressão e para assinalar termos com significado relativizado no contexto da oração. As aspas simples só foram usadas para citações dentro de citações, os negritos estão

apenas nos destaques bibliográficos, enquanto ênfases de toda espécie foram diferenciadas pelo uso de aspas latinas, exceto os grifos próprios em citações diretas. Como há muitas destas ocorrências durante o texto, a variedade desses marcadores pretende evitar dubiedade de interpretações em seu uso.

A palavra “direito” constará, ao longo da tese, gravada com a primeira letra em minúscula e maiúscula. A grafia maiúscula será utilizada sempre que a palavra fizer referência a um substantivo próprio ou para não desrespeitar a grafia em citações. Nos demais casos, optei pela grafia em minúscula porque, no contexto deste estudo, em que direito pode significar o sistema que organiza as leis, ou pode referir-se às normas jurídicas em si e os direitos que elas descrevem, a palavra adquire uma qualidade impessoal ou genérica para qual uma grafia maiúscula seria excessiva.

Esta tese foi escrita em primeira pessoa, opção pouco usual na nossa tradição acadêmica, em razão de uma escolha pessoal e profissional: o doutoramento pressupõe não apenas a apropriação qualificada de um conteúdo específico, mas significa responsabilizar-se social e politicamente pelo privilégio em acessar um lugar ainda tão exclusivo no contexto educacional brasileiro. Trabalhar com esse “eu” que elabora o mundo e assume riscos em cada argumento – e todo argumento é um desafio – significa, então, reivindicar um lugar para o artigo definido feminino na docência e na pesquisa e, ao mesmo tempo, colocar-me de maneira franca à responsabilidade de tornar exclusividade em inclusão.



## 1 DIREITO COMO PODER E VIOLÊNCIA



*Tan bárbara la seguridad como el delito*

Francisco de Goya y Lucientes - Desastres de la guerra (não encadernado), circa 1815.

Nesta seção, irei oferecer uma análise da violência do direito no contexto de sua vocação de potência, a partir do ensaio, de Walter Benjamin<sup>8</sup>, *Zur Kritik der Gewalt*<sup>9</sup>, com o intuito de apresentar os conceitos da violência que habita as formas jurídicas enquanto fundadora e mantenedora do direito, orientada a fins e a meios, aqui representadas pela categoria da «promessa» no âmbito da *Rechtsgewalt*, o direito enquanto poder e violência, além de investigar as possíveis consequências ontológicas, a validade desta asserção para o conteúdo do direito e sua relação com a justiça e com a decisão.

Muito embora Benjamin não se preocupe, neste momento, em delimitar que direito é este de que trata sua crítica, também não é possível concluir sua inadvertida opção pela generalidade absoluta do termo: há, notadamente, ao longo do ensaio, toda a imprescindível referência às práticas e critérios de justiça contidos na mitologia greco-romana e na tradição judaica, além de referências subsidiárias, orientadas pelos exemplos, ao direito alemão vigente em sua época, i.e., um direito positivo, histórico e sistemático, tributário de Savigny, e cujos códigos, em especial, o Código Civil alemão de 1896 [*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB], ajudaram a formar o que podemos chamar de “família romano-germânica”<sup>10</sup>, uma “doutrina jurídica” exportada para vários países de *civil law*, inclusive o Brasil.<sup>11</sup> Sempre que me referir ao direito (ou ao direito positivo) sem especificá-lo, estarei remetendo-o a este âmbito conceitual.

O termo *Rechtsgewalt* remete à polissemia da palavra alemã *Gewalt*, que é igualmente hábil a designar “poder” e “violência”<sup>12</sup>; assim é o poder que institui

<sup>8</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

<sup>9</sup> Todas as referências em alemão aos termos utilizados por Benjamin foram extraídas da versão original de 1921, publicado nos *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. (BENJAMIN, W. **Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze**. Mit einem Nachwort versehen von Herbert Marcuse. Berlin: Suhrkamp, 2016 - Kindle Edition).

<sup>10</sup> V. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado**. Hermínio A. Carvalho (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 55.

<sup>11</sup> Sobre a influência do BGB no Código Civil brasileiro de 1916, v. MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 13, 1997, p. 71.

<sup>12</sup> Tanto que, em português, o título já foi traduzido hifenizado, na forma de “*Crítica do Poder – Crítica da Violência*” (v. BENJAMIN, W. Crítica da violência – crítica do poder. In: **Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos**. Celeste H. M. R. de Souza et al. [trad.], Willi Bolle [org.]. São Paulo: Cultrix/EdUSP, 1986), como “*Para uma crítica da violência*” (BENJAMIN, W. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, W. **Escritos sobre mito e linguagem**. Ernani Chaves [trad.]. Jeanne Marie Gagnebin [org.]. São Paulo: Editora 34, 2011) e também como “*Sobre a crítica do poder como violência*”, assinalada pela versão da obra que referencio diretamente nesta tese.

[*schaltende Gewalt*], o poder que administra [*verwaltete Gewalt*], o poder que domina [*waltende Gewalt*]<sup>13</sup>. Ainda que isoladamente, *Gewalt* pode significar – especialmente no contexto da crítica benjaminiana – a violência do poder ou “poder-como-violência”<sup>14</sup>, ambos intimamente relacionados ao direito.

Direito como poder-e-violência [*Rechtsgewalt*], ressalta, é um produto das relações entre este [*Gewalt*], o direito [*Recht*] e a justiça [*Gerechtigkeit*], já que a violência do poder se afere à medida que este interfere na ordem ética ou mantém-se fundamentado em uma lei moral<sup>1516</sup>. É este poder que põe e dispõe, de forma institucionalizada, sobre as individualidades, o qual funda a ordem jurídica e permite ao direito seguir determinando imperativos para o Estado e a sociedade.

Benjamin examina a violência gerada pelo momento em que, de não haver, o direito passa a existir, bem como a violência que se produz sucessivamente ao longo dessa existência jurídica, a qual está precisamente para manter o *status quo* da institucionalização. Ambos os momentos são o resultado das relações de poder, ou melhor dizendo, do exercício vitorioso de um poder, mas, além disso, a *Gewalt* opera-se sempre de forma violenta, muitas vezes brutal, e é essa violência inescapável de que Benjamin se vale para decretar a sua crítica dos meios jurídicos e do Estado, i.e., do direito.

Seja quando põe seus sistemas legislativos a trabalhar pela legitimidade do processo de produção dos seus dispositivos, seja quando dispõe de todos os meios

---

<sup>13</sup> Especialmente a última tradução destas expressões do original benjaminiano não corresponde diretamente à tradução oferecida por João Barrento. Em sua versão, o tradutor escolheu utilizar a expressão “poder que dispõe”, contudo, a expressão *waltende Gewalt* engloba o poder da autoridade, do governante, do rei, de quem quer que tenha o domínio último sobre seu exercício, pelo que, aqui, decidi traduzir livremente por “poder que domina”. Não seria o caso de utilizar a expressão “poder soberano”, já que criaria uma desnecessária confusão conceitual no próprio Benjamin, que se refere ao soberano que concentra todo o poder legislativo e executivo nas monarquias absolutistas (BENJAMIN, op. cit. p. 69), de inspiração no soberano do estado de exceção schmittiano, a quem irei também irei me referir ao longo desta investigação e sobre o qual não deve pairar esta ambivalência. Esclareço, ainda, que o termo “poder-como-violência que dispõe” será utilizado em referência àquele que mantém o direito e o binômio violência que põe/violência que dispõe será assignado à *Gewalt* da decisão judicial, ao final deste capítulo.

<sup>14</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 128.

<sup>15</sup> Ibid., p. 94.

<sup>16</sup> Possivelmente aquilo delimitável ao imperativo categórico “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (v: KANT. I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Paulo Quintela [trad.]. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 69.)

para alcançar a finalidade última de certa justiça, o direito permanece um poder-violência, e isto se dá porque quando o direito é instituído, não são regras independentes, justas e pacificadoras que se instituem, mas, sim, um poder político<sup>17</sup> que sustenta e é fim para o próprio direito, o que, para Benjamin, é contraditório impeditivo da “vida pura”<sup>18</sup>, um ambiente em que a autocomposição e a autodeterminação prescindem e passam ao largo do direito.

Com isso, a crítica benjaminiana da *Gewalt* examina a violência fundante e mantenedora do direito, mas também a violência dos fins e dos meios do direito, caracterizada pela dicotomia entre direito natural e positivo. A relação é dicotômica porque, enquanto o primeiro aceita os meios violentos, desde que para alcançar fins justos, o segundo confia-se na legitimidade dos meios para justificar a violência dos fins. Entretanto, provoca Benjamin<sup>19</sup>, se parece ser possível chegar a fins injustos por meios legítimos e se é igualmente possível que um fim justo seja alcançado por meios ilegítimos – e a história do seu tempo é fonte bastante de dados da experiência –, em que circunstâncias pode coincidir a justiça dos meios e dos fins? É possível que haja uma esfera em que a violência seja justa?

É a partir do *telos* da justiça como fim último e único de qualquer violência legítima que Benjamin apresenta a diferença entre a violência do direito, mítica<sup>20</sup>, e a violência pura, divina<sup>21</sup>. O mito remete à tradição greco-romana, enquanto que o

---

<sup>17</sup> “A justiça é o princípio de toda instituição divina de fins, o poder político, o princípio de toda instituição mítica de um Direito” (BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 127).

<sup>18</sup> Um conceito que será interesse especialmente do Jovem Benjamin e que se insinua em várias passagens d’O Anjo da História, como nesta (Ibid. p. 116): “Mas será a resolução não violenta de conflitos em princípio possível? Sem dúvida. As relações entre pessoas singulares estão cheias de exemplos disso. O entendimento sem violência encontra-se por toda a parte onde a cultura do coração ofereceu às pessoas meios puros para se entenderem.” É de se pensar as semelhanças (ou as propositais dessemelhanças) entre “vida pura” e “vida nua”, em Benjamin e Agamben, este remissivo a Arendt e Foucault, ou, anteriormente, entre “vida pura” e a *dikaion physikón* aristotélica.

<sup>19</sup> Ibid. p. 124.

<sup>20</sup> Ibid., p. 125.

<sup>21</sup> Ibid., p. 126.

divino representa o deus da cultura judaica: o poder dos meios violentos [*Macht*] e o poder soberano [*waltende Gewalt*]<sup>22</sup>.

Existe um sem-fim de obras em filosofia, direito e ciência política que já debateram esses conceitos benjaminianos, como é o caso especial das análises de Jacques Derrida e Giorgio Agamben, a partir dos quais elaboro este descritivo da centralidade da crítica, e apresento algumas contribuições monográficas, centralizadas em torno das categorias da promessa, necessárias para que se estabeleçam os pressupostos que serão resgatados nos capítulos seguintes.

### 1.1 Três narrativas sobre o direito e suas promessas

Na IX Tese sobre o conceito de História<sup>23</sup>, Benjamin descreve de forma quase fantasmagórica um quadro de Paul Klee, pintado em 1920, em que ele vê um anjo atordoado por uma paisagem de cujo olhar não consegue desviar, uma imagem catastrófica de um passado cujas ruínas lhe estão cada vez mais próximas, tentando alcançar-lhe. Este anjo alucinado por um passado que não pode negar é a ignominiosa alegoria benjaminiana para o devir da História.

Ao iniciar sua crítica do poder como violência e, conseqüentemente, sua crítica da justiça e do direito, Benjamin parece estar imbuído do mesmo mal-estar desse Anjo da História, não exatamente pela fixação irremediável ao passado que concedeu à sua

---

<sup>22</sup> Em Hegel, a diferença entre *Macht* e *Gewalt* aparece na dissensão entre lei dos homens e lei moral, em *Antígona*, de Sófocles, a partir da transformação de “lei e potência” [*Macht*] em “violência e injustiça” [*Gewalt*]. (v. HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito - Parte II**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 24) Interessa recordar que, para Hegel, *Macht* remete ao masculino, enquanto *Gewalt*, pertence à esfera do feminino. (v. SIMPSON, P. A. The power of particularities: gender and action in the Phenomenology of Spirit and the Philosophy of Right. In: **Identity and difference: studies in Hegel’s logic, philosophy of spirit, and politics**. Philip T. Grier [Ed.]. New York: State University of New York Press, 2007, p. 183)

<sup>23</sup> “Há um quadro de Klee que se chama *Angelus Novus*. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso.” (BENJAMIN, W. Sobre o conceito de história - Tese IX. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 14)

alegoria, mas pela característica, que compartilham, de enxergá-lo como mais que homogeneidade, senão como um amontoado de escombros que a história do poder e da violência legou ao presente – mas o criador, para além do espectro da criatura, elabora o que isso significa para o futuro.

Desta maneira, Benjamin decreta que “todo poder, enquanto meio, tem como função instituir o direito ou mantê-lo”<sup>24</sup>, i.e., ou o poder-violência está no cerne da existência do direito e, portanto, de toda consideração crítica sobre ele, ou o direito isenta-se de operar a partir do poder-violência e perde toda e qualquer validade<sup>25</sup>. Não há meio termo na crítica benjaminiana, da mesma forma como não há conciliação necessária entre direito e standards de eticidade, independentemente das origens jurídicas da ordem. Isso significa que, muito embora o título do seu ensaio não faça citação clara ao direito, toda a crítica do poder e da violência revolve em torno do poder-violência do direito (*Rechtsgewalt*<sup>26</sup>) ou da violência individual com implicações jurídicas.

A fim de apresentar os argumentos benjaminianos, utilizarei como interlocutores Jacques Derrida, em *Força de Lei*<sup>27</sup>, e Giorgio Agamben, especialmente em *Estado de Exceção*<sup>28</sup>. Para a violência que funda o direito, designarei o termo “violência da promessa”, e à violência mantenedora do direito, chamarei de “violência da autoridade”.

Explico-me.

A violência fundadora do direito, segundo Benjamin, ocorre porque a instituição de uma nova ordem jurídica onde antes não havia nada – e “nada” é uma

---

<sup>24</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 113. No original, em alemão, lê-se: “Wird jene erste Funktion der Gewalt die **rechtsetzende**, so darf diese zweite die **rechtserhaltende genannt werden**.” – Grifos meus. (BENJAMIN, W. **Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze**. Mit einem Nachwort versehen von Herbert Marcuse. Berlin: Suhrkamp, 2016 - Kindle Edition)

<sup>25</sup> Gewalt também pode significar “poder público”, “autoridade” ou “poder legítimo” (Cf. DERRIDA, J. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad.: Leyla Perrone-Moisés. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 9), que seria crucial para a exequibilidade do direito positivo e poderia significar uma chance para sua redenção. Entretanto, ao analisar a *Gewalt* a partir da ideia de aniquilação (v. Cap. 3.2), Benjamin afasta-se de qualquer margem conciliadora para a sua crítica.

<sup>26</sup> O termo *Rechtsgewalt* não aparece no título, mas aparece no corpo do texto.

<sup>27</sup> DERRIDA, J. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Leyla Perrone-Moisés (trad.). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>28</sup> AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Iraci D. Poleti (trad.). 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.



ficção jurídica que, materialmente, significa a total sucumbência do direito até então vigente como condição de possibilidade do recém-vigido – depende do uso da violência, ou melhor dizendo, do uso vitorioso da violência, que mais tarde será nomeada como violência sancionada<sup>29</sup>.

Dentre todos os exemplos que Benjamin utiliza para mostrar a *Gewalt* como o uso violento do poder pelo direito – melhor os chamaria de dados da experiência, já que, desde o ponto de vista de um berlinense, o contexto alemão em 1921 é uma proficuidade de razões para uma crítica do direito, seja na relação Estado-indivíduo, seja nas relações entre Estados –, interessa-me explorar a relação de contradição objetiva entre o direito e o direito à guerra.<sup>30 31</sup>

Por que razão sujeitos jurídicos sancionariam um direito [à guerra] que, no limite, ameaça a soberania de sua própria *Gewalt*? Seguramente, entre Estado e cidadão comum, o direito espera que a relação se mantenha policialesca, de uma “vida regulada por decretos”<sup>32</sup>; entretanto, a *Gewalt* da guerra tem alcance como para destituir/instituir relações jurídicas quando se apodera, imediatamente, do que quer que seja.

A guerra é um assalto, uma tomada, de tal maneira que o vencedor adquire direito político a uma nova violência sancionada, a um novo direito e um novo poder-violência. O que surge como inescapabilidade, ao menos para Benjamin, no malogro

---

<sup>29</sup> “[...] é mais do que evidente que até em contextos primitivos – ou precisamente aí –, que mal conhecem os rudimentos das relações baseadas no Direito político, e mesmo nos casos em que o vencedor entrou na posse de algo agora inalienável, se exige sempre que o cessar das hostilidades seja assinalado com um cerimonial de paz. [...] Assim sendo, se a violência da guerra, enquanto forma primordial e arquetípica, pode ser tomada como modelo de toda violência para fins naturais, é inerente a todas essas formas de violência e poder um caráter legislador” (In: BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O Anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 105-106).

<sup>30</sup> Ibid., p. 105.

<sup>31</sup> Para maior aprofundamento sobre os exemplos benjaminianos da violência que funda e que mantém o direito, inclusive a consideração da “greve geral revolucionária” como violência de meios puros, veja-se entre outros: SELIGMANN-SILVA, M. Walter Benjamin: o Estado de Exceção entre o político e o estético. In: \_\_\_\_ (Org.) **Leituras de Walter Benjamin**. S. Paulo: Fapesp/ AnnaBlume, 2007; TOMBA, M. Justice and divine violence: Walter Benjamin and the time of anticipation. In: **Theory & Event**, v. 20, n. 3, 2017; LÖWY, M. **Walter Benjamin: aviso de incêndio – uma leitura das teses “sobre o conceito de história”**. São Paulo: Boitempo, 2005.

<sup>32</sup> Na versão d’O Anjo da História, esta passagem está traduzida como “vida regulamentada” (p. 113), entretanto considero, neste caso, mais interessante a tradução da Kritik oferecida pela Cultrix/EdUSP.

do pós-guerra para o qual se volta ao escrever sua crítica<sup>33</sup>, é processado pelo Estado através da incorporação da guerra aos fins de direito e materializado na forma do serviço militar obrigatório, a aplicação do uso da violência para manter o direito contra intenções (domésticas ou estrangeiras) que ameacem o *status quo* jurídico. Quando a fundação de um novo direito a partir dos espólios de guerra é invocada, vencedores e vencidos celebram a paz. Este tem sido, portanto, o processo de fundação do direito<sup>34</sup> e do poder do Estado<sup>35</sup> feito obedecer-se pelo direito.

De acordo com Benjamin<sup>36</sup>, a constatação de que a paz se torna um conceito instrumentalizado pela *Gewalt* e pelo direito – e isso está ajudando a erguer os escombros que perseguem o Anjo da História – escancara a violência como axioma para toda tarefa de fundar o direito. Da mesma maneira, escancara-se também uma função para a violência muito mais preocupante do que a violência em si, espontânea, consubstanciada no militarismo que desemboca na “compulsão generalizada do uso da violência para fins de Estado”<sup>37</sup>, o que deve aprofundar a crítica<sup>38</sup>, pois, o julgamento sobre a própria violência é menos urgente do que o julgamento da violência que quer manter o Estado e o direito, que faz com que *Gewalt* transforme-se em *Zwang*<sup>39</sup>.

O cerne da paz, portanto, deixa de ser a erradicação da guerra (que subsiste como prerrogativa no corpo jurídico), ou muito menos o cessar da violência: a paz é a sanção<sup>40</sup>, é o cerimonioso reconhecimento da vitória, sobre a violência vetusta, daquela

---

<sup>33</sup> O que faz, por exemplo, com que ele veja o conceito kantiano de “paz perpetua” apenas como uma metáfora. (BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 106)

<sup>34</sup> Ao menos, para Benjamin, do direito burguês, já que a crítica da violência não está dissociada da crítica ao capitalismo, a qual está presente ao longo de toda sua obra e que é sistematicamente associada à ideia de mito; neste caso, de violência mítica. Seu último esforço reflexivo sobre esta questão aparece vigorosamente em *Das Passage-Werk* (BENJAMIN, Walter. **Passagens**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, passim).

<sup>35</sup> O monopólio da violência pelo Estado é investigado também em Weber, quando se manifesta nos três tipos puros de dominação legítima. (cf. WEBER, M. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Regis Barbosa, Karen Elsabe Barbosa [trad.]. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014.)

<sup>36</sup> BENJAMIN, op. cit., p. 106

<sup>37</sup> Ibid, p. 107.

<sup>38</sup> Ibid., p. 107.

<sup>39</sup> Usada por Benjamin como uma diferenciação exasperada da *Gewalt*. Literalmente, pode ser traduzida como “coerção”.

<sup>40</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 106



que agora funda o novo direito e o legitima como o único cujos meios são orientados aos fins universalmente reconhecidos pela História, como se esse direito tivesse sempre sido a *Gewalt* vitoriosa<sup>41</sup>.

É um uso maniqueísta do poder, um misticismo primordial nesse momento arquetípico da fundação de todo direito, produto dos acordos políticos impostos na cerimônia de subjugo e que, em Benjamin, remete às categorias do divino e do messiânico<sup>42</sup>, mas remete também ao mito, outra forma canônica de manifestação da *Gewalt*, neste caso, através dos deuses, que exercem uma violência desamarrada de quaisquer relações com meios ou fins justos; em realidade, a violência dos deuses mitológicos, tal como na lenda de Níobe, mas não como em Prometeu<sup>43</sup>, não é sequer um castigo, é uma pura e simples manifestação da sua existência e demonstração imperativa de seu poder nomológico.

Portanto, em Benjamin, temos a metáfora da violência mitológica para a *Gewalt* fundadora do direito, o que permite extrapolar que a fundação do direito, ademais de legitimada na própria violência fundadora, é tão materialmente frágil que sua ontologia aproxima-se mais do mito do que da História e, por isso, também tem interessantes consequências filosóficas, a partir do que sigo as considerações sobre a violência fundadora do direito, apresentando a perspectiva da promessa, que exponho a seguir.

---

<sup>41</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 106.

<sup>42</sup> as quais me isento de tratar profundamente neste trabalho.

<sup>43</sup> Ibid., p. 125-126. Diz-se que em razão de sua arrogância, Níobe desafia a autoridade e o poder (*Macht*) de Leto, ou seja, desafia o destino (*Shicksal*) e a fatalidade de seu castigo é a manifestação do poder dos deuses, que não se prestam a estabelecer qualquer justiça, e sim ratificar violentamente seu próprio poder. Ao ser poupada da morte enquanto seus filhos morrem sangrentamente, Níobe é deixada mais culpada ainda, “carregando eterna e mundanamente essa culpa, um marco que assinala a fronteira entre homens e deuses” (BENJAMIN, op. cit. p. 76), instituindo, assim, uma nova lei para os homens. Prometeu e as lendas dos heróis nos mostram, por outro lado, o castigo como aniquilador de um poder jurídico típico do mito em disputar espaço com a própria mitologia que mantém o direito vigente. Desta maneira, a punição de Prometeu procura manter o direito. Enquanto violência instituidora e mantenedora do direito, o destino é sempre subjacente ao direito e o direito é manifestação direta da violência. (BENJAMIN, op. cit. p. 77). Para Aristóteles (EN 1148a33-1148b2), Níobe é citada curiosamente como exemplo de intemperança ou excesso, de violação da “razão correta” que, na ação, depende de uma sabedoria prática, denominada *phronesis*, origem grega da palavra *prudencia*, que, por sua vez, originou a nossa jurisprudência. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. BINI, N. (trad.). 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 186)

Quando, em 1989, no âmbito dos *Critical Legal Studies*, Jacques Derrida é confrontado com a questão do direito à justiça, ou melhor dizendo, com a possibilidade de sua desconstrução<sup>44</sup>, ele já não tem dúvidas de que direito e violência compõem essa inevitável relação simbiótica. Naquele então, tendo sido solapado por mais uma guerra que acumulou mais escombros por cima daqueles que já assombravam o Anjo da História, Derrida está ciente das consequências brutais de regimes totalitários referendados por leis, do alcance das inumanidades de que são capazes os “Estados de direito”, e permite-se abordar o problema do direito (que é o problema da justiça, ele busca demonstrar) a partir de outra palavra polissêmica: a força<sup>45</sup>.

Muito embora *Gewalt* possa também ser traduzida como força<sup>46</sup>, Derrida vê-se inclinado<sup>47</sup> a exasperar a referência e dar mote à sua reflexão a partir da expressão inglesa *to enforce*. Sem perder de vistas as referências ao corpo todo da crítica benjaminiana, que lhe serve de colchão teórico ao longo da conferência<sup>48</sup>, Derrida deriva seu olhar para esta nuance do poder e da violência e sua relação com a justiça e os fazeres do direito.

Desta maneira, a fundação do direito é o momento em que o direito é “forçado”<sup>49</sup> [*enforced*] àquela ordem do presente da História, i.e., o direito, o “fazer a

---

<sup>44</sup> DERRIDA, J. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>45</sup> Benjamin já havia tratado do problema da violência do direito especificamente a partir do uso da expressão “força” [*Gewaltanwendung*], inclusive, do seu vínculo com a autoridade da lei, como na investigação de Derrida, muito embora aquele esclareça que, por “força”, quer denotar “ação física” (v. BENJAMIN, W. *Das recht zur Gewaltanwendung. Blatter für Religiösen Sozialismus*, vol. 1, n. 4. Berlin: ed. Carl Mennicke, 1920).

<sup>46</sup> Que também se traduz como *Zwingen* [compelir, forçar alguém a algo] ou *Erzwingen* [obter pela força], além da já citada expressão *Macht*, a que Benjamin se refere, de forma simples, como sinônimo de potência (v. nota 22).

<sup>47</sup> Certamente, pelo idioma comum ao contingente que lhe ouve naquela conferência, na Cardozo Law School, em Nova Iorque, EUA.

<sup>48</sup> De fato, Benjamin não está tão obliquamente presente como se pode imaginar, uma vez que já fazia menção à força do fazer cumprir-se do direito (*Vollzug*): “O seu sentido não é então o de punir a infração da lei, mas o de afirmar o novo Direito. Na aplicação do poder sobre a vida e a morte, mais do que em qualquer outra aplicação da lei, é o próprio Direito que se fortalece. Mas é aí que, ao mesmo tempo, se anuncia algo de podre no reino do Direito, especialmente para sensibilidades mais refinadas, que se sabem muito distantes de situações nas quais o destino tenderia a mostrar-se em toda a sua majestade para *fazer cumprir a lei*.” – Grifei. (BENJAMIN, W. *Sobre a crítica do poder como violência*. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 111).

<sup>49</sup> Compelido, obrigado, feito cumprir-se, forçado a obedecer-se.

lei” (ação, não apenas semântica), é, para além do poder e da violência, um “golpe de força” [*coup de force*]<sup>50</sup> que não presta contas a nenhuma outra força (política, social, econômica...) nem está subsumido a nenhum princípio moral ou conceito de justiça antes existentes. A força, portanto, é qualidade ontológica<sup>51</sup> indissociável ao direito e à justiça no sentido jurídico.

Esta força, de que se serve germinalmente o direito, faz com que sua fundação seja um momento performativo<sup>52</sup>: ela transcende oposições como falso-verdadeiro<sup>53</sup> e não pode ser avaliada nem mesmo em termos de paradigmas históricos, uma vez que é um momento em que o direito se faz aplicar pela força ilocucionária ou prelocutória<sup>54</sup>, própria do ato de fala de fazer a lei, i.e., o seu significado é dado pela força e só a força, como qualidade originária, garante a sua aplicabilidade [*enforceability*].

Diferentemente de Benjamin, que também relaciona direito e justiça como problemas indissociáveis em sua crítica, mas coloca a esta última como prerrogativa

---

<sup>50</sup> DERRIDA, J. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 24.

<sup>51</sup> Uso o termo com reservas, derivando, mas não deduzindo do pensamento derridiano, com cujo desconstrutivismo não cairia bem, apenas para assinalar a atenção para uma discussão própria a ser travada adiante.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>53</sup> E, aqui, Derrida pode estar pensando em termos de uma filosofia platônica, conforme o interesse que costuma demonstrar por este autor (cf. DERRIDA, J. **A farmácia de Platão**. Tradução de Rogério Costa. 3 ed. São Paulo: Iluminuras, 2005), mas, para nossa discussão atual, torna-se mais interessante pensar na oposição verdade-falsidade a partir de Kelsen: “Uma norma não é uma afirmação nem uma prescrição é uma descrição A distinção é manifesta: a norma diz respeito a um ato de vontade, um ato dirigido ao comportamento do outro. A declaração diz respeito um ato de pensamento. A norma visa determinar a vontade do outro, a afirmação, determinar o pensamento ou o conhecimento do outro: pretende-se que o outro saiba alguma coisa. Para colocá-lo figurativamente, a norma procede do querer de um para o de outro, a declaração, do pensamento ou conhecimento de um para o pensamento ou conhecimento de outro. *Assim, uma declaração é verdadeira ou falsa. Uma norma, no entanto, não é nem verdadeira nem falsa, mas válida ou inválida.* E entre a verdade de uma declaração e a validade de uma norma, nenhum paralelo ou analogia de qualquer espécie existe.” – Grifei. (A norm is not a statement, nor a prescription a description. The distinction is manifest: the norm is the import of an act of will, an act directed to the behaviour of another. The statement is the import of an act of thought. The norm aims at determining the will of another, the statement at determining the thinking or knowing of another: it is intended to let the other know something. To put it figuratively, the norm proceeds from the willing of one to the willing of another, the statement from the thinking or knowing of one to the thinking or knowing of another. Hence a statement is true or false. A norm, however, is neither true nor false, but valid or invalid. And between the truth of a statement and the validity of a norm, no parallel or analogy of any kind exists, in: KELSEN, H. **Essays in legal and moral philosophy**. Selected and introduced by Ota Weinberger. Translated by Peter Heath. Dordrecht, Holland/Boston, USA: D. Reidel Publishing Company, 1973, p. 115).

<sup>54</sup> DERRIDA, *op. cit.*, p. 11.

possível a uma *Gewalt* soberana «para fora» do direito (que pode, por isso mesmo, aniquilá-lo<sup>55</sup>), Derrida procura tratar o problema do direito sempre a partir de sua capacidade «essencial» de produzir justiça.

Para tanto, recupera Pascal, leitor de Montaigne, para argumentar que a força é, ao fim e ao cabo, o que define o que é justo, porquanto “é justo que aquilo que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido”<sup>56</sup>, i.e., se tudo que é justo deve ser seguido [*enforced*] e tudo que é mais forte deve necessariamente ser seguido, justiça e força devem coincidir, de modo a que o justo seja forte e toda força haja em justiça, numa continência cruzada inquebrável.

Quer dizer, ao menos no âmbito do direito, há que se preservar este entranhamento, sob pena de restar-lhe apenas a autoridade tirânica, de um lado, e a justiça impotente, de outro. Mas seria pouquíssimo prudente, ingênuo, eu diria, se considerássemos, com isso, que este vínculo de *enforceability* entre justiça e força teria uma espécie de validação analítica *a priori*, de necessidade entre as duas categorias<sup>57</sup>, aceitando a autojustificação; muito ao contrário, parece artifício<sup>58</sup> das sociedades tidas como civilizadas (estatizadas, especializadas e produtoras de cultura e história) a relação entre justiça e força, que possibilita o direito enquanto *right* [justo, certo] e enquanto *law* [sistema, lei], sendo este o alforje particularmente produzido para equilibrar e dar corpo ao direito, afinal, “[...] não podendo fazer com aquilo que é justo fosse forte, fizeram com que aquilo que é forte fosse justo”<sup>59</sup>.

Do ponto de vista fundacional, portanto, não há nada que assegure a conjunção entre direito e uso legítimo da força, ou bem, nada que justifique, *a priori*, por que as leis são imperativos prescritivos (força), ou por que estas prescrições devem ser cumpridas em detrimento de quaisquer outras (monopólio), para além da violência do direito, para além do próprio direito.

---

<sup>55</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 130.

<sup>56</sup> PASCAL, 1670, apud DERRIDA, op. cit., p. 18.

<sup>57</sup> Como, inicialmente, Derrida oferece como interpretação a Pascal. (DERRIDA, **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 19)

<sup>58</sup> Ou poderíamos chamá-la de decisão. Esta é uma discussão filosófica, que remete à dicotomia direito natural versus direito positivo, mas é também parte de um conjunto de considerações jurídicas sobre a práxis à qual gostaria de retornar a seguir (v. Cap. 2)

<sup>59</sup> DERRIDA, J. op. cit., p. 19.

Ora, se o direito é justo porque é forte e é forte porque é a violência sancionada, mas a sanção continua sendo um subproduto da força (*Gewalt* vitoriosa), então força e violência fundam e mantêm o direito em uma autorreferência infinita. É o mito fundador do direito<sup>60</sup> e o «fundamento místico de sua autoridade»<sup>61</sup>. Dessa forma, o direito seria, ao fim e ao cabo, um enorme argumento circular.

Montaigne, lembra Derrida, já apontava para o direito como produtor de “ficções legítimas”<sup>62</sup> a partir das quais funda suas verdades; nada muito distante da nossa realidade, se pensamos, como exemplo, entre tantas, na ficção jurídica inaugural do constitucionalismo ilustrado que é a gênese arquetípica, quase mágica, por um Poder Constituinte Originário, de um ordenamento jurídico absolutamente novo e desamarrado, marcado pela fabricação de uma Carta fundadora<sup>63</sup>. A legitimidade, nesse contexto, parece coincidir com a lógica dos processos legislativos e do sentido de legitimidade que o direito confere a seus produtos sistêmicos, o que, contudo, não obsta esse arranjo ontológico falaz.

Em todo caso, se acatamos a legitimidade das ficções jurídicas e as enclausuramos na esfera do devido processo legislativo, deixando de lado, por um momento, a obtusidade do esclarecimento, mesmo assim, somos forçados – e esta é uma força performativa<sup>64</sup> – à ideia de que o direito é sempre um apelo à crença<sup>65</sup>:

---

<sup>60</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 125.

<sup>61</sup> DERRIDA, **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 20.

<sup>62</sup> DERRIDA, op. cit., p. 22.: “As mulheres usam dentes de marfim onde os naturais lhes faltam e, em vez de sua verdadeira tez, forjam outra de alguma maneira estranha... embelezam-se com uma beleza falsa e emprestada: assim faz a ciência (e até mesmo nosso direito tem, ao que dizem, ficções legítimas sobre as quais ele funda a verdade de sua justiça).”

<sup>63</sup> Por óbvio, os constitucionalismos, especialmente no contexto anglo-saxão, terão diferentes processos históricos de consolidação de suas leis magnas, de modo que o próprio conceito de constituição e a forma através da qual ela será erigida ao topo valorativo do ordenamento jurídico não deve ser generalizada (cf. PAIXÃO, C., BIGLIAZZI, R. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora UnB, 2008). Neste caso, a menção é unicamente remissiva à concepção estabelecida, enfim, pelo positivismo jurídico no modelo civilista que será, em parte, absorvido pela tradição constitucional brasileira. Para um apanhado do constitucionalismo continental até a Revolução Francesa, referir-se a: SUNDE, Jørn Øyrehagen (ed.). **Constitutionalism before 1789**. Oslo: Pax Forlag, 2014.

<sup>64</sup> Ou seja, que “[...] não tem seu referente (mas aqui essa palavra sem dúvida não convém o interesse da descoberta) fora de si ou, em todo caso, antes e perante si. Não descreve algo que existe fora da linguagem e antes dela.” (DERRIDA, J. **Limited inc**. Campinas: Papyrus, 1991, p. 27)

<sup>65</sup> Montaigne 2010 apud DERRIDA, J. op. cit., p. 24.

funda-se como promessa (de justiça e paz) e mantém-se como autoridade (violência institucionalizada).

Ora, se o fundamento das leis é tutelar meus bens mais preciosos, protegendo-me, por exemplo, em favor de minha liberdade de ir e vir, por que aceitaria, eu, servir a uma lei que ameaçasse de qualquer modo esta liberdade, sem abandoná-la e buscar estar a serviço de outra qualquer? Essa é a inquietação de Montaigne<sup>66</sup> para o dilema entre direito e justiça, i.e., as leis não têm força porque são justas, mas porque são leis.<sup>67</sup>

Parece-me que Benjamin responderia a este questionamento com sua afirmação<sup>68</sup> de que o direito positivo apresenta-se como promessa de consecução do interesse da humanidade, alcançado a partir dos interesses individuais, o qual é instituído como «destino» [*Schicksal*]. Note-se que é o direito que reconhece e fomenta esta ordem, uma ordem superior de liberdade, que não se satisfaz com qualquer liberdade amorfa, mas é dependente do destino, pelo que, segui-lo não é dado do acaso, mas do necessário.

Ressalte-se que destino, em Benjamin, remete também à ordem do mítico: seus desígnios não são punições da ordem do arbítrio, mas da ordem do inescapável, daquilo que, como os deuses, pode decidir, inclusive, sobre a vida e a morte do indivíduo, assim é porque temos que o direito deve ser seguido no mesmo patamar de necessidade que o destino faz subordinar todos os mortais às mãos dos deuses.

Derrida, por sua vez, partindo das considerações de seu influenciador, certamente argumentaria que seguimos o direito vigente, e não outro direito ou norma axiológico-prescritiva qualquer, porque, no momento de sua fundação, o direito rasga o “tecido homogêneo de uma história”<sup>69</sup>, institui-se por uma *decisão*, uma manifestação de autoridade que não se subsume (especialmente no sentido kantiano) nem à

---

<sup>66</sup> MONTAIGNE, M. **Os ensaios**. Tradução e notas de Rosa Freire D’Aguiar. São Paulo: Penguin, 2010, p. 425.

<sup>67</sup> Lendo Montaigne, Derrida, que proferiu originalmente *Force de Loi* em inglês, optou por traduzir “en crédit” usando o literal “em crédito” (“Or les loix se maintiennent en crédit, non par ce qu’elles sont justes, mais par ce qu’elles sont loix.”), em vez da usual tradução técnica “em vigor”, possivelmente na intenção de marcar a qualidade de crença que atribui ao direito. (v. MONTAIGNE, op. cit., p. 426; DERRIDA, J. **Força de lei: o fundamento mítico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 21)

<sup>68</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 109.

<sup>69</sup> DERRIDA, J. op. cit., p. 24.

História, nem ao justo, nem ao legítimo, nem mesmo ao legal: ela é da ordem do místico, não pode ser avaliada por valores ou conceitos alopoiéticos<sup>70</sup>.

O desprezo edificante do direito pela criteriologia (filosófica e científica) sustenta-se sobre a crença coletiva em que é ele, e apenas ele, o único caminho seguro em direção à justiça, i.e., não mais que em si, a justiça pura, racional e universalizável pode prevalecer de forma desinteressada e percorrer *physis, nomos e thesis*. A crença no mito do direito é amparada pela promessa da justiça e da paz que lhe vem a reboque.

Desafortunadamente, mesmo pensando em termos históricos<sup>71</sup>, o direito nunca forneceu, de fato, garantia do cumprimento de sua promessa fundadora, a não ser por meio de outra crença, a de que o direito seria uma espécie de herdeiro natural do *logos* da Justiça e da Verdade. Ainda que, depois de empenhada, a promessa do direito fosse

---

<sup>70</sup> i.e., muito embora alopoiese e autopoiese – de um organismo em relação ao seu meio-ambiente (Maturana e Varela) ou de um sistema em relação aos seus códigos de entrada e saída (Luhmann) – possam ser vistas de maneira positiva ou negativa à variação da esfera de conhecimento à qual são empregados os conceitos e, ainda, embora haja uma celeuma histórica sobre a possibilidade de alopoiese dos sistemas normativos (especialmente, a partir de Kelsen), emprego esta expressão para enfatizar o problema lógico-científico que é a fundação de um direito o qual, ao mesmo tempo, produz e é produzido pelo elemento único de que é composto, por isso mesmo, nega-se a prestar contas com as condições materiais de existência ou com qualquer classe de heterorreferência. Veja-se, sobre as discussões supramencionadas: MATURANA H.R., VARELA F.J. **Autopoiesis y cognición**. Dordrecht: D. Reidel, 1980; ZOLO, D. Autopoiesis: un paradigma conservatore. **Micromega**, 1, 1986; LUHMANN, N. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004; NEVES, M. Da autopoiese à alopoiese do direito. In: **Anuário de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco**, n.º 5. Recife: Ed. Universitária, 1995; KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003; HART, H. L. A. Kelsen's doctrine of the unity of law, in: **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012.

<sup>71</sup> A categoria promessa (palavra, *pacta*) está presente no direito romano (Tábua VI: “Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto”. Se alguém empenha a sua coisa ou vende em presença de testemunhas, o que prometeu tem força de lei. – **Lei da XII Tábuas**, 450 a. C (in: MEIRA, S. A. B. **A Lei das XII Tábuas: fontes do direito público e privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 170); em textos de juriconsultos da República tardia, como o *De Officiis*, de Cícero e o *Ab Urbe Condita*, de Tito Lívio, que citam a máxima penalidade do *sacer esto* (de cuja vida se podia dispor porque fora excluído da sociedade) para aquele que quebrasse a *fides* [confiança, boa-fé], lembrando que *Dea Fides* era a deusa da boa-fé dos negócios jurídicos privados deste período romano (cf. ROSA, Cláudia Beltrão da. **Prudentia e prudens em Cícero: religião, jurisprudência e os poderes do magistrado**. In: *Revista Emerj*, v. 17, n. 64, Rio de Janeiro: 2014, p. 53); na tradição romanística (no Digesto, havia tal coisa como a “segurança juratória” que era uma garantia *in personae* dada pelo réu através de uma promessa. cf: SANDARS, Thomas Collett. **The Institutes of Justinian: Corpus juris civilis. Institutiones**. London, New York [etc.]: Oxford University, 1922, p. 417. Disponível em <<https://archive.org/details/institutesjusti00walkgoog/page/n446>>); no direito burguês pós-Revolução Francesa, na forma do *pacta sunt servanda* ou do princípio da boa-fé negocial. A promessa como empenho da palavra foi gradativamente substituída no direito moderno pela aceção positiva dos negócios jurídicos, relegando-a às tratativas e/ou a um negócio jurídico subsidiário ao principal. O pacto deixa de ser promessa para ser um dever documental e, conseqüentemente, o interesse dogmático pela categoria decai, restando ao civil law apenas melancólica reminiscência da abrangência das promessas no direito consuetudinário pré-positivado.

dívida exequível, como garantir sua exequibilidade sem esbarrar na autoritária retórica jurídica e, conseqüentemente, em sua autoabsolvição? Enquanto manifestação, à escusa abstrata da reserva do possível, o direito abstém-se do justo prometido, ainda que alguém lhe faça «jus»<sup>72</sup>, de modo que, ao configurar-se como inelutável e irrecorrível, a promessa funda-se em violência do direito.

A partir do relato da promessa, permito-me responder ao questionamento de Montaigne de outra maneira. Seguindo a conclusão central de que direito existe/legitima-se pelo recurso à violência, considero que a violência do direito espraia-se por três domínios místicos, representados pela promessa sobre o ser (ontológica) e a promessa sobre o saber (epistemológica) todas estas que irão reunir-se na promessa sobre a justiça (teleológica), que é o fim último e místico por excelência do direito enquanto crença social.

Assim, minha primeira objeção baseia-se na ideia de que violência e paz são axiomas mutuamente excludentes e não podem, simultaneamente, fundar o [conceito de] direito, porquanto é ontologicamente inconsistente que um conceito seja, ao mesmo tempo, significante para a violência e para não-violência, e esta não é apenas uma consideração lógica – o que já seria suficiente para entravar a estrutura do direito, construída a partir da premissa de racionalidade das leis dispostas em um sistema lógico que rechaça, em tese, a tautologia<sup>73</sup> –, mas uma determinação material sobre a relação paradoxal entre direito e violência. Mesmo se preferíssemos pensar em ontologia como substância, não seria logicamente consistente afirmar que, a partir de uma ordem coercitiva se pudesse exarar qualquer produto que não fosse tão substancialmente coercitivo quanto sua matriz.

Essa assertiva pode ser ilustrada, de maneira empiricamente direta, a partir do primeiro artigo preliminar à Paz Perpétua, de Kant, o qual afirma que “não deve viger

---

<sup>72</sup> Lembro-me de Aristóteles, na discussão sobre o que é justiça, em que a justiça natural se afere nas relações de honra e equidade entre pessoas particulares, e a justiça legal (*dikaion nomikón*), a partir do cumprimento da lei. Para ele, pode haver conflito entre as duas esferas de justiça, mas isso não quer dizer que há um problema na estrutura do direito, que permanece virtuosa, e sim, na conformação entre dois âmbitos de justiça. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Nelson Bini (trad.). 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, pp. 149-151)

<sup>73</sup> Em um sistema de direito jurídico-estatal, de cuja consistência lógica depende o respeito a elevados graus de burocracia, capaz de limitar não apenas os usos da lei mas os comportamentos procedimentais, de modo a que o sistema produza o menor número possível de inconsistências, o recurso à tautologia é um flanco abismal na legitimidade formal de que goza o direito.



nenhum tratado de paz como um tal que tenha sido feito com a reserva secreta de matéria para uma guerra futura”<sup>74</sup>, pois que seria um simples armistício, não a Paz.

Desta feita, nem a legitimidade dos meios, nem a justeza dos fins têm força propositiva para ratificar a essência pacificadora do direito para além de um “pacifismo tísico”<sup>75</sup>. Diferentemente à *Ilíada*, que “[...]não cala sobre o homem vencido, que testemunha por Heitor não menos que por Aquiles, e que [a] vitória não faz de Aquiles maior e de Heitor menor, que a causa dos gregos não é mais justa e a defesa de Troia não é mais injusta”<sup>76</sup>, a legitimidade do direito fundado na violência é apenas conformação ao poder vitorioso, um *mis en scène* inaugural e limitado à crença mística em que sua autoridade sobrevirá como concórdia.

Do ponto de vista analítico, é bom aclarar, um paradoxo não é, necessariamente, uma construção sem sentido e fadada à falsidade de seus predicados ou mesmo à insolubilidade. É possível um paradoxo que seja inteligível e expresse uma verdade ou oriente-se a uma resolução lógica: eventualmente, a tartaruga será alcançada por Aquiles, porque, para a vida prática materializada, uma diferença infinitesimal não impedirá a finalização de uma corrida.

Sendo assim, no que diz respeito à nossa análise, se consideramos aceito o argumento de que o direito não extingue a violência, mas apenas lhe dá aparências de pacifismo, substituindo-a pela violência institucionalizada, praticada no âmbito da *Gewalt* benjaminiana, precisamos, inicialmente, definir se há algum recurso lógico que justifique o *mis en scène* ou que seus resultados sejam tão irretorquíveis a ponto de superar os dispêndios ficcionais iniciais e revelar uma lógica subjacente tão convincente quanto útil.

---

<sup>74</sup> KANT, I. *À paz perpétua*. Marco Antônio de A. Zingaro (trad.). Porto Alegre: L&PM Editores, 1989, p. 26.

<sup>75</sup> BENJAMIN, W. Teorias do fascismo alemão. In: **Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos**. Celeste H. M. R. de Souza et al. (trad.), São Paulo: Cultrix/EdUSP, 1986, p. 131.

<sup>76</sup> Homero apud ARENDT, H. **O que é política**. Reynaldo Guarani (trad.). 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, pp. 96-97.

Tomemos, então, dois pontos de partida opostos (mas não necessariamente antagônicos) sobre os usos do direito. A partir de Kant<sup>77</sup>, para quem o direito é uma espécie de sistematização externa prática da lei moral, a ela subordinado, com a finalidade de regular a «forma» dos predicados sobre certo e errado (ou sobre dever e arbítrio), conquanto o seu conteúdo permanece eminentemente moral; e a partir de Christoph Menke<sup>78</sup>, terceira geração da Escola de Frankfurt, leitor de Benjamin, para quem o direito e a violência conformam-se em um paradoxo baseado numa contradição funcional, de que o direito erradica a violência a partir de outra violência.

Se partimos do primeiro pressuposto, temos que qualquer contradição entre direito e violência é resolvida por um processo subsuntivo: enquanto o direito for um vetor para a exteriorização da lei moral, apenas será possível examinar, fora da dedução transcendental, se a sua forma está ou não de acordo com as regras de juridicidade. Uma vez que o valor subsuntivo da lei jurídica não pode obrigar a nada mais do que à lei moral – cuja força coercitiva é apenas o exercício da faculdade do juízo e cujo cumprimento não requer a existência de um direito sobre a qual legisle –, não há violência ilegítima, porquanto o seu uso se dá pela “faculdade moral de usar a coerção”<sup>79</sup> para preservar a liberdade do indivíduo de fazer apenas aquilo que é permitido pela lei moral e, ao mesmo tempo, abster-se de fazer aquilo que a lei moral proíbe.

O direito, portanto, será o sistema prático que garante aos jurisdicionados, seres racionais e com franco interesse moral no cumprimento dos postulados da razão, o uso da coerção, configurada material ou simbolicamente, que possam agir de acordo com a lei moral, ao mesmo tempo que os protege de qualquer coerção a agir de forma diversa à moralidade. Enquanto estiver sob a regra da subsunção, a coerção sequer será violência, mas uma força protetiva da faculdade moral.

---

<sup>77</sup> O seu princípio universal do direito vai assim: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”. (KANT, I. **Metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude**. Tradução de Edson Bini. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2017, p. 47)

<sup>78</sup> MENKE, C. **Law and violence**. Manchester: Manchester University Press, 2018.

<sup>79</sup> KANT, I. op. cit., p. 49.

Considerando o segundo pressuposto, em que a violência aparece como um dado em relação ao direito e, mais próximo da análise que procuro fazer aqui, em que há uma qualidade paradoxal entre o uso da violência pelo direito<sup>80</sup>, a retomada do marco inicial do direito enquanto produto burguês dá-nos uma ideia de como a violência engendra a própria substância do direito, consequência inafastável do giro e recriação dos polos do poder político a partir da modernidade.

Com isso, pondera que, muito embora a violência legal, que substitui, naquele então, a violência privada, mas continua tendo que lidar com a violência normativa, seja criteriosa e opere a partir dos parâmetros (burgueses) de liberdade e equidade, ainda é a autoridade do direito que garante o caminho à justiça, também considerada no contexto burguês. A resolução do paradoxo seria dada pelo aprofundamento dos “direitos subjetivos”<sup>81</sup>, recolocando o individualismo (ou subjetivismo) e a esfera privada como zonas de não-interferência estatal, não-política e, portanto, “liberada” da violência do direito – liberalismo se torna liberação, um “alívio”<sup>82</sup> do direito, da normatividade, uma espécie de liberdade negativa<sup>83</sup> dada pela lei, que não se confunde, para Menke<sup>84</sup>, com a suspensão schmittiana, em que o poder (estatal) despega-se do direito para sua autopreservação.

Notemos que, em ambos os casos, em que partimos de sistemas filosóficos razoavelmente distintos e cujas bases ontológicas sobre o direito e sua autoridade permitem usos também distintos da metafísica, o problema da violência do direito e, portanto, o paradoxo no qual se funda a promessa, está longe de ser resolvido.

---

<sup>80</sup> Seja considerando que uma lei jurídica, subjacente à lei moral universal, é composta por predicados objetivos cuja obediência é necessidade da razão e, portanto, obtém sua força simplesmente por ser justa, i.e., aplicável a todos e respeitando a liberdade de arbítrio de todos, como queria Kant, seja na visão de Menke, é importante sublinhar que o conceito de direito envolve conceitos negativos de «liberdade» e «obrigação». No caso de Kant, não há violência em seguir a lei moral, então a violência do direito, subsidiário a ela, nunca é para aquele que a segue – já que ele é apenas uma exteriorização de uma agência interna, fruto da inteligência da razão e nunca contra a liberdade do arbítrio, portanto nunca violenta, apenas conforme. Só será violenta se não expressar os predicados da razão, mas, neste caso, não há obrigatoriedade em segui-la, como Kant já afirmou no seu exemplo sobre a mentira (KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, pp. 34 e segs.)

<sup>81</sup> Que, aqui, poderíamos também chamar de direitos e garantias fundamentais.

<sup>82</sup> “*Entsetzung des Rechts*” ou “*Relief of Law*”.

<sup>83</sup> cf. BERLIN, I. Two Concepts of Liberty. In: BERLIN, I. **Four Essays on Liberty**. London: Oxford University Press, 2002.

<sup>84</sup> MENKE, C. **Law and violence**. Manchester: Manchester University Press, 2018, Posição 711.

No primeiro caso, porque, no âmbito de uma filosofia transcendental, sequer é considerada a existência de uma relação problemática entre direito e violência, se lembramos que a coerção legal surge como garantia ao exercício da faculdade da razão, pelo que nada pode obrigar o sujeito a agir ou deixar de agir senão em face da lei moral.

Já em um contexto neofrankfurtiano, embora o paradoxo da violência do direito surja como pressuposto de uma análise das formas jurídicas, o recurso à equidade grega ou à liberdade burguesa cobra a instauração de outro paradoxo, numa manobra apenas substitutiva do eixo da violência: enrobustecer os direitos subjetivos promove a liberação do direito e, com isso, da *Gewalt*, ao mesmo tempo que mascara as dominações<sup>85</sup> embutidas no sistema político burguês, no capitalismo e nos parâmetros sociais de acesso e gozo aos direitos de cidadania.

Em comum, ambos os enfoques têm a consideração do direito como garantidor de uma «liberdade negativa», aquela que institui um âmbito de vida em que ninguém nem nada, nem mesmo o próprio direito, pode exigir que se faça ou deixe de fazer qualquer coisa que desrespeite a autodeterminação privada, seja esta advinda da lei moral ou da subjetividade. Têm também em comum o cálculo de que este âmbito de liberdade negativa é suficiente para aplastar a violência do direito e a violência do Estado, dando-lhe legitimidade, seja por subsunção, seja pelo critério da distribuição equânime. Por último, comungam da asserção de que a «imparcialidade» da lei e de seus aplicadores consubstancia a legitimidade do direito, pois garante a universabilidade do julgamento<sup>86</sup> e a justiça equitativa<sup>87</sup>. Contudo, irei argumentar mais adiante, o deslocamento da discussão sobre a legitimidade (de meios e de fins) do direito para uma solução de justiça a partir da imparcialidade das leis e, mais especificamente, dos juízes, não é mais senão a renovação da promessa pela sua posposição, o que, ao fim e ao cabo, elide e mascara a inexequibilidade da promessa fundadora do direito.

---

<sup>85</sup> KUSCHEL, Gonzalo Bustamante. Menke's reconstruction of Benjamin's law, his tragic aporia and recognition. In **Philosophy and social criticism**, v. 41, n. 3. California: Sage Publications, 2015, p. 580.

<sup>86</sup> KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007; KOHBERG, L. **Justice as reversibility**. In *Philosophy, politics and society*. Fifth Series, Oxford: Blackwell, 1979.

<sup>87</sup> MENKE, C. **Law and violence**. Manchester: Manchester University Press, 2018, posição 1076 e segs.

Retomando o relato da promessa, desta vez sobre saber, a segunda objeção que gostaria de apresentar parte dos limites que o direito positivo elabora para si mesmo sobre aquilo de que pode ou não pode conhecer, portanto, que pode ou não produzir: o direito enquanto normas jurídicas<sup>88</sup> (mas não necessariamente sua aplicação), não pode (e nem quer) conhecer daquilo que não possa ser «posto», ou que não se circunscreva à moldura, em termos kelsenianos, portanto, não sabe (no sentido epistemológico) de nenhuma violência jurídica a não ser aquela que vem, legitimamente, da ordem coercitiva. Qualquer consideração para fora desta moldura do saber jurídico será do âmbito (e, portanto, do interesse) de outras disciplinas, como a sociologia ou a ciência política, ou mesmo do âmbito dos aplicadores do direito, mas não tem força como para abalar a validade do sistema.

Com isso, toma para si o paradigma ilustrado de que a sanção (i.e., a decisão e a ordem sobre o mundo dos fatos que o inclui e categoriza no mundo jurídico) fazem de seus atos de poder meras manifestações legítimas da sua natureza coercitiva, pelo que a violência que produz anula-se pela liberdade (negativa) que proporciona. O direito é a esfera da liberdade, enquanto a violência é a força subjacente, legítima, que mantém essa liberdade, a liberdade dos justos, um subproduto da justiça que “inclui por exclusão”: incluir o delinquente<sup>89</sup> apenas para poder excluí-lo porque sacrificá-lo garante, por contraste, o reconhecimento e a liberdade dos homens de bem.

De aí que chegamos à conclusão material de que o direito positivo nunca foi capaz de superar esta contradição fundamental de sua existência: não há sistema legal

---

<sup>88</sup> No sentido do objeto da ciência jurídica, conforme Kelsen: “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. *A ciência jurídica apreender seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.*” (KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 79) – grifei.

<sup>89</sup> No latim, *delinquere* geralmente significa fazer algo de errado, desobedecer ou faltar com um dever. Porém, este verbo vem da raiz proto-italica *linquō*, que significa abandonar, desistir. Acompanhado do prefixo *de-* (a partir de), *de+linquere* também significa abandonar uma pessoa ou coisa ou deixar para trás um território. Neste sentido, o delinquente é o que foi abandonado pela lei ou aquele que deixou para trás seus domínios.

na tradição ocidental que não se funde na promessa de erradicação da violência entre os indivíduos ou entre estes e a institucionalidade, entretanto, todo direito opera-se a partir do uso da violência, seja a violência da ameaça ou a violência da repressão, especialmente sob o argumento de que a sanção tornará a todos livres<sup>90</sup>, sem jamais deixar conhecer dessa liberdade a partir de si, mas naqueles lugares onde não está. Como não há lugar onde o direito não está – mesmo naqueles lugares onde o “ser” equivale ao “dever-ser” e tem-se a aparência da ausência, o Estado de polícia garante a presença do Estado das leis – esta liberdade negativa, que cumpriria a promessa fundante, não pode ser observada nem conhecida para além de um apelo à crença<sup>91</sup>.

O sistema estruturado em normas que hoje chamamos direito acaba reduzindo-se a uma promessa fadada, desde seu nascimento, a remeter-se a si mesma e à sua mitologia, e cujo termo de cumprimento é sempre o indeterminado, o infinito, a complexidade. Voltar-se os olhos a essa promessa alcança um problema de temporalidade: como refletir sobre um corpo sem passado, sobre um futuro que não pode ser imaginado pela experiência? É como se a história do direito não fosse inteiramente narrável nem por ele próprio, nem à sua revelia<sup>92</sup>, como se não houvesse nenhum lugar na experiência humana em que uma crítica pudesse ser construída a partir de qualquer contexto, relegando-o à abstração de um mundo ideal.

O direito, enquanto crença, só se torna uma categoria verdadeira, se assumirmos um compromisso teórico com a ficção: considerar que a violência (ou guerra, no quadro kantiano<sup>93</sup>) só existe porque é subproduto e meio necessário do estado de natureza, e que seu oposto ontológico é o Estado de leis, a Constituição, o direito, mesmo quando os princípios da experiência<sup>94</sup>, as faculdades da observação e o primário senso comum não amparam tal crença, a qual nem o “político prático”, nem

---

<sup>90</sup> “Assim, escreve por exemplo Puchta: ‘O conceito fundamental do Direito é a liberdade... o conceito abstrato de liberdade é: possibilidade de alguém se determinar para algo... O homem é sujeito de Direito pelo fato de lhe competir aquela possibilidade de se determinar, pelo fato de ter uma vontade’, quer dizer: pelo fato de ser livre.” (PUCHTA, 1873 apud KELSEN, **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.)

<sup>91</sup> Cf. Nota 62.

<sup>92</sup> Na mesma linha do que discorre Butler sobre o relato de si mesmo. (BUTLER, J. **Relatar a si mesmo – crítica da violência ética**. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, p. 53.)

<sup>93</sup> KANT, I. **À paz perpétua**. Marco Antônio de A. Zingaro (trad.). Porto Alegre: L&PM Editores, 1989, p. 32

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 25.

o “político teórico”, nem mesmo o filósofo podem invocar. Ao fim e ao cabo, o direito é uma promessa epistemológica que não conseguiu firmar-se como crença justificada<sup>95</sup> e deve enfrentar-se a todas consequências, inclusive científicas, de ser uma «basicalidade», um conhecimento de apelo metafísico.

Note-se que, mais do que uma disputa entre predicados, a questão, que aqui estou classificando como epistemológica, é subsidiária à ontológica, a qual está para servir de motor investigativo da estrutura da promessa antes mesmo que de seu conteúdo, inclusive porque, irei argumentar<sup>96</sup>, o conteúdo do direito não está em suas leis, senão, mais bem, em suas decisões. Portanto, por ora, irei considerar que o direito, apenas expresso na forma de leis, não tem conteúdo até que, a partir (ou não) delas, produza-se uma decisão, o que pode ser expressado, em termos clássicos, como dar a alguém o que lhe é direito<sup>97</sup>, ou seja, a materialização do direito em forma de *praxis* judiciária.

Portanto, objetar a consistência ontoepistemológica do direito tem o único fim de trazer ao debate jurídico, mas também à imagética social sobre este âmbito de poder, sobre este lugar por onde inevitavelmente passam – mas nem sempre se detêm – todos os princípios e todos os remédios, a intrínseca relação entre direito e violência: a legitimidade dos meios, que é o que avaliza aquilo que o direito decide conhecer (como quando um juiz conhece do direito da parte e exara uma decisão de justiça jurídica) é, em última análise, produzida pela legitimidade fundamental de todo direito, que lhe dá «força de lei» e, portanto, concede-lhe «autoridade».

---

<sup>95</sup> Aqui considerando-se uma vertente tradicional da epistemologia, que estabeleça que o conhecimento depende de alguma classe de verdade e algum grau de crença, i.e., que conhecimento requer crença, verdade e uma forma de justificação que una estas duas instâncias. Neste caso, também importa comentar que a justificação é de natureza não-deontológica e razoavelmente fundacionista. Para uma abordagem compreensiva deste tema, veja-se: AUDI, Robert. **Epistemology: a contemporary introduction to the theory of knowledge**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. Para o debate clássico entre conhecimento e natureza, veja-se: MOORE, G.E. **Philosophical papers**. London: Routledge, 2010. Para uma abordagem contemporânea não-cartesiana, veja-se: ANDERSON, E. Feminist epistemology: an interpretation and a defense. **Hypatia: a journal of feminist philosophy**. 10, 2, 1995. Em todo caso, o debate epistemológico que gostaria de levantar com esta objeção não é menos sobre teorias e métodos epistemológicos e muito mais uma inquirição sobre as próprias condições de possibilidade de uma epistemologia jurídicas em um direito fundado na *Gewalt*, independentemente de sua abordagem teórico-metodológica.

<sup>96</sup> v. Cap. 2

<sup>97</sup> pensamento que pode ser remissivo aos preceitos do direito de Ulpiano (*Suum Cuique Tribuere*) e à virtude da justiça aristotélica.

Em outras palavras, antes de indagar sobre a legitimidade das leis, é necessário, primeiro, indagar sobre a legitimidade de sua autoridade, do que lhe dá status de força; antes da legitimidade da sanção, a legitimidade do poder ao qual coube a faculdade de sancionar. Reivindicá-la significa, portanto, exige-lhe resposta à inconsistência seminal e perdurante: o paradoxo da violência, que é a promessa fundante do direito e em cuja expectativa de cumprimento extrai sua autoridade.

Sem embargo, nem toda violência desemboca na guerra e nem todo militarismo exerce violência durante a vigência das hostilidades. É violência do direito também (e principalmente) aquela exercida verticalmente, ou que se manifesta com os conflitos de classe<sup>98</sup>. Enquanto promessa, o direito compromete-se a ser a violência sancionada, autorizada pelo reconhecimento da legitimidade de seus meios, sem que fins violentos sejam justificáveis isoladamente; mas poder, violência e direito construíram, em harmoniosa parceria, uma história a partir da qual Benjamin denunciava<sup>99</sup> a *Gewalt* jurídica extrapolando-se do fazer-se cumprir deontológico e transformando-se em autoafirmação, em violência compulsiva e errática, que cria uma espécie de Cérbero jurídico-político-estatal, representado pela polícia<sup>100</sup>. Um Estado policial tão fantasmagórico, de contornos tão pouco delimitados, o qual, igual que o *Angelus Novus*, parece olhar fixamente para um objeto que foge à cena: enquanto este vigia as ruínas inanimadas do passado, aquele vigia a vida, a morte e tudo e todos que se movem entre elas.

Não obstante estar em concordância com a crítica benjaminiana, parece-me que não há exemplo institucional mais eficaz para a demonstração da violência da autoridade do direito e de seu fundamento místico que a sua atuação enquanto Poder Judiciário. Esta é minha derradeira objeção.

Argumento que, de todas as formas em que a *Gewalt* toma por assalto a autoridade do direito – que precisa de autoridade para ser cumprido (*enforced*) –, a

---

<sup>98</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 102.

<sup>99</sup> “O seu poder é amorfo, tal como a sua imagem fantasmagórica, intangível e onipresente na vida dos Estados civilizados.” (Ibid., p. 113)

<sup>100</sup> Benjamin detém-se demoradamente e faz suas críticas, ao meu ver, mais severas ao direito a partir da instituição da polícia (Ibid., p. 111). Não irei me deter nesta análise por decidir contextualizar estas críticas por outro viés.



decisão judicial, cúmplice do destino mitológico, é o *locus* mais violento do direito, uma vez que é quem decide, soberanamente, sobre sua aplicação, sobre a interpretação correta de seus postulados, é quem prescreve e faz cumprir (*enforces*) as abstrações da norma, é quem detém a retórica de justificação da própria *Gewalt* e reivindica o conteúdo de justiça do direito. Ao mesmo tempo, é a instância jurídica menos acorrentada à clássica violência ostensiva da opressão policial: mesmo quando se omite, é um meio violento, já que a violência é a própria decisão, a decisão que pode dispor sobre a vida e a morte quando faz viver ou deixa morrer. Sobre *Gewalt* e autoridade, irei me deter com mais detalhes no próximo capítulo.

Em síntese, o argumento que tento construir a partir destes relatos acha-se no balanço de que as promessas fundantes do direito, i.e., de erradicação da violência, que comumente é tratada, em termos maniqueístas, como a troca da arbitrariedade pela justiça<sup>101</sup>, para o que filosofia e ciência jurídica<sup>102</sup> reiteradamente precisam empreender alto esforço histórico, digladiando-se, sem muito sucesso, com os dados da experiência jurídica e o crivo das ciências sociais, vem consolidando uma tendência, ao menos na tradição romano-germânica, de deslocamento do *locus* dessa justiça da lei para a decisão.

Este deslocamento só é possível pelo conjunto especial de qualidades daquele que profere a decisão: ao contrário de todos os demais manejadores da lei, ele está no topo da pirâmide das relações processuais, sua autoridade vem do seu notório saber jurídico, de sua reputação ilibada e da sua neutralidade em relação às partes e ao objeto de seu julgamento. Neste sentido, o juiz, através das suas características singulares, seria aquele que detém privilegiadamente as referências que tornam possível a representação da justiça, materializada na decisão.

Parece-me que, sem que esta fosse exatamente a intenção, vertentes da filosofia do direito<sup>103</sup>, algumas hermenêuticas<sup>104</sup> e, inclusive, uma teoria crítica do direito<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> Numa abordagem contratualista.

<sup>102</sup> No sentido kelseniano. v. nota 88.

<sup>103</sup> e.g., DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Harvard: Harvard University Press, 1978, especialmente o cap. 2 – The model of rules.

<sup>104</sup> e.g., GADAMER. **Truth and method** I. Joel Weinsheimer, Donald G. Marshall (trad.). London: Bloomsbury Academic, 2013 – kindle edition.

<sup>105</sup> e.g., WOLKMER, A. C. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

passaram a apostar neste deslocamento como uma tentativa de aprofundar a crítica à razão ilustrada, ao cientificismo ou ao dogmatismo das ciências jurídicas. Um empreendimento cujo objetivo é justamente «desmistificar» os domínios do direito a partir do descortinar de sua iniquidade ante as influências de forças latentes como mercado, capital, colonialismo e poder político, que aposta nos processos educativos e na emancipação intelectual, acaba por ser instrumentalizado pelo próprio aparelho de dominação que se propõe a combater, quando permite que se aposte tão alto na capacidade crítica do juiz para a correção do sistema legal, deslocando também a mitologia em torno da lei para a pessoa do juiz.

A legitimidade dos meios e a justiça dos fins, desta vez sem o apelo ao jusnaturalismo, fundem-se para formar a «decisão», que, enfim, poderá cumprir a última promessa do direito: a justiça, no limite, não dependerá nem da lei nem técnica, que não podem prometer fins porque não têm conteúdo, então seu débito é mesmo exclusivamente com a autoridade.

Assim, em vocabulário benjaminiano, a decisão apresenta-se primeiro como «destino» e depois como «autoridade», e seu fundamento é tão místico como podem ser místicas as razões, as técnicas, as jurisprudências e as infinitas glosas que fundamentam todo direito ou direito nenhum, com os mesmos critérios e as mesmas repercussões materiais violentas. À violência da decisão e outros fundamentos místicos, retornarei no capítulo seguinte.

Na próxima seção, apresento um recorrido das tensões que os sistemas jurídicos têm legado à História (e à filosofia) quando se veem diante da tarefa de compaginar sua função nomológica, os standards morais inscritos na sociedade de seu tempo e a promessa de paz que é produzida na gênese de todo direito. Para isto, continuo no tema utilizando a alegoria da guerra e sua passagem, sempre excepcional e desafiadora, pelo direito burguês<sup>106</sup>. Não tenho pretensões catalográficas, senão, destaco exemplares de como o sintagma «guerra» (violência) dá sentido ao sintagma

---

<sup>106</sup> Refiro-me ao direito em cujas bases históricas, fruto das revoluções burguesas, estão, entre outros, a incorporação de valores como a limitação do poder do Estado pelo direito (*rule of law*), com demarcação da esfera pública e privada, e as liberdades civis e econômicas. Neste sentido, direito burguês é sinônimo de direito de bases liberais, suas variações, a menor ou a maior grau, e suas especializações ao longo do desenvolvimento das forças tensionadoras da economia política.

«paz» (não-violência) e como o direito movimenta-se pendularmente entre o rechaço e a recepção da violência da guerra, quando a trabalha em termos da justiça dos fins e da legitimidade dos meios.

Ao fim, argumento, veremos a trajetória oscilante destas fundamentações repousar, de maneira mais definitiva, sobre a «justiça» e sua criteriologia, finalística, aplicada contingencialmente e de maneira a engolir a legitimidade dos meios – ou os meios próprios, realmente –, aglutinando e renovando suas promessas e exasperando, para além daquilo pontificado por Benjamin, a *Gewalt* fundadora e mantenedora da estrutura de poder jurídico-estatal a que comumente chamamos de direito. Ainda quando há a preservação dos meios, seus principais produtos, a certeza e a segurança jurídicas, sucumbem à arguição de justiça e aos limites impostos pela força arquetípica do justo.

## 1.2 *Polemogenesis* da justiça e o conceito-limite do direito

Simone Goyard-Fabre<sup>107</sup>, sobre os movimentos jurídicos no marco do humanismo ilustrado, compara a construção da paz ao trabalho de Sísifo, eternamente rolando uma pedra montanha acima para sempre vê-la rolar montanha abaixo: uma tarefa tão infinita quanto impraticável, mas que deve ser renovada e aprimorada pelo direito, especialmente, segundo ela, pelo direito internacional, ante a sangrenta experiência de guerra entre nações que marca a era moderna.

De fato, esta é uma inquietação própria do pensamento iluminista e de seus produtos culturais, como é o caso do direito burguês, que se movimentam a partir de princípios como o da vontade geral rousseauiana e precisam, a partir disto, lidar com seus próprios paradoxos<sup>108</sup> e compaginar liberdade e autoridade em uma incontradita vida civil - naquele então, foi também crucial diferenciar a violência legítima, que

---

<sup>107</sup> GOYARD-FABRE, S. *La construction de la paix ou le travail de Sisyphé*. Paris: Vrin, 1994, p. 09.

<sup>108</sup> “A fim de que o pacto social não venha a constituir, pois, um formulário vazio, compreende ele tacitamente esse compromisso, o único que pode dar força aos outros: aquele que se recusar a obedecer a vontade geral a isso será estrangido por todo corpo - que significa apenas que será forçado a ser livre.” (ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. Trad. Antonio de Padua Danesi. 3ª ed. São Paulo: São Paulo, 1999, p. 25.)

rolava cabeças reais guilhotina abaixo, da violência selvagem, resultado da degradação das virtudes e da preterição do pensamento racional.

Rousseau, aliás, insurge-se contra o próprio estado de guerra hobbesiano, anterior mesmo ao direito à guerra e ao Estado das leis, ao qual chamou de “sistema horrível”<sup>109</sup>, bem como contra a doutrina *jus ad bellum* e *jus in bello* (direito à guerra e na guerra), nos moldes de Hugo Grotius<sup>110</sup>, a quem acusa de ser “uma criança de má-fé”<sup>111</sup> – para, no final, sentenciá-los, Hobbes e Grotius, ao mesmo barbarismo teórico<sup>112</sup>.

Isto, contudo, não significa a negação do direito à guerra em Rousseau – ou para os humanistas ilustrados, aliás. Mais bem, é uma preocupação bastante pertinente num contexto em que, mesmo rechaçando o modelo absolutista, ele ainda vê com cautela a ascensão de uma burguesia sujeitocentrada e com ideação proprietária, que deve ser educada a não usar a força da lei (*force de loi*<sup>113</sup>) como um instrumento fratricida e de cobiça, na guerra ou em vistas dela, o que resultaria no “odioso retrato”<sup>114</sup> esboçado por Hobbes, de uma sociedade destruída e espoliada.

Desde a aurora deste sistema normativo baseado na individuação do sujeito de direitos, cuja pedra de toque é a guarda da propriedade privada e cuja autoridade é

---

<sup>109</sup> “Let us briefly contrast these ideas with Hobbes’s horrible system, and we will find that, altogether contrary to this absurd doctrine, the state of war, far from being natural to man, war is born of peace or at least of the precautions men have taken to secure a lasting peace.” (ROUSSEAU, J. J. *Principles of the right of war*, in: **The social contract and other later political writings**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 167)

<sup>110</sup> GROTIUS, H. **O direito da guerra e da paz**, 1625. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/hugo-grotius-o-direito-da-guerra-e-da-paz-1625.html>>

<sup>111</sup> “Le droit politique est encore à naître, et il est à présumer qu’il ne naîtra jamais. Grotius, le maître de tous nos savants en cette partie, n’est qu’un enfant, et, qui pis est, un enfant de mauvaise foi.” ROUSSEAU, J. J. **Emile ou de l’éducation**, 1762. Livre III, p. 837. Disponível em <[http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/old2/file/rousseau\\_emile.pdf](http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/old2/file/rousseau_emile.pdf)>.

<sup>112</sup> “Hobbes confia em sofismas e Grotius em poetas; tudo o mais lhes é comum” (“Hobbes s’appuie sur des sophismes, et Grotius sur des poètes; tout le reste leur est commun.” Idem, *Ibid.*, s/n)

<sup>113</sup> Agamben, depois de Derrida, usou esse termo, presente há muito na história do direito como, por exemplo, em *De Legibus*, de Cícero (I, 3), para ressaltar tanto a obrigatoriedade da lei em relação ao seu cumprimento, quanto a intangibilidade da lei em relação a outros atos normativos, inclusive do soberano, a partir da modernidade, i.e., a força da lei em relação hierárquica a outras coisas que podem funcionar como leis mas não as são em sentido estrito, de uma norma emanada por um processo legislativo. Mas também significa uma separação entre “lei” e “força de lei”, entre a lei estar em vigor e ela ser efetivamente aplicada. Desta forma, num estado de exceção, há, ao mesmo tempo, uma lei sem força de lei e uma força de lei sem lei. (AGAMBEN, G. **Estado de exceção**, Tradução de Iraci d. Poletti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 58-61.)

<sup>114</sup> ROUSSEAU, J. J. *Principles of the right of war*, in: **The social contract and other later political writings**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018., p. 169.

exercida em monopólio pelo Estado, subsiste esta intrincada tarefa, normalmente encampada pela filosofia jurídica, de explicar como a passagem do estado natural (esteja ele assentado na cólera ou na docilidade) para o Estado legal ainda resulta em um Estado violento. Não há dúvidas de que a promessa de paz, por vezes referida como o “uso racional da força”<sup>115</sup>, funda o sistema e concorre para a fixação de sua legitimidade, mas não suprime a presença de violências (não somente a da guerra) mesmo quando estamos tratando de um Estado social de instituições políticas funcionais – e esta não é realidade inscrita em predicados teóricos: a violência da promessa nos toma de assalto e escancara essa contradição vital do Estado de direito simplesmente se fechamos os livros, saímos da sala de aula e olhamos ao redor<sup>116</sup>.

Desta maneira, a «exceção racional da violência» estará em cientistas políticos como Rousseau, para quem a guerra insere-se (e é necessária) numa sociedade de direito desde que produzida com “sangue frio e razão”<sup>117</sup>, travada na iminência de assegurar a própria existência em face da existência do inimigo, um princípio de natureza; em economistas como Smith, para quem a guerra pilha riquezas dos

---

<sup>115</sup> Boa parte dos filósofos da Modernidade clássica recorrerá, finalmente, à dúvida metodológica cartesiana para resolver paradoxos de suas teorias. De fato, durante todo o curso histórico da modernidade, as principais tradições filosóficas foram influenciadas (seja por atração ou repelência) pelo germen do racionalismo ocidental, pelo que, de uma ou de outra maneira, a filosofia do direito também estará, a partir de ali, buscando estabelecer standards de racionalidade, fortemente atrelados aos seus momentos históricos, para a resolução de antinomias nos sistemas jurídicos tributários da tradição do liberalismo ilustrado.

<sup>116</sup> “Eu abro os livros de direito e de ética; eu ouço professores e juristas; e, com minha mente cheia de suas doutrinas sedutoras, admiro a paz e a justiça estabelecidas pela ordem civil; abençoo a sabedoria de nossas instituições políticas e, sabendo-me cidadão, deixo de lamentar que sou homem. Plenamente instruído de meus deveres e de minha felicidade, fecho o livro, saio da sala de aula e olho em volta de mim. Eu vejo nações miseráveis, gemendo sob um jugo de ferro. Eu vejo a humanidade esmagada por um punhado de opressores, vejo uma multidão faminta, desgastada pelos sofrimentos e pela fome, enquanto os ricos bebem o sangue e as lágrimas de suas vítimas à vontade. Eu vejo de todos os lados os fortes armados com os terríveis poderes da Lei contra os fracos. E tudo isso é feito em silêncio e sem resistência. É a paz de Ulisses e seus companheiros, aprisionados na caverna do Ciclope e esperando sua vez de ser devorados. Devemos gemer e calar. Desenhemos um véu sobre visões tão terríveis. Eu levanto meus olhos e olho para o horizonte. Eu vejo o fogo e a chama, os campos devastados, as cidades saqueadas. Monstros! Para onde estão arrastando os infelizes desgraçados? Eu ouço um barulho horrível. Quanto tumulto e quantos gritos! Eu me aproximo; diante de mim está uma cena de morte, dez mil trucidados, corpos amontoados, homens agonizando, pisoteados pelos cavalos, de todos os lados a imagem da morte e da agonia da morte. E esse é o fruto de suas instituições pacíficas!” (ROUSSEAU, J. J. Principles of the right of war, in: **The social contract and other later political writings**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 166) - tradução livre.

<sup>117</sup> Ibid., p. 169. Aqui há um embate direto com o que, mais de um século depois, seria defendido por Schmitt em sua Teologia Política, o que rendeu a atenção da Ciência Política, a exemplo do esforço de Helena Rosenblatt (ROSENBLATT, H. **Thinking with Rousseau: From Machiavelli to Schmitt**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

trabalhadores produtivos (aqueles cuja produção pode comprar ou obter a mesma quantidade de trabalho) para sustentar trabalhadores improdutivos, como soldados e marinheiros<sup>118</sup>, mas ainda assim devem haver soldados e marinheiros, pois nada adiantaria a produção de riquezas nacionais se despojadas pelas demais nações conquistadoras; e como, inclusive, posteriormente, em Kant, que parte de uma teoria do conhecimento autônoma<sup>119</sup> e, portanto, de uma racionalidade francamente crítica à cartesiana, para quem a razão nos impede de abraçar a guerra, mesmo que ela tenha em si algo de sublime<sup>120</sup>, já que o curso da natureza, essa grande artista, favorece prosperar a concórdia pela discórdia<sup>121</sup>.

Ainda neste momento, fincados no primado do Estado moderno e da influência cartesiana sobre o pensamento científico – influência esta, que vai orientando tanto seus seguidores quanto seus refutadores – vemos o ensejo de uma tradição filosófica a qual irá, recorrentemente, cobrar uma resposta racional ao problema da violência, ao mesmo tempo que admite que o Estado das leis ou a transcendência na intenção teórica do fim moral, por si só, não extinguem as manifestações de violência e em geral. Será a busca à superação do solipsismo da razão ilustrada, o positivismo propalado no pensamento científico e o predomínio do [liberalismo] econômico sobre o político, que irá deslocar, notadamente a partir do século XIX, o modelo principiológico-racional em direção ao conceito de legitimidade formal normativa, essencial para a consecução do “império das leis”<sup>122</sup>.

Esta gênese garante, portanto, a violência do poder justificada não mais na *recta ratio*, mas na «forma» da lei, no cálculo continente ante um sistema cerrado, guiando àquilo que a História passa a chamar de Estado de direito (*Rechtsstaat*). Notemos que,

---

<sup>118</sup> SMITH, A. **A riqueza das nações**. Coleção Os Economistas, v. I. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 334.

<sup>119</sup> “Onde iria, pois, a própria experiência buscar a certeza, se todas as regras, segundo as quais progride, fossem continuamente empíricas e, conseqüentemente, contingentes?” (KANT, I. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1991, p. 46.)

<sup>120</sup> KANT, I. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valério Rohden e António Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 109 (§ 108).

<sup>121</sup> KANT, I. **À paz perpétua**. Marco Antônio de A. Zingaro (trad.). Porto Alegre: L&PM Editores, 1989p. 46 (§361).

<sup>122</sup> cf. MOHL, Robert Von. **Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates**, 1871. Disponível em

<<https://ia800902.us.archive.org/19/items/diepolizeiwisse03mohlgoog/diepolizeiwisse03mohlgoog.pdf>>

a partir deste então, a lógica de justificação da violência estatal é apriorística e não se aferra sequer a conceitos inaugurais da modernidade, tais como vontade geral ou razões de Estado; desta maneira, uma vez que todo Estado de direito é, por conceito, um marco histórico de irrupção contra o autoritarismo e o absolutismo, torna-se um dado prévio que o poder do *Rechtsstaat* não é nem autoritário nem absoluto, porquanto qualquer questionamento sobre sua *Gewalt* é recepcionado como uma crítica formal, nunca de conteúdo.

Em todos estes casos, sob o véu da legitimidade, as instituições e o conjunto legal sobre o qual elas repousam seguem prescrevendo não mais a extinção da violência, senão a expurgação da violência errática, não estatal e, portanto, não legítima. Contudo, o acúmulo histórico de evidências em desfavor da promessa dessa “paz estatal” e a conspícua violência que vai carregada no percurso, à espera de seu cumprimento, acabam por manter o interesse filosófico em algum sistema de justificação que tenha valor explicativo mais relevante do que a simples remissão circular ao formalismo jurídico<sup>123</sup>. A partir desse empuxo, o direito tende a deslocar o paradoxo ontológico para o campo lógico-argumentativo, num movimento pendular entre rechaçar e admitir a coexistência entre direito e violência.

Assim, o poder exercido pelo *Rechtsstaat* intenta, primeiro, resolver o paradoxo da violência a partir da negação da convivência síncrona entre estas duas esferas de exercício do poder, recorrendo à exceção<sup>124</sup> – veja-se que o Estado de direito, estado das leis, não significa um Estado subsumido a «qualquer» direito, qualquer lei: ademais de ser um sistema organizado de maneira a conter-se a si próprio através da desconcentração e do legalismo, é identificado a partir de parâmetros civis com pretensão de universalidade, o que inibe que, por exemplo, a mera identidade formal justifique, *per se*, a subsistência no tempo de norma ou aplicação de medida flagrantemente violadora destes standards fundamentais, i.e., mesmo a legitimidade

---

<sup>123</sup> Ou seja, de que as violências da lei podem ser suficientemente explicadas/justificadas pela validade formal da lei na sua respectiva moldura-ordenamento.

<sup>124</sup> Furto-me em historiografar o conceito, já que a literatura no assunto é suficientemente vasta. Para aprofundamento no tema, refira-se, por exemplo, ao próprio Agamben, em sua “breve história do estado de exceção” (AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 24).

formal tem seus limites e esta conformação é geralmente uma tarefa constitucional, intramuros, ou diplomática<sup>125</sup>, transnacional.

Vamos recordar que, na tradição alemã<sup>126</sup>, Carl Schmitt recoloca a figura do soberano (*Souverän*<sup>127</sup>) no âmbito do Estado de direito, devolvendo à teoria jurídica um problema que parecia ter ficado no passado absolutista das monarquias e Estados totalitários: a concepção de que o direito e as leis, cerrados, não são suficientes para antever, conter e resolver toda sorte de antinomias, contradições ou inconsistências do sistema, geralmente dadas a partir de problemas «excepcionais», do tipo que dificilmente o legislador poderia enumerar exaustivamente, e que não podem simplesmente ser relegadas à sociologia<sup>128</sup>, como se esta fosse uma instância desatada da instância jurídica, senão que, mais bem, levam a problemática ao nível que, para Schmitt, é a ontologia jurídica mesma, i.e., a «decisão».

---

<sup>125</sup> Benjamin considera a arbitragem em sentido amplo que se faz entre os países para prevenir o uso da violência da guerra (que aqui chamarei de diplomacia) uma categoria mais afeita à vida pura e a resolução de conflitos sem violência que acontece nos meios puros. (BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 71)

<sup>126</sup> Muito embora a tradição francesa, mais afim ao direito liberal, representada especialmente por Saint-Bonnet, e a tradição alemã, crítica do liberalismo, carreada por Schmitt, possam ser consideradas contemporâneas, é certamente o conceito schmittiano de soberano que mais terá impacto na teoria jurídica dos últimos dois séculos e é a partir dele que utilizarei o estado de exceção [*Ausnahmezustand*] como chave de leitura para o raciocínio que apresento nesta seção. (cf. SAINT-BONNET, Francois. **L'Etat d'exception**. Collection Léviathan. Paris: Presses Universitaires de France, 2011. SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Conde, Francisco Javier; Pérez, Jorge Navarro [trad.]. Madrid: Trotta, 2009.)

<sup>127</sup> Sua origem francesa, *souverain*, já denota a origem política, antes que jurídica, do termo. Etimologicamente, “soberano” e suas variações linguísticas provêm do radical latino *super*, que dá origem também a termos como “soberbo” (*super+probus*), aquele de moral elevada, virtuoso, superior em qualidades, e como “soprano”, aquela(e) que tem o mais alto registro tonal (voz ou instrumento), que se sobrepõe a toda a orquestra.

<sup>128</sup> “Afirmar que o excepcional não tem importância jurídica e que é próprio da «sociologia», seria tanto como dar por suficiente a esquemática disjunção entre sociologia e teoria do direito. [...] Toda norma geral requer que as relações vitais às quais deve ser aplicada efetivamente e que devem estar submetidas a sua regulação normativa tenham configuração normal.” (“Afirmar que lo excepcional no tiene importancia jurídica y que es propio de la «sociología», sería tanto como dar por buena la esquemática disyunción de la sociología y la teoría del derecho. [...] Toda norma general requiere que las relaciones vitales a las cuales ha de ser aplicada efectivamente y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, tengan configuración normal.”) – Tradução livre. (SCHMITT, op. cit., p. 18).



Com isso, alega Schmitt<sup>129</sup>, o estado de exceção é a própria definição jurídica de soberania, forçosamente inserida por uma razão sistemática, lógico-jurídica, que acaba tendo como consequência a afirmação de que a decisão – que seja verdadeiramente suprema e originária – não deriva necessariamente da lei, mas, mantendo ainda seu caráter jurídico (força e autoridade), independiza-se do conteúdo da norma, cuja generalidade não é capaz de conter os conflitos do extremo, para encontrar guarida no poder soberano, o único forte o suficiente para conservar o Estado (de direito), ao mesmo tempo que não se deixa limitar por ele.

Parece ser consenso<sup>130</sup> que a decisão, assim como atestava seu ideólogo alemão, é da esfera do político<sup>131</sup> por força da gênese política da figura do soberano, mas também porque é no político que a decisão encontra seu conteúdo, é na excepcionalidade da suspensão do direito que a decisão encontra-se com o factual. Não é tão comungada, por outro lado, a ideia de que o estado de exceção é da esfera do jurídico. Para Schmitt, é certo, a decisão soberana ocorre quando não há, ou não é possível haver a decisão uniformemente jurídica, sem que isso gere um ambiente de contradição ou tensão entre político e jurídico, afinal de contas, a excepcionalidade do

---

<sup>129</sup> SCHMITT, Carl. **Teología política**. Conde, Francisco Javier; Pérez, Jorge Navarro [trad.]. Madrid: Trotta, 2009, p. 13. Veja-se, também, p. 14: “Existem varias exposições históricas sobre o desenvolvimento do conceito de soberania. Mas todas se limitam a colecionar as últimas fórmulas abstratas, colhendo nelas, como em um manual, as definições de soberania. Ninguém parece haver se incomodado em investigar a fundo, nos autores mais famosos do conceito de soberania, o sentido dessa fórmula oca e desgastada do poder supremo. Claramente se vê já em Bodin que o conceito se orienta em direção ao caso crítico, quer dizer, excepcional. Mais que sua definição de soberania, tão frequentemente citada (‘la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République’ [a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república]), é de se destacar sua doutrina sobre as ‘Vraies remarques de souveraineté’ (cap. X do livro I da República) como o começo da teoria moderna do Estado.” – Tradução Livre. (“Existen varias exposiciones históricas sobre el desenvolvimiento del concepto de la soberanía. Pero todas se limitan a coleccionar las últimas formulas abstractas, recogiendo en ellas, como en un manual, las definiciones de la soberanía. Nadie parece haberse tomado la molestia de investigar a fondo en los autores más famosos del concepto de la soberanía el sentido de esa fórmula hueca y manida del poder supremo. Claramente se ve ya en Bodino que el concepto se orienta hacia el caso crítico, es decir, excepcional. Más que su definición de la soberanía, tan frecuentemente citada [«la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République» {la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república}], es de señalar su doctrina sobre las «Vraies remarques de souveraineté» [cap. X del libro I de la República] como el comienzo de la moderna teoría del Estado.” cf: BODIN, J. **On sovereignty: four chapters from six books of the commonwealth**. Julian H. Franklin (trad). Cambridge texts in the history of political thought. New York: Cambridge University Press, 2010.

<sup>130</sup> Ou, ao menos, da esfera jurídico-factual. (cf. MATOS, A. S. M. C. ΝΟΜΟΣ ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΟΡ? Apocalipse, exceção, violência. In: **Estado de exceção & biopolítica**. Série História, Poder e Liberdade, Vol. 2. Belo Horizonte: Initia Via Editora, 2012.)

<sup>131</sup> “O conceito de Estado pressupõe o conceito de Político” (SCHMITT, op. cit., p. 19) - tradução livre.

ambiente inviabiliza o jurídico (na sua dependência de normalidade) e a decisão soberana presta-se a recuperar o equilíbrio institucional e preservar a própria ordem jurídica<sup>132</sup>, assim como a política.

Não obstante a inexistência de uma teoria do estado de exceção no direito público<sup>133</sup>, também parece temerário relegar este fenômeno ao domínio exclusivo do fato político, à contingência do concreto, já que, como pondera Agamben, “a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão”<sup>134</sup>, o que poderia ser, no limite, uma mutação do jurídico para reivindicar para si tanto *bios* quanto *zoé*<sup>135</sup>. Neste sentido, estar em um estado de não-direito, em um vácuo de autoridade e legitimidade formal, não é mais direito, no sentido ordinário, mas ainda é o exercício de um poder coercitivo operando categorias jurídicas envolvidas no âmbito da decisão soberana, tais como a legiferância e a jurisdição. Ao fim e ao cabo, o estado de exceção encontra-se em um certo tipo de zona de indistinção<sup>136</sup> e a nebulosidade da definição de sua natureza (*natura daedala rerum*<sup>137</sup>) parece ser determinante para o sucesso do dispositivo.

---

<sup>132</sup> O que é, exatamente, aquela violência que mantém o direito, na acepção de Benjamin, a *Gewalt* de autopreservação do poder [jurídico] como um todo, que no contexto benjaminiano e schmittiano (e atual), significa também a preservação do poder político – para Benjamin, porque todo direito é a instituição de um poder político vitorioso, e para Schmitt, porque o poder soberano é da esfera do direito político.

<sup>133</sup> Esta é uma afirmação de Agamben (AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 11), da qual utiliza-se para dar início ao seu argumento de que o estado de exceção é um paradigma de governo, não uma exceção de ultimação da contingência. É também compartilhada, em contexto próprio, por Schmitt (SCHMITT, Carl. **Teología política**. Conde, Francisco Javier; Pérez, Jorge Navarro (trad.). Madrid: Trotta, 2009, p. 19), o qual afirma que “A atual teoria do Estado nos oferece o interessante espetáculo das duas tendências frente a frente, o descuido racionalista e o interesse pelo caso de necessidade, nascido, este último, de ideias essencialmente contrárias. Compreende-se que um neokantiano como Kelsen não consiga incorporar o estado excepcional em seu sistema.” – Tradução Livre (“La actual teoría del Estado nos ofrece el interesante espectáculo de las dos tendencias frente a frente, el descuido racionalista y el interés por el caso de necesidad, nacido este último de ideas esencialmente contrarias. Se comprende que un neokantiano como Kelsen no acierte a dar cabida en su sistema al estado excepcional”).

<sup>134</sup> AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Iraci D. Poleti (trad.). São Paulo: Boitempo, 2004, p. 11.

<sup>135</sup> Será o entrelaçamento entre *bios* e *zoé* (e também a passagem para o *politikòn zôon*) o ponto de partida para a biopolítica de Agamben. (cf. AGAMBEN, G. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.).

<sup>136</sup> Conceito agambeniano o qual relaciona-se, aqui, com a diferenciação funcional, de Luhmann. Esta aproximação será exposta nos próximos capítulos.(cf. AGAMBEN, G. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. LUHMANN, N. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.)

<sup>137</sup> A natureza complexa das coisas, como elaborava Kant ao referir-se à faculdade de julgar.

Tomando a contemporaneidade como campo de análise, é possível perceber certo padrão constitucional do *civil law*, orientado de modo que, mesmo quando o ordenamento jurídico recepciona a lógica do mecanismo do estado de exceção, este o faz a partir de figuras como, por exemplo, o estado de sítio e estado de defesa<sup>138</sup>, num intento de aplicar a subsunção e retirar da decisão soberana o seu caráter contingente, político. A biopolítica agambeniana eclode exatamente desta pulsão do *Rechtsstaat* pela *Gewalt* que parecia, ao menos para os positivistas, definitivamente domada pela moldura<sup>139</sup> técnico-formal do direito liberal, tão devedora do neokantismo kelseniano.

É a estrutura autopoietica e subsuntiva da norma regulamentadora na diligência de trazer de volta a sua ontologia para a legitimidade dos meios, pois que a decisão soberana seria da esfera da justiça dos fins, já que sua autoridade, a essência da autoridade do Estado, demonstra que para criar direito não é necessário ter

---

<sup>138</sup> Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o estado de defesa e de sítio são previstos nos artigos 136 e 137, respectivamente. Outra previsão comumente associada ao estado de exceção é a figura da intervenção (federal ou estadual) entre os entes federativos, dada a partir do artigo 34, da CRFB. Há outros institutos, argui-se, equiparáveis ao estado de exceção francês e alemão, como o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem (Lei Complementar nº 97/99) e a súmula vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, criada pela Emenda Constitucional nº 45 e regulamentada pela Lei nº 11.417/2006. Não interessa, para fins exclusivos desta investigação, o rol exaustivo destas medidas nem seu percurso histórico (para tal, referir-se a SERRANO, P. E. A. P. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016), mas a práxis decorrente delas e a análise de correspondência com a gênese schmittiana que, aqui, investigamos. Tais efeitos concretos, ou biopolíticos, não serão enfrentados nesta tese.

<sup>139</sup> “Compreende-se que um neokantiano como Kelsen não consiga incorporar o estado de exceção em seu sistema. Mas os racionalistas não deveriam perder de vista que a mesma ordem jurídica pode prever o caso excepcional e ‘suspender a si mesma’” (“Se comprende que un neokantiano como Kelsen no acierte a dar cabida en su sistema al estado excepcional. Pero los racionalistas no deberían perder de vista que el mismo orden jurídico puede prever el caso excepcional y «suspenderse a sí mismo»”). (SCHMITT, Carl. **Teología política**. Conde, Francisco Javier; Pérez, Jorge Navarro [trad.]. Madrid: Trotta, 2009, p. 19) – Tradução livre. Schmitt refere-se a posições de Kelsen tal qual esta: “O mesmo vale dizer – mutatis mutandis – relativamente à preferência do primado da ordem jurídica internacional. Este não é mais desfavorável ao ideal da soberania (o mais possível) ilimitada, no sentido de liberdade de ação do Estado, do que o primado da ordem jurídica do Estado singular; mas parece justificar, melhor que o primado da ordem jurídica estadual, uma substancial limitação da liberdade de ação do Estado Também isto é um sofisma; mas também este sofisma desempenha, de fato, um papel decisivo dentro da ideologia política do pacifismo. A Teoria Pura do Direito, ao desmascarar estes sofismas, ao retirar-lhes a aparência de demonstrações lógicas quem, como tais, seriam irrefutáveis, e ao reduzi-los a argumentos políticos aos quais se pode obviar com contra-argumentos da mesma espécie, desimpede o caminho para o livre desenvolvimento de um ou outro destes pontos de vista políticos, sem postular ou justificar qualquer deles. Como teoria, ela fica perante eles completamente indiferente.” (KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Joao Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 386)

direito<sup>140</sup> e sua existência não poderia representar mais a justiça dos fins sem meios, conquanto surge da extrema e definitiva ordem de preservação do interesse público, da segurança, de preservação do próprio Estado e do próprio direito.

Ora, se não há que se falar em legitimidade dos meios porque o estado de exceção prescinde de quaisquer meios e funda-se exclusivamente na justiça dos fins, temos, então, algumas consequências notáveis: (1) que está ausente a condição elementar de toda ordem jurídica, i.e., a dos meios<sup>141</sup>; (2) que a *Gewalt* fundadora apenas é possível como crítica ao direito se pudermos observá-la em um sistema de meios<sup>142</sup>, já que os fins de toda ordem jurídica, dados pela norma fundamental, serão tidos como presumidamente justos [*de iure*] e nenhuma ordem jurídica incluiria, como princípio, fins sabidamente injustos; (3) que, ao retirar dos meios jurídicos a responsabilidade pela justificação da decisão soberana, o estado de exceção assente que fins justos podem ser alcançados por meios injustos, sem que isso – e isso é basilar – interfira de qualquer modo na ontologia jurídica e, portanto, na sua promessa fundante.

Significa dizer, então, que o estado de exceção e a [violência da] decisão são elementos ligadores de sentido entre lei e contingência e serão importantes para a análise que travarei, mais adiante, sobre outro campo da decisão, a do juízo jurídico e da violência da autoridade, contudo, não nos serve como instrumento de crítica à *Gewalt* originária, fundadora do direito, pelo que, no campo lógico-argumentativo, o giro ao rechaço da contiguidade entre direito e violência prejudica a crítica ao paradoxo ontológico e, portanto, não é significativo para analisar a violência dos meios legais.

Por óbvio, esta é uma separação meramente aparente, que só afasta o processo crítico ante a legitimidade que vem dos meios legais sem tocar nem na legitimidade

---

<sup>140</sup> “O caso excepcional faz transparecer da maneira mais luminosa a essência da autoridade do Estado. Vemos que em tal caso a decisão se separa da norma jurídica e, se nos é permitido o paradoxo, a autoridade demonstra que para criar direito não é necessário ter direito.” (“El caso excepcional transparente de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho.”) – Tradução livre. (SCHMITT, Carl. **Teología política**. Conde, Francisco Javier; Pérez, Jorge Navarro [trad.]. Madrid: Trotta, 2009, p. 18).

<sup>141</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012., p. 46.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 46.

mesma nem na estrutura formal dos meios, uma maquiagem argumentativa<sup>143</sup> elusiva de uma violência que, mesmo excepcional, será apanhada e instrumentalizada pela *Gewalt*. Todavia, esta oposição deverá ser construída em campo próprio, o qual, irei argumentar, é aquele em que se confrontam «decisão com decisão», i.e., aquele da ordem do juízo, da *praxis*, axiologicamente contingente, do poder de dar a alguém o que lhe é direito, e que será recobrado adiante.

Continuando a investigação sobre o exercício do poder a partir do *Rechtsstaat*, gostaria de tratar de outra tentativa de deslocamento do paradoxo ontológico para o campo lógico-argumentativo, a qual ocorre através da recepção da violência em coexistência com o Estado de direito.

Em condições de normalidade (em oposição à atipicidade, à prevalência do material sobre o formal, da vida sobre a norma, da exceção sobre do legal), o Estado de direito continua sendo um sistema de meios – e é a legitimidade destes meios que garante a justeza dos fins; mais importante, a legitimidade dos meios garante, *de iure*, a justeza da violência que o *Rechtsstaat*, com assento no direito positivo, há de empregar para a consecução de seus fins.

De aí que o sentido da distinção entre violência legítima ou não legítima dá-se pela «sanção»<sup>144</sup>, que pode ser explicada, nesse contexto, como a previsão legal através da descrição jurídica (norma), cujo sentido prático estende-se até o limite de sua “moldura” de aplicação, que Kelsen<sup>145</sup> irá definir como o quadro que representa o direito em tudo que lhe pode ser cognoscível, interpretável e, portanto, passível de «decisão». Dar sanção à lei é materializá-la a partir da decisão de um órgão aplicador do direito.

---

<sup>143</sup> Veja-se que a decisão do estado de exceção não abre mão da força nem da violência, apenas desloca sua gênese da decisão legislativa (técnico-jurídica) para a soberana (política), sem que isto lhe remova o caráter jurisdicional.

<sup>144</sup> Ressalte-se que Benjamin, ao discernir entre a violência sancionada e não sancionada, não o faz com vistas a uma crítica ao formalismo jurídico ou, de maneira mais abrangente, ao positivismo. A crítica benjaminiana recai sobre todo direito e, ao mesmo tempo, é externa a este. Não há mediações: a crítica alcança o fundamento, a ontologia do sistema e sua consecução não pode ter outro fim senão a destruição do direito (natural ou positivo). Já o meu intento, nesta investigação, é oferecer uma crítica interna, do direito a partir da filosofia jurídica, com bases na crítica do direito benjaminiana a partir da filosofia da História.

<sup>145</sup> KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 390.

O direito positivo, corolário jurídico do *Rechtsstaat*, é um sistema geral e abstrato que colma ordens de conduta humana, as quais compartilham a mesma matriz de validade, uma norma fundamental (*Grundnorm*)<sup>146</sup>, com o fim precípua de imprimir coação à comunidade de jurisdicionados em favor do respeito aos valores encravados nas suas espécies normativas. O ato coativo, então, é considerado a sanção aplicada a qualquer destinatário da norma que a tenha desobedecido ou dela feito uso vil, o que implica dizer que a violência, incluída aqui a força física, é o núcleo de toda sanção jurídica e a «violência sancionada» é a força motriz legítima que sustenta a ordem.

Conquanto este sistema normativo é meramente descritivo, não é possível falar em violência das leis em abstrato, já que, muito embora todo direito seja, por natureza, uma ordem coativa<sup>147</sup>, a sanção só será veículo para violência na antijuridicidade, i.e., quando de um ato que o viole em qualquer instância enseje a «decisão» prescritiva da coação<sup>148</sup>. Toda violência sancionada é aquela que deriva de uma «reação» à antijuridicidade e não há violência positivada na forma de «ação» inaugural. Esta é a armadura formal que o direito positivo impõe à estrutura do sistema para acautelar-se contra inconsistências entre norma e valor, como também para manter-se livre da contingência.

Contudo, esta pureza cobra-lhe um preço, a que Kelsen elege<sup>149</sup> para preannunciar a sua teoria: o direito positivo é uma ordem que se presta a descrever seu próprio objeto, não oferece quaisquer informações outras senão sobre o que o direito é – nem como deve ser, nem mesmo a partir de que matéria deve ser feito –, circunscrevendo-se apenas à tarefa escrutinadora do conhecimento jurídico, deixando dentro da moldura aquilo que é objeto da ordem legal e pode, com isso, ser positivado, e tratando de excluir elementos estranhos ao seu objeto, tais como aqueles provenientes de disciplinas como a ética, a política ou a sociologia. Não que estas não sejam disciplinas conexas à ciência do direito, mas só poderão ser consideradas, talvez, no momento da

---

<sup>146</sup> O marco é, então, kelseniano.

<sup>147</sup> KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 35.

<sup>148</sup> Não é possível aduzir disto, ingenuamente, que haverá alguma realidade possível na qual o direito nunca precisará exercer sua violência sancionada, já que o antijurídico não é negação, mas pressuposto do direito. (Ibid., p. 124)

<sup>149</sup> Ibid., p. 01.

interpretação das normas, pelo aplicador que siga este princípio metodológico fundamental.

Isto só é possível – e esta é a consequência capital do juspositivismo no âmbito do *Rechtsstaat* –, porque a norma fundamental do direito “[...]apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o «conteúdo» de validade das normas sobre ela fundadas”<sup>150</sup>. Assim, direito positivo é um sistema de formas e métodos, não de conteúdos e juízos de valor, e sua validade é um processo silogístico entre a norma fundamental, de validade objetiva, e as demais normas abaixo escalonadas. Como o conteúdo da *Grundnorm* não é imediatamente evidente, i.e., depende de um ato de vontade<sup>151</sup>, as demais normas no interior da moldura também derivarão seu sentido de um ato de vontade, tarefa precípua do juiz, a quem compete interpretar e aplicar as leis e exarar a «decisão» sobre seu conteúdo.

Em razão do empenho por erradicar (sem sucesso) qualquer critério de apelo transcendente da esfera jurídica, o direito posto abre mão, também, de predeterminar seu conteúdo, deixando à interpretação dos seus órgãos pretoriais os dois aspectos mais relevantes de um sistema coativo: a significação e a aplicação, que, juntas, formam o poder sancionador do direito, a decisão, que, ao mesmo tempo, carrega a *Gewalt* fundadora, quando esta decisão for um ato originário de produção normativa, e a *Gewalt* mantenedora desta ordem, quando considera que o ato de vontade do julgador, i.e., o ato de interpretar a norma, confere-lhe legitimidade para definir até mesmo o conceito material de justiça, o qual, sem a metafísica do direito natural, sem as razões de Estado do soberano e sem conteúdo positivo, resta puramente imprevisível.

A própria ordem jurídica, então, parece conferir ao juiz um colchão argumentativo legítimo (de acordo com o método fundamental) eludido sob o caráter silogístico da decisão. Se o direito natural opera dando aspecto dedutivo a dogmas metafísicos, o direito positivo passa a operar dando aspecto dedutivo àquilo que é do campo da argumentação. Na busca por um realismo disruptivo do racionalismo e da

<sup>150</sup> KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, p 219. (grifei)

<sup>151</sup> “O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é - como se mostrará - insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade.” (Ibid., p. 218)

teologia, deposita no seu aplicador um poder normativo autêntico, de criar norma nova, além da arresada operação mental de fixar o próprio conteúdo da norma.

Caso resolvêssemos analisar esta hipótese a partir de uma teoria da argumentação, poderíamos enquadrá-la naquilo que Perelman<sup>152</sup> irá chamar de um argumento quase-lógico: dado um *topos* qualquer, neste caso, um ideário de justiça, pode-se inferir algo, dando a este raciocínio a aparência de dedução, quando, ao contrário, trata-se de uma argumentação, tendo em vista que o ponto de partida é negociado ou pressuposto – neste caso, o relativismo axiológico que “libera” o juiz ao ato de vontade de dizer a justiça ao caso concreto e força qualquer apreciação sobre sua validade ao limite da inconclusão, da indecidibilidade. A justiça, enquanto enunciado jurídico, é, ao mesmo tempo, limite de todo direito e por este torna-se ilimitável.

Se para Kelsen, como sustenta Warat<sup>153</sup>, o direito natural é “uma *doxa* produtora de um conjunto de raciocínios que resultam logicamente incontroláveis”, é exatamente nisto que o direito positivo tende a transformar-se quando desarticula de sua epistemologia não só o conteúdo prescritivo do sistema, mas, ainda mais fundamentalmente, um conceito próprio de justiça. Se o direito assentado na positividade, por princípio ontológico, mantém-se “isento de qualquer confusão com um Direito ‘ideal’ ou ‘justo’”<sup>154</sup> e, de antemão, “não fornece, com a norma fundamental [...], qualquer critério para apreciação da justiça ou injustiça [...] e, por isso, também não fornece qualquer justificação ético-política do mesmo”<sup>155</sup>, então, além de ser uma *doxa*, a dogmática jurídica<sup>156</sup> não contém sequer a legitimidade intuitiva que toda *doxa*

---

<sup>152</sup> PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. GALVÃO, M. E. de A. P. (trad.). BRANDÃO, E. (rev.). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 214.

<sup>153</sup> WARAT, L. A. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, p. 61. Sugiro, ainda, a leitura de todas as notas do Capítulo III desta obra, para aprofundamento sobre as várias concepções de justiça.

<sup>154</sup> KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 118.

<sup>155</sup> *Ibid.* p. 244-245.

<sup>156</sup> O termo é utilizado no sentido que predominou durante o século XX, que remete à norma legal válida, ao *dogma*, ao “exercício racional dogmático” do direito (BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. de. **Curso de filosofia do direito**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66), ao paradigma da ciência do direito (v. ZULETA PUCEIRO, Enrique. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1981).



referente ao direito costuma ostentar: o destino final de toda norma, que é alcançar sua justiça<sup>157</sup>.

O direito, neste sentido, é apenas um «operador» de correção, de verificação de validade pelos critérios horizontal (está/não está contido na moldura) e vertical (subsume-se/não se subsume à norma fundamental) e, como todo operador lógico-sistemático, só existe em razão e na medida da sua própria operatividade<sup>158</sup>; aliás, o resultado epistemológico da passagem do que *é* para o que *deve ser* sequer pode oferecer um conhecimento de valor cognitivo ou prático para além daquele sobre sua própria função, então qualquer justificação à crença no direito é posterior e produzida pela própria crença que quer justificar, em mais um episódio de autorreferência. A violência sancionada é aquela que passou pelo crivo da verificabilidade e da validade, mas para que se torne também a «violência justa», precisa ser enunciada por quem tem o «direito a aplicar», pelo que dá sentido através do oferecimento de seu juízo (intelecção e vontade) e da «livre descoberta» do direito.

Entregue ao «assento dos juízes»<sup>159</sup>, a justiça integral, assim como todo o direito, o campo da decisão: se o direito é fundado na violência da decisão política da suspensão da guerra enquanto espólio do poder vitorioso (promessa sobre o ser, ontológica), ele mantém-se por meio da violência da decisão, que lhe fornece conteúdo (promessa sobre o saber, epistemológica) pela vontade judicial e, enfim, materializa

---

<sup>157</sup> Curioso pensar que, em Kelsen, o direito positivo jamais deve ser confundido com um direito “ideal” ou “justo” e qualquer “ideia de justiça” que pretenda desqualificá-lo ou mesmo justificá-lo deve ser rejeitada como ideológica – conquanto o direito é, para ele, cabalmente antiideológico. Entretanto, uma das primeiras edições da *Teoria Pura do Direito* lançadas no Brasil, em português, da editora Martins Fontes e com tradução de João Baptista Machado, achou por bem ilustrar sua capa com a escultura “A Justiça”, fincada no prédio da prefeitura da cidade alemã de Berna. Foi em Berna, também, uma das primeiras, senão a primeira escultura a ilustrar *Iustitia* com uma venda sobre os olhos, feita por Hans Gieng, no século XVI. Estes fatos não provam nada de valor científico, mas inspiram a pensar na resiliência do mito que se recusa a morrer. (cf. HOFER, Paul. **Die Stadt Bern**, *Kunstdenkmäler des Kantons Bern*, 1, Basel: Gesellschaft für Schweizerische Kunstgeschichte/Verlag Birkhäuser, 1952.)

<sup>158</sup> Esta definição está próxima daquilo – e certamente inspira-se naquilo – que Foucault começa a definir e que Agamben interpreta, a partir daquele, como um dispositivo, mas, aqui, preferi usar o termo operador, mais afeito à lógica, já que seu uso é mais contido do que os muitos usos e interpretações que há sobre o dispositivo em Foucault, Deleuze ou mesmo Agamben. cf. FOUCAULT, M. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. DELEUZE, G. **O mistério de Ariana**. Tradução e prefácio de Edmundo Cordeiro. Lisboa: Ed. Vega – Passagens, 1996. AGAMBEN, G. **O que é o contemporâneo? E outros ensaios**. Santa Catarina: Argos, 2009.

<sup>159</sup> Da etimologia da palavra “tribunal”, da qual também denotamos que juízes assentam-se sobre uma plataforma, uma estância elevada em relação aos ouvintes da enunciação, a quem se aplica a decisão.

sua «justa força». Portanto, o correto ambiente discursivo da *Gewalt* no Estado de direito e do direito positivo não é a lei, mas a aplicação da lei pelo Poder Judiciário. Tudo o que restou incumprido não o é, comuta-se em espera por materialização, cujo espaço é místico e o tempo, incerto, de modo que o incumprido, conformado, na norma, cristaliza-se até que o juiz diga a lei e, com isso, enuncie o que e a quem se faz «jus», a justiça.

Do ponto de vista político, abre-se outro campo místico, uma renovação de todas as promessas do direito em uma só, a qual deixa todas as pulsões sociais em suspenso, então, este corpo dissimulado pelas suas representações políticas recebe novo impulso para continuar seguindo um sistema que, «com todo direito», não dá aquilo que lhe parece ser devido e cobra o que não lhe parece sê-lo<sup>160</sup>, porque, se a Lei lhe é estranha e sob ela este corpo será sempre estrangeiro, sob a decisão, o corpo antes homogêneo escapará a dissimulação, ganhará nome, rosto, história e redenção<sup>161</sup> a partir de novas fronteiras; será preenchido e trazido adentro, será inscrito no limite, lhe será feito «jus», o processo chegará a termo, a verdade será revelada e haverá, enfim, justiça.

Do ponto de vista jurídico, a passagem do Estado de polícia (*Obrigkeitsstaat*<sup>162</sup>) para o Estado de direito (*Rechtsstaat*) pouco produz em termos de resolução do paradoxo da violência, senão que transfere sua coerção policialesca para quem opera a *Gewalt* e imprime força [de lei] sem jamais ter de aplicá-la com as próprias mãos.

---

<sup>160</sup> Nos termos da objeção de Montaigne (cf. Cap. 1.1)

<sup>161</sup> No sentido remissivo à categoria do messiânico em Benjamin (BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012., p. 82)

<sup>162</sup> “É na Alemanha que nasceu, com a palavra *Rechtsstaat* - à qual corresponde hoje, em outras línguas, o termo Estado de Direito ... Mesmo que tenha sido demonstrado que vários elementos que formam o entendimento desse conceito pertencem à cultura alemã do início do século XIX para capturar com rigor seu significado original. É, de fato, para contrariar a noção de *Obrigkeitsstaat* que usualmente a traduzem - de uma forma muito aproximada - por ‘Estado da Polícia’, que a ideia de *Rechtsstaat*, traduzida como ‘estado de direito’, avançou.” (“C’est en Allemagne qu’est né, avec le mot, le concept de *Rechtsstaat* - auquel correspondent aujourd’hui, dans d’autres langues, les termes d’État de droit... Même si l’on a pu montrer que divers éléments entrant dans la compréhension de ce concept appartiennent à la culture allemande du début du XIX siècle pour en capter rigoureusement le sens originel. C’est en effet ouïr faire pièce à la notion d’*Obrigkeitsstaat* que l’on traduit usuellement - de manière fort approximative - par ‘État de police’, que l’idée du *Rechtsstaat*, que l’on traduit par ‘état de droit’, a été avancée.”) - Tradução livre. (GOYARD-FABRE, S. **Les principes philosophiques du droit politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, pp. 253-254)

Se *Gewalt* é um artefato do direito e da justiça, a decisão judicial é o único produto humano, (bio)político, que encapsula e efetiva tanto o poder que institui o direito (*schaltende Gewalt*) quanto o poder que mantém suas estruturas de poder (*verwaltete Gewalt*) – algo que, embora não seja negado em Benjamin, tampouco é considerado a imagem convulsionante da violência “fantasmagórica, intangível e onipresente”<sup>163</sup> dos meios exercidos pelo poder da polícia. Talvez por isso mesmo, pela aparência de candura de sua autoridade quando comparada com aquela da autoridade policial, sua *Gewalt* tenha sido dissimulada em tantas análises sobre o direito, pelo menos até o advento do nazifascismo e a profícua produção arendtiana sobre o tema.

Contudo, gostaria de formular este argumento derivativo de meu principal interlocutor, neste capítulo, ao mesmo tempo que me sirvo desta derivação para asseverar outra de suas análises: a de que não há homogeneidade no circuito do poder-como-violência e que, quase um século após sua crítica, durante o qual jamais fomos capazes de barrar o acúmulo incontrolável de escombros a estupeficar o Anjo da História, a violência daquele estado policialesco conseguiu ser suplantada pelas práticas de poder não menos violentas, todavia menos óbvias, de um sistema de justiça impregnado a decisão como promessa de justiça é mesmo esta categoria privilegiada que, com boa dose de crença, conjura *nomos* e *polemos*, conformação e conflito, poder e força, que determina e governa o amigo e o inimigo<sup>164</sup>, que quer produzir concórdia pela discórdia, a paz pela guerra, apresentando-se como autoridade que põe (lei) e dispõe (decisão).

É esta a *polemogenesis* da justiça imbrincada no direito e é somente a partir de seus fundamentos que uma crítica devastadora da decisão é possível, posto que a justiça é conceito-limite do direito e da crítica do direito. Se a justiça, no direito, só pode adquirir significado quando pensada a partir do/se determinada pelo conflito, a *Gewalt* que a acompanha não é exercida pela lei, posto que nela, a justiça permanece indecida e seu conceito, portanto, suspende-se no vazio.

---

<sup>163</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012. p. 69.

<sup>164</sup> SCHMITT, Carl. **The concept of political**. Trad. George Schwab. Chicago: Chicago University Press, 2007, p. 6.

Mais bem, a justiça do direito é sempre uma *praxis* e a *praxis* do direito delimita para si fronteiras que possam alcançá-la. Se o que está em disputa, então, é a decisão e sua autoridade para resolver o paradoxo fundamental de todo direito, fazendo cumprir sua promessa fundadora, precisamos observar a enunciação que ela produz a partir «do que» se enuncia e «de quem» enuncia, isto é, em que lugar, no espectro da violência do direito, está disposto o produto final do direito, resultado das suas experiências jurídicas práticas e, alegadamente, seu conteúdo epistemológico, e que papel joga o proferidor da decisão que se pretende como encerro fundamental da lógica intrínseca de todo sistema de direito positivo.

## 2 DA EXEMPLARIDADE À DERROTABILIDADE



*Murió la Verdad.*

Francisco de Goya y Lucientes – Desastres de la guerra 79, circa 1815.

Pretendo, neste capítulo, investigar a relação entre direito e violência a partir de sua enunciação. No campo da promessa, em que estabeleci os marcos ontológico, epistemológico e sua transposição para uma promessa de justiça, a enunciação da decisão é o momento em que o conceito-limite do direito encontra-se com a autoridade capaz de agir em seu favor, transportando-a da técnica para a decisão, quando será, enfim, efetivada. A materialidade do conteúdo do direito é, finalmente, a prestação da promessa que a *Rechtsgewalt* empenhou aos destinatários de sua violência, i.e., os jurisdicionados.

Enunciar é dizer, falar, dar uma notícia<sup>165</sup> ou emitir opinião, conferindo forma verbal em sentido amplo a um relato ou uma ideia, a um raciocínio ou um sonho<sup>166</sup>. Enunciação, aqui, é a ação daquele que enuncia, daquele que fala, mas também daquele que pode falar, daquele que exerce jurisdição (*ius dicebant*, de que deriva a *iuris dictio*, que significa «dizer o direito»<sup>167</sup>): é a faculdade de quem pode aplicar o direito e dar-lhe, ao mesmo tempo, conteúdo e efetividade, de modo que sua enunciação sentencie uma verdade jurídica e que o sujeito enunciador não seja mero mensageiro<sup>168</sup>, senão que o detentor do poder cujo resultado sua sentença carrega e distribui para o campo material.

Sob a ótica de um direito positivo e seus desdobramentos instrumentais, direito não se interessa por justiça<sup>169</sup> – o direito é o elemento do cálculo e a justiça é

<sup>165</sup> Enunciar vem do latim *enuntiare*, que deriva da palavra *nuntium*, que pode ser traduzido como notícia. *Ne nuntium necare*: não mate o mensageiro.

<sup>166</sup> Utilizo o termo de maneira mais elementar, sem prometer a complexidade das análises discursivas que os enunciados têm para o discurso foucaultiano. (v. FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber**. NEVES, L. F. B (trad.). 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.)

<sup>167</sup> A jurisdição era o “ofício de quem diz o direito” - *officium* [de quem] *qui ius dicit* ou *officium ius dicentis*. (LONG, GEORGE. *Jurisdictio*. In: SMITH, WILLIAM, D.C.L., LL.D. **A Dictionary of greek and roman antiquities**. London: John Murray, 1875, p. 665. Disponível em: <[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA\\*/Jurisdictio.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Jurisdictio.html)>).

<sup>168</sup> Discordando, portanto, em parte, da posição de Ost e seu juiz Hermes. (OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa - Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993)

<sup>169</sup> Recordo que este é o argumento benjaminiano: “A tarefa de uma crítica do poder pode ser circunscrita como a apresentação de suas relações com o Direito e a Justiça. [...] No que se refere ao primeiro desses conceitos, é evidente que a condição elementar de toda ordem jurídica é a dos meios e dos fins. A isso haveria a acrescentar que, em princípio, a violência só pode ser procurada no âmbito dos meios, e não dos fins. [...] A eliminação desse tipo de pergunta crítica mais exata caracteriza uma das grandes correntes da filosofia do Direito, e é mesmo o seu traço mais marcante: falamos do Direito natural. [...] Se o Direito natural é capaz de ajuizar de qualquer Direito existente apenas através da

incalculável, diria Derrida<sup>170</sup>. De fato, o direito enquanto técnica e seus instrumentos de elo entre os mundos que habita (o do “dever-ser”, com a vigência de suas normas, e o do “ser”, com a aplicação de suas prescrições), não promete e nem pode prometer mais do que o cálculo, a fórmula, o meio. O que esse direito presta-se a entregar é o que uma forma sem conteúdo pode entregar: a previsibilidade do processo que leva à decisão, a relativa certeza das regras que utilizará para chegar até ela e a segurança de que ela será oponível *erga omnes* ou, ao menos, às partes processuais interessadas.

Agamben, para além, considera que o direito não estabelece nem a justiça nem muito menos a verdade, apenas o «juízo»; se a sentença é falsa ou injusta (“há uma consistência não jurídica da verdade, na qual a *questio facti* nunca poderá ser reduzida à *questio iuris*”<sup>171</sup>), importa para o direito apenas que a coisa tenha passado por um julgamento. A *res iudicata*, então, aquilo de que não é possível dizer se é fato ou norma, é, para ele, o único lugar em que o direito encontra «paz» e é, por isso mesmo, tudo aquilo que lhe importa, daí a força que a coisa julgada tem nos ordenamentos jurídicos desde o direito romano.

De fato, pensando em justiça e verdade como categorias ontológicas, cujas representações fenomênicas podem variar em relação ao modo como se manifestam, mas todas sempre vassalas desta essência eterna e universal, é necessário que a inteligência se contente com a metafísica do a-histórico, com que seja possível dar sentido a algo sem que este sentido seja adquirido relacionadamente, que possa dar-se unicamente a partir de suposições não verificadas. Sendo assim, não me parece haver argumentos para dar como existente esse lugar onde verdade e justiça estariam, na

---

crítica dos seus fins, já o Direito positivo o faz em relação ao Direito em devir apenas através da crítica de seus meios. Se a justiça é o critério dos fins, a legitimidade é o critério dos meios.” (BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 59-61). Ou seja, enquanto o direito natural parte do pressuposto de que é também natural a violência que emprega e, portanto, tenta justificar-se pela justiça do resultado desta violência, o direito positivo, que se compromete em empregar meios legítimos, não pode garantir a justiça de seus fins, mas isso não significa que um seja menos valioso ou mais desejável que o outro. “De fato, se o Direito positivo não tem olhos para a natureza incondicional dos fins, no Direito natural acontece o mesmo com o condicionalismo dos meios. [...] É preciso, então, encontrar um ponto de vista fora do Direito positivo, mas também fora do Direito natural.” (Ibid., p. 61-62)

<sup>170</sup> DERRIDA, J. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad.: Leyla Perrone-Moisés. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30.

<sup>171</sup> AGAMBEN, G. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. Tradução de Selvino. J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 27



plenitude das coisas exemplares, esperando para ser encontradas<sup>172</sup>, nem no direito nem em nenhum outro campo do saber que não se configure como um apelo à crença.

Mas o direito é o *locus* do místico; sua validade depende de que, no momento da sua fundação, enunciem-se como justas todas as suas violências, e que, na sua manutenção, toda autoridade seja nascida dessa justa força. Para que o direito possa sê-lo (a anafórica tautologia de afirmar que o direito tem direito de ser direito), é preciso que sua força seja justa; para que a justiça possa ser justa, ela precisa ser seguida sem contraditas. Nesse enredo hermético, existe uma justiça no direito, mesmo que ela não corresponda à sua versão apriorística, e a relação entre eles se dá à maneira das ficções legítimas<sup>173</sup>, as quais dissimulam essa mútua necessidade por sobrevivência como se fosse síntese de duas premissas necessariamente verdadeiras. A justiça do direito, como ele mesmo, não tem conteúdo, mas ela é sua «palavra»<sup>174</sup>, a palavra dada, prometida, uma *mediatrix* universal entre humano e divino, ou entre a experiência de justiça e a justiça na sua consequência analítica e no seu traço distintivo, que é a universalidade. Não importa que a justiça não exista; com que ela seja enunciada já basta para que a violência do direito seja auspiciada e o circuito da *Gewalt* seja acionado.

O direito também sequestra a verdade, pois a verdade é sua força justa. É um discurso cuja principal qualidade não é seu conteúdo, oco – o que é possível, já que a cognição da verdade não depende da cognição do saber<sup>175</sup> mas a força com que afirma sua narrativa de mundo. Essa narrativa é historicamente vitoriosa – e são as narrativas vitoriosas que determinam as verdades em todos os lugares de poder-saber. No caso

---

<sup>172</sup> Aqui vale sobremaneira a leitura de Benjamin, em seu período, digamos, kantiano-revisionista (já que se referia aos neokantianos como se não pertencesse à nomenclatura), analisando a função da experiência, os postulados da experiência em Kant e o papel da metafísica nessa investigação sobre a tipologia kantiana pela filosofia contemporânea. (cf. BENJAMIN, W. Sobre el programa de la filosofía venidera. In: **Para uma crítica de la violencia y otros ensayos**. Iluminaciones IV. Roberto Blatt (trad.). Madrid: Taurus, 2001, p. 77)

<sup>173</sup> PASCAL, 1670 apud DERRIDA, J. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad.: Leyla Perrone-Moisés. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 24-25.

<sup>174</sup> Assim como, pra Benjamin, a palavra, “o caráter medial da linguagem, ou seja, esta imediatez do ser humano como ser espiritual com as palavras, supõe uma participação mágica com o ser de todas as coisas. Mais ainda, é idêntico a este ser espiritual das coisas.” (SUBIRATS, E. Introdução a BENJAMIN, W. **Para uma crítica de la violencia y otros ensayos**. Iluminaciones IV. Roberto Blatt (trad.). Madrid: Taurus, 2001, p. 14-15) – tradução livre.

<sup>175</sup> “A verdade, presente no bailado das ideias representadas, esquiva-se a qualquer tipo de projeção do reino do saber.” (BENJAMIN, W. **Origem do drama trágico alemão**. 2 ed. Joao Barrento (trad.). Belo Horizonte: Autêntica Editora, 20106, p. 17)



do direito, sua narrativa encapsula, de uma vez, um discurso sobre justiça, dos dominantes, e uma pulsão de justiça, dos dominados, já que é um discurso que, ao reprimir, promete libertar<sup>176</sup>.

Fazendo com que o forte seja justo e o justo seja forte, o discurso jurídico «produz» sua própria verdade, arbitrária assim como sua justiça, mas que, mesmo assim, pavimenta seu caminho até a decisão. Contudo, notemos: o direito é um discurso que, por vocação, almeja o concreto, e a técnica jurídica é a passagem que o leva, com verdade, até a justiça. A partir da técnica, justiça torna-se correção e verdade torna-se método, então o justo é a autoridade da razão doutrinal e o verdadeiro é o meio coercitivo da demonstração, ambos materializáveis apenas a partir da palavra enunciada, no ponto final para onde levaram todas as passagens, um lugar cheio de mística onde a palavra é a quarta dimensão<sup>177</sup>.

A verdade, capturada pela técnica, e a justiça, que encobre a violência, são parte do compromisso de toda crítica sobre a *Rechtsgewalt*. É o próprio Benjamin, alias, que inicia seu ensaio de 1921 anunciando que a tarefa de uma crítica da violência é expor sua relação entre o direito e a justiça; entretanto, após o anúncio, afirma que “o domínio dos fins, e com isso também a busca de um critério de justiça”<sup>178</sup> estão excluídos de sua investigação, vindo o tema da justiça retornar às suas preocupações somente quando apresenta sua ideia de uma violência divina, de cuja justiça é princípio<sup>179</sup>.

Entretanto, argumento, o direito positivo, domínio dos meios, também produz sua justiça e também reivindica sua verdade. Em termos instrumentais e partindo de um coerentismo kantiano, verdade e justiça, para o direito, são conceitos

---

<sup>176</sup> Da mesma maneira que um discurso sobre a repressão sexual fosse também, automaticamente, um discurso sobre a liberdade sexual, nos termos da análise foucaultiana. O valor de verdade de discursos também aparece na sua definição das engrenagens do dispositivo e sua qualidade de inscrever no real o irreal, o que também pode ser aplicado ao direito, mas, mais precisamente, a partir de um estudo sobre sua linguagem. (cf. FOUCAULT, M. **História da sexualidade I - a vontade de saber**. M. T. C. Albuquerque e J. A. G. Albuquerque (trad.). 13 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988).

<sup>177</sup> Aquele lugar intocado de onde Lispector escrevia sua palavra de captura do instante-já, que de tão fugidio já não é mais. (LISPECTOR, Clarice. **Água Viva**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.)

<sup>178</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 61.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 77.

historicamente indissociáveis<sup>180</sup>, o que significa dizer que, se tudo que o direito produz, em termos de decisão, é justo, obedece à correção, também tem que ser verdadeiro para a coerência lógica do sistema, e o critério sistemático que pode verificar a justeza do direito é a aferição do valor de verdade das premissas da decisão que o direito entrega, sejam elas enunciados para um raciocínio dedutivo ou para modelos argumentativos de qualquer ordem.

Como veremos adiante, a evolução do paradigma jurisprudencial na história do direito romano-germânico traça uma curva gradativa dos processos de justificação e verificação das decisões judiciais que vai do seu valor de justiça (axiológico) ao seu valor de verdade (lógico) e coincide com a curva de interesse das teorias jusfilosóficas por uma abordagem pragmático-racional em detrimento daquelas de caráter ontológico ou romântico.

Com vistas a esta assertiva, ao continuar no marco da tradição positivista do direito ocidental moderno e considerando a influência kantiana no pensamento de Kelsen, especialmente sobre sua *Teoria Pura*<sup>181</sup>, é possível formular o seguinte

---

<sup>180</sup> “A verdade supõe a justiça” (LEVINAS, E. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1980, p. 76) e, desde o direito romano, “não há verdade sem um sistema” (CÍCERO apud SCHIAVONE, A. Ius: **I’invenzione del diritto in Occidente**. Nuova Edizione. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2017, p. 441). Verdade, aqui, é um atributo daquilo que também é justo, numa relação reflexiva do sistema lógico-sistemático do direito positivo, sem que se confunda com verdade hermenêutica ou que se queira refutar ou hierarquizar os domínios do saber e os sujeitos do conhecimento, como no caso daqueles das práticas sociais, e sem, muito particularmente, desconsiderar as relações de poder e violência que sempre permearam as definições de verdade, assim como a definição do próprio direito. Além disso, aqui, são conceitos contingentes (grafados em minúsculas) mas que, uma vez enunciados restritivamente ao campo do direito, comportam valor incontingente, i.e., universal no microcosmo jurídico. (cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997 e FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais (trad.). Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002). Para uma abordagem analítica sobre a verdade no contexto da norma e da ação, sugiro fortemente referir-se a: VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norm and action: a logical enquiry**. International Library of Philosophy and Scientific Method. London: Routledge & Kegan Paul, 1963. Por ultimo, ressalte-se que, aqui, verdade e realidade não são sinônimos.

<sup>181</sup> Em *Teoria Pura do Direito*, assim como a separação entre direito e moral, a própria norma fundamental é uma hipótese que Kelsen validará a partir da lógica transcendental kantiana: “Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, com normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas

derivativo: da mesma forma que o sujeito cognoscente kantiano só pode conhecer através da razão, apriorística, cuja estrutura delimita as condições para que haja conhecimento possível, mas depende da experiência para que possa formular seus conteúdos e, com isso, possa tornar-se «operativa»<sup>182</sup>, produzindo um conhecimento universal e necessário, portanto verdadeiro – tanto quanto um dado do sensível ou do entendimento, *a posteriori*, portanto, pode ser –, a norma de direito positivo propõe-se como uma estrutura formal, inaugural de um sistema lógico-transcendente, a qual depende dos dados do mundo do que *é*, que serão então chamados de atos jurídicos, para que tenham efetividade e forneçam seu conteúdo de validade, portanto, a sua verdade.

Esta analogia, contudo, não encerra uma correspondência absoluta, pois, do ponto de vista do sujeito cognoscente, que busca conhecer a verdade e a justiça do direito, estes conceitos são sempre relacionais, i.e., ele só os pode conhecer a partir do outro, do enunciador, que tem o privilegiado acesso à verdade jurídica porque dispõe de uma cognição exclusiva (*cognitio juris*) daquele que aplica o direito<sup>183</sup>.

A partir disto, argumento que, como categorias de análise, se há alguma verdade no direito, ela só pode estar em sua *praxis*, quando o jurídico encontra-se com o factual, expressada na forma de uma decisão que seja última, constitutiva e axiologicamente relevante, i.e., a decisão judicial irrecorrível, particularmente que dispõe sobre uma questão constitucional. Em outras palavras, se o lugar da justiça no direito é a decisão, é também aí que o direito irá encontrar-se com sua verdade. Muito embora jamais possamos afirmar, a partir deste marco, que esta verdade corresponde

---

objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?” (KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 225). Um importante dissidente desta interpretação, alegando o abandono de Kelsen ao neokantismo em seu período tardio, pode ser encontrado em BULYGIN, E. An antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law, **Ratio Juris**, 1 (3), 1990. Sobre as “fases” do pensamento kelseniano e um argumento em favor da ascendência kantiana sobre a justificação da normatividade das leis na Teoria Pura, cf. PAULSON, S. L. On the puzzle surrounding Hans Kelsen’s basic norm. in: **Ratio Juris**. Vol. 13 No. 3, 2000.

<sup>182</sup> Retornaremos a este tópico mais adiante.

<sup>183</sup> Foucault diria que esta “razão jurídica” é um poder-saber e está diretamente ligada ao poder político desempenhado pelo juiz ou Poder Judiciário. (cf. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais (trad.). Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, especialmente a segunda conferência)

à Verdade<sup>184</sup> como categoria de todo mundo inteligível, ela terá validade universal para tudo aquilo que o direito pode conhecer.

Argumento também que a verdade e a justiça do que se enuncia dependem e estão diretamente vinculadas a quem profere tal enunciação, aquele que tem o direito a aplicar<sup>185</sup>, o juiz, já que, ao ser conceptáculo desta “razão jurídica” consubstanciada no direito de aplicar a lei ao caso concreto, seu domínio das faculdades da razão impõem-lhe a responsabilidade de «mediar» o acesso dos comuns ao conhecimento que advém das normas de direito, pelo que o processo de verificabilidade desta razão jurídica abrange também aquele que a maneja.

Estive, até então, confrontando o pensamento benjaminiano, que não tem classificação definida mas que pode ser colocado ao lado da Escola de Frankfurt e de uma teoria crítica que lhe vem a reboque, com um pensamento originário do racionalismo ilustrado e que se transmuta ao modelo transcendental kantiano, com seus próprios critérios teóricos, mas que continua apostando em uma epistemologia de bases racionais, até que desembocamos no positivismo, em especial o jurídico, notadamente a partir de Kelsen, leitor de Kant.

Nestes próximos tópicos, gostaria de sublinhar a urgência da discussão sobre violência da decisão judicial ante outros tópicos estruturais do direito – e até mesmo sobre a crítica a uma ontologia jurídica – a partir da identificação de um padrão, que podemos chamar de “falha analítica”, com o qual a técnica jurídica vem debatendo-se no longo trajeto da documentada história do direito ocidental, e cujo núcleo de sua controvérsia pouco ou nada se modificou desde o ponto (franqueável) mais incipiente deste trajeto, nas primeiras experiências romanas com a técnica do *ius*, e continuar este esforço dialético na contemporaneidade, com teóricos do positivismo e do pós-positivismo, os quais guardaram especial atenção ao problema da decisão em sede de Cortes Constitucionais, já que, como afirmo neste prefácio, a decisão, objeto de análise, é, por excelência, aquela capaz de ser a última palavra em questões valorativas sobre interpretação, colmatação, conformação e de descoberta, a partir de princípios

---

<sup>184</sup> frise-se a mudança no estilo da grafia.

<sup>185</sup> Para Kelsen, o direito a aplicar pode ser exercido, por exemplo, pelo Executivo, quando produz decretos de caráter meramente executivo e, em seguida, aplica-os. Porém, o órgão aplicador do direito, por excelência, ainda é o Judiciário.

constitucionais ou, em sentido mais amplo, tudo aquilo que, em sede de jurisdição constitucional, é produzido entre *polis, jus e lex*.

A crítica de Benjamin, que apresentei e da qual apropriei-me para esta crítica promissória, é feita (e, para ele, só pode ser feita) desde fora do direito, através da filosofia da história. Agamben, à sua esteira, ensaia uma crítica estrutural, ou bem genealógica, que destaca o conteúdo político de todo jurídico, respeitando um método histórico. Seguindo esta linha e sem qualquer pretensão de alguma aproximação ontológica, gostaria, então, de verificar se os pontos por eles levantados têm relevância demonstrativa mesmo se observados pelo espectro de uma ciência jurídica mais dura<sup>186</sup>, ainda dependente de uma razão prática, para, assim, argumentar que a crítica desde fora é hábil a revelar pontos estruturais sensíveis, inadvertidos cautelarmente pelo mover-se silencioso dos cânones jurídicos, mas também que as estruturas internas do direito, com seu *logos* procedimental e sua *recta ratio*, não o protegem do olhar escatológico da *Rechtsgewalt*.

## 2.1 Uma genealogia da enunciação

Se o direito romano – assim como esta herança chega até nós pelos indícios históricos sobre seus institutos – e a tradição romanística, com suas variações, compilações, erros e até falsificações ainda se reivindicam como marcos fundamentais para uma análise historicista dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, especialmente os de ascendência romano-germânica<sup>187</sup>, gostaria de fixar-me no que

---

<sup>186</sup> i.e., preocupada com a validade das normas e o sentido de sua aplicação.

<sup>187</sup> O direito romano era subsidiário ao direito civil alemão até a vigência do seu Código Civil (BGB) de 1896, o qual, ainda assim, sofreu influência da Pandectística alemã, influenciadora também do Código Civil Brasileiro (CCB) de 1916. (MARQUES, Claudia Lima. **Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 13, 1997, p. 72.). “Na Alemanha, no início dessa centúria, começa a expandir-se o brocardo *quidquid non agnoscit glossa nee agnoscit curia*, a significar que as partes do *Corpus Iuris Ciuilis* que não houvessem sido glosadas não eram aplicadas pelos tribunais; e, na segunda metade do século, começa a ser usada a expressão *usus modemus Pandectarum* como denominação do direito comum utilizado pelos alemães” (ALVES, J. C. M. Universidade, cultura e direito romano. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, vol. 87, 1998. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/671661>>.

Schiavone<sup>188</sup> relata como a passagem da lei na tradição grega, um exercício popular do poder político e de bases democráticas, para a lei romana republicana, técnica e anti-ideológica, especialmente a partir dos séculos V e IV a.C., reivindicando-se como este âmbito de racionalidade própria que dá origem ao *ius* e marca os usos dos aparatos legislativos de sua época, como é o caso da *Lei das XII Tábuas* (*Lex Duodecim Tabularum*).

Recordando que não há homogeneidade na História, menos ainda na História do direito, as marchas do *ius* romano em direção a um ou outro caminho, ao longo de seu percurso do clássico ao contemporâneo – se concordamos com as divisões arbitradas por este método historiográfico –, não podem ser interpretadas como acontecimentos isolados e independentes das relações de poder vigentes. Em relação à *Lei das XII Tábuas*, a historiografia crítica da Roma Antiga considera-a<sup>189</sup> de valor exordial, ainda que simbólico, no âmbito desta marcha, mas argui ter sido uma lei pouquíssimo revolucionária ou direcionada a corrigir injustiças, funcionando, melhor, como um paliativo para acalmar a dissensão entre plebeus e patrícios e proteger o poder político através da celebração de uma paz jurídica<sup>190</sup>, também chamada de paz dos deuses (*pax Deorum*).

É possível apenas imaginar o que haveria ocorrido se o projeto plebeu tivesse sido de fato implementado pela Lei, e quais seriam suas consequências para o que entendemos como ciência do direito hoje; o certo é que as doze tábuas do *ius civile*, experiência paradigmática de nascimento da técnica jurídica, têm sua gênese na passagem<sup>191</sup> de poder do domínio sacerdotal para o patriciado romano<sup>192</sup>, homens de

---

<sup>188</sup> SCHIAVONE, A. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011, p.107.

<sup>189</sup> FORSYTHE, G. **A critical history of Early Rome: from Prehistory to the First Punic War**. Berkeley: University of California Press, 2005, p. 203.

<sup>190</sup> “A Lei das XII Tábuas teria sido o reflexo da ameaça plebeia de abandonar a cidade de Roma, fundando uma nova cidade no Monte Sagrado, próximo a Roma, caso as suas exigências não fossem atendidas pela classe dos patrícios. Como concessão para que as ameaças não se consumassem, os patrícios aceitaram que um conjunto de leis escritas fosse elaborado a fim de garantir maior isonomia (igualdade) entre patrícios e plebeus.” (VÉRAS NETO, F. Q. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, A. C. (org.), **Fundamentos de história do direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 84.)

<sup>191</sup>SCHIAVONE, op. cit., p. 115.

<sup>192</sup> A passagem é lenta e gradual ao longo dos séculos. Nas *XII Tábuas*, onde *lex* é o termo mais amplamente utilizado, ainda havia apego a costumes e um grande misticismo arraigado, como na Tábua Sétima: “Aquele que fez encantamentos contra a colheita de outrem; ou a colher furtivamente à noite antes de amadurecer ou a cortar depois de madura, será sacrificado a Ceres.” (MEIRA, S. A. B. **A Lei das XII Tábuas: fontes do direito público e privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 171)

posses, de origem aristocrática e, em seguida, para os magistrados escolhidos dentre as mesmas castas.

Feita a ressalva, parece-me pertinente que pensemos dois momentos fulcrais a partir dos quais, especialmente com a instauração da República romana, o direito fixa-se como (1) um tipo de saber independente, ou ao menos inédito, em relação àquele exercido pelos sacerdotes e das metafísicas pontifícias, bem como (2) um tipo de poder, coercitivo, que emana não mais de ato da realeza, mas de uma *lex publica*<sup>193</sup> que quer compagnar cidade e cidadania romanas com seus direitos civis e as tradições estrangeiras.

Era preciso encontrar uma forma eficiente de disciplinar conflitos nas *urbes* romanas, mais permeáveis culturalmente que a *polis* grega e que, por isso mesmo, tinham que lidar com tensões muito particulares, entre monarquistas e republicanos, oligarquia e populacho, canonistas e secularistas. Havia, então, dois caminhos a seguir: o da prática greco-mediterrânea da *lex*, correspondente heurístico que o vocábulo prático *nomos*<sup>194</sup> irá exercer na Atenas desta mesma época, cuja etimologia remete a um ato de império, uma manifestação do poder político cidadão<sup>195</sup>, e a fabricação de um mecanismo autônomo que, ao mesmo tempo que guardasse «força de lei», fosse suficientemente versátil como para absorver a complexa casuística que as relações sociais romanas experimentavam naquele então. Este último foi a conformação histórica que dá origem, após séculos de decocção, ao direito como técnica, nem política nem religiosa, senão que pretensamente autônoma em relação aos demais poderes, que tinha o condão de produzir suas próprias postulações a partir dos critérios de generalidade e abstração e resolver contendas da mais diversas e imprevisíveis através da «mediação» pretoriana.

---

<sup>193</sup> “Que a última vontade do povo tenha força de lei” é a inscrição inicial da Tábua Décima Primeira da *Lei das XII Tábuas*. (MEIRA, S. A. B. **A Lei das XII Tábuas: fontes do direito público e privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 174)

<sup>194</sup> Vejamos que *nomos* adquire valor político (público, não hermético e dissociado dos poderes religioso e autocrático) apenas após a afirmação da democracia nas décadas finais do século VI e ao longo do século V a.C. (SCHIAVONE, A. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 110-111).

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 110.

Importa pontuar, além disso, que o *ius* romano nasce muito mais como uma instância arbitral, que disciplinava as relações de poder dentro dela mesma<sup>196</sup>, um meio para se atingir um fim – a pacificação dos conflitos e a tutela do âmbito negocial e das relações *inter pars* – do que com intenções de ser uma ciência, um ramo autônomo do saber. Queria-se, mais bem, como uma técnica ou conjunto de técnicas racionais cujo *telos* assentava-se quase inteiro na prática, que já não se propunha como resposta divina às injustiças humanas – embora uma “sacralidade” do direito romano jamais tenha sido totalmente purgada, sendo retomada e aprofundada a partir de Justiniano e com o advento do Império Romano-Germânico –, nem como a melhor ou mais elaborada legislação que o gênio humano poderia criar – a nossa citada *Lei da XII Tábuas* continha prescrições tal como esta, da Tábua Sétima: “Se alguém profere um falso testemunho, que seja precipitado da rocha da Tarpéia”<sup>197</sup> –, ou mesmo como uma tábula rasa na qual todos os direitos seriam dispostos e distribuídos igualmente entre patrícios e plebeus, ricos e pobres, nacionais e estrangeiros – apesar do uso da *lex* da tradição grega e de uma política para a isonomia (*iso + nomos*) ter sido incipientemente inserida na legislação dos dez varões<sup>198</sup>, a *Lei das XII Tábuas* previa uma lei livre de privilégios ao mesmo tempo que proibia o casamento entre patrícios e plebeus<sup>199</sup>.

É, entretanto, esse átomo de origem, esse conflito inaugural e as respostas para os muitos choques culturais advindos desta prática que me parecem ter relevância para nossa análise, não tanto sua efervescência ao longo da história e o produto acabado das relações de poder durante os séculos de sua estruturação como

---

<sup>196</sup> Salvo algumas exceções, como, por exemplo, a vedação à execução de um cidadão sem que antes seu caso passasse pelos comícios centuriados. (SCHIAVONE, A. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 120)

<sup>197</sup> MEIRA, S. A. B. **A Lei das XII Tábuas: fontes do direito público e privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 172)

<sup>198</sup> A *Lei das XII Tábuas* foi escrita entre 451 e 450 a. C. por dez homens, membros da oligarquia romana, aos quais competiu governar Roma com a suspensão de todas as magistraturas pela República recém-instaurada. (SCHIAVONE, op. cit., p. 109-110)

<sup>199</sup> Tábua Nona: “Que não se estabeleçam privilégios em lei (Ou: que não se façam leis contra indivíduos)” e Tábua Décima Primeira: “Não é permitido o casamento entre patrícios e plebeus”. (MEIRA, S. A. B. **A Lei das XII Tábuas: fontes do direito público e privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 173-174)



instrumento estatal<sup>200</sup> que, finalmente, compõem o que chamamos de Romanística, nem, necessariamente, a sua interpretação moderna ou as tentativas da pandectística<sup>201</sup> de colocá-la novamente em vigência. Chama atenção, de fato, imaginar como uma ideia totalmente inabitual para os regramentos sociais até então experimentados e para os povos que a receberiam como poder coercitivo pôde prosperar em condições tão inóspitas.

Se desconsiderarmos a interpretação apologética “pouco inclinada a encontrar nas origens do direito romano algo diverso do início uniforme de uma história grandiosa”<sup>202</sup>, a qual incorre grande parte da historiografia moderna, talvez a resposta mais simples e, por *parsimoniae*<sup>203</sup>, a que mais guardará proximidade com a realidade histórica, seja a hipótese de que esta técnica prevaleceu porque era uma forma escrita, simples e concisa o suficiente para ser difundida rapidamente e cuja recepção por parte dos poderes ao longo da trajetória do Império renderia maior economia de esforços em detrimento de que se criasse todo um novo sistema jurídico que alcançasse tanto território e diversidade.

Esta hipótese não explica, todavia, o fato mesmo de sua aceitação enquanto técnica de resolução de conflitos em primeiro lugar. Por que, dentre os costumes, as tradições de resolução privada de conflitos, as prescrições oraculares, os cânones religiosos e inclusive dentre a experiência democrática da lei grega e a versão da *lex romana*<sup>204</sup>, foi a fórmula do *ius* que ascendeu sobre todas as outras? Por que esta

---

<sup>200</sup> Ressalte-se que, para Grossi, o mundo medieval do direito “não conhece os poderes políticos consumados” e sua “noção central é a autonomia, não a soberania em sentido moderno, que ainda é um futurível”. Deste modo, as relações muito ou pouco republicanas entre direito e Estado não podem ser entendidas apenas a partir da tradição romanística. (GROSSI, P. **O direito entre poder e ordenamento**. Apresentação e tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 24-25)

<sup>201</sup> Em referência à Escola Pandectista e à jurisprudência dos conceitos, de Puchta e contemporâneos. (cf. PUCHTA GEORG FRIEDRICH. **Cursus der Institutionen**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1841. Disponível em: <<https://archive.org/details/cursusderinstitu01puch/page/n6>>)

<sup>202</sup> “[...] poco proclive a encontrar en los orígenes del derecho romano algo diverso del inicio uniforme de una historia grandiosa” (SCHIAVONE, A. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 117.) – Tradução livre.

<sup>203</sup> Em referência à parcimônia ontológica que postula que entidades não devem ser multiplicadas para além do necessário.

<sup>204</sup> Muito embora, no caso desta, é crucial pontuar que, neste então, *lex* e *ius* coexistem e coabitam as formas jurídicas, como foi o caso na *Lei das XII Tábuas*, aqui citada com contumácia. A experiência grega é reivindicada pela plebe, sedenta por mais direitos civis e pela possibilidade de também alçar-se ao poder na República, mas não servia aos interesses dos núcleos oligárquicos que arrebataam os espaços de participação popular, nem aos imperadores e conquistadores que lhes sobrevieram.

técnica gozou de legitimidade sem que pudesse contar com empréstimos da religião, da política ou de uma ideologia social?

Outra hipótese a agrupar-se, então, pode ser delineada da seguinte maneira: em um ambiente duramente escalonado, cujos conflitos desestabilizam instituições clássicas, tais como a recém caída realeza e o ainda vigente excerto pontifício, hábeis a ameaçar a própria cidade como estrutura política e territorial, uma técnica que se pretendia neutra, secular, geral e abstrata era necessária tanto para um quanto para o outro lado das reivindicações e aspirações ideológicas dos mundos contidos no mundo romano de então. Como uma espécie de armistício<sup>205</sup> em nome de uma regra mínima de sobrevivência do próprio campo de disputa, patrícios e plebeus celebram uma espécie de compromisso<sup>206</sup> cujo eixo era expurgar-se o obscurantismo do velho *ius* sacerdotal<sup>207</sup>, conceder direitos mais iguais aos plebeus ao mesmo tempo que assegurava a manutenção de privilégios gentilícios arraigados do classismo patricial e dividir (ainda que desigualmente) a responsabilidade por apaziguar a vida civil romana e decidir sobre os casos concretos através dos magistrados da República, que, em certos casos, poderiam provir, inclusive, da elite plebeia<sup>208</sup>.

Isto tão somente foi possível porque, como já apontado, este regulamento tecnológico inaugurava também um tipo de saber que se reivindicava como independente do poder político, mas que pertencia a uma ordem de soberania – o magistrado, com seu poder de *imperium*, emulava este dever funcional –, e independente do poder pontifício – embora sua forma, logo convertida em formalismo, argui-se<sup>209</sup>, era um traslado do *ritus* sacerdotal para o *ius* pretoriano. Por outro lado, este saber reclamava algumas condições de validade e, especialmente, de aplicabilidade para que pudesse chegar a representar a laicidade e isonomia sobre as quais fincava sua legitimidade ante o povo: era preciso que as leis fossem escritas, para demonstrar o férreo afastamento do hermetismo religioso, mas que estas escrituras

---

<sup>205</sup> Sublinhemos como a gênese arquetípica da promessa de paz desponta como fundadora de um direito que formou suas bases dois milênios antes de que Benjamin elaborasse sua crítica.

<sup>206</sup> SCHIAVONE, A. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 118.

<sup>207</sup> Para fins desta pesquisa, desconsiderando a dualidade *ius x fas* para dar ao primeiro uma interpretação genericamente abrangente do último.

<sup>208</sup> Ibid., p. 118.

<sup>209</sup> Ibid., p. 115.

preservassem generalidade e abstração, ao mesmo passo que pudessem prever os grandes troncos de direitos e obrigações como para que fosse possível a todos o exame da previsão legal, de modo que as decisões não fossem arbitrárias, o que é circularmente remissivo ao hermetismo das leis a que se queria por fim.

Com isso, a técnica atribui a si mesma, também, certo grau de independência em relação às suas próprias leis escritas, deixando as deliberações sobre interpretação, atualização, colmatação e conformação legais ao encargo da sua maior área de domínio, a *iurisdictio*, para cuja tarefa a legislação respondia com prescrições simples e breves, formuladas para conter uma hipótese generalíssima e a ordem de sua consequência, que era a regra de fato, o imperativo legal, tão intencionalmente descerimonioso que podia ser recitado como uma oração pública<sup>210</sup> ou como uma prosa rítmica<sup>211</sup>.

Faz parecer que esta pretensão viu-se prosperar, entretanto, porque o “pacifismo tísico” pôde ensejar acordo quanto à «forma» pela qual as decisões seriam

---

<sup>210</sup> A *Præx*, a oração que se faz de forma pública em nome da cidade, que podia ser um pedido, um voto, um agradecimento ou uma consulta aos deuses, era pronunciada em forma de hino ou de cântico, também chamada de *carmen* [canto ou poema], “um enunciado verbal cantado para propósitos ritualísticos” (PUTNAM, M. C. J. **Horace's "Carmen Saeculare"**: ritual magic and the poet's art. New Haven; London: Yale University Press, 2001, p. 133). Notemos que uma *præx* reunia tanto a potência da palavra enunciada quanto o domínio das “fórmulas, redundância e ritmo” de expressões cujo significado mesmo podia até ser desconhecido. (HAHN, F. H. *Performing the sacred: prayers and hymns*. In: RÜPKE, J. (ed.). **A companion to roman religion**. Oxford: Blackwell Publishing, 2007, p. 235-236).

<sup>211</sup> “As prescrições tinham, estilisticamente, o caráter de uma prosa rítmica (Cícero fala disso como de um *carmen*): eram formuladas, pois, segundo uma cadência que, sem construir verdadeiras ‘métricas’, dispunha as palavras em sequências binárias ou ternárias de membros, o que facilitava sua recitação e sua memorização, e ao mesmo tempo simplificava também sua interpretação. Tratavam-se de regras relativamente simples e gerais, com contraste forte e intencional, podemos pensar, com o aspecto particularista e puntiforme dos preceitos contidos nas respostas pontifícias: uma breve frase frequentemente articulada em uma premissa hipotética, introduzida por um «si» (se), onde se descrevia um evento em uma lacônica configuração típica, seguida, como consequência inevitável, da regra verdadeira e própria, cujo caráter vinculante recorria, para expressar-se, a um imperativo”. (“Las prescripciones tenían, estilisticamente, el carácter de una prosa rítmica [Cicerón habla de ello como de un *carmen*]: eran formuladas, pues, según una cadencia que, sin construir verdaderos ‘metros’, disponía las palabras en secuencias binarias o ternarias de miembros, lo que facilitaba su recitación y su memorización, y al mismo tiempo simplificaba también su interpretación. Se trataba de reglas relativamente simples y generales, en fuerte y buscado contraste, podemos pensar, con el aspecto particularista y puntiforme de los preceptos contenidos en las respuestas pontificias: una breve frase con frecuencia articulada en una premissa hipotética, introducida por un «si» [sí], donde se describía un evento en una lacónica configuración típica, seguida, a modo de inevitable consecuencia, de la regla verdadera y propia, cuyo carácter vinculante recurría, para expresarse, a un imperativo”) – Tradução livre. (SCHIAVONE, A. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 120).

exaradas, mas manteve a dissensão quanto ao «conteúdo» que tais decisões emanariam – afinal, não é preciso abandonar uma ideologia para se criar uma técnica anti-ideológica, mas apenas que o acordo desloque o eixo da disputa política, o que significa dizer que, mesmo quando examinamos os resquícios históricos de um momento alegoricamente fundador de uma tradição, percorremos o mesmo percurso místico de que o poder-como-violência do direito, a *Rechtsgewalt* benjaminiana, segue sendo o evento principal e o momento primeiro.

No caso da República romana e da consolidação sistemática do *ius*, em que pese a subsistência de algumas *leges* do período monárquico (*leges regiae* – leis do rei) e outras espécies que datavam provavelmente dos primeiros tempos da experiência republicana<sup>212</sup>, além da incipiente organização legal em agrupamentos que mais tarde começaremos a identificar como o sistema de codificação do direito, intentada na *Lei das XII Tábuas*, a técnica recém criada não estava na *lex*, com suas hipóteses gerais e imperativos respectivos, senão que na prática deste novo meio para resolução de conflitos. Aliás, parece ser que durante os rudimentos legais romanos em direção ao *ius* republicano, a descrição das atribuições dos magistrados não estava inscrita detalhadamente nas *Tábuas*<sup>213</sup> ou contavam com uma “*lege magistratibus*” para o ofício de julgar; sabemos sobre o procedimento que consistia, de forma geral, em ir a juízo, i.e., à presença de um magistrado reclamar um direito, quase que exclusivamente através dos juriconsultos, como Gaio ou Celso, cujas narrativas foram reunidas, mais tarde, no *Digesto* de Justiniano<sup>214</sup>.

Num primeiro momento, então, o procedimento ligado a demandas civis, típicas das prescrições tabulares, consistia nas *leges actiones, legitimae*<sup>215</sup> ou

---

<sup>212</sup> SCHIAVONE, A. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 114.

<sup>213</sup> *Ibid.*, 120.

<sup>214</sup> Também através das escavações romanísticas é possível encontrar exemplos de legislações especializadas, esparsas, posteriores à experiência inicial republicana, que extinguíam velhos procedimentos judiciais e instauravam novas espécies processuais ao direito romano, sem nunca, frise-se, abrir mão da fórmula pré-estabelecida e do controle dos atos jurisdicionais pela figura do magistrado. (LONG, GEORGE. Actio. In: SMITH, WILLIAM, D.C.L., LL.D. **A Dictionary of greek and roman antiquities**. London: John Murray, 1875, p. 9. Disponível em:

<[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA\\*/Actio.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Actio.html)>

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 9.

simplesmente a *lege agere*<sup>216</sup>, ação de ir à presença de um Pretor<sup>217</sup> para buscar aquilo que lhe era devido, como, por exemplo, um direito patrimonial, a partir de uma *lege* – no nosso caso, a *Lei das XII Tábuas*. Na primeira fase deste procedimento, ficava claro o apelo à ritualística e à estilização dos atos e palavras proferidos *in iure*, diante do *ius*: era necessário que o demandante (*actor*) conhecesse da correta forma de expressar o pedido e atuasse conforme este rito (*certa verba* – palavra estabelecida de uma vez por todas<sup>218</sup>), pelo que uma única falta ou imprecisão custava-lhe todo o litígio e, com isso, seu direito subjetivo. O exemplo mais notável, exposto nas palavras do próprio Gaio<sup>219</sup>, é de um camponês que apresentou queixa sobre algumas de suas videiras que haviam sido cortadas sem sua permissão, porém, no momento da petição ao pretor, não foi capaz de «performar»<sup>220</sup> a *certa verba*, de modo que, ao invés de dizer “videiras” (*vides*), tal como estava escrito na prescrição tabular, proferiu a expressão geral “árvores” (*arbores*) e teve seu pedido indeferido.

Paradoxalmente, a técnica – que, na nossa hipótese, angariou legitimidade popular e aristocrática precisamente pela promessa de rompimento com o obscurantismo e hermetismo religiosos – não eliminou, ao menos de pronto ou totalmente, os hábitos cerimoniais dos julgamentos sacerdotais do supresso regime monárquico-teológico, o que faz crer que, muito embora o acordo entre detentores do poder e aqueles por ele espoliados tenha ajudado a fundar a legitimidade da técnica jurídica, seu protagonismo foi, pelo menos neste primeiro momento, parcialmente dividido pela mimese com o costume religioso, já que mesmo em um ambiente de crescente prestígio da racionalização – ou secularização, para usar uma expressão clássica romana muito apreciada pelo racionalismo europeu – das relações humanas, o direito escora-se em uma espécie de misticismo litúrgico que envolve, mesmo contemporaneamente, seus usos e fazeres.

---

<sup>216</sup> SCHIAVONE, op. cit., p. 124.

<sup>217</sup> Um pretor, enquanto uma das classes de magistrado da cidade, era provavelmente o tipo escolhido para este tipo de contenda no início da república, dada a sua proximidade e herança do período monárquico recém caído.

<sup>218</sup> SCHIAVONE, A. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 126.

<sup>219</sup> LONG, GEORGE. Actio. In: SMITH, WILLIAM, D.C.L., LL.D. **A Dictionary of greek and roman antiquities**. London: John Murray, 1875, p. 9. Disponível em:

<[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA\\*/Actio.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Actio.html)>.

<sup>220</sup> Vamos lembrar que o direito é também uma força performativa.

A segunda fase passava-se diante do juiz (*apud iudicem*), que não se confundia com o magistrado, mas era um cidadão comum, ainda que presumivelmente notável, que não poderia ter interesse direto no *ius* ali discutido<sup>221</sup> e funcionava, como já mencionei, como um árbitro para as partes da contenda<sup>222</sup>. A decisão, neste percurso da *actio* republicana, era proferida pelo *iudex* durante segunda fase, mas os limites e todos os tons marcantes do seu conteúdo, já tinham sido estabelecidos pelo magistrado durante a primeira fase, inclusive por sua incumbência exclusiva à produção de provas nos autos.

Além disso, a *certa verba*, o domínio do ritual, dos gestos e palavras certos para cada tipo de demanda dependia de um duplo grau de conhecimento sobre temas pouco usuais – ou definitivamente inusuais – para a maioria da população romana: por um lado, saber ler, interpretar e aplicar cada *lex* ao *ius* pretendido, de maneira a efetivar as prescrições que eram propositadamente genéricas<sup>223</sup>, por outro, saber pronunciá-las com o bom uso do vernáculo, a eloquência retórica e a postura professoral que o cerimonial jurisdicional supunha.

Com o tempo, as minúcias e o excessivo apego à afetação nas manifestações *in iure* foram perdendo espaço para um procedimento mais protocolar e objetivo, sem que se perdesse a clara diferenciação entre aquilo que se prescrevia, como mandamento de conduta geral, e a forma da ação que garantia a consecução da prescrição legal; com a maturação da experiência sobre essa prática e a queda da índole peremptória da oralidade petitoria, implementou-se a manifestação através de um formulário (*formulae*), que servia para ordenar os vários momentos processuais, os modos adequados para as manifestações de autores, réus, testemunhas etc. e, ainda,

---

<sup>221</sup> SCHIAVONE, op. cit., p. 126.

<sup>222</sup> “[...] a primeira fase, perante o pretor, as partes estabeleciam quase que uma negociação: definiam a matéria que era fonte da controvérsia e eram levadas a escolher um juiz dentro das listas (*album*) dos nomes disponíveis e elegíveis. Essa definição da controvérsia dava-se após a *litis contestatio*, cujo caráter era tido por consensual: perante o pretor, pois, ocorria uma espécie de “compromisso arbitral”, de modo que o processo formular fosse interpretado como uma arbitragem imposta pela autoridade. Pretores e juízes não eram juristas ou jurisconsultos. O pretor era um cidadão eleito para uma magistratura anual; os juízes, cidadãos incluídos na lista (*album*) tirados das três classes superiores: senadores, cavaleiros ou *tribuni aerari*. Por outro lado, o número de juízes registrados no *album* aumentou progressivamente: de 900 (em 70 a.c.) a 4.000 (sob Augusto) e 5.000 (sob Calígula).” (LOPES, J. R. L. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, A. C. (org.), **Fundamentos de história do direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 335) – grifos no original.

<sup>223</sup> “*Privilegia ne inroganto* - Que não se façam leis contra indivíduos” (MEIRA, S. A. B. **A Lei das XII Tábuas: fontes do direito público e privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 173)

orientar as bases da atuação do magistrado em relação ao caso concreto que se apresentava, numa espécie de sistema pretoriano formular<sup>224</sup> que envolvia tanto a autoridade pública quanto o compromisso arbitral das partes.

Os intentos para uma objetivação dos ritos pelas fórmulas não contiveram a cooptação da «técnica» jurídica pelo «saber» jurídico – na fase ritualística, pelos sacerdotes que, enquanto detentores do saber pontifício, que até há pouco servia como principal criteriologia julgamental para o monarca, e depois, na fase formular, pelos jurisconsultos, cujos pronunciamentos fizeram com que o *ius* fosse definido como a arte do bom e do justo<sup>225</sup> –, o que significou apenas a passagem de um hermetismo sagrado para um hermetismo leigo que, ao fim e ao cabo, recaía no mesmo subjetivismo, imprevisibilidade, inacessibilidade e, mais que tudo, no mesmo «autoritarismo»<sup>226</sup> Mais fundamental que a *lex* era a *formulae*; mais importante que o *ius* era a *responsum*<sup>227</sup>, a atividade intelectual que dava sentido às formulações genéricas e conteúdo inteligível aos formulários técnicos, estabelecendo os valores que orientavam a interpretação e aplicação legal, com o fim de materializar a justiça para cada caso concreto.

---

<sup>224</sup> WENGER, L. Apud DAWSON, J. P. **A history of lay judges**. Cambridge: Harvard University Press, 1960, p. 101.

<sup>225</sup> Ulpiano relembra Celso ao enunciar: “Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi” – Um estudante de direito no início de seus estudos deve saber de onde vem o *ius*. É derivado da justiça. Pois, nas elegantes palavras de Celso, *ius* é a arte do bom e do justo. (JUSTINIANO. **Omini nostri sacratissimi principis Iustiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti digestorum seu pandectarum**. Dig. 1.1.1.1. Disponível em:

<<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>> – Tradução livre.

<sup>226</sup> Ulpiano, sobre o ofício dos jurisconsultos: “Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes” – Chamar-nos sacerdotes possui o seu mérito, pois, cultivamos a Justiça e professamos o conhecimento do bom e do justo, separando a injustiça da iniquidade, discernindo o lícito do ilícito. Aspiramos a formar boas pessoas, não apenas pelo medo das penas, senão ainda pela exortação também das recompensas. Eis a verdadeira filosofia, se não me engano, sem a pretensão de simulação. (Ibid., Dig. 1.1.1.1). Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>> – Tradução livre.

<sup>227</sup> “Os jurisconsultos, que em Roma desfrutaram de imenso prestígio, exerceram acentuada influência sobre o desenvolvimento do direito romano, graças, principalmente, a três aspectos de sua atividade: *cauere*, *agere* e *respondere*. *Cauere* é a expressão técnica que indica a atuação do jurista no formular e redigir os negócios jurídicos, para evitar prejuízo à parte interessada, por inobservância de formalidades; *agere* é a atividade – no que concerne ao processo – semelhante à desenvolvida no *cauere*; e *respondere* diz respeito aos pareceres dos jurisconsultos sobre questões de direito controvertidas” (ALVES, J. C. M. **Direito Romano**. 18 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 28)

Enquanto as primeiras leis eram cravadas em tábuas de bronze<sup>228</sup> ou madeira e dispostas em local público para que a cidade pudesse sempre acessá-las<sup>229</sup>, as fórmulas das leis, que possibilitavam seu uso através do peticionamento do direito nelas previsto, eram secretas. Mesmo quando o escriba Cneu Flavius, num ato quase titânico tal como um Prometeu do saber jurídico – não fosse estar impregnado de estratégia política do projeto de poder iniciado com o “cânone republicano”<sup>230</sup> e a renovada tentativa de capitular as revoltas populares contra a oligarquia patrícia –, roubou os alfarrábios de seu mestre, o jurista Apio Claudio Cego<sup>231</sup>, publicou o calendário dos dias fastos e nefastos (em que se podia ou não realizar negócios sem incorrer em falta de fé, portanto os dias em que o Tribunal abria para julgamentos) bem como uma compilação de fórmulas processuais, provavelmente fruto de sua própria prática judiciária, que, até então, eram um conhecimento exclusivo dos juristas dos colégios pontifícios, a euforia inicial da “revelação” logo deixou clara a divisão política fundadora e irremediavelmente impregnada no tecido conjuntivo do direito romano: eram siglas e cláusulas formulares provavelmente pertencentes ao rito da *lege agere*<sup>232</sup>, de entrada incompreensíveis para uma população leiga (praticamente toda a população fora do círculo pontifício) que, ademais, consideravam esse conhecimento próximo a um conhecimento sobre escrituras sagradas, e cujo esforço para compreendê-las seria sempre em vão, já que os juristas da época não tardaram em criar

---

<sup>228</sup> “E sabeis... o que é para mim o mundo?... Este mundo: uma monstruosidade de força, sem princípio, sem fim, uma firme, brônzea grandeza de força...[...]” (NIETZSCHE, F. O eterno retorno, §1067. In: **Obras incompletas**. Rubens Rodrigues Torres Filho (trad.). São Paulo: Nova Cultural, 1999)

<sup>229</sup> IUSTINIANI. **Omini nostri sacratissimi principis Iustiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti digestorum seu pandectarum**, Dig. 1.2.4.1.

<sup>230</sup> Os dez varões das *XII Tábuas* e primeiros governantes da experiência republicana romana e sua sucessão legislativa.

<sup>231</sup> Proveniente da mesma linhagem (*gens* Claudia) a que também pertencia o “chefe” dos legisladores das *XII Tábuas* (SCHIAVONE, A. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 139). A hipótese de “vazamento planejado” é corroborada pela historiografia contemporânea, com mais ou menos relevância à crítica sobre a sua instrumentalização.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 139.



novas fórmulas<sup>233</sup> e apresentá-las como as vigentes, substituindo aquelas maculadas pela publicidade, ratificando e realçando o exclusivismo do saber jurídico.

Uma vez mais o poder aristocrático contornava a pressão que vinha das classes não dominantes, levadas ao compromisso com a técnica por sua exaltada vocação para a justiça, e retirava gradativamente da cena judiciária a tal previsibilidade e certeza na aplicação da *lex*, obscurecida pela força normativa das «consultas» elaboradas por juristas e *responsas*, os quais, notadamente a partir de fins do século IV e início do século III a. C.<sup>234</sup>, monopolizaram a interpretação e a aplicação concreta dos mandamentos legais. Desta maneira, o *ius* era mesmo manejado por um grupo de velhas oligarquias, pretensamente laico, de homens dotados de características únicas: dominavam uma prática cognitiva que era, ao mesmo tempo, *scientia* e *prudencia*, que, neste caso, vão significar o domínio da técnica ritualística e a sabedoria prática, que darão azo ao que mais tarde se chamará de *iuris scientia* ou *iuris prudentia*.

Disso emerge uma questão sobre limites: se a *cognitio iuris*, o conhecimento jurídico cuja fonte são as fórmulas ritualísticas sacerdotais, ou as interpretações e elaborações práticas dos homens influentes, das mentalidades distinguidas da *nobilitas*, dos excelsos pretores e da *sapientia* dos áugures – que é o que, ao fim desta acomodação histórica, funda o direito como técnica e mantém-no com ciência –, determina o trâmite e conforma o resultado da técnica na decisão e garante seu valor axiológico, tudo que este direito prescreve casuisticamente deve prestar contas apenas à própria prescrição casuística, em um solipsismo incômodo mesmo para olhos tardorrepblicanos. Se, por outro lado, ele admite-se como uma espécie de campo de

---

<sup>233</sup> “Inventus est scriba quidam, Cn. Flavius, qui ... singulis diebus ediscendis fastos populo proposuerit et ab ipsis [his] cautis iuris consultis eorum sapientiam compilarit. Itaque irati illi, quod sunt veriti ne dierum ratione pervolgata et cognita sine sua opera lege agi posset, verba quaedam composuerunt ut omnibus in rebus ipsi interessent” – “Um certo escriba secretário chamado Cneo Flavius foi então encontrado, que expôs as pessoas ao calendário, para que pudessem aprender o caráter dos dias isolados, e tiraram o conhecimento daqueles juristas muito cuidadosos. Mas aqueles, cheios de raiva, e temendo que, uma vez que o calendário fosse publicado e conhecido, alguém pudesse tomar medidas legais sem o seu conselho, **eles compunham outras fórmulas, a fim de intervir em todos os assuntos**”. (Pro Mur., 11.25. in: SCHIAVONE, Aldo. *Ius: l’invenzione del diritto in Occidente*. Nuova Edizione. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2017, p. 1155) – Tradução e grifos meus.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 137.

força, detentor de toda *potentia*<sup>235</sup>, uma classe de conhecimento geral e abstrato em um sistema de meios certos e determinados mas que se dobra em suas prescrições para dissimular uma agenda política, encobrir resistências com astuciosas cessões, ou simplesmente move-se “[...]em múltiplas e incoerentes direções para satisfazer os valores emocionais em conflito da população a que serve”<sup>236</sup>, então onde estão e de que forma agem os limites deste novo instrumento de coerção social? Ainda, como verificar sua inscrição desde fora da autorreferência e com critérios previamente estabelecidos e acessíveis a todos os que se subsumem a esta técnica?

Não é difícil imaginar que o surgimento do *ius* romano como técnica de resolução de conflitos neutra (ou isonômica, neste contexto), secular, certa e segura tornou-se logo uma promessa incumprida para aqueles que apostaram que o direito seria, enfim, uma *mediatrix* soberana com larga vantagem sobre o *imperium* sacropolítico e sobre a autorregulação – especialmente se pensarmos que, mesmo com a “abertura” da aristocracia política para “novos homens”, advindos da plebe, essa representação vinha da também elite plebeia e, aos últimos séculos da República, a esmagadora maioria da representação consular era detida por membros das famílias

---

<sup>235</sup> O poder do juiz, que para Cícero era similar a um poder sagrado, não sucumbiria nem mesmo ao poder político dos homens influentes. Com uma crítica subjacente à vocação normativa dos juriconsultos, Cícero apressa-se em afirmar que, com toda *potentia*, os juízes ainda eram limitados pela *lex*: “[...] in iure nihil est eius modi, recuperatores, non tabulae falsae, non testis improbus, denique nimia ista quae dominatur in civitate potentia in hoc solo genere quiescit; quid agat, quo modo adgrediatur iudicem, qua denique digitum proferat, non habet. Illud enim potest dici iudici ab aliquo non tam verecundo homine quam gratioso: 'iudica hoc factum esse aut numquam esse factum; crede huic testi, has comproba tabulas'; hoc non potest: 'statue cui filius agnatus sit, eius testamentum non esse ruptum; iudica quod mulier sine tutore auctore promiserit, deberi.' Non est aditus ad huiusce modi res neque potentiae cuiusquam neque gratiae; denique, quo maius hoc sanctiusque videatur, ne pretio quidem corrumpi iudex in eius modi causa potest.” – “Para questões de direito, não há nada desse tipo, ó juízes: não há documentos falsos, testemunhas desonestas; mesmo esse poder superdimensionado, que tem influência nesse estado, está adormecido em relação a casos desse tipo; não tem como atacar o juiz ou mover um dedo. Pois isso pode ser dito a um juiz por um homem que não é tão escrupuloso quanto influente; ‘Decida, peço-lhe, que isso tenha sido feito ou planejado; dar crédito a esta testemunha; estabelecer a autenticidade desses documentos’; mas isto não pode ser dito: ‘Decida que se um homem tem um filho póstumo nascido dele, sua vontade não é assim invalidada; Decida que uma coisa é devida que uma mulher havia prometido sem a sanção de seu senhor’. Não há abertura para transações desse tipo, nem para o poder ou influência de alguém; **de fato, e isso dá às questões da lei um caráter mais importante e mais santo, um juiz não pode ser corrompido nem mesmo por um suborno em casos desse tipo.**” (CÍCERO, M. T. *Opera omnia*. Voluminis Secundi, Pars Prima. ORATIONES. OXONII, Excudebant Collingwood et Socii, 1810. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=9DUzAQAAMAAJ&hl=pt-BR>> - Tradução e grifos meus.

<sup>236</sup> FERRAZ Jr., T. S. *Função social da dogmática jurídica*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 175.

de seus próprios ex integrantes, numa espécie de aristocracia política hereditária<sup>237</sup>. Ainda mais, torna-se improvável a defesa clássica ao argumento de que o direito romano expurgara a violência da *urbs* ao vedar e fazer estabelecer-se em lugar vingança privada e a autocomposição, sob o argumento de que estes poderiam sempre ser implementados por meios violentos ou levar à violência errática.

A aposta social não considerou e a coleção histórica decidiu não considerar, em seus respectivos momentos, que toda legislação geral depende de uma interpretação, dedutiva/subsuntiva ou de outra ordem, *a posteriori*, já que depende do caso concreto para angariar sentido material, tampouco puderam prever que o resultado desta fórmula tão engrenada, seja no domínio processual do magistrado, seja na enunciação do *iudex*, poderia de algum modo ser violenta, nem mesmo na excrescência de uma *actio* ser interrompida na sua intrínseca finalidade de consagração<sup>238</sup> de um direito por um erro material, por uma palavra de cujo sinônimo não havia referência na *lex*, nem mesmo quando o próprio texto legal excepcionava-se de sua alegada laicidade e pacificidade e prescrevia, com nítida demonstração de violência e misticismo, que aquele que, em segredo, apanhasse a colheita de outrem à noite antes de que estivesse madura, seria sacrificado a Ceres, a deusa romana da agricultura<sup>239</sup>, imiscuindo na sociedade a mesma ansiedade e medo do oculto e da potência vingativa do inumano, geradores da mesma instabilidade e tendências violentas de que se propunha a erradicar, o que mostra que, para este direito, também, tal coisa como pacificação social não tinha absolutamente nenhuma relação com a erradicação da violência, mas apenas de alguma violência que não estivesse subsumida a ele<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> SCHIAVONE, A. **The end of the past: ancient Rome and modern West**. Harvard: Harvard University Press, 2000, p. 70.

<sup>238</sup> Remissivo a que a mais antiga *actio* descrita por Gaio era a ação “por consagração” – *agere sacramento* ou *legis actio sacramenti*. (SCHIAVONE, A. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 125)

<sup>239</sup> MEIRA, S. A. B. **A Lei das XII Tábuas: fontes do direito público e privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 171.

<sup>240</sup> Questionado por Quintus sobre os malfeitos dos Tribunos da Plebe, Cícero responde que, se estes emitem decisões autoritárias, que resultam em violência para o povo, muito mais violência haveria se o povo não estivesse sob a vigilância de um líder, responsável pela temperança da sua violência natural, mais cruel e mais dura. E finaliza pontificando que não é possível alcançar o bem sem algumas partículas de mal – “Ego enim fateor in ista ipsa potestate inesse quiddam mali, sed bonum, quod est quaesitum in ea, sine isto malo non haberemus” (CÍCERO, M. T. **De legibus**. Liber tertivs. X, §23. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg3.shtml>>).

Estes são, precisamente, os primeiros passos do *ius* romano republicano no sentido da inovação tecnológica que representou para a tradição ocidental. Para a nossa análise, este traço histórico toma peso pela proximidade com onipresente descompasso entre meios e fins do direito – ou entre o uso finalístico dos meios do direito – já formulado nos moldes das objeções jusnaturalista, transcendental e lógico-positivista, ademais, por certo, do paradoxo, de bases benjaminianas, que este estudo tenta compreender – ou, ao menos, trazer à tona –, o que nos remete de volta à pergunta indispensável sobre limites.

## 2.2. O direito é uma decisão cujos limites estão em disputa

Que o direito possui limites no seu corpo teórico e na sua técnica, isto é claro. Também não há dúvidas de que cada tempo, tradição ou sistema irá enunciá-los e promover sua defesa, com premissas que vão desde um legalismo cândido, passando pela longa lista dos argumentos metafísicos, até desembocar nas sofisticadas relações causais e o recurso a instrumentos externos de verificabilidade, inclusive para aquelas novas teorias avessas ao cognitivismo continental, que renunciaram a uma origem (*origo*) histórica e a unidade do princípio-causa (*arché*) em favor de uma teoria dos sistemas que se fundam em si mesmos<sup>241</sup>, recorrendo a uma autopoiese própria. Não interessa para nós, aqui, fazer este inventário, não é o ponto mais interessante desta discussão.

Mas é significativo que, dois milênios atrás, Cícero, um áugure estoico – ou seria cético?<sup>242</sup> –, cômico da dificuldade da aristocracia em confiar a atividade judicante a

<sup>241</sup> LUHMANN, N. *Teoría de la sociedad y pedagogía*. Barcelona: Paidós Educador, 1996, p. 32-33.

<sup>242</sup> “Em *Das leis*, no qual Cícero e seus companheiros buscam a sombra e em que o próprio Cícero apresenta o ensino da Lei Natural estoica, ele indica que não está certo da verdade dessa doutrina. Isso não é surpreendente. O ensino estoico da Lei Natural é baseado na doutrina da providência divina e em uma teleologia antropocêntrica. Em seu livro *Sobre a Natureza dos Deuses*, Cícero sujeita a doutrina teológico-teleológica à crítica severa, com o resultado de que ele não pode admitir mais do que se aproximar da aparência da verdade. Similarmente, ele aceita n*As Leis* a doutrina estoica da adivinhação (que é um ramo da doutrina estoica da providência), enquanto ele a ataca no segundo livro da sua *Sobre a Adivinhação*. Um dos interlocutores n*As Leis* é o amigo de Cícero, Ático, que concorda com a doutrina estoica da Lei Natural, mas que, sendo epicurista, não pode ter concordado com ela porque a considerava verdadeira ou em sua capacidade de pensador; ele o assentiu na qualidade de cidadão romano e mais particularmente como adepto da aristocracia, porque o considerava politicamente salutar. É razoável supor que a aceitação aparentemente não qualificada de

magistrados plebeus, o que significaria, em outras palavras, a dotação de um poder sobre a lei e a justiça a uma casta tomada por inculta, bárbara e violenta, tenha proposto uma espécie de hierarquia das leis em um estrutura republicana, cujo paradigma não era nem o monarca nem uma lei fundamental, bem como expressando-se silogisticamente e de maneira a remeter a uma organização judiciária e legal que só seria sistematizada muito depois, na era moderna:

3. XII [27] *Marcus* - A máxima a seguir atribui a todos os magistrados seus **auspícios e jurisdições**. Suas jurisdições, de tal maneira que ainda deve haver um tribunal de justiça, para o qual apelos possam ser feitos pelo povo. E os auspícios, a fim de que possa ser fornecido um método plausível de adiar assembleias inúteis ou perniciosas. pois assim aconteceu com frequência que os Deuses suprimissem por meio de auspícios a injusta impetuosidade da turba.

Mais uma vez, a lei de que o Senado será composto por aqueles que exerceram magistraturas, é indubitavelmente de interesse do povo, pois não permite que ninguém chegue a alta autoridade sem a aprovação do povo, tirando o poder de nomeação dos censores. Mas, moderando esse efeito, que pode ser pernicioso, segue-se imediatamente outra disposição, pela qual se confirma a autoridade do Senado.

[28] Pois as palavras são estas: - **Que os decretos do Senado sejam ratificados como leis**. Pois todo o resultado é que, assim, aconteça que o Senado se torne o mestre das políticas públicas, e se todos os homens defenderem o que decretam; e se todas as outras ordens concordarem que a comunidade será governada

---

Cícero do ensino da lei natural estoica tenha a mesma motivação que a de Ático. O próprio Cícero diz que ele escreveu diálogos para não apresentar abertamente suas posições. No final das contas, ele era um Cético Acadêmico e não um Estoico. E o pensador que ele diz seguir e que mais admira é Platão, o fundador da Academia. Deve-se ao fim dizer que Cícero não encara a doutrina da Lei Natural dos Estoicos, no que ela ultrapassa a doutrina do direito natural de Platão, como evidentemente verdadeira". ("In the Laws, in which Cicero and his companions seek the shade and in which Cicero himself presents the Stoic natural law teaching, he indicates that he is not certain of the truth of that doctrine. This is not surprising. The Stoic natural law teaching is based on the doctrine of divine providence and on an anthropocentric teleology. In his *On the Nature of the Gods* Cicero subjects that theological-teleological doctrine to severe criticism, with the result that he cannot admit it as more than approaching the semblance of truth. Similarly, he accepts in the *Laws* the Stoic doctrine of divination (which is a branch of the Stoic doctrine of providence), while he attacks it in the second book of his *On Divination*. One of the interlocutors in the *Laws* is Cicero's friend Atticus, who assents to the Stoic natural law doctrine but who, being an Epicurean, cannot have assented to it because he regarded it as true or in his capacity as thinker; he rather assented to it in his capacity as Roman citizen and more particularly as an adherent of aristocracy, because he regarded it as politically salutary. It is reasonable to assume that Cicero's seemingly unqualified acceptance of the Stoic natural law teaching has the same motivation as Atticus'. Cicero himself says that he wrote dialogues in order not to present his real views too openly. After all, he was an Academic skeptic and not a Stoic. And the thinker whom he claims to follow, and whom he admires most, is Plato himself, the founder of the Academy. The least that must be said is that Cicero did not regard the Stoic natural law teaching, in so far as it goes beyond Plato's teaching of natural right, as evidently true") - Tradução livre. (STRAUSS, Leo. **Natural Right and History**. Chicago: University of Chicago Press, 1953, pp. 154-155.)

por esta **ordem superior**; surgirão dessa amalgamação de direitos, **quando o poder estiver no povo e a autoridade no Senado**, aquele tipo modificado e harmonioso de constituição que tanto exultei.

Especialmente, se a seguinte lei também for observada. pois a próxima lei é - "Deixe a **ordem** senatorial ser livre de corrupção, e que seja **um padrão para os outros**".<sup>243</sup>

A fim de defender que a existência de Tribunos da Plebe não punha em risco o *ius* romano (e, claro, os privilégios das *gens*), Cícero dialoga com um problema que logo se converteria em um difícil campo de estudo para o direito e as práticas judiciárias, mas que jamais poderia ter-lhe chegado a partir do uso de instrumentos modernos, como, por exemplo, o conceito de soberania constitucional ou o discernimento de espécies normativas para a ponderação entre princípios e regras: ora, se a magistratura, compreendida como um termo geral que irá dizer respeito às atribuições de várias classes de "funcionários" da República<sup>244</sup>, tem o «poder» de formular mandamentos e estabelecer penas a partir de sua atuação em casos concretos, então, onde estão inscritos os limites desta atuação? De que maneira a magistratura (plebeia ou aristocrática) será constrita a tomar o lugar da própria *lex* ou interferir no poder do próprio Senado, o poder político exclusivo, reservado da influência direta do populacho?

---

<sup>243</sup> "3.XII [27] Marcus: Deinceps igitur omnibus magistratibus auspicia et iudicia dantur: iudicia ita ut esset populi potestas ad quam provocaretur, auspicia ut multos inutiles comitiatus probabiles impedirent morae. Saepe enim populi impetum iniustum auspiciis di immortales represserunt. Ex iis autem qui magistratum ceperunt quod senatus efficitur, populare est sane neminem in summum locum nisi per populum venire, sublata cooptatione censoria. Sed praesto est huius viti temperatio, quod senatus lege nostra confirmatur auctoritas. [28] Sequitur enim: 'Eius decreta rata sunt.' Nam ita se res habet, ut si senatus dominus sit publici consilii, quodque is creverit defendant omnes, et si ordines reliqui principis ordinis consilio rem publicam gubernari velint, possit ex temperatione iuris, cum potestas in populo, auctoritas in senatu sit, teneri ille moderatus et concors civitatis status, praesertim si proximae legi parebitur; nam proximum est: 'Is ordo vitio careto, ceteris specimen esto.'" (CICERO, M. T. **De legibus**. Liber tertius. XII, §27-28. Disponível em:

<<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg3.shtml>>) - Grifos meus. A livre tradução, oferecida aqui, foi confrontada com a tradução inglesa em: CICERO, M. T. **The treatises of M.T. Cicero: On the nature of the Gods; On divination; On fate; On the republic; On the laws; and On standing for the consulship**. Literally translated, chiefly by the editor, C. D. Yonge, B.A. London: Henry G. Bohn. York Street, Covent Garden, 1853, p. 473-474. Disponível em: <<https://play.google.com/books/reader?id=joyeLp3Ok-oC&hl=en&pg=GBS.PP1>>).

<sup>244</sup> Os Magistrados da República, segundo a descrição de Pompônio (Dig. 1. 2), eram: dois Côsules, dez Tribunos da Plebe, dezoito Pretores, seis Edis, o Ditador (quando houvesse) e os Censores, além dos membros dos colégios sacerdotais, os *Decemviri Sacris Faciundis*, que também exerciam jurisdição. (LONG, GEORGE. Magistratus. In: SMITH, WILLIAM, D.C.L., LL.D. **A Dictionary of greek and roman antiquities**. London: John Murray, 1875, p. 723. Disponível em: <[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA\\*/Magistratus.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Magistratus.html)>)

Aqui, Cícero busca estabelecer os limites tanto da atuação dos magistrados em relação ao conteúdo do que prescrevem (e se têm força de lei), quanto os limites de poder internamente a uma espécie de hierarquia que acompanha a pessoa do magistrado. Para o momento, vamos nos concentrar no primeiro caso.

Muito embora seus escritos falem de uma ordem superior de natureza<sup>245</sup> (de inspiração platônica/estoica) e de uma subordinação da jurisprudência à filosofia<sup>246</sup> (ao menos no caso do direito civil), o argumento da sua máxima sobre os limites dos poderes dos magistrados deriva de uma racionalização prática e instrumental de princípios religiosos – provavelmente ajudando a formar, mais tarde, o movimento identificado como direito natural racional. Desta forma, Cícero recompõe o caráter norte-dirigente do *mos maiorum* (ou, no plural, *mores*), que eram as regras não escritas, repassadas ancestralmente por oralidade, que representavam ainda o modo de vida

---

<sup>245</sup> Em vários escritos, em especial no *De finibus bonorum et malorum* (CICERO, M. T. **De finibus bonorum et malorum**. RACKHAM, H. [trad.]. London: W. Heinemann, 1914) mas também em *De Legibus* (cf. nota seguinte)

<sup>246</sup> “1.V.[17] Atticus. - Na sua opinião, então, não é no edito do magistrado, como a maioria de nossos advogados modernos pretende, nem nas regras das *Doze Tábuas* de nossos Estatutos, como os antigos romanos sustentavam, mas nas doutrinas mais sublimes de filosofia, devemos buscar a verdadeira fonte e obrigação da jurisprudência? Marcus - É por esta razão, meu Atticus, que você não me pede para explicar-lhe as formalidades da prática jurídica, e as réplicas técnicas e réplicas de nossas articulações profissionais. Estes, de fato, merecem muito estudo e respeito, na medida em que ocuparam a atenção de muitos grandes homens, e estão presentemente expostos por um advogado eminente (Servicius Sulpitius Rufus) com habilidade e perícia admiráveis. Mas o assunto de nossa discussão atual eleva-se muito mais alto e compreende os princípios universais de equidade e lei. Em tal discussão, portanto, sobre a grande lei moral da natureza, a prática da lei civil pode ocupar apenas uma posição insignificante e subordinada. Pois, de acordo com a nossa ideia, teremos que explicar a verdadeira natureza da justiça moral, que é congenial e corresponde à verdadeira natureza do homem. Teremos que examinar os princípios de legislação pelos quais todos os estados políticos devem ser governados. E, por último, teremos que falar das leis e costumes que são moldados para o uso e conveniência de determinados povos, que regulam os assuntos cívicos e municipais dos cidadãos, e que são conhecidos pelo título de leis civis” - “1.V.[17] Atticus: Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima filosofia hauriendam iuris disciplinam putas? Marcus: Non enim id quaerimus hoc sermone, Pomponi, quem ad modum caeamus in iure, aut quid de quaque consultatione respondeamus. Sit ista res magna, sicut est, quae quondam a multis claris uiris, nunc ab uno summa auctoritate et scientia sustinetur, sed nobis ita complectenda in hac disputatione tota causa est uniuersi iuris ac legum, ut, hoc ciuile quod dicimus, in paruum quendam et angustum locum concludatur. Natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura, considerandae leges quibus ciuitates regi debeant; tum haec tractanda, quae composita sunt et descripta iura et iussa populorum, in quibus ne nostri quidem populi latebunt quae uocantur iura ciuilia”. (CÍCERO, M. T. **De legibus**. Liber primvs.V, §17. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg1.shtml>>). A livre tradução, oferecida aqui, foi confrontada com a tradução inglesa em: CICERO, M. T. **The treatises of M.T. Cicero**: On the nature of the Gods; On divination; On fate; On the republic; On the laws; and On standing for the consulship. Literally translated, chiefly by the editor, C. D. Yonge, B.A. London: Henry G. Bohn. York Street, Covent Garden, 1853, p. 473-474. Disponível em: <<https://play.google.com/books/reader?id=joyeLp3Ok-oC&hl=en&pg=GBS.PP1>>).

segundo as prescrições e ritos dos deuses (grosseiramente traduzido como “costumes” e que deu origem à palavra “moral”), para argumentar que a lei civil, a lei sacra – que, depois, viria a tornar-se a lei pública – e o conhecimento (*cognitio*) sobre elas dependem de uma intelecção concedida através dos rituais que mediavam a comunicação entre os planos humano e divino.

Em outras palavras, é a tentativa de estabelecer alguma coisa como uma principiologia<sup>247</sup> que orientasse a técnica jurídica em relação ao sentido da lei e a sua aplicabilidade prática, ainda que este rol de princípios não estivesse inscrito em nenhum estatuto, apenas acessível a partir do domínio da “grande lei moral da natureza”<sup>248</sup> (*prudentia*) e da sabedoria dos deuses antigos (*sapientia*), levada a cabo pela interpretação pontifícia dos sinais e gestos sagrados na ritualística ancestral. Veja-se que, aqui, o conhecimento jurídico já experimentava o processo de transição do domínio sacerdotal para o domínio dos juristas no início de sua fase madura, daí que Cícero elabora sua máxima de maneira direcionada aos jurisconsultos que, como ele

---

<sup>247</sup> Que gravitaria em torno de virtudes comumente identificadas por *auctoritas, dignitas, libertas, gratia, e honos*. (v. HÖLKESKAMP, K.-J. **Reconstructing the roman Republic: an ancient political culture and modern research**. Princeton: Princeton University Press, 2010.)

<sup>248</sup> Sopesse-se a esta interpretação (e o dimensionamento do peso da moralidade na esfera dos costumes) a ressalva feita por Eric Orlin: “Para garantir o favor dos deuses, os romanos contavam com a execução correta do ritual (ortopraxia). Questões de crença ou moralidade não eram centrais para o sistema religioso, embora essa afirmação não deva ser mal interpretada como significando que os romanos não acreditavam em seus deuses ou que não se preocupavam com a moralidade. Os romanos tinham um senso bem desenvolvido do que constituía um comportamento apropriado, mas não acreditavam que os padrões morais emanassem dos pronunciamentos divinos; por razões que devemos explorar abaixo, a revelação divina na forma de comandos específicos desempenhou um papel muito limitado na religião romana.” (“To ensure the favor of the gods, the Romans relied on the correct performance of ritual (orthopraxis). Questions of belief or morality were not central to the religious system, though this statement should not be misinterpreted as meaning that the Romans did not believe in their gods or that they did not concern themselves with morality. The Romans did have a well-developed sense of what constituted appropriate behavior, but they did not believe that moral standards emanated from divine pronouncements; for reasons we shall explore below, divine revelation in the form of specific commands played a very limited role in Roman religion.” (ORLIN, E. *Urban religion in the Middle and Late Republic*. In: RÜPKE, J. (ed.). **A companion to roman religion**. Oxford: Blackwell Publishing, 2007, p. 58-59.) – Tradução livre.



próprio, detinham cada vez mais autonomamente o poder sobre o sentido das leis e sua aplicação<sup>249</sup>.

Diferentemente da consulta sacerdotal para um ato de império final do Rei, quem de fato decidia os pleitos na era monárquica predecessora, na República, os magistrados eram, em regra, detentores de *imperium* e suas decisões, recobertas de potestade, acabavam por ter força de lei. Neste sentido, a máxima ciceroniana objetivava reunir em um só corpo, que, neste caso, era o Senado, a autoridade para coibir abusos nas práticas jurisdicionais e também para monopolizar a esfera legiferante que estas práticas instituía, através da dupla função de órgão judicial recursal e legislador originário, posto que tinha a última palavra sobre toda jurisdição civil e a única palavra em questões públicas governamentais, administrativas e de relações externas, inclusive sobre guerras. Isto significava que, neste momento histórico da formação das bases do *ius*, «autoridade» (*auctoritas*) é mais importante que «poder» (*potestas*) e, enquanto este poderia ser compartilhado com o povo, aquele ainda deveria ser mantido sob a guarda de poucos aristocratas.

Em todo caso, é válido supor que este sistema ideal ciceroniano viesse a, de fato, funcionar como limitador do poder dos magistrados e, portanto, racionalizador do conteúdo de suas decisões, afinal de contas, o que ele propõe é um tipo de «subsunção», ao estilo de uma lógica silogística típica dos primeiros positivistas, de maneira a estabelecer que *lex* e *ius*, aqui significando a lei escrita e a sua aplicação ao caso concreto através de um processo judicial, devem ser interpretados a partir de um

---

<sup>249</sup> “É Cícero quem fala, em *Pro Murena*, em um lugar onde, por razões ligadas à ocasião, ele estava tentando dizer aos juristas todo o mal possível. Mas não por esta razão seu testemunho - ao qual outras memórias ecoam em *De oratore*, em *De republica* e em uma carta a Atticus - tem menos valor: o contraste, que agora conhecemos bem, entre um conhecimento (*sapientia*) oral e secreto, e um roteiro revelador. Os sacerdotes não foram diretamente postos em questão, mas mais geralmente ‘os jurisconsultos’, porque Cícero sabia muito bem que entre o final do século IV e as primeiras décadas do terceiro século já não era apenas o colégio pontifício que monopolizava o conhecimento do *ius*; mas essa mudança ainda não afetou seu caráter exclusivo e secreto”. (“È Cicerone che parla, nella *Pro Murena*, in un luogo in cui, per ragioni legate all’occasione dell’arringa, stava cercando di dire dei giuristi tutto il male possibile. Ma non per questo la sua testimonianza - cui fanno eco altri ricordi nel *De oratore*, nel *De republica* e in una lettera ad Attico - ha meno valore: vi ritorna, assai netta, la contrapposizione, che ormai ben conosciamo, fra un sapere (*sapientia*) orale e segreto, e una scrittura rivelatrice. A essere chiamati in causa non erano direttamente i sacerdoti, bensí piú in generale «i giureconsulti», perché Cicerone sapeva benissimo che tra la fine del IV secolo e i primi decenni del III non era piú solo il collegio pontificale a monopolizzare il sapere del *ius*; ma questo cambiamento non ne aveva ancora intaccato il carattere esclusivo e segreto.”) - Tradução livre, grifos no original. (SCHIAVONE, A. *Ius: l’invenzione del diritto in Occidente*. Nuova Edizione. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2017, p. 289-290)

conjunto de mandamentos supralegais que representam o próprio modo de vida romana, a cidade mais antiga, uma sabedoria sobre a natureza e sobre as virtudes e sobre escolher o melhor caminho até elas, contando com os «auspícios» divinos. Estes mandamentos viriam a ser conhecidos através do Senado, produtor das leis, que, como guardião deste conhecimento, deveria revestir-se de virtude (*vim*) para que servisse de exemplo<sup>250</sup> (*exemplum* ou, em grego, *paradeigma*) para os demais, criando, assim, um «paradigma de governo» e um «paradigma de direito» com vocação à universalidade, i.e., aplicável a todas as classes e tradições de sua sociedade.

Por outro lado, mesmo com este traslado da função jurisdicional à esfera secularizada e o estabelecimento de um paradigma de interpretação e atuação do *ius*, uma característica persistia: o hermetismo, o viés ocultista e inacessível deste conhecimento, o qual, se antes revestido de um misticismo cerimonial quase oracular, passaria então a revestir-se de termos técnicos e ritos processuais tão rigidamente dependentes de seu próprio formalismo (*orthopraxis*) que se tornavam indecifráveis para fora do círculo de iniciados na arte da jurisdição, mesmo com a posterior sistematização e publicização das fórmulas processuais – tão igualmente exclusivas que a maioria da população precisaria do auxílio de um jurista que lhe patrocinasse o pedido perante o juiz, que seria chamado (*ad vocatus*, “chamar para si”) a socorrer-lhe de sua própria ignorância.

Mesmo considerando que aí já se iniciava um longo processo histórico de “abertura” deste conhecimento técnico – cuja factibilidade da ocorrência ainda está, nos dias de hoje, sob disputa –, ao criar um paradigma interpretativo das leis e, com isso, do conteúdo das decisões judiciais, que estava não somente fora da codificação escrita, mas, principalmente, fora das possibilidades cognitivas dos leigos (no sentido jurídico mas também religioso), a máxima ciceroniana elabora uma espécie de coleção de elementos de verificabilidade sobre a justiça, equidade e verdade (para usar seu léxico próprio) das decisões que resultam inverificáveis senão pelos próprios juristas – desde os próprios magistrados até os senadores, ex-membros da magistratura, o que

---

<sup>250</sup> Benjamin, sobre a característica mimética da linguagem e seu conceito na tragédia grega, dizia que o objeto da mimese não é o exemplar (*Vorbild*), e sim o ancestral (*Urbild*). (BENJAMIN, W. *El mayor monstruo, los celos, von Calderón und Herodes um Marianne von Hebbel: comments on the problem of historical drama in: Selected writings: 1913-1926*, vol. 1. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2002, p. 365.)

significa dizer que a análise da interpretação judicial é, ela mesma, uma interpretação que não poderia ser verificada por ninguém senão pelo próprio intérprete ou sua classe.

Junte-se a isso o fato documentado<sup>251</sup> de que o Senado republicano detinha não só a prerrogativa da última palavra sobre lei ou decisão em relação à concordância ou não com os costumes, como também poderiam “revogar” certo costume em favor de nova interpretação de lei, edito ou decisão judicial que fosse mais adequada aos novos rumos da República, o que, por si só, já retira do seu paradigma a qualidade instrumental uniformizadora e de verificação.

Mesmo contando com a legitimidade da tradição ao estabelecer a moralidade ancestral com matriz interpretativa das leis e cabeceira limitadora da atuação dos operadores do *ius*, é preciso que consideremos que, na Roma republicana, estes costumes não eram compartilhados por toda a cidade (os plebeus que, com o tempo, conquistaram o direito de ter representatividade entre o corpo dos magistrados, além de sua própria *comitia*, contavam com um tribuno para cada tribo exatamente para que grupos com diferentes costumes pudessem autorregular-se de acordo com eles em questões privadas, além da crescente modificação dos hábitos romanos com a absorção de costumes dos povos conquistados e dos estrangeiros cada vez mais presentes em uma Roma cosmopolizada) nem eram consenso entre a própria aristocracia senatorial, que, por vezes, via o apego à tradição como barreira para a modernização da República e dos usos, digamos, mais utilitaristas das leis.

Exemplo disto, no contexto da expansão transmarina e do comércio continental no republicanismo tardio, foram os casos em que os pretores abriam uma espécie de “exceção legal”, deixando de aplicar a *lege agere* para utilizar suas próprias criações processuais (que depois se consolidariam como fórmulas processuais *per concepta verba*<sup>252</sup> ou *in ius conceptae*, por acordo entre magistrado e partes), o que gradativamente foi substituindo o ritual pético da *certa verba* por formulações mais simples, mais flexíveis e com maior capacidade de adaptação aos casos concretos, uma

---

<sup>251</sup> ALVES, J. C. M. **Direito Romano**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 18.

<sup>252</sup> SCHIAVONE, Aldo. *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*. Nuova Edizione. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2017, p. 165.

resposta pretoriana ao desenvolvimento econômico e à servidão do direito às necessidades do mercado.

Este acontecimento enseja dois destaques: é possível conjecturar que a rigidez da máxima ciceroniana sobre os limites da atuação pretoriana não tenha resistido bem à marcha do progresso romano<sup>253</sup>, marcha esta que levou a República ao Império – tanto no sentido do regime autocrático que se seguiria quanto ao império das regras de mercado sobre as regras morais sociais referidas pelos costumes. O segundo destaque deve-se ao indício de que a *iuris prudentia* não era algo facilmente domável, nem mesmo pelo poder político; faz parecer que os magistrados – ou o estado de coisas tensionado pelas rápidas mudanças sociais – não se resignaram à mera regulação da vida privada e, pouco a pouco, foram levados a concorrer pelo controle de âmbitos de atuação política, exclusivo da *lex*, como é o caso dos atos de comércio exterior<sup>254</sup>, denotando uma convivência nem sempre harmônica entre estes poderes e, mais importante ainda, a compreensão de que a técnica, por si só, não era hábil a limitar o alcance da atividade jurisdicional, nem de oferecer um critério suficientemente geral e abstrato de justiça e equidade.

Então, em lugar de um esforço material, o direito romano pareceu responder com o aprofundamento da dependência de uma técnica jurisdicional, aliada ao total acesso e disposição desta como instrumento de poder com tendências à autonomização. Magistrados e juristas (com e sem aval político) trabalhavam as fórmulas e os paradigmas de julgamento para que, gradativamente, acumulassem mais poder e dispusessem de mais liberdade. Se o magistrado era a lei falando e a lei

---

<sup>253</sup> O próprio Cícero, escrevendo à beira do colapso republicano e com os primeiros traços do Império despontando em seu horizonte de visão, pontificava que o edito que o pretor publicava ao início de seu mandato e lhe servia de rol para as fórmulas processuais que utilizaria durante o ano em que estaria investido no cargo configurava-se como um tipo de *lex annua* (lei com vigência anual), e tinha «força de lei» tal como um dia tiveram as *XII Tábuas*. (SCHIAVONE, Aldo. *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*. Nuova Edizione. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2017., p. 168). O termo “progresso” significa um movimento vetorial à frente em relação ao ponto de partida, sem dizer se o deslocamento gera melhora ou piora em relação ao status quo – em uma gramática benjaminiana, progresso será associado a crise, empobrecimento da experiência, tanto no âmbito estético como epistemológico. v: BENJAMIN, W. *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*. Porto Alegre: Zouk, 2014, e BENJAMIN, W. O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: BENJAMIN, W. *Magia e técnica, arte e política*. Obras escolhidas. São Paulo: Brasiliense, 1987.

<sup>254</sup> Com exceção daqueles atos de competência dos *praetor peregrinus*, os magistrados para estrangeiros, mas que também já foi uma tentativa de acomodação dessas tensões.

era o magistrado em silêncio<sup>255</sup>, era preciso que ele também pudesse falar independentemente dela, para além dela e, às vezes, contra ela.

O recrudescimento da função da técnica em relação às leis e aos paradigmas que se tentava instituir no jogo dos poderes que formavam o direito romano, nesse então, começava a ser sentido especialmente a partir de dois movimentos decisivos para a tradição do *ius*: a aquisição de “força de lei” pelas fórmulas judiciais e a consolidação do chamado «sistema de precedentes», ambas significando, ao fim e ao cabo, uma tentativa de independização do magistrado (e também seu concílio) em relação ao poder político do Senado, com o qual parecia disputar autoridade (*auctoritas*). Mas isto foi um produto não apenas da disputa entre poderes político e jurídico, ou entre laicismo e religião, nem mesmo da incidência do poder econômico sobre o direito, mas, argumentando, uma mescla de forças diversas, dentre as quais, destacadamente, estava um traço específico da tradição cultural da Roma tardorrepública.

Romanos eram um povo prático. Diferentemente da cultura grega, em que ensinamentos morais e outras reflexões sobre a ordenação do mundo, natureza, sentido das coisas, vida e morte, eram habitualmente elaborados como uma espécie de doutrina geral teórica, no estilo clássico da filosofia grega (o qual, obviamente, só viria a ser considerado propriamente como tal a partir do olhar histórico sobre uma tradição suficientemente consolidada), os modelos cognitivos para decisões éticas e de comportamento social do povo romano faziam-se dependentes muito mais da prática, da ação e de seus resultados concretos<sup>256</sup>. Com isso, suas conclusões sobre valores e as linhas de conduta que o bom cidadão deveria seguir advinham muito mais do contraste entre atos, feitos e histórias sobre personagens gloriosos que apontavam a melhor decisão para uma ocasião particular, prevalecendo, assim, a *exempla* ou exemplaridade, a argumentação pelo exemplo ou por analogia. Não foram eles os únicos, mas foram os mais pródigos, ou, ao menos, os que posicionaram este tipo de argumentação centralmente em seus costumes.

---

<sup>255</sup> “[...] magistratum esse legem loquentem, legem autem mutum magistratum”. CICERO, *De Legibus*, 1.1.2. Disponível em <<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg1.shtml>>

<sup>256</sup> Para exemplos dessa atuação, v. ROLLER, M. **Models from the past in roman culture: a world of exempla**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Desde quando se tem notícia<sup>257</sup>, a formação das religiões romanas levou o povo a um sistema de crenças também bastante diverso de seus contemporâneos balcânicos, mais especificamente porque a religião romana não tinha uma mitologia própria<sup>258</sup>, credo ou relação de subordinação moral aos seus deuses, os quais sequer eram representados de maneira antropomórfica – o atomismo religioso da Roma arcaica envolvia, inclusive, deificação de objetos<sup>259</sup>, culto a lugares ou outros símbolos físicos a partir dos quais ou nos quais a manifestação de algum fenômeno considerado divino houvesse ocorrido.

Enquanto a religião apresentava-se como uma relação de boa-fé (*fides*) entre humanos e deuses – a submissão dos primeiros levava os últimos a moderar aquilo que para os humanos era incontrolável e imprevisível, como raios, chuvas ou erupções, ou mesmo como guerras e colheitas – de maneira que rituais, prendas e sacrifícios marcavam o “acordo” de celebração da “paz dos deuses” (*pax deorum*)<sup>260</sup>, estas divindades não eram representações do bom, justo ou certo, nem decorria, de sua adoração, sentimentos como o amor ao deus cristão; não havia mandamentos éticos ou guia de boas e más ações, sequer havia uma dogmática<sup>261</sup> em termos estritos, pelo que a esfera da moralidade, seja de máximas ou figuras exemplares, permanecia em disputa e, com o passar dos séculos, foi parcialmente preenchida pelos mandamentos sacerdotais, já que lhes cabia “fazer a ponte” (*pontifex*) entre estes dois mundos.

---

<sup>257</sup> A historiografia não retorna, com bom grau de certeza, ao período fundacional de Roma e daquilo que provavelmente eram seus cultos domésticos, para que possamos acompanhar com evidências históricas as origens da religião romana do período arcaico até o nosso marco temporal de estudo, a República.

<sup>258</sup> A mitologia romana é uma versão da mitologia grega, em que deuses receberam nomenclaturas latinas, mas nem todos correspondiam a divindades já existentes na religião romana. O culto a esses deuses só veio a tomar forma muitos séculos após a consolidação da mitologia grega, e com ênfase apenas a alguns, como Baco – Dionísio – cuja prática habitual foi vista como subversão pelo Império. (cf. NEWBY, Z. Epilogue: the roman past, the culture of exemplarity and a new role for greek myth. In: **Greek myths in roman art and culture: imagery, values and identity in Italy, 50 BC–AD 250**. Greek Culture in the Roman World. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 320-347.)

<sup>259</sup> GRANT, M. **Roman mythology**, 1999. Disponível em <<https://www.britannica.com/topic/Roman-religion>>

<sup>260</sup> Com o avançar da República, os cônsules acumularam para si o papel de *curatores pacis deorum*. (POLO, F. P. Consuls as curatores pacis deorum. In: **Consuls and res publica: holding high office in the roman Republic**. BECK, H. et al (ed). Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 98)

<sup>261</sup> Frise-se a existência, dada por parte da historiografia, do chamado *ius divinum*, mas esta é uma construção do Colégio Pontifício a partir da era clássica, relativo ao *medium* dos sacerdotes, e que servia para regular as relações familiares e comunitárias, considerado o embrião do direito civil que surgiria subsequentemente. (AUGUSTYN, A. et. al. **Pontifex**, 1998. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/pontifex#ref185645>>)

Daí que, junto com a esfera religiosa dos romanos e sua posterior instrumentalização para tentar ocupar, além disso, a esfera da moral a partir da mediação pontifícia, coexistia também o âmbito dos costumes, da tradição e da exemplaridade ancestral. Muito embora esta espécie de «conhecimento prático» estivesse, especialmente durante o período clássico, diretamente conectada ao *corpus* geral e abstrato do *mos maiorum*, é de se perceber que o conjunto dessas virtudes (*mores*) ainda estava atrelado à figura, feitos e ensinamentos dos ancestrais (*maiores*), não personificados em alguma deidade.

Esta atipicidade romana, que, ao experimentar certo estado de coisas histórico ao longo da sua primeira formação enquanto povo, orientou-se para a observância de regras morais a partir de atos e atores não divinos e para a vertente pragmática de uma moralidade prática que privilegiasse a argumentação pelo exemplo, foi decisiva para que Roma formasse uma cultura de memórias, relatos e imitação. Além dos ensinamentos morais, a história do povo, os grandes heróis, a orgulhosa cidadania, até mesmo instruções militares<sup>262</sup> eram aprendidas, memorizadas e repassadas entre as gerações e eram também tema de poesias e discursos dos grandes oradores romanos, a exemplo do próprio Cícero<sup>263</sup>. O resultado de toda essa teia complexa de acomodações, atualizações e adaptações de narrativas cultivou entre os romanos o raciocínio argumentativo de assentar-se em feitos ou personalidades que demonstravam, «na prática», o significado dos ensinamentos ancestrais tanto sobre as virtudes desejáveis, quanto sobre as vicissitudes a se evitar.

Quero aclarar a importante distinção de que exemplaridade não significa o mesmo que historicidade<sup>264</sup>, o que significava uma maleabilidade das narrativas e dos feitos de um *exemplum* para adequa-se tanto à situação fática a que ele serviria

---

<sup>262</sup> POEL, M. v. d. The use of exempla in roman declamation. In: **Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric**, v. 27, n. 3, Special issue: An International Project on the Pseudo-Quintilianic Declamations maiores, 2009, pp. 332-353.

<sup>263</sup> e.g., CICERO, M. T. **De oratore**. Sutton, E. W. (trad.). Cambridge: Harvard University Press, 1967. Disponível em: <<https://archive.org/details/cicerodeoratore01ciceuoft/page/n5>>; CICERO, M. T. **Orator**. WATSON, J. S. (trad.). New York: Harper & Brother Publish, 1865. Disponível em: <[https://archive.org/stream/ciceroonoratorya00ciceuoft/ciceroonoratorya00ciceuoft\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/ciceroonoratorya00ciceuoft/ciceroonoratorya00ciceuoft_djvu.txt)>.

<sup>264</sup> O que significa dizer, entre outras coisas, que, embora pudesse haver, a correspondência entre narrativa e acuidade histórica não eram uma obrigação na tradição da exemplaridade romana. v. ROLLER, M. The exemplary past in roman historiography and culture, he exemplary past in Roman historiography and culture. In: FELDHERR, A. (ed.). **The Cambridge companion to the roman historians**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 215.

imediatamente, quanto à máxima ética que deveria reforçar, o que denota a flexibilidade também das próprias regras morais que, ainda vinculadas à tradição, iam sendo trabalhadas a partir das novas demandas sociais e dos novos tempos políticos e culturais – isto, é importante ressaltar, sempre tentando preservar a legitimidade das narrativas, feitos ou personagens que, por menos ancestrais que fossem, deveriam manter sempre uma continuidade ética<sup>265</sup> em relação aos preceitos reconhecíveis no *mos maiorum*.

Três características, podemos argumentar, formavam o núcleo da *exempla* romana: a «narrativa», o «emblema» e a «mimese». Exemplaridade é uma ferramenta argumentativa, pelo que a narrativa deveria ser de tal forma que engajasse o seu auditório a identificar-se e alcançar a resposta emocional necessária para que aquele exemplo fosse considerado um emblema, i.e., um símbolo coletivamente reconhecido, detentor de uma virtuosidade comprovada pelos seus feitos. Essa figura concreta de ações materializadas, em lugar de um enunciado abstrato e geral, então, ensejava uma resposta igualmente concreta e material, através da imitação de seus atos admiráveis, o que fomentou a cultura da «mimese» tanto de pessoas quanto de padrões de ação e reação na vida pública.

Com o tempo, as narrativas, que compunham o processo educativo de crianças e adultos, para a ética comum e para os preceitos para uma boa vida social, passaram, do mesmo modo, a retratar grandes feitos políticos e militares contemporâneos, cuja *exempla* eram até mesmo representada por pessoas vivas, filósofos, juristas, políticos, generais, magistrados, como uma espécie de «mentoria» para que, aqueles que almejavam possuir tais virtudes, pudessem aprender por mimese. Esta recomposição da função da tradição da *exempla*, especialmente a partir da segunda metade da República<sup>266</sup>, também reelaborou o próprio esquema de contagem e a ênfase em cada elemento componente do exemplo e ativou seus usos políticos e jurídicos.

---

<sup>265</sup> ROLLER, M. Exemplarity in roman culture: the cases of Horatius Cocles and Cloelia. In: **Classical Philology** n. 99, The University of Chicago, 2004, p. 34. Este artigo também é uma reunião de argumentos sobre os usos da exemplaridade como emblema ético e sua importância na organização da cidade a partir de estatuas, monumentos ou outras classes de representação física destes personagens.

<sup>266</sup> v. Cícero, M. T. **De Inventione**. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/inventione.shtml>>



A finais da República e a conturbada experiência do Triunvirato, a exemplaridade já havia adquirido características peculiares – que se intensificariam no período imperial<sup>267</sup>. Conquanto a ligação entre *exempla* e *mos maiorum* continuava aconselhada por intelectuais, como Cícero<sup>268</sup>, as formas mais comuns de se argumentar pelo exemplo mantinham a linha histórica do *mos* mas “flexibilizavam”, como vimos, a categorização do *maiorum*. Da mesma maneira, perdia-se o interesse na narrativa em si<sup>269</sup>, conteúdo e detalhes, para focar-se na retórica, em sentido romano, do discurso, adaptando-o ao auditório e ao sentido que a narrativa deveria transmitir em cada caso concreto, seja como um discurso motivacional, uma maneira de aplacar ansiedades ou ânimos exaltados, seja mesmo para incitar a revolta do público. Por último, e talvez mais importante, foi a passagem da própria substância desta ferramenta cultural de uma produção de emblemas personificados em ancestrais ou figuras históricas para o processo de argumentar a partir da «autoridade» do personagem emblemático<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> O material historiográfico que dá conta das inovações sofridas pela *exempla* é mais proficuamente encontrado nos documentos datados do período imperial, o que não significa, necessariamente, a inexistência das adaptações e novidades no uso desta ferramenta cultural no período republicano, mas, apenas, que um período foi melhor documentado ou melhor conservado e, portanto, pôde chegar em maior quantidade/qualidade até os dias atuais – vejam-se alegações como a de Plínio, o Jovem, de que (Epístolas, 8.14), de que sua geração sofria por não ter “*exemplos vivos*” (*exemplis docebantur*) como os que se tinha na República (in: LANGLANDS, Rebecca. **Exemplary ethics in Ancient Rome**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 249). De todo modo, faz sentido que a exemplaridade tenha adquirido traços distintivos importantes durante o Império romano pela própria característica dos regimes imperiais e do acúmulo de papéis, inclusive divinos, concentrados na pessoa do Imperador, o que faz com que não haja maior ou melhor exemplo a ser seguido. Sobre esse período, há famosos discursos, anais, textos filosóficos, teatro e literatura sobre o tema da exemplaridade. (v., p. ex., QUINTILIANO, Marco Fabio. **Institutio oratoria**. Disponível em: <[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Quintilian/Institutio\\_Oratoria/home.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Quintilian/Institutio_Oratoria/home.html)>). SENECA. **De Clementia**. (Disponível em <<http://catalog.perseus.org/catalog/urn:cts:latinLit:phi1017.phi014>>), OVÍDIO, Publio Nasão. **Fastos**. GOUVEIA Jr., M. M. (Trad.). Edição Bilíngue. Belo Horizonte: Autêntica, 2015)

<sup>268</sup> Neste tópico, sugiro a leitura de: CICERO, M. T. **De divinatione**. Loeb Classical Library, 1926. Disponível em:

<[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Cicero/de\\_Divinatione/home.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Cicero/de_Divinatione/home.html)>.

<sup>269</sup> O empobrecimento da narrativa, o conceito de experiência (*erfahrung*) e seus desdobramentos na modernidade é tema de Walter Benjamin, especialmente em: BENJAMIN, W. O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: BENJAMIN, W. **Magia e técnica, arte e política**. Obras escolhidas. São Paulo: Brasiliense, 1987.

<sup>270</sup> Estas mudanças ou particularidades não foram, por certo, acontecendo de maneira linear ao longo das eras romanas, nem bem estavam resolvidas de maneira definitiva no nosso período em análise, a República, a qual já uma época bastante conturbada historicamente. Em todo caso, é possível argumentar a partir destas especificidades pois a partir de documentos como os escritos deixados por Cícero, mas também por outros de seus contemporâneos, como Quinto Mucio, seu mentor, ou Marcio Porcio Catão, retratado por Lucano em Farsália (c.a. 61 DC)

É bom destacar que qualquer espécie de mutação do modelo original aqui descrita não traz, até então, nenhum julgamento valorativo; muitos historiadores<sup>271</sup> corroboram a ideia de que, mesmo a diversificação de emblemas ancestrais para outros da contemporaneidade pouco ou nada fizeram em respeito ao caráter aristocrático do *mos maiorum*, da *exempla* e deste processo argumentativo – e mais tarde também político (em sentido estrito) e jurídico: a classe patricia romana jamais abdicou de sua hegemonia política, nem com a *Lei das XII Tábuas*, nem com os Tribunos da Plebe, nem mesmo com a instituição dos *mores*, que pregavam a equidade, mas acabavam por ser identificados com a ancestralidade proveniente daquelas mesmas famílias nobres e, portanto, com seus próprios padrões morais como base da *exempla* romana.

Outro importante detalhe é que, como todo instrumento retórico, não havia, na prática, nenhum impeditivo para que a *exempla* fosse utilizada de maneira depreciativa, irônica ou cômica a uma atitude, traço de caráter ou mesmo ao personagem-emblema em si, o que, especialmente no mundo senatorial, tinha relevantes consequências nas disputas políticas, que também eram uma disputa pela narrativa histórica e por um bom lugar dentro dela – parte do sucesso da exemplaridade foi devida ao espírito competitivo e orientado à vitória que tinham os romanos daquela época<sup>272</sup>. Tampouco havia como impedir que os discursos exagerassem os feitos e as honras de certa personalidade, usando da criatividade para moldar o *exemplum* através de figuras, gestos e ênfases (*colores*).

O fato é que essa diversidade de usos, apropriação política e a tendência a contemplar a aplicação de *exempla* a personagens vivos e modelos individualizados criou um grau de maleabilidade das regras éticas (ou da sua correspondência prática) tal, que um mesmo emblema poderia representar premissas contraditórias entre si, numa espécie de revisionismo em tempo real, que contribuía para este ambiente de constante tensão entre a clareza da ordem prática da *exempla* tradicional e a

---

<sup>271</sup> v. BLOM. Henriette van der. **Cicero`s role models**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 12, nota 1.

<sup>272</sup> Em *De Oratore* (1.23), Cícero provoca: “Não é que eu despreze o que os mestres e professores de oratória gregos nos legaram, mas, como tais escritos são acessíveis e estão ao alcance de todos, não podendo, por meio de minha tradução, ser explicados com maior ornato ou expressos com maior clareza, acredito que me concederás a licença, meu irmão, de colocar acima dos gregos a autoridade daqueles a quem nossos conterrâneos concederam a suprema excelência na oratória” (SCATOLIN. A. CÍCERO, do orador 1.1-23. **Translatio**, n. 12. Porto Alegre, 2016, p. 180).

«indeterminabilidade» da *exempla* referenciada no contemporâneo<sup>273</sup>. Una-se a isso o argumento de que há, por volta desta época histórica, um momento de suplantação (ou ao menos coexistência) cultural do que poderíamos chamar de adjudicação de legitimidade pela História por uma concessão de legitimidade por autoridade. E os magistrados foram uma classe especialmente beneficiada com este giro.

Na República romana, magistrados eram eleitos pelo povo<sup>274</sup> e este processo, com era de se esperar, edificou-se sob uma forte influência das campanhas eleitorais, as quais, com o tempo, passaram a protagonizar narrativas cuidadosamente persuasivas de seus valores, coragem e intelecto, que iam mais além das aptidões de ofício, mas tinham como finalidade heroicizar o magistrado, elevando feitos pessoais e virtudes comunitárias à baila do escrutínio público para comprovar a exemplaridade da «pessoa» do magistrado e não apenas do magistrado como funcionário público<sup>275</sup>. Esta prática fez com que a oratória eleitoral da magistratura condensasse a dupla função de narrativa eleitoral e *exempla*, o que significa, por extensão, a consubstanciação do magistrado como *exemplum*<sup>276</sup>, alguém a ser imitado, possuidor da «autoridade moral e prática» para ser um emblema de correção das condutas humanas.

Já mencionei, a partir de Cícero, que a organização político-jurídica da Roma republicana prestava diferenciação entre *potestas*, *imperium* e *auctoritas*. De maneira simples, todos os magistrados possuíam *potestas* (suas ordens deveriam ser cumpridas), alguns magistrados possuíam *imperium* (neste caso, algo como uma soberania, especialmente ante outras linhas de magistratura, para praticar, por exemplo, atos de guerra), e somente o Senado possuía *auctoritas* (a autoridade final

<sup>273</sup> cf. LANGLANDS, Rebecca. **Exemplary ethics in Ancient Rome**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018 e BLOM, Henriette van der. **Cicero's role models**. Oxford: Oxford University Press, 2010. A primeira afirma de forma direta que esta tensão entre clareza e indeterminabilidade não prejudica, senão mesmo contribui para a sedimentação da *exempla* como tradição romana. A segunda passa pelos exemplos sem emitir opinião direta sobre este tópico em específico.

<sup>274</sup> Para um mandato de um ano, prorrogável em especiais situações.

<sup>275</sup> LUSHKOV, Ayelet Haimson. **Magistracy and the historiography of the roman Republic: politics in prose**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, especialmente pp. 96-106.

<sup>276</sup> cf. SIVONEN, P. Being a roman magistrate: office-holding and roman identity in late antique Gaul. **Bibliotheca Historica**, n. 101. Helsinki: Suomalaisen Kirjallisuuden Seura, 2006, especialmente o cap. 6. Os casos descritos estão ubicados na antiga região da Gália durante o domínio romano, mas refletem com boa similaridade o que pode ter acontecido na Cidade e com seus magistrados, além de usar os cânones nacionais romanos ou as virtudes ciceronianas em sua versão da *exempla*.

sobre as decisões judiciais, criação legislativa e interpretações<sup>277</sup>). Contudo, argumento, é possível vislumbrar que a popularização do magistrado como *exempla* e a sua conseqüente qualificação para representar emblematicamente o *mos maiorum* conferia-lhe, ao menos popularmente (e, com o tempo, culturalmente), a autoridade (*auctoritas*) para, sendo ele próprio um, estabelecer os «precedentes» de sua prática judicante e utilizá-los como base para os julgamentos que emitirá durante seu mandato, além de dar aparência de lei àquilo que produzia no âmbito da técnica, i.e., as «fórmulas processuais». A chave para entender a exemplaridade romana é a repetição, e nesta fase de irrestricção em que se fazia uso panaceico desta ferramenta cultural, o repetitivo apelo à *exempla* nas orações dos jurisconsultos e na *ratio* dos magistrados legitimou popularmente a busca, utilização e obediência à repetitividade das decisões judiciais.

Na sua própria incursão sobre o direito romano para buscar as origens do estado de exceção, ou, melhor dizendo, para buscar um paradigma do estado de exceção na Antiguidade romana, Agamben<sup>278</sup> destaca a importância da *auctoritas* na organização dos poderes em Roma e como esta especial forma de autoridade, confundida (des)propositadamente pela romanística com a comum *potestas*, remete a uma fenomenologia jurídica ampla e variada, que simboliza, em síntese, desde a autoridade do pai sobre o filho impúbere (ou seja, relativo ao *pater* e suas prerrogativas), no direito privado, quanto, na esfera pública, ao poder de sanção, de determinar que se cumpra ou que se suspenda uma ordem, ainda que quem a houvesse ordenado o tivesse feito a partir de sua potestade.

Em outras palavras, a *auctoritas* é o poder que confere legitimidade e que ademais contém a força para produzir alguma coisa a partir de si mesma; como a cultura greco-romana não conhecia, então, a criação *ex nihilo*, “a *auctoritas* não se basta[va] a si mesma: seja porque autoriza, seja porque ratifica, supõe uma atividade

---

<sup>277</sup> Autoridade é a característica daqueles que podem institucionalizar um costume em forma de lei, os chamados “norm-givers”. É a estruturação do direito como instituição segundo MacCormick (v. MACCORMICK, N. *Institutions of law*. Oxford: Oxford University Press, 2007). Retornarei a este autor mais adiante.

<sup>278</sup> AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, durante todo o cap. 6.

alheia que ela valida”<sup>279</sup>, de modo que os dois elementos, *auctoritas* e *potestas*, conformariam-se num binômio biopolítico, dentro do qual a *auctoritas* é o elemento anômico e metajurídico<sup>280</sup>. Em um léxico montaigneano, a *auctoritas* é a instância que legitima a força coercitiva do *ius* (*potestas*) como a «violência da autoridade», exercida em conformidade com determinados (*mos maiorum*) *standards* de justiça e equidade, pois que tudo que é forte tem que ser também justo e a justiça deve ser mais forte que tudo.

O que, entretanto, foge ao escopo de sua análise, e que gostaria de argumentar aqui, é que enquanto a *auctoritas*, mesmo quando não confundida com a simples *potestas*, costuma ser investigada no âmbito político em sentido estrito, executivo, a partir do governante – imperador, rei, ditador, presidente etc. –, especialmente pela sua característica substancial de elemento normativo para consecução do estado de exceção, seja nos moldes clássicos apresentados por Schmitt, seja na versão exasperada pela biopolítica agambeniana, é possível, ainda, associá-la a uma espécie de identidade originária, no direito romano, de outra *persona* a partir da qual a *auctoritas* parece ser manifestada, do mesmo modo aliada à *potestas*, mas desta feita contextualizada pela atividade (judicante ou não) do magistrado<sup>281</sup> da República romana.

A hipótese é que o papel do juiz, que exercia uma rica gama deles e para os quais empregava uma diversidade igualmente rica de manifestações de poder, foi um dos que mais sofreu alterações relacionadas diretamente a traços culturais contrastadamente particulares à Antiguidade romana e à disputa pela «personificação»<sup>282</sup> da autoridade sobre os assuntos mais relevantes da República tardia, fomentada pela sua ascensão à qualidade de emblema da exemplaridade social.

---

<sup>279</sup> MAGDELAIN, 1990 apud AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 118.

<sup>280</sup> AGAMBEN, op. cit. p. 130.

<sup>281</sup> Agamben, ao tratar do tema, está investigando o *iustitium*, suspensão da lei ou “vazio judicial” em que era possível, inclusive, declarações de morte e execuções sem o devido processo legal, autorizado através do *Senatus consultum ultimum* a partir da *auctoritas* senatorial. Embora as “medidas excepcionais” possam ser realizadas pelos magistrados, a hipótese de Agamben é de que o poder para realiza-las advém não da concessão de nenhum poder especial a eles, mas da própria suspensão das leis que proibiam que o fizessem. AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 75).

<sup>282</sup> A luta pelo poder foi a força motriz que talhou toda a da República romana, seja em referência ao poder militar, com as guerras, seja internamente, entre patrícios e plebeus ou seja no interior destas próprias castas, pela concentração ou mesmo personificação de prerrogativas políticas, numa disputa de poder para comandar e determinar os rumos da experiência republicana.

No caso do *ius* romano, essas alterações sobre a imagem de quem julga e sobre os limites possíveis de seus julgamentos parecem ter se tornado uma característica distintiva da magistratura que subsiste e persiste controversa desde aí e na contemporaneidade – pensemos, por exemplo, na confusão das expectativas, no imaginário contemporâneo, digladiando-se entre o requisito republicano de um juiz imparcial, ao mesmo tempo que o considera o último bastião da justiça dentre todas as instituições e atores possíveis. Este, porém, é um tópico para mais adiante.

Há um forte impulso do magistrado republicano em direção à *auctoritas*<sup>283</sup>, em parte porque a magistratura era um primeiro passo em direção à carreira política cujo ápice era o Senado; mas, ademais disso, parece que a atividade jurisdicional, acima de todas as outras, percebendo a enorme vantagem que significava o monopólio de uma jurisdição, pela primeira vez insubmisso à mística sacerdotal, tomando o lugar que antes havia sido ocupado autocraticamente pela realeza (tendência que retornaria com o Império), viu na técnica um poderoso instrumento para um empreendimento que, milênios depois, estaria legado na configuração do Judiciário como um poder paritário e independente nos sistemas republicanos atuais.

Era necessário, porém, um ajustamento à narrativa pública sobre apropriação e submissão à ordem jurisdicional e isso foi possível através da utilização de modelos culturais suficientemente aceitos e legítimos para convalidar os modelos jurisprudenciais que, ao fim, formariam o suntuoso “edifício do direito processual”<sup>284</sup> hoje conhecido. Da mesma maneira que o *mos* possuía a *auctoritas* dos *maiores* e os senadores conquistavam sua *auctoritas* pela *nobilitas* – ambas as quais originalmente derivavam sua legitimidade de um componente divino arcaico que representava o

---

<sup>283</sup> “É como se a suspensão da lei liberasse uma força ou um elemento místico, uma espécie de mana jurídico [...] de que tanto o poder quanto seus adversários, tanto o poder constituído quanto o poder constituinte tentam apropriar-se” (Ibid, p. 79). No contexto tardorrepublicano, o poder constituinte é exercido por aqueles que têm

<sup>284</sup> Expressão de Agamben (AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 63).

poder dos deuses (*numen*)<sup>285</sup> –, os magistrados precisavam de uma fonte de legitimidade se quisessem emular a *auctoritas* em seu ofício, que acabaram por capturar, conscientemente ou não, através da legitimidade que lhes fora concedida pela *exempla*.

Há vários sintomas processuais de emulação prática da *auctoritas* pela atividade jurisdicional; independentemente da anuência dos concílios ou mesmo da bênção senatorial – que nos é indiferente para os fins desse argumento, já que, sendo concedida instrumentalmente pelo Senado ou cativada por alçagem da cultura popular, qualquer emulação de *auctoritas* exercida por magistrado republicano, em Roma, será uma «*auctoritas ad hoc*» jamais concedida institucionalmente como tal – mas, dentre eles, gostaria de sublinhar dois em específico: (1) a prerrogativa conquistada pelos pretores de promulgar edito com o *corpus* das fórmulas que teria a intenção de utilizar durante seu mandato, as quais, uma vez editadas, incorporavam-se ao *ius* – Cícero, um ferrenho crítico da heterodoxia da hierarquia entre magistrados e Senado, como já disse, chegou a equiparar a força normativa destes editos a uma espécie de *lex annua* e até mesmo à *Lei das XII Tábuas*<sup>286</sup> – para gozar de «força de lei», prerrogativa esta que também lhes concedia “inovar” em matéria de *actiones*, e (2) a cristalização do sistema de precedentes jurisprudenciais, cuja tradição tomava corpo nesse mesmo momento, entre os séculos II e I a.C.<sup>287</sup>, e que, explorando a tendência geral do direito romano em privilegiar tradição/exemplaridade sobre leis e

---

<sup>285</sup> “laetus mox praeside viso: ‘salve, magnorum proles genitorque deorum, auditum longe **numen** mihi nunc mea felix, nunc veneranda palus, cum te prope nosse tuumque immortale iubar vicina sede tueri concessum” – “Então, encantado ante a visão de um guardião, ele disse: ‘Bem-vindo, prole e antepassado de deuses poderosos, eu tenho ouvido sobre seus **poderes divinos** desde longe. Agora meu pântano é afortunado, agora será venerado, desde que me foi permitido conhecer seu imortal esplendor de perto e vigiar a vizinha morada.” (Stat. Silv. 1.1.73–78 in: LANGLANDS, Rebecca. **Exemplary ethics in Ancient Rome**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 243) – tradução e grifo meus.

<sup>286</sup> É impossível comparar o poder das magistraturas singulares, mesmo entre aqueles que possuíam imperium, com a composição colegiada de um decenvirato, o que significa que o edito «individual» é uma inovação quanto à força de lei dos editos pretorianos.

<sup>287</sup> SCHIAVONE, Aldo. *Ius: l’invenzione del diritto in Occidente*. Nuova Edizione. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2017, p. 167-168. Note-se que, durante as últimas centúrias antes da virada do calendário cristão, a influência das magistraturas cresce para logo decrescer por força do inchaço do poder político e, conseqüentemente, das competências senatoriais, prenunciando o enfim desmantelamento da República. É este momento, pinçado de um processo histórico altamente complexo, a que esta análise se refere, do contrário, seria improvável uma generalização com qualquer função analítica.

estatutos<sup>288</sup>, aproveitava a vulgarização pela relativização do *mos maiorum*<sup>289</sup> para firmar-se como fonte legislativa, argumentativa e de esclarecimento principiológico para os magistrados, o que consistia, ao fim e ao cabo, em verdadeira regra formuladora de suas decisões judiciais.

Para o primeiro caso, gostaria de citar o exemplo das *actiones utiles* ou *actiones in factum*, espécie de ação adaptada a um caso concreto não enquadrado em *lex*, edito ou fórmula anterior, justificada pela sua “utilidade” em dizer a justiça (ou equidade, no caso romano) “natural” quando falhasse a civil<sup>290</sup>. O caso do escravo, citado por Ulpiano<sup>291</sup>, é bastante revelador: imaginemos que um escravo, contemplando a liberdade depois da morte do seu senhor, adulterara-lhe o testamento para subtrair bens hereditários antes de que fosse feita uma partilha, contando com não poder ser enquadrado em nenhuma *actio* patrimonial/possessória entre escravos e seus donos, já que logo mais seria um homem livre. Ora, Ulpiano argui, é apenas de uma “equidade natural” que se garanta contra este escravo uma “ação útil” e os valores subtraídos possam ser ressarcidos (em dobro!), pois que “é certamente justo por natureza que não fique impune quem demonstrou a maior audácia”<sup>292</sup>.

À parte a clara tendência a um direito natural que começa a despontar durante o Império e atravessa toda a tradição romanística, este caso demonstra que uma *actio utilis* seria uma adaptação da forma-meio para se chegar à razão «finalística» da prestação jurisdicional, que é de assegurar a equidade entre as partes. Contudo, percebamos, a *lex* romana não oferece o conceito jurídico de equidade nem inscreve os elementos legais que seriam identificáveis como tal, já que esta era uma tarefa para a tradição, para os costumes e a ancestralidade, representados pelo *mos maiorum*. Entre a relativização do código ancestral, em grande medida produzida pelos novos usos da

<sup>288</sup> BLOM, Henriette van der. **Cicero`s role models**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 12.

<sup>289</sup> Já vimos as linhas gerais desse processo (*supra*)

<sup>290</sup> Para outros usos e detalhes processuais sobre a *actio utilis*, v. SOTTY, R. **Recherche sur les utiles actions: la notion d`action utile en droit romain classique**. Grenoble: Service de reproduction des thèses de l`Université des sciences sociales de Grenoble, 1977.

<sup>291</sup> Embora esteja apreciando o caso no contexto do Império, seu exemplo nos serve sem anacronismos, pois revela uma prática iniciada desde a República. (v. SCHIAVONE, A. Ius: **l`invenzione del diritto in Occidente**. Nuova Edizione. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2017, p. 772-773).

<sup>292</sup> Tradução livre: “e certo è equo per natura che non resti impunito chi ha dato prova di maggiore audacia” (SCHIAVONE, A. Ius: **l`invenzione del diritto in Occidente**. Nuova Edizione. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2017, p. 722)



*exempla*, junto à relativização da própria ancestralidade e da legitimidade que ela encapsula, associadas, ainda, à relativização da própria técnica processual para agir «além» da fórmula, sobra para o magistrado a tríplice prerrogativa de dizer o princípio, dizer a previsão legal e, por fim dizer o direito, produzindo, num único ato “heroico”, juízo sobre «forma», «conteúdo» e «limites» do *ius*.

Já em relação aos precedentes, pensados inicialmente como uma classe de *exempla* para o uso jurídico e legitimados por uma mesma origem cultural comum – i.e., a ideia de que há um conhecimento prático que deve ser estudado, imitado e usado como modelo para práticas futuras –, estes parecem representar o ponto extremo desse processo de “apropriação”<sup>293</sup> de parte da *auctoritas*, então exclusiva do Senado, ou ao menos de seu “espírito”<sup>294</sup>, para ser assignada à pessoa do magistrado romano.

A força dos precedentes (frutos de *ratio* ou *responsa* anteriores, mas também em grande medida influenciados pelos discursos e orações) pode ter sido drenada da própria *lex* e do seu enfraquecimento frente ao contínuo câmbio do uso de regras estatutárias pelas formas costumeiras da exemplaridade, que, neste momento, estavam em grande medida despregadas da ancestralidade e distantes do conservadorismo do *mos maiorum*. A manipulação político-jurídica da argumentação pelo exemplo culminou, no limite, em uma série de comportamentos singulares, atípicos e violentos fossem, por repetição, alçados à qualidade de costumes<sup>295</sup>, fundando emblemas e fundamentando decisões com alto grau de excepcionalidade, o que também significou uma constelação de precedentes legais pouco afeitos ao republicanismo e às premissas de generalidade e abstração que inauguram esta forma de governo tão determinante da antiguidade romana e que serviu de inspiração para tantas outras repúblicas modernas. Mas isto não foi o mais notável.

---

<sup>293</sup> Escrevo entre aspas porque, para além da especulação, não é possível, com as evidências históricas utilizadas neste estudo, determinar se este foi um processo autônomo, resultado das correlações de força política e tensões sociais que marcaram um momento da história do povo romano especialmente desafiador, que produziu tanto um vasto material teórico em filosofia, retórica, direito etc., como também foi palco de experimentos práticos grandiosos como o próprio modelo republicano, as expansões territoriais e a multiculturalidade, ou se a magistratura romana agiu comissivamente no intuito de sequestrar para si parte da *auctoritas* senatorial. A melhor aposta histórica é que tenha sido uma mescla de todos estes fatores, contudo, com o recaimento de ênfase no último.

<sup>294</sup> Descartando, aqui, qualquer leitura anacrônica. Nesse contexto, *spiritus* significava paixão, vigor, uma essência fundamental que dá vitalidade divina ou ancestral a assuntos humanos.

<sup>295</sup> LOWRIE, M. Sovereignty before the law: Agamben and the roman Republic. In: **Law and Humanities**, n. 1, 2007, p. 33.

Há várias possibilidades de análise casuística<sup>296</sup>, todavia, o que perpassa todas elas – e, para este argumento, é de uma centralidade absolutamente necessária –, é a constatação da escolha por um uso «deliberado» de elementos argumentativos que caracterizava a exemplaridade no universo jurídico romano, arguida como precedente para decisões judiciais, mas também para edição de lei ou sua interpretação, de modo a causar ambiguidade ou dubiedade na narrativa de um *exemplum*. O intuito disto, é bom aclarar, era deixar em aberto o sentido que lhe se queria atribuir<sup>297</sup> e, portanto, suas aplicações futuras para que, no fim das contas, um bom orador pudesse argui-lo para instruir por precedente virtualmente qualquer demanda, caso em que o mesmo precedente ou *exemplum* poderia ser usado em favor de argumentos definitivamente opostos.

Por certo, um paradigma (moral, cultural, jurídico) não deve ser entendido estruturalmente como um dogma, um engessamento das práticas dele derivadas ao ponto da imobilidade; contudo, a tendência à particularidade e a linguagem propositalmente imprecisa, tendendo à contradição, para causar uma dissonância cognitiva a ser explorada posteriormente por um jurista ou magistrado com “bom”

---

<sup>296</sup> Sugiro, dentre muitas, o caso da *manubiae*, uma espécie de espólio de guerra devido a soldados, generais e até magistrados com imperium – durante o Império, também a senadores e ao próprio Imperador – e todo o imbróglio envolvendo o direito de retenção, a distribuição, o emprego em obras e monumentos públicos e a prestação de contas sobre estes tesouros espoliados de povos conquistados pelos romanos. Em linhas gerais, apropriação ilegal da *manubiae* (ou *praeda* ou *pecuniae resudiae* ou *aurum coronarium*, há muita dissensão neste tópico) foi interpretado, entre outros, como crime de *peculatus*, *repetundae*, ou, genericamente, *male gesta re publica*, numa «indeterminação» envolvendo precedentes e também a legitimidade de leis em relação aos mos, que remete também a outro caso envolvendo a indeterminabilidade da *exempla* e a arbitrariedade do uso dos precedentes legais: o caso dos irmãos Graco, observado a partir dos discursos de Cícero – em *De Lege Agraria*, por exemplo, em 2.10-15 (CICERO, M. T. **De lege agraria orationes**. Disponível em:

<<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/legagr.shtml>>; ou no próprio **De Legibus**, *passim* (CICERO, M. T. **De legibus**. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg3.shtml>>). A este respeito, cf. BONA, F. Sul concetto di “manubiae” e sulla responsabilità del magistrato in ordine alla preda. In: **Studia et Documenta Historiae et Iuris**, n. 26, 1960. BAUMAN, R. A. **Lawyers in roman Republic: a study of the roman jurists in their political setting, 316-82 BC, n. 75-77**. Munique: C.H.Beck, 1983. CHURCHILL, J. Bradford. Ex qua quod vellent facerent: roman magistrates' authority over praeda and Manubiae. In: **Transactions of the American Philological Association**, vol. 129. The Johns Hopkins University Press, 1999. SHATZMAN, I. The roman general's authority over booty. In: **Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte**, vol. 21, n. 2, 1972. Sage, E. T. Cicero and the agrarian proposals of 63 B.C. in: **The Classical Journal**, vol. 16, n. 4, 1921.

<sup>297</sup> Por exemplo, Cícero referiu-se a um de seus desafetos «velados» através do termo *monstrum*, que pode significar tanto “monstro” quanto “magnífico”. (CICERO, M. T. **The speeches of M. Tullius Cicero against Catiline and Antony and for Murena and Milo**. BLAKISTON, H. E. D. (trad.). London: Oxford Trinity College, 1894. Disponível em: <[https://archive.org/stream/thespeechesofmtu00ciceuoft/thespeechesofmtu00ciceuoft\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/thespeechesofmtu00ciceuoft/thespeechesofmtu00ciceuoft_djvu.txt)>.

uso da retórica, é bastante para denotar a frustração do ofício mesmo de um paradigma, a de um farol interpretativo e de ação em volta do qual se movem os argumentos e as razões. Assim, um precedente poderia ser considerado como tal em relação a um caso atual quando apresentasse elementos narrativos similares (se passava no campo, era noite, uma família com cinco membros foi envolvida...) mesmo se tratando de situações jurídicas distintas, ou representando uma máxima moral diversa entre eles. Da mesma maneira, um precedente assemelhado em todas essas características poderia ser descartado como tal em relação a um caso atual, a partir de elucubrações sobre, por exemplo, características pessoais dos personagens, irrelevantes para o assentamento do juízo, mas que descredenciariam o elemento emblemático e repetitivo do *exemplum* como precedente<sup>298</sup>.

Enfatizando esse processo a partir das declamações de Cícero<sup>299</sup>, é possível supô-las como uma forma de «discurso mitológico»<sup>300</sup> com base no qual é possível inferir, por sua estrutura repetitiva, narrativa e remissiva à tradição, os usos jurídicos da exemplaridade no campo dos precedentes legais. Dessa maneira, a partir da renegociação dos paradigmas tradicionais, ancestrais ou divinos, legitimada pela “alta autoridade” (*summa auctoritas*) concedida pela “sanção social” (*potestas*) a esta classe de razoamento ou de processo de justificação, romanos promoveram uma espécie de “naturalização da arbitrariedade”<sup>301</sup> ao deslocar a então arbitrariedade da argumentação pela *exempla* ao campo da argumentação jurídica. Conquanto fosse possível, pela persuasão retórica ou pelo apelo social dos argumentos, seria justificável e socialmente legítima uma *ratio*, ainda que esta repousasse sobre paradigma algum, somente em particularismos, casuísmos e outras formas de contemporização.

---

<sup>298</sup> Para descrições deste estilo argumentativo, cf. URBAN, D. C., **The use of exempla from Cicero to Pliny the Younger**. Publicly Accessible Penn Dissertations, 2011. Disponível em: <<https://repository.upenn.edu/edissertations/591/>>

<sup>299</sup> Histórias sem estrito compromisso histórico que, por repetição e utilizando-se fartamente de elementos retóricos na escolha das palavras, rima e métrica, gesticulação e dramaticidade, carregavam uma mensagem ou fazia parte do treinamento à oratória, as quais, na subcategoria da controvérsia era utilizada para treinar argumentação contrária e favorável a julgamentos em regra fictícios. Declamações passaram a ser usadas para além do treino, nas práticas jurídicas romanas.

<sup>300</sup> BEARD, Mary. Looking (harder) for Roman myth: Dumézil, declamation and the problems of definition, in: GRAF, F. (ed.), **Mythos in mythenloser Gesellschaft. Das Paradigma Roms**. Colloquium Rauricum 3. Stuttgart/Leipzig, 1993, p. 62.

<sup>301</sup> Ibid., p. 62.

Esta é uma realidade passada, que poderia ter menos significado crítico se não tivesse envelhecido tão bem: hoje, milênios passados dessa raia, a teoria jurídica e a filosofia do direito continuam debatendo-se para compaginar a moldura legal e legitimidade do sistema dada pela técnica com a necessária intelecção, por vezes criativa, do magistrado, tudo isso em uma decisão que reflita, ao máximo, critérios gerais de justiça, ou ao menos que seja relevante do ponto de vista pragmático. Cícero, personagem que nos acompanha nesse percurso à República romana – ao final do qual a história se converte em filosofia da história e os marcos nos servem como metodologia para uma crítica da decisão judicial –, acreditava que “de tudo que se agita na disputa dos homens doutos, nada é realmente mais importante do que ficar claro que nascemos para a justiça, e que o direito não foi constituído por opinião, mas por natureza”<sup>302</sup>, mas ele mesmo também considerava que a «*res iudicata*», a coisa julgada, dada pela interpretação judicial da lei, incorporava-se ao direito civil, sendo-lhe semelhante em tantos aspectos, que se converteria em fonte do direito<sup>303</sup>.

Há muitas consequências relevantes a partir dos usos da exemplaridade no campo da decisão judicial, e há divergências sobre o alcance da força vinculante dos precedentes legais<sup>304</sup>, mas parece haver relativo consenso sobre dois pontos principais: que a exemplaridade é a base cultural sobre a qual se constrói o sistema de precedentes legais (considerados, em sentido amplo, como os dispositivos das decisões dos magistrados mas também como as *responsas* dos jurisconsultos) e que, no campo legal, esta espécie de argumentação foi transfazendo-se em particularismos e reduções carismáticas, ao extremo de referir nada mais que a opinião, convicção ou interesse do magistrado, soterrada sobre várias camadas de aparente *sapientia* e *prudentia* e

---

<sup>302</sup> “Sed omnium quae in hominum doctorum disputatione uersantur, nihil est profecto praestabilius, quam plane intellegi, nos ad iustitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse ius.” (CICERO, M. T. **De legibus**, 1.10.28. Disponível em:

<<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg3.shtml>>) – tradução livre.

<sup>303</sup> CICERO, M. T. **De legibus**, 1.10.28 e segs. Disponível em:

<<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg3.shtml>>).

<sup>304</sup> Para uma opinião contrária, v. HARRER, G. A. Precedent in Roman Law G. A. in: **Studies in Philology**, v. 19, n. 1, 1922, em interlocução com a opinião antagônica de HOLLAND, T.E., *The elements of Jurisprudence*, 12 ed. London: Oxford University Press, 1950. Ainda que a maioria de suas conclusões baseiem-se nas compilações de Justiniano e datem, como marco mais antigo, apenas a partir do império, há alguma confrontação com a República através dos escritos de Cícero, pelo que, argumenta, é possível estendê-las para o ius republicano. Sobre a ressalva da imprecisão das fontes históricas sobre a Roma Republicana e a consequente contextualização com opiniões glosadas e sobrepostas as estas fontes, v. METZGER, E. Roman judges, case law, and principles of procedure. in: **Law and History Review**, vol. 22, n. 2, 2004.

legítimas majoritariamente pela autoridade<sup>305</sup> da qual a pessoa do magistrado estava imbuída – tanto o é, que o produto deste tipo de atividade ganhou nomenclatura própria, *ius honorarium*, derivado do *honor* (cargo) de magistrado, e a prerrogativa de «corrigir» o *ius civilis*, legitimando, assim, a *viva vox iuris civilis*, a «viva voz do direito»<sup>306</sup>

Com os contornos de casuísmo que a *exempla* romana passava a convalidar, aliados à crescente relativização do paradigma do *mos maiorum*, à incorporação ao *ius* da justiça e da verdade (*iuris prudentia*) capituladas pelo razoamento privilegiado dos magistrados e a dependência, cada vez maior, da oratória e da opinião pública em detrimento de uma lógica argumentativa rigorosa e coerente nas decisões<sup>307</sup> dos magistrados, não é desacertado considerar que o direito romano, mesmo com o aprimoramento de uma técnica processual avançada, a elaboração de leis escritas e a adoção de um paradigma interpretativo para a aplicação dessas leis, experimentou, especialmente a finais da República, um considerável giro ao «decisionismo», incerteza e insegurança jurídicas a acirrar ainda mais as fraturas entre poder popular e hegemonia aristocrática, mas não só entre eles: a plebe parece ter sofrido derrotas fundamentais dentro de seu próprio campo, se pensarmos que, destituídos do poder sobre suas próprias narrativas, cujo *logos* passava a ser a disputa política e a linguagem passava a ser a aquela da *iuris dictio*, que lhes eram esses indomados e alheios territórios, mesmo com as conquistas de acessibilidade por origem<sup>308</sup>, significativas porém acompanhadas de uma também significativa escada da violência de que

---

<sup>305</sup> Minha hipótese é que esta autoridade não era apenas a potestade concedida, por poder popular, aos magistrados, e sim, uma espécie de auctoritas ad hoc concedida também pelo poder popular, através do assentamento cultural das suas práticas de autoridade. Seria preciso uma investigação mais aprofundada, com pesquisa documental da realidade de então e empírica da realidade atual para que fosse possível afirmá-la com o devido rigor científico, mas as evidências colhidas nesse estudo permitem o levantamento da questão como linha interpretativa possível.

<sup>306</sup> “Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis” (Marciano, D. 1.1.8 in: SANDARS, Thomas Collett. *The Institutes of Justinian: Corpus juris civilis. Institutiones*. London, New York [etc]: Oxford University, 1922, p. 417. Disponível em: <<https://archive.org/details/institutesjusti00walkgoog/page/n446>>). cf. ZWALVE, W. J. *The equity of the law*. In: ZWALVE, W. J., KOOPS, E. (eds.) **Law and equity: approaches in roman law and common law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 20.

<sup>307</sup> E, aqui, é importante ressaltar que as decisões dos magistrados com *imperium* não se limitavam à ratio em um processo judicial nem às fórmulas que guarneciam a técnica processual romana, mas também uma série de outras decisões, políticas, dentre as quais estava, inclusive, deter conspiradores e declarar alguém como *sacer* e proceder à sua execução. (v. LINDOTT, A. **The constitution of the roman Republic**. New York: Clarendon Press Oxford, 1999, p. 31)

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 39.

camponeses, pequenos comerciantes, artistas, mulheres e estrangeiros eram vítimas preferenciais<sup>309</sup>.

Nos países em que prevaleceu a tradição do *common law*, esta tendência observada no direito romano parece ter sido um ponto de partida importante (a estrutura tripartite *ius gentium, ius naturale, ius civile*) para a formulação das suas técnicas judiciárias, que aliava a familiaridade dos costumes à segurança de (mínimas) leis escritas. Especialmente a partir alto Império e dos rudimentos do constitucionalismo de Justiniano, começava a se delinear o sistema de precedentes similar a de democracias consuetudinárias contemporâneas<sup>310</sup>, conquanto a própria romanística já procurava solucionar as vicissitudes do sistema de precedentes, neste momento já definitivamente autonomizados em relação à *exempla* – “nos casos em tenha sido estabelecido algo contrário ao princípio legal, não podemos seguir a regra da lei do que foi estabelecido” (Dig., 1.3.15)<sup>311</sup> –, ainda que firmemente ancorados na autoridade dos costumes imemoriais – “em quaisquer casos em que não há leis escritas, a regra que deve ser observada é a que prevaleceu pelo uso e pelo costume” (Dig. 1.3.32)<sup>312</sup>.

Na tradição continental e em suas colônias, por outro lado, o sistema é o escrito, legal, de normas gerais e abstratas e decisões sob o monopólio estatal. Não houve miscigenação de tradições, o que significa dizer que não há que se falar em sistema misto, ao menos no Brasil – temos parca menção aos costumes na Constituição Federal, que, no rol de proteção aos povos originários, elenca a preservação de seus costumes (art. 231), na legislação ordinária civil, em regra, apenas para denotar aquelas ações que contrariam genericamente os “bons costumes” (e.g., arts. 13, 187, 1.336, IV) e a legislação penal já aboliu a infamosa rubrica dos “crimes contra os costumes” que designava toda classe de crimes contra a dignidade sexual. Costumes são considerados

---

<sup>309</sup> Ibid., p. 32.

<sup>310</sup> v. DUXBURY, N. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

<sup>311</sup> “We cannot follow a rule of law in instances where there has been a decision against the ratio juris”. (JULIAN. **The Digest of Justinian**. WATSON, A. (trad). Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998, p. 12.)

<sup>312</sup> “What ought to be held to in those cases where we have no applicable written law is the practice established by customs and usage” (Ibid., p. 13)

fontes do direito apenas na literatura jurídica<sup>313</sup>, mesmo na qual não possuem nem remotamente o *status* de que gozam no sistema dos comuns.

Se Arendt estiver correta – e Agamben acredita que sim<sup>314</sup> –, toda obscuridade e contradição na tradução e passagem histórica do termo *auctoritas* pode explicar o porquê de sistemas filiados à *civil law* parecerem inadvertidamente recorrer a expedientes típicos da tradição anglo-saxônica, particularmente no uso “solto” da expressão “jurisprudência”, em especial quando se trata da figura do magistrado e suas funções, mesmo sem o aporte principiológico com o qual os sistemas consuetudinários costumam delimitar tais funções. E mesmo nestes casos, a atuação dos magistrados e a validade geral dos atos jurídicos que pratica são acompanhados com interesse, sempre renovado, da teoria jurídica.

Em particular, parece-me razoável que a instituição, ainda que oficiosa, de uma *auctoritas* “popular” através da consideração do magistrado como *exempla* possa ajudar a traçar algo como uma genealogia da “ambiguidade mítica”<sup>315</sup> que envolve a autoridade do juiz no imaginário popular dessas colônias e a dificuldade em se definir claramente os limites e estabelecer critérios de análise para sua atuação, mas seguir por essa discussão entraria no campo da conjectura, já que precisaríamos de dados de que não dispomos aqui. O certo é que, em geral – e não só em relação ao magistrado mas também para ele –, a confusão entre *auctoritas* e *potestas* fez com que convergissem para um conceito comum, o de soberania, o que originou “inconsistência filosófica da teoria moderna do Estado”, a qual “não é apenas acadêmica, mas está inscrita no processo real que levou à formação da ordem política moderna”<sup>316</sup>

Com isso, o que persiste como assunto até hoje e transversalmente em todas as tradições jurídicas ocidentais e suas conformações, deriva de uma discussão sobre

---

<sup>313</sup> Betti ainda estressa a diferença entre costumes e opinião, e adverte sobre aplicar indistintamente os costumes conduz contrariamente à *ratio juris*. (BETTI, E. **Teoría de la interpretación jurídica**. BLANCO, A. V. (trad.). 3 ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015, s/n. – Kindle Edition).

<sup>314</sup> ARENDT, 1961 apud **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 115-116.

<sup>315</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 77.

<sup>316</sup> FUEYO, 1968 apud AGAMBEN, op. cit. p. 116-117.

soberania: a distinção entre *law-making houses* e *law-preserving courts*<sup>317</sup>, a parte do Estado que deve editar as leis e a sua contraparte que deve preservá-las, que gera imediatamente a pergunta sobre como formular a melhor decisão judicial em termos de uso racional da técnica jurídica mas que também contenha conteúdo dispositivo lógico e argumentativamente racionais e que sejam, ao fim, decisões dotadas de efetividade prática.

Dado que os diálogos de Cícero não revelam o direito da República romana necessariamente como ele era, mas é a sua formulação doutrinária para um direito romano ideal, não nos seria útil buscar evidências sobre o grau de efetividade de suas máximas, inclusive pelo fato de que este período da construção da técnica do *ius* e da própria política romana, ao mesmo tempo que sugere compor uma narrativa histórica densa e complexa, chega à contemporaneidade de maneira fragmentada, enviesada e pouco unânime. Em todo caso, é relevante que, desde as primeiras experiências do direito tido como marco inicial de uma tradição da qual, contemporaneamente, somos tributários, durante toda sua evolução histórica e mesmo no estado da arte da, enfim, “ciência do direito”, possamos identificar o esforço para dotar este âmbito normativo-coercitivo de «racionalidade», sem que este tópico pareça jamais se esgotar. Novos desafios requerem novos arranjos e a ciência tende a especializar-se junto com eles, entretanto os desafios parecem ser os mesmos.

O direito burguês tratou de implementar esses critérios. Aglutinando legalidade, criação argumentativa, pragmatismo e atenção à casuística, este direito vem produzindo teorias – que têm sua elegância – em que se privilegia a racionalidade pela satisfação de diferentes expectativas a partir da enunciação de decisões «razoáveis». Isto substituiria ou, ao menos, ofereceria critérios para que a decisão pudesse alcançar aquele *telos* utópico da justiça, que de tão aporética, sucumbe à violência mística de todo direito. Em autores como MacCormick, *recta ratio* converte-se enfim em «razoabilidade».

Em linhas gerais, MacCormick parte de uma «razão prática» (*practical reason*) como base de todo direito (estamental ou não) e sua hipótese é que esta será capaz de

---

<sup>317</sup> LOWRIE, M. Sovereignty before the law: Agamben and the roman Republic. In: **Law and Humanities**, n. 1, 2007, p. 33



limitá-lo de maneira a conter a sua violência, ou melhor dizendo, que “possa colocar limites reais sobre as atividades coercitivas do Estado”, e cuja promessa não é mais de paz, nem de justiça, mas de “proteção contra as piores formas de injustiça”<sup>318319</sup>. Para fazê-lo, começa por de antemão enunciar as promessas de sua teoria, ou melhor, as promessas do Estado de direito e, portanto, as promessas do direito: compagnar certeza e segurança jurídicas com o caráter argumentativo do direito, muito embora sejam eles “lugares comuns”<sup>320</sup> nem sempre harmônicos entre si, especialmente em culturas jurídicas como a do Brasil, em que a lógica e a qualidade dialética dos argumentos perdem-se em importância diante da hipervalorização da autoridade<sup>321</sup> dos juízes, seu tom doutoral e a sempre presente pecha do bacharelismo<sup>322</sup> em suas práticas.

Entretanto, estabelecer limites para a atuação do magistrado nunca foi uma tarefa para qual se apresentasse com clareza um horizonte realizável, nem na República romana, nem nas democracias constitucionais da atualidade. Por muitos anos a teoria jurídica anglófona debate-se sobre a estrutura do direito positivo, ou sobre o que pode o positivismo jurídico em termos de sistema de fatos, regras e princípios, estabelecendo uma firme tradição de análise do direito, digamos, de dentro para fora, i.e., em derivação à separação kelseniana entre direito e ciência do direito, ou entre descrição e prescrição.

Autores como Hart<sup>323</sup>, Dworkin<sup>324</sup>, Raz<sup>325</sup> e o próprio MacCormick têm buscado imprimir, através de suas teorias – ora identificadas com um pós-positivismo, ora referidas como pragmáticas, ora inclusivas ou exclusivas –, um caminho prático, possível, à prestação jurisdicional que possa prestar um serviço relevante às demandas

---

<sup>318</sup> MICHELON, C., MENDES, C. H., VERÍSSIMO, M. P. Retórica e estado de direito no Brasil, in: MACCORMICK, **Retórica e o Estado de Direito**. MENDES, C. H.; VERÍSSIMO, M. P. (trads.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. IX-X.

<sup>319</sup> Retornando à clássica máxima do transcendentalismo kantiano e do positivismo kelseniano em torno à liberdade negativa.

<sup>320</sup> Ibid., p. XI.

<sup>321</sup> Ibid., p. XXII.

<sup>322</sup> v. ADORNO, S. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

<sup>323</sup> HART, H. L. A. **The concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>324</sup> DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

<sup>325</sup> RAZ, J. **The authority of Law: essays on Law and morality**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

sociais, à política e ao grande campo de proteção de direitos humanos com pretensões de universalidade.

Enquanto nas vertentes e correntes afins da teoria crítica aplicada ao direito – e estamos falando em Benjamin, Derrida e Agamben, marco teórico do capítulo anterior, mas também de Foucault<sup>326</sup>, Deleuze<sup>327</sup>, Adorno e Horkheimer<sup>328</sup> –, que são comumente catalogadas como teorias não-rationais e costumam ter um abordagem exterior (e devastadora) para o direito, analisando-o a partir da ótica do capitalismo, da luta de classes, do psiquismo da repressão e catarse ou da massificação cultural, a acusação gira sempre em torno da radicalidade da crítica, que reduz o direito a um instrumento de dominação e de manutenção de dominações, aquela tradição afeita a uma espécie de racionalismo de regras, mas também de princípios e da relação funcional entre eles, parece ter como um de seus fios condutores a tentativa de encontrar limites práticos para a atividade jurisdicional, que a técnica, por si só, não é capaz de fornecer, mas também que o estabelecimento de tais limites não engessem tal atividade, que precisa também, além da legitimidade dos meios, ter em consideração uma função real e prática para seus produtos finalísticos.

Parece a transigência perfeita. Não “destruímos” o direito enquanto sistema de meios, eminentemente legal, mas podemos exigir dele um *telos* na razão prática, sem que isso macule a segurança e previsibilidade esquemáticas e sem gerar dependência de uma justificação externa, em outras epistemologias ou sistemas como a moralidade<sup>329</sup>, já que os princípios orientadores do direito podem ser encontrados, manejados e aplicados no âmbito de sua própria organização procedimental e de uma lógica geral intrínseca a qualquer ordem de inteligência. MacCormick não recai na falácia da pureza nem deixa margem para o voluntarismo ostentoso dos pré-modernos, para fixar-se no caráter pragmático dos processos judiciais: se o Estado é o detentor exclusivo da força coercitiva do direito e essa força coercitiva, ademais, deve

---

<sup>326</sup> Especialmente em *Verdade e Formas Jurídicas*. (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais (trad.). Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.)

<sup>327</sup> DELEUZE, G. **Conversações**. Peter Pal Pelbart (trad.). São Paulo: Editora 34, 2008.

<sup>328</sup> ADORNO, T.; HORKHEIMER, M. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

<sup>329</sup> A exceção imediata, aqui, é Raz, leitor de Mill, e a moralidade pressuposta em seu princípio do dano. (v. RAZ, J. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986. MILL, J. S. **Sobre a liberdade**. MADEIRA, P. (trad.). Lisboa: Edições 70, 2016. (Kindle edition).

ser exercida cuidadosamente e de maneira muito criteriosa – uma força tal como para fazer viver e deixar morrer<sup>330</sup> não pode afobar-se em direção a consequências reais –, então é necessário que tais processos sejam regidos por um juiz imparcial e que seus processos decisórios sejam instruídos pela produção de provas e contraprovas de direito (ampla defesa, paridade de “armas”) e pela prerrogativa de manifestar-se durante o processo, num diálogo de “afirmação *versus* negação, afirmação *versus* contra-afirmação, e assim por diante, até um limite predeterminado do número de intervenções permitidas”<sup>331</sup>.

Sobre a possibilidade de imparcialidade dos juízes, gostaria de falar mais adiante; por agora, gostaria de que pensássemos em termos de uma pragmática compromissada com a dogmática jurídica e suas condições “ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes”<sup>332</sup>: mesmo regras jurídicas que definem “arranjos relevantes”<sup>333</sup> podem dar azo a diferentes interpretações, todas elas inicialmente válidas em relação a algum princípio jurídico igualmente relevante. Para MacCormick, isto acontece quando a imprevisibilidade dos eventos jurídicos que ensejam a uma prestação jurisdicional traz à tona uma falha analítica<sup>334</sup> no cotejo de regras com outras regras, ou, mais possivelmente, no arranjo entre regras e princípios, fazendo com que aquilo que, no sistema, guardava *status* de validade, na verdade tinha apenas «aparência» de válido, de modo que o princípio que lhe faz cotejo pode invalidá-lo a partir de então (*ex nunc*) ou de aí em diante e retroativamente (*ex tunc*), fazendo com que esta invalidação crie uma zona excepcionável (*defeasible*). A isto, MacCormick chamará de *defeasibility*, que juristas e Cortes brasileiros convencionaram chamar de «derrotabilidade» ou de «argumentação sujeita a exceções».

Uma argumentação excepcionável pode ocorrer a partir de uma previsão legal – e.g., se sou casada com alguém sob o regime supletivo de bens, sendo-lhe herdeira

---

<sup>330</sup> Fazer viver, o *continuum*, o princípio da guerra, é a promissória origem do direito, enquanto deixar morrer, produzir o *Muselmann*, um feixe de funções físicas sem espírito, é a sua perpétua conservação. (cf. AGAMBEN, G. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha** (Homo Sacer III). Tradução de Selvino. J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 88)

<sup>331</sup> MACCORMICK, N. Retórica e o Estado de Direito. MENDES, C. H.; VERÍSSIMO, M. P. (trads.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 309-310.

<sup>332</sup> MACCORMICK, N. Law as institutional fact. In: **Law Quarterly Review**, n 90, 1974, p. 103.

<sup>333</sup> MACCORMICK, N. Institutions, arrangements and practical information. In: **Ratio Juris**, n. 1, 1998, p. 77.

<sup>334</sup> A qual já foi referida no prefácio deste capítulo.

de acordo com o Código Civil (art. 1.829), mas tenha sido, eu mesma, a causadora da minha viuvez, quer dizer, que tenha causado sua morte (art. 1.814, I), então meu direito à herança é *defeasible*<sup>335</sup> – ou no cotejo entre uma previsão legal e um princípio geral orientador do direito – e.g., se o casamento civil é entre homem e mulher (art. 1.514), mas a Constituição Federal garante a não-discriminação por sexo (art. 1º, IV), então, por princípio, o direito ao casamento de pessoas independentemente de seu sexo biológico, orientação sexual ou identidade de gênero excepciona (*defeats*) a lei civil, até então vigente e válida.

Essa interpretação depende da interação dos princípios e valores, explícitos e implícitos<sup>336</sup>, que compõem um ordenamento jurídico, com as leis em sentido estrito, os textos normativos em geral e, inclusive, com as decisões judiciais dotadas de efeitos vinculantes<sup>337</sup>, podendo chegar à minúcia da *defeasibility* entre as *ratios* em duas decisões judiciais igualmente vinculantes, ou entre dois princípios materialmente constitucionais do direito, tudo a que poderíamos reduzir genericamente à expressão “*defeasibility* de conceitos jurídicos significativos”. Isto é um problema porque, ao mesmo tempo que o direito precisa entregar produtos confiáveis, i.e., que estejam acordes à certeza e segurança jurídicas do sistema, mas precisa lidar com os “limites à acuidade ou esgotamento nas formulações”<sup>338</sup> da cognição e intelecção judiciárias. É virtualmente incontável o número de interações possíveis dentro do próprio direito, entre seus diferentes ramos e disciplinas, entre suas regras e princípios, entre todos eles e seus precedentes, as quais demandam um certo grau de consolidação interna e

---

<sup>335</sup> Um exemplo com tema análogo é apresentado por MacCormick (MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito**. MENDES, C. H.; VERÍSSIMO, M. P. (trads.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 313), sobre a concessão de pensão por morte à viúva que assassinou culposamente seu cônjuge, com a complexidade de não haver a exceção aplicável diretamente à lei que incidia sobre o direito da viúva, mas a *defeasibility* se dava pela interpretação conforme o princípio jurídico do “comportamento contraditório”, ou de que ninguém pode se beneficiar com a própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) – este, aliás, que provém de normas de direito internacional de bases romanísticas, amparadas no princípio da boa-fé (*fides*) do direito romano. Um caso também sobre o direito de herança, desta feita ao filho que mata o pai (o caso Elmer), é um dos hard cases apresentados por Dworkin em defesa da tese do juiz-Hércules ou da única resposta correta. (cf. DWORKIN, R. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.)

<sup>336</sup> MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito**. MENDES, C. H.; VERÍSSIMO, M. P. (trads.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 313.

<sup>337</sup> No caso brasileiro, consideremos não apenas as súmulas vinculantes, mas os sistemas de precedentes que demais cortes utilizam em sua organização interna, bem como a vinculação oficiosa que se dá entre precedentes colegiados e as decisões de juízes singulares.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 315.

maleabilidade para os detalhes de cada caso concreto, tudo isso sem perder de vistas o institucionalismo e a razoabilidade lógica, componentes da estrutura jurídica caros a uma dogmática<sup>339</sup> que o grupo de autores como MacCormick vem tentando construir.

A rede operativa (e inoperativa) da *defeasibility* pode estender-se até o ponto em que, para cada regra vigente e válida, podem incidir condições que a excepcionariam e, sobre estas condições excepcionadoras, outras condições excepcionadoras das primeiras – mas nem todas as condições possíveis de excepcionar uma prescrição jurídica devem excepcioná-la, portanto, condições negativas podem excepcionar (*might defeat*) a concessão de um direito ao mesmo tempo que, sendo hábeis a excepcioná-la, podem (ou não) ser excepcionadas por outras condições excepcionadoras. É dizer: regras jurídicas, quaisquer que sejam, produzidas pela “instituição regulativa”<sup>340</sup> do direito, serão «sempre» excecionáveis desde que seja para atingir os “melhores objetivos e valores”<sup>341</sup> explicita ou implicitamente encerrados naquelas regras.

Ainda assim, é impossível desconsiderar a “vagueza ou maleabilidade”<sup>342</sup> que princípios, jurisprudência e mesmo as regras jurídicas mais duras, como as leis *stricto sensu*, carregam em seus textos e nos elementos axiológicos que orientam seu sentido prático. Também é maleável o critério ou critérios que devem ser usados para interpretá-los de forma razoável, lógica e pragmática – e, ainda mais vago, é o funcionamento do mecanismo que permitiria aferi-los em uma *ratio* específica. Para MacCormick, há uma pragmática na forma da lei, no texto da regra legal e que é possível discernir o que é razoável formular enquanto “condições necessárias e presumivelmente suficientes de algum direito”<sup>343</sup>, como se houvesse um espectro

---

<sup>339</sup> Já se falou em muitos lugares, inclusive na apresentação brasileira ao Retórica e Estado de Direito, sobre o ecletismo das possibilidades de enquadramento teórico do MacCormick e de sua prática, de honestidade intelectual, para o constante reexame de suas posições. Nesta obra, em específico, a qual baseia minha análise, ele próprio decide (momentaneamente) a questão e se autointitula um pragmatista, mas continuam claras a dependência de seus argumentos a uma racionalidade mediadora entre teoria e prática. Neste sentido, irei abster-me de classificar sua dogmática como positivista, pós-positivista ou pragmatista em razão desta advertência.

<sup>340</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*. MENDES, C. H.; VERÍSSIMO, M. P. (trads.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 326.

<sup>341</sup> *Ibid.*, 326.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 319.

destacado de “valores independentes da atividade de regulação”<sup>344</sup> que o direito conhece e maneja em paralelo com os seus valores e fins, como se estes fossem dois âmbitos independentes. É preciso, então, para solucionar essa redução infinita de exceções e exceções de exceções, que todas estas características sejam analisadas e decididas em relação à força com que se sobrepõem, até que se encontre a maior força entre os princípios e valores implícitos e explícitos que elas representam. Esta solução seria a saída de um impasse que desemboca noutra: retornar para o debate sobre a “força” dos princípios e regras jurídicas, sendo a origem dessa força alguma coisa como a busca por um fim último de equidade, justiça ou atendimento do clamor social seria uma volta (e uma redução) à ontologia do direito, àquela origem mística e violenta que pouco ou nada nos pode dizer sobre o horizonte de seus fins, nem pode mais prometer algo de que não dispõe e sobre o que não pode testemunhar.

MacCormick parece querer resolver o problema, que aqui irei chamar de «derrotabilidade dos meios», com o argumento, abertamente anti-ontológico, pragmático, de que o que é excepcionável não são as regras e princípios jurídicos, mas a interpretação ou a formulação do pleito sobre regras e princípios<sup>345</sup>. De fato, é um argumento autônomo a uma ontologia, mas é também um argumento que não enfrenta e, portanto, não responde sobre questões epistemológicas relevantes: se decisões sobre sentido e aplicação de regras e princípios, em especial as decisões judiciais, sempre partirão de pressupostos absolutamente excepcionáveis – o que significa também que o paradigma da lei está em algum lugar na «indecidibilidade» de uma cognição *ad hominem*, portanto sempre controvertível –, estes pressupostos serão “maleáveis” e “vagos” em sua própria gênese para que o direito possa exercer, dependente apenas de seu próprio campo, essa dupla função reguladora e axiológica que lhe é atribuída. Mais ainda, o sentido e aplicação da lei estarão, ao fim e ao cabo, nos dispositivos das decisões dos juízes, a “autoridade decisória”<sup>346</sup> que poderão produzir virtualmente qualquer coisa em termos de conteúdo decisório, desde que

---

<sup>344</sup> Aqui, MacCormick (ibid., p. 326) cita, para ratificá-la, a visão de Fernando Atria (ATRIA, F. **On law and legal reasoning**. Oxford: Hart Publishing, 2001).

<sup>345</sup> MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito**. MENDES, C. H.; VERÍSSIMO, M. P. (trads.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 327.

<sup>346</sup> Ibid., p. 328

fundamentem-nas com argumentos persuasivos, o mais engenhosos quanto possível e de justificação mais elegante<sup>347</sup>, que possam ser testados enquanto universais.

Mas até mesmo o universal é excepcionável<sup>348</sup>, e a *res iudicata* – aquela que faz lei entre as partes mas também constrói as narrativas do direito e alimenta as expectativas sobre uma «epistemologia da prudência» que poderia, finalmente, narrar a sua História<sup>349</sup> – está sujeita à apropriação por novos casos, novos termos, novos pontos de vista<sup>350</sup>. MacCormick, como um bom kantiano<sup>351</sup>, certamente asseveraria que o sentido de uma norma está na sua qualidade enquanto ideia, do seu pertencimento ao campo do ideal, portanto, o único espectro no qual as peculiaridades semânticas desta norma poderiam ser corretamente compreendidas é o da sua prática real<sup>352</sup> e o personagem apropriado para acessar a escritura e enunciá-la para os “partícipes humanos”<sup>353</sup> dessa narrativa é o juiz.

Parece-me, então, que a formulação sobre a possibilidade de que as regras jurídicas, sejam um vetor para “a realização da paz e da justiça” pela sujeição da conduta humana às ordens do direito, e que envolve aplica-las “séria e sinceramente”<sup>354</sup>, mesmo com a *defeasibility* intrínseca de cada uma dessas regras, só se mantém como proposta teórica consistente se também consideramos consistente a formulação de um juízo imparcial. O juiz é o limite da decisão. É preciso investigar de

---

<sup>347</sup> Ibid., p. 328

<sup>348</sup> “Universais excepcionáveis (*defeasible*) são, contudo, ainda universais”. (MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito**. MENDES, C. H.; VERÍSSIMO, M. P. (trads.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 328)

<sup>349</sup> “O juízo é a nossa faculdade para lidar com o passado.” (ARENDR, Hannah. **A vida do espírito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 169). Mas também diria MacCormick: “O caráter temporal de toda experiência humana sugere, de fato, que um entendimento sobre a coerência das narrativas é fundamental para todo o nosso processo de investigação e de produção de julgamentos sobre o passado, processo no qual podemos ter suficiente confiança para justificar a prática de qualquer ato a partir dele.” (MACCORMICK, op. cit., p. 297-298.)

<sup>350</sup> “[...] como pode alguém dizer que não haverá novos casos, para os quais a decisão em questão, apesar de aplicável nos seus termos, não deve apropriadamente ser aplicada?” (BURTON, 1995 apud MACCORMICK, op. cit. p. 328)

<sup>351</sup> v. nota 333.

<sup>352</sup> MACCORMICK, N., WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**. P. 36. Aqui, por outro lado, ele responde sobre a epistemologia da norma jurídica.

<sup>353</sup> MACCORMICK, N. **Institutions of law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 295.

<sup>354</sup> MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito**. MENDES, C. H.; VERÍSSIMO, M. P. (trads.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 371.

que forma e sob que condições esta imparcialidade, que é validade e exemplo, insígnia e selo<sup>355</sup>, opera as formas jurídicas.

A disputa entre legitimidade dos meios e justiça dos fins não acontece apenas no campo da filosofia ou da filosofia da história, mas também se manifesta internamente ao direito, nas instâncias do discurso jurídico de justificação, cingidas pela milenar discussão sobre os limites das suas decisões. Entretanto, no campo do direito, que nunca deixou de ser o campo do poder e da violência, a disputa ergue em lugar de destruir. Pela necessidade de «decisão» que toda «disputa» carrega em si, seja como vontade, seja como pulsão, a disputa entre meios e fins ratifica o direito enquanto inescapabilidade e transforma-se em «litígio»<sup>356</sup> quando entra para o categórico edifício do processo<sup>357</sup>. Entre suas paredes, cognição e regulação, princípio e norma, argumento e certeza jurídica tensionam-se deliberada e eternamente e encerram o direito enquanto «destino»<sup>358</sup>: há uma «zona de indecidibilidade permanente»<sup>359</sup> até o limite, e especialmente, na jurisdição constitucional do ordenamento.

Como o direito não é sujeito, nem também pode ser pacificamente qualificado como coisa – coisas são o que o direito captura para seu interesse e sujeitos são seus usuários (em sentido ativo) e os destinatários de suas prescrições (em sentido passivo) – o paradoxo da indecidibilidade que permite a decisão não é algo de que possamos observar a materialidade, nem é facilmente percebido nem pelos seus gestos nem pelos seus atos, revestidos de legitimidade *de iure*; é, mais bem, uma fantasmagoria sistêmica, anônima, sem corpo, que assombra o vazio do edifício jurídico, daquela

---

<sup>355</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 82.

<sup>356</sup> Litígio tem origem latina nos termos *litem* (disputa, diferença de opinião) + *agere* (conduzir, que leva a), significa algo como conduzir uma disputa. Pela tradição do direito como monopólio da resolução de conflitos, o termo chega aos dias de hoje precipuamente relacionado à jurisdição, porquanto poderíamos expressá-lo como “levar uma disputa a juízo”.

<sup>357</sup> AGAMBEN, G. **Nudez**. Tradução de Davi Pessoa. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, p. 37.

<sup>358</sup> Aquilo de que não podemos escapar. “Essa é mais uma razão para a lei se revelar ameaçadora como o destino, no qual está escrito se o criminoso irá ou não cair sob sua alçada. O sentido mais profundo da indeterminidade da ordem jurídica só será apreendido pelas considerações posteriores sobre a esfera do destino, que é a origem dessa ordem.” (BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 68.)

<sup>359</sup> “Lançaria assim luz sobre a estranha e desde logo desencorajante experiência da indecidibilidade de princípio de todos os problemas jurídicos [...]. Na verdade, quem decide sobre a legitimidade dos meios e justiça dos fins nunca é a razão, mas um poder do destino acima dela, acima do qual, por sua vez, está Deus.” (Ibid., p. 75-76.)



mesma que há muito também assombra o Anjo benjaminiano, e que se mantém amparada na mística do destino e nos compromissos e préstimos valiosos que oferece à *Gewalt* onipresente do capitalismo. Mas este é assunto para outro lugar<sup>360</sup>.

Se, como em Benjamin, apenas a pureza e a imediatez de uma *Gewalt* para além da norma jurídica, alheia a fins e meios, que não projeta limites, mas destrói todos os limites, encerra o ciclo de violência, culpa e expiação do direito, o direito burguês, que não comporta nenhuma *Gewalt* senão a sua própria, sob pena de aniquilação<sup>361</sup>, lança mão de outra pureza, representada pela imparcialidade do juízo, a par e passo com a imparcialidade do enunciador de suas decisões. É sobre esta possibilidade prática, que irei tratar no próximo capítulo.

---

<sup>360</sup> Sugiro, a esse respeito, conferir: FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais (trad.). Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. ŽIŽEK, S. **Violência: seis reflexões laterais**. PEREIRA, M. S. (trad.). São Paulo: Boitempo, 2014; no Brasil, FERNANDES, Florestan. **A Constituição inacabada**: vias históricas e significado político. São Paulo: Estação Liberdade, 1989; e o clássico liberal FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 2 vol. Porto Alegre: Editora Globo, 1977.

<sup>361</sup> BENJAMIN, W. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 78.

**3 PHRONESIS SEM PRUDENTIA**

*Si resucitará?*

Francisco de Goya y Lucientes - Desastres de la guerra 80, circa 1815.

A prudência entra para o frontispício do direito como a virtude que os romanos legaram ao jurista, mas o seu sentido vai mais além de seus usos coloquiais. Já vimos que, para Cícero, leitor de Platão, o jurista precisava, além de uma virtude do intelecto (*sapientia*), conhecer a “grande lei moral da natureza”, a que ele chamava de *prudentia*, derivada de *providentia*, que significa sagacidade e disciplina no uso do raciocínio, para poder julgar sem obliquidades. É também o que, na tradição romana, deu origem à jurisprudência (*iuris prudentia*). Contudo, a *prudentia* romana não é um conceito latino autônomo; ela deriva do grego *phronesis*, que é o conhecimento prático, uma espécie de discernimento (para saber e para julgar) adquirido através da ação prática (*praxis*).

De fato, a passagem de *phronesis* a *prudentia* legou ao direito também uma deusa<sup>362</sup>, geralmente apresentada ao lado de *Iustitia*, a deusa romana do direito e da justiça, explicitando desde já os seus laços de contingência<sup>363</sup>. Em uma de suas recorrentes representações, *Prudentia* é uma deidade que leva um compasso na mão direita, para realizar o reto cálculo de suas ações, um espelho na mão esquerda, interpretado como o olhar-para-si da autoconsciência e o olhar-para-trás das experiências passadas, e uma serpente aos seus pés, que pode representar a sagacidade<sup>364</sup>, a força ou a sabedoria associadas às serpentes no mundo Antigo<sup>365</sup>.

À parte a dificuldade do transporte de termos da filosofia grega para outros idiomas, dada a complexidade presente em cada palavra única<sup>366</sup>, enquanto

---

<sup>362</sup> Especialmente na tradição itálica e na romanística, com a posterior tomada do termo por Santo Tomás de Aquino e sua análise das virtudes, para quem *prudentia* era a reta razão do agir (*recta ratio agibilium*) - *Summa Theologica*, II, II, questão 47 - Da Prudência em si mesma. (v. TOMAS DE AQUINO. **Suma Teológica: II - II Parte - Questões I - 56**. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p 109 e segs.)

<sup>363</sup> Na pictografia pagã, ela aparece como uma das quatro virtudes cardinais, junto com Justiça, Temperança e Coragem.

<sup>364</sup> De acordo com uma de suas representações mais reproduzidas, a escultura que faz parte do mausoléu de Francisco II da Bretanha, na Catedral de São Pedro e São Paulo, na cidade francesa de Nantes. Nela, *Prudentia* exibe, ainda, uma cabeça bifrontal, com o rosto de uma jovem com véu, de um lado, e de um idoso de barbas longas e fronte cansada, do outro.

<sup>365</sup> Notemos que a serpente também remete a Píton, a serpente nascida da lama do Dilúvio e morta por Apolo, ou também a Pítia ou às pitonisas, sacerdotisas de Delfos, o Templo de Apolo. A primeira pitonisa de Delfos foi Têmis, a quem chamamos, hoje, de Deusa da Justiça, por sua capacidade de prever o futuro a partir dos sinais dos deuses, i.e., adivinhar a Justiça Divina.

<sup>366</sup> Uma advertência que Gadamer já fazia, ao incorporar o conceito de *phronesis* em sua hermenêutica, em uma discussão que não pertence a este trabalho mas lhe é transversal, pelo que vale a remissão. Lembro, ainda, que o autor utiliza o termo “*iurisprudencia*” no sentido do termo alemão “*Judikatur*”. (v. GADAMER, H-G. **Plato’s dialectical ethics**. New Haven & London: Yale University Press, 2009; e também GADAMER, H-G. **Truth and Method**. Weinsheimer, J.; Marshall, D.G. (trads.). 2 ed. New York: Continuum, 1993.)

Aristóteles situava a excelência moral do indivíduo como subsidiária à excelência política da *polis*<sup>367</sup>, de modo que a sabedoria prática consistia em formular boa [correta] deliberação não apenas em relação ao indivíduo, mas politicamente, em respeito à utilidade dos seus fins<sup>368</sup>, a *prudentia* romana, aplicada restritivamente ao escopo do *ius*, orientou-se, de um lado, à produção de uma técnica de protocolos operacionais<sup>369</sup>, muito com o intuito de desvincular-se da dependência pontifícia, ao mesmo tempo que, paradoxalmente, remetia à previdência<sup>370</sup> ou a uma espécie de clarividência em poder antecipar efeitos práticos de ações<sup>371</sup>, rememorando as divinações augúreas nas primeiras experiências do *ius civile*. Ao fim, parece-me que a passagem da *phronesis* grega para a *prudentia* romana não lhe foi incólume; o direito romano recebe uma virtude de analítica mais centrada na pessoa – que coincide com a evolução da exemplaridade à representação individual –, cujo aprendizado evoluiu para os exercícios de oratória e não para a experiência do real, e cuja prática associou-se carnalmente à retórica ciceroniana, mais argúcia e menos sabedoria no sentido clássico.

Neste capítulo, apresento uma crítica da decisão e juízo jurídico fundados na neutralidade do julgador, bem como dos produtos epistemológicos deste juízo, i.e., a jurisprudência. A partir da alegoria da passagem de *phronesis* para *prudentia*, argumento que os usos jurídicos do conceito de sabedoria prática no *ius* romano acentuou a *Gewalt* do direito a partir de características que subsistiram na tradição romanística<sup>372</sup> e no direito romano-germânico, acentuadas pelo domínio do direito canônico e as interpretações do cristianismo sobre os textos legais, até a contemporaneidade, ainda que imaterialmente, no inconsciente de gerações de todas

<sup>367</sup> “De fato, ainda que o bem seja idêntico tanto para um indivíduo quanto para a cidade, revela-se melhor e mais perfeito compreender e preservar o da cidade ; pois, se, por um lado, deve-se contentar um indivíduo apenas, por outro é mais belo e mais divino fazê-lo para uma nação e para as cidades. E a investigação tem por objetivo estas coisas, o estudo da arte Política”. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. BINI, N. (trad.). 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 18, 1094b09-16)

<sup>368</sup> Ao mesmo tempo em que a utilidade da sabedoria prática é um fim em si mesma. (EN 1142b32-36, *Ibid.*, p. 166)

<sup>369</sup> SCHIAVONE, A. *Ius: l’invenzione del diritto in Occidente*. Nuova Edizione. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2017, p. 299.

<sup>370</sup> v. AUBERT-BAILLOT, S. De la φρόνησις à la prudentia, *Mnemosyne*, vol. 68 n. 1, 2015, p. 68.

<sup>371</sup> v. CICERO, *De Re Publica*, VI.I (CICERO. *On the Republic*. In: *Delphi complete works of Cicero*. Delphi Ancient Classics, Book 23, posição 38790 (Kindle Edition)

<sup>372</sup> Ulpiano comparava juízes com “padres da justiça” (Dig. 1,1,1). (JUSTINIANO. *The Digest of Justinian*. WATSON, A. [trad]. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>>).

as classes que manejam, prática ou teoricamente o ordenamento jurídico, seus produtores e reprodutores dos padrões que mantêm a legitimidade do direito e de suas decisões: um misticismo primordial nos usos e fazeres jurídicos, suas edificações, seu gestual e na elevação ética e clarividência deliberativa do juiz, o qual mantém-se em conta de superioridade em relação aos jurisdicionados, mas também aos próprios legisladores, contaminados pela parcialidade da vida política, e cujos produtos definem a história e a epistemologia do direito.

Na *Stanza della Segnatura*<sup>373</sup>, onde funcionava o Supremo Tribunal da Santa Sé, no Vaticano, há um afresco rafaélico em que *Prudentia* está disposta junto a outras virtudes cardinais, Temperança e Coragem, enquanto a Justiça está na luneta oposta, guardando a Lei<sup>374</sup>. Nesta representação, ela se desfaz do compasso e da serpente para valer-se unicamente de seu espelho, empunhado com a ajuda de um querubim. Mas, diferentemente do Anjo da História benjaminiano, *Prudentia* não volta os olhos para trás, querendo alcançar um passado autônomo, que se lhe escapa, e sim, olha fixamente para ela mesma e para as suas próprias memórias, como se o passado estivesse dentro de si e fosse dado empírico para sua autoconsciência. Esta é, para mim, a melhor imagem do juízo do direito e da jurisprudência: por trás da aparente neutralidade do julgamento e exemplaridade jurisprudencial, residem as particularidades dos juízes e as disputas de poder, externas e desde dentro, que são, ao fim, uma disputa pelos próprios paradigmas do direito, sobre seus limites. A plenitude do olhar-para-si sereno da *Prudentia* é o retrato do encobrimento de seu exato oposto no plano do real: enquanto o direito olha para si e regozija-se, a realidade material grita e convulsiona sob os escombros de um passado fantasmagórico que este mesmo direito ajudou a urdir.

---

<sup>373</sup> Parte de um conjunto de quatro salas, pintadas por Rafael e seus discípulos, por volta do século XVI. São conhecidas como as “Salas de Rafael” no museu do Vaticano.

<sup>374</sup> v. <<http://www.museivaticani.va/content/museivaticani/en/collezioni/musei/stanze-di-raffaello/stanza-della-segnatura/virtu-cardinali-e-teologali-e-la-legge.html>>. Na mesma sala, ao lado esquerdo da *Prudentia*, encontra-se uma cena chamada Escola de Atenas, em que Aristóteles aparece empunhando o que parece ser seu Ética a Nicômaco.



### 3.1 O fundamento místico da neutralidade

Assim como Derrida afirma que uma crítica da ideologia jurídica não deve jamais negligenciá-la<sup>375</sup>, uma crítica ao juízo jurídico não pode jamais deixar de examinar o que o define no sistema legal positivo e de que maneira lida com questões ideológicas, inicialmente vedadas quando se trata de decisão judicial. A contenção do voluntarismo judicial sem empobrecer axiologicamente o processo decisório é a aposta de uma teoria do direito contemporânea<sup>376</sup> que leva a sério a lógica normativa mas também seu valor semântico, linguístico e social; ao final, entretanto, tudo parece depender de uma inteligência honesta, sóbria, orientada ao bem público e, acima de tudo, imparcial.

É também Derrida que nos lembra da recorrente advertência de Montaigne: as leis não são obedecidas porque são justas, mas porque são leis. “É o fundamento místico de sua autoridade”<sup>377</sup>. A constatação de Montaigne, no entanto, diz muito menos sobre leis e muito mais sobre como fazer a ligação entre leis e fatos, i.e., sobre a atividade de relacionar fatos diante de leis ou aplicar leis diante de fatos. As leis são seguidas por sua autoridade, mas o que se enuncia no julgamento, seu produto final, não são leis, mas os usos e a interpretação que se faz delas para cada caso concreto. “Para cada pé seu sapato”<sup>378</sup> mas, ao mesmo tempo, as leis, gerais e abstratas, devem de alguma maneira ser um “sapato de Terâmines, bom para qualquer pé”<sup>379</sup>. Esta argúcia não está em nenhum outro *locus* senão no juiz e em sua atividade julgadora. É o juiz que, diante de alegações de que as leis privilegiam ou discriminam, são ineptas ou não correspondem ao espírito do direito, ou que sua autoridade não é razão suficiente para que as pessoas escolham simplesmente agir conforme sua natureza, insurge-se como aquele de quem devemos esperar a «prudência» que, nem as leis, cujo

---

<sup>375</sup> “Essa responsabilidade diante da memória é uma responsabilidade diante do próprio conceito de responsabilidade que regula a justiça e a justeza de nossos comportamentos, de nossas decisões teóricas, práticas, ético-políticas.” (DERRIDA, J. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Leyla Perrone-Moisés (trad.). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 38)

<sup>376</sup> Um termo genérico no interior do qual estão os pós-positivistas, os pragmatistas, os neokelsenianos etc. Como o foco desta tese não é enumerar, para avaliar, as correntes que pretendem atualizar (neo) ou superar (pós) o positivismo, esta generalização não parece comprometer os escopos da análise.

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>378</sup> MONTAIGNE, M. **Os ensaios**. Tradução e notas de Rosa Freire D’Aguiar. São Paulo: Penguin, 2010, p. 494.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 489.

caráter descritivo e geral dependem, sempre, de interpretação, nem os jurisdicionados, de quem sobrevaloramento da experiência turva a cognição, podem desempenhar.

Mas por que não escolhemos, para apreciar e aplicar nossas leis, o primeiro viajante que despontar no horizonte, ou algum homem comum dentre os frequentadores do mercado das sextas-feiras, um sábio ancião, ou simplesmente deixamos que a andorinha africana pouse no ombro daquele que guardar razão em uma disputa<sup>380</sup>? Porque a razão tem tantas formas que não sabemos a qual recorrer, e não é diferente com a experiência<sup>381</sup>, então é preciso saber identificar as semelhanças e dessemelhanças, pois que “a semelhança não torna as coisas ‘unas’, assim como as diferenças não as torna ‘outras’”<sup>382</sup> e esta é uma tarefa que a poucos toca desempenhar com sucesso. Montaigne destaca que gregos, latinos e eles próprios, os franceses, inteiram-se da existência de tais poucos homens através do exemplo dos ovos: um destes homens em especial, encontrado em Delfos, podia tão bem julgar semelhanças e dessemelhanças, que conseguia identificar a singularidade de um ovo entre a diversidade e variedade de todos os ovos, além de julgar, dentre todas as galinhas, qual delas o teria posto.

Os romanos, entre todas as técnicas e linhagens de seus magistrados, também recorriam ao elemento oracular: no exercício de suas atribuições, o magistrado, que geralmente também era um sacerdote até a independização (nunca total) dessas funções, tinha como dever de ofício realizar rituais de vários tipos, a depender do Colégio a que pertencia, os quais faziam parte da organização do governo e da justiça da Cidade – daí a relação filial entre *ius sacrum* e *ius civile* e a emulação dos rituais religiosos nos procedimentos judiciais. Cícero, por exemplo, era um áugure, i.e., pertencente ao Colégio dos Áugures, sacerdotes responsáveis por pressagiar a vontade dos deuses através da observação do comportamento das aves. Era dos áugures a competência para intermediar a comunicação entre planos divino e humano, através de um processo em que cada consulta (*sententia*) recebia uma resposta (*responsum*) na forma de alguma espécie de sinal que só poderia ser recebido e entendido pelos

---

<sup>380</sup> MONTAIGNE, M. **Os ensaios**. Tradução e notas de Rosa Freire D’Aguiar. São Paulo: Penguin, 2010, p. 494-495.

<sup>381</sup> Ibid., p. 942.

<sup>382</sup> Ibid., p. 942.

rituais e gestos realizados pelos membros deste específico Colégio<sup>383</sup>. Para que o magistrado fosse devidamente investido na magistratura, era necessário que tomasse os «auspícios» dos deuses, momento em que Júpiter (Zeus, na mitologia grega) aprovava a indicação da pessoa ao cargo por meio dos sinais interpretados pelos áugures. A partir deste ritual, denominado «*inauguratio*» o magistrado era devidamente “inaugurado” e adquiria «legitimidade» para exercer a magistratura e o «poder» de dizer o direito; foi também com os áugures que o conceito de *prudentia*, inicialmente cunhado na esfera religiosa, introduziu-se no direito e na atividade jurisdicional<sup>384</sup>.

Quanto a nós, modernos tardios, que há muito abdicamos, ao menos oficialmente, do recurso metafísico para a atribuição, caracterização e justificação dos poderes e funções dos magistrados – e me refiro a uma abdicação apenas oficial não somente pelo fato de muitos magistrados ainda proferirem decisões herméticas e propositalmente truncadas<sup>385</sup>, ou pelo seu anacrônico apego a brocados jurídicos, os quais, em sua recorrência amiudada e à parte o valor histórico, “desnaturaram-se de suas graças vetustas”<sup>386</sup>, ou pelo hábito de que sessão de julgamento, novo edifício forense ou mesmo cerimônia de posse de magistrado sejam «inaugurados» com “as graças de deus”, nem mesmo pelo elegante crucifixo por encima do magistrado regente e do brasão das armas nacionais, na nossa Corte Constitucional, mas porque há uma capital diferença entre previsão legal e a cotidianidade da experiência da magistratura, especialmente no Brasil e demais colônias de centro e sul<sup>387</sup> ao redor do

<sup>383</sup> Outras atribuições dos áugures podem ser encontradas nas descrições de Cícero em textos como *De Natura Deorum* (CÍCERO, M. T. **De natura deorum**: academica. RACKHAM, H. [trad.]. London: W. Heinemann, 1933. Disponível em:

<<https://archive.org/details/denaturadeorumac00ciceuoft/page/n5>>) e, mais especificamente, em *De Legibus*, durante o livro II (CICERO, M. T. **De legibus**. Liber secundus. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg2.shtml>>).

<sup>384</sup> ROSA, Claudia Beltrão da. Prudentia e prudens em Cícero: religião, jurisprudência e os poderes do magistrado. In: **Revista Emerj**, v. 17, n. 64, Rio de Janeiro: 2014. p. 50.

<sup>385</sup> Tanto que a Associação de Magistrados do Brasil (AMB) criou a *Campanha pela Simplificação da Linguagem Jurídica*, o chamado “juridiquês”, numa tentativa de conscientizar operadores do direito sobre o uso de uma linguagem mais acessível. (FOLHAPRESS. **Entidade combate uso de “juridiquês”**. 12 ago. 2005. Disponível em: <[https://www.amb.com.br/entidade-combate-uso-de-juridiques/?doing\\_wp\\_cron=1563048266.6477129459381103515625](https://www.amb.com.br/entidade-combate-uso-de-juridiques/?doing_wp_cron=1563048266.6477129459381103515625)>

<sup>386</sup> ASSIS, Machado. A teoria do medalhão. In: **Papéis Avulsos**, 1882, s/n. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000232.pdf>>

<sup>387</sup> A este respeito, v. ZAFFARONI, E. R. **El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2015.



planeta – preferimos elaborar, a partir da técnica do direito, um rol de atributos, deveres e prerrogativas para que a magistratura pudesse ser exercida de maneira a que o voluntarismo, em qualquer de suas manifestações, fosse categorizado como eticamente reprovável, legalmente vedado e interna e externamente aferível.

Entretanto, da mesma maneira que a sociedade burguesa “não amadureceu o suficiente para tornar a técnica algo seu” e a técnica não é “suficientemente forte para combater as forças elementares do social”<sup>388</sup>, abre-se um abismo prático, metodológico e ético entre meios e fins, dentro do qual o magistrado parece não poder testemunhar sobre a dimensão precisa da sua atuação. O magistrado – mesmo ele – está sujeito à acrasia, a contrariar o “melhor juízo”. Obliterado pela magnitude do ofício, cúmplice do destino mitológico do direito, protetor incansável da *res iudicata* ou, simplesmente, porque a responsabilidade em imputar juízos manifesta-se a partir da inimputabilidade de si próprio, o magistrado necessita de um *corpus* paradigmático que lhe informe sobre os critérios para a aplicação e também para a criação de decisões juridicamente desejáveis.

Então, se o direito positivo, exortado pelas idiosincrasias burguesas, pretende dar-se por decidido não a partir da norma, mas da decisão, é necessário que o juízo decisório detenha certas e distinguidas qualidades. O juízo jurídico não é o mesmo juízo moral, nem envolve o mesmo que um juízo estético<sup>389</sup>. O julgar jurídico é um julgar que não pode valorar de forma absoluta nem objetiva nem subjetivamente, mas precisa ponderar subsunção e argumentação, fins e meios, de forma a entregar a melhor decisão possível para cada caso concreto e que possa ser verificada através de um método universal ou, ao menos, acessível à cognição, no mínimo, daqueles entre os quais a decisão faz-se lei.

Estas qualidades estão encapsuladas na exigência de neutralidade no manejo da técnica, elaboração de argumentos e composição do dispositivo da decisão judicial. Neutralidade, aqui, é o “guarda-chuva” do qual derivam-se as qualidades específicas

---

<sup>388</sup> BENJAMIN, W. Teorias do fascismo alemão. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 111.

<sup>389</sup> embora haja proficiência no debate sobre o olhar desinteressado ao objeto da contemplação que, aliás, talvez alcançasse emanar de forma pura a partir de um sujeito em cuja prudência dos estados mentais as faculdades pudessem jogar mais livremente, mas esta possível investigação não cabe para esta tese.

e desejáveis do juiz no âmbito do *rule of law*, do Estado de direito. Desta maneira, por neutralidade, devemos entender o conjunto formado pelas qualidades de (1) autonomia, pela (2) independência e pela (3) imparcialidade do magistrado. Gostaria, então, de oferecer alguns comentários sobre cada uma destas qualidades e, ao final, argumentar acerca do que há “antes” e “depois” delas, i.e., qual seu fundamento e de que maneira funcionam na *praxis* jurídica.

Juristas e comentadores de regras processuais<sup>390</sup> costumam sublinhar, graves, e demonstrar considerável interesse em que ninguém confunda neutralidade com imparcialidade – e, de fato, não podem ser usados como sinônimos. Concordamos, mas por razões distintas. O argumento jurídico, em geral, é no sentido de que o juiz é imparcial porque não tem interesse ou age de maneira a privilegiar algum dos lados de uma contenda, enquanto que o juiz jamais poderá ser neutro, já que deve sempre tomar o lado da justiça, ocorrendo também a variante de que neutralidade significaria insensibilidade, enquanto imparcialidade, seria equidade. Para eles, portanto, apenas a imparcialidade seria apropriada e a neutralidade, além de desencorajada, seria impossível.

Parece-me que este argumento apenas reforça a crítica que inicio neste capítulo e, em todo caso, desde já descredita o próprio «argumento processual» de uma imparcialidade possível ante uma neutralidade inconcebível<sup>391</sup>. Partindo de um marco jurídico, não existem, em absolutamente nenhuma norma, material ou processual, menção a conceito de neutralidade e, menos ainda, a uma diferenciação entre neutralidade, imparcialidade, indiferença, insensibilidade, isenção ou qualquer que seja o termo adequado dentro das teorias do processo brasileiras. Isto não seria um problema em si, se pensarmos que o conceito de justiça também é refletidamente faltante no *corpus* legal brasileiro, nem por isso podemos dizer que o direito não a objetiva. A diferença entre as duas ausências é a sua qualidade instrumental: enquanto que justiça (e outros conceitos axiologicamente relevantes na lei) é propositalmente

---

<sup>390</sup> SILVA, O. B. da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. THEODORO Jr., H. et al. **Novo Código de Processo Civil - Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. MIRANDA, V. **Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>391</sup> i.e., a neutralidade, *per se*, é inconcebível, mas o argumento processual pode ser alvo de crítica sobre efetividade mesmo que uma imparcialidade fosse possível.

ausente para que possa ser alcançada pela reunião de critérios axiológicos adequados a cada caso concreto (que, nesta crítica, apenas desloca um problema sobre limites do campo para o momento da decisão, mas que, tradicionalmente, não gera qualquer impeditivo à atividade jurisprudencial, inclusive porque justiça é um pressuposto implícito inscrito na fundação de todo direito), a ausência de conceituação (ou mesmo menção) a uma neutralidade judiciária não presta nenhum favor ao juiz e à posse de elementos de orientação claros e precisos sobre os limites da sua atuação, que é justamente a que se pretendem as medidas de controle e verificação da atividade do magistrado a partir do positivismo.

Além de uma vocação interpretativa que destoa da função de regra norteadora e de correição (interna ou externa) daquilo que será o juízo decisório do magistrado, a vagueza da diferenciação entre neutralidade e imparcialidade, pela lei, conduz a discussão à argumentação de cátedra e às formulações doutrinárias que, com o maior dos respeito, não podem dialogar com o âmbito legal (pois, para todos os efeitos, não possuem força de lei) e, portanto, acrescentarão apenas conjecturas, abertas a outras opiniões e conjecturas, e não será possível abandonar a contingência de qualquer conceito criado a partir desse diálogo. Ou mesmo, só poderíamos asseverar a dissidência dos dois conceitos a partir do seu sentido próprio gramatical; neste caso, deveríamos tratá-los como sinônimos, já que neutralidade é “caráter ou qualidade do que é imparcial; imparcialidade” e imparcialidade é “caráter ou qualidade de imparcial; equanimidade, justiça, neutralidade”<sup>392</sup>, numa relação de continência reflexa difícil de desvencilhar. Mas este é apenas um acautelamento semântico, não é o ponto da crítica; funciona, aqui, nada mais que para permitir que sigamos à crítica sem a preocupação com lateralidades deste tipo.

Pois bem. À parte as disposições legais em documentos internacionais de direitos humanos sobre acesso à justiça e vedação ao juízo de exceção<sup>393</sup>, o Código de

---

<sup>392</sup> IMPARCIALIDADE, NEUTRALIDADE. Verbetes em: **Dicionário Michaelis** de português brasileiro. Melhoramentos, 2019. Disponível em < <http://michaelis.uol.com.br/> >

<sup>393</sup> Por exemplo, o art. X, da DUDH: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>

Ética da Magistratura Nacional, logo no seu artigo primeiro<sup>394</sup>, elenca os preceitos para a conduta dos magistrados no exercício do ofício e segue contextualizando cada um deles. Ademais, encontramos disposição bastante similar em outros ordenamentos jurídicos, como na Espanha<sup>395</sup>, Chile<sup>396</sup>, Portugal<sup>397</sup>, além dos documentos orientadores (i.e., não vinculantes, de natureza consultiva) gerais, como o Estatuto Universal do Juiz<sup>398</sup>, o Princípio de Bangalore da Conduta Judicial<sup>399</sup>, e o recente Código Ibero-americano de Ética Judicial<sup>400</sup>. Nos interessa, no entanto, apenas aquelas disposições que envolvem diretamente a subjetividade do magistrado as quais interferem materialmente no dispositivo de suas decisões e, ainda, aquelas que melhor tipificam os incidentes de impedimento e suspeição dos juízes<sup>401</sup>, representadas nesse guarda-chuva para as normas orientadoras de conduta do juiz e suas três abas principais.

Assim, a independência do magistrado está ligada à não-interferência de outros estamentos políticos e sociais na atividade judicante. Neste sentido, o juiz não deve orientar-se pelas opiniões e deliberações de entidades de classe, como a OAB, nem por atenção a qualquer demanda legislativa, resistindo à pressão de *lobby* de “bancadas” parlamentares, ou mesmo pela chamada “opinião pública” ou “clamor popular”.

---

<sup>394</sup> “Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de ética da magistratura nacional. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>

<sup>395</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. **Código Ético de la Carrera Judicial**, 2016. Disponível em

<[http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/TRANSPARENCIA/FICHEROS/20161220%20Principios%20Ética%20Judicial\\_TEXTO%20FINAL.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/TRANSPARENCIA/FICHEROS/20161220%20Principios%20Ética%20Judicial_TEXTO%20FINAL.pdf)>.

<sup>396</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. ACTA n. 262-2007. **Principios de ética judicial y comisión de ética**. 2007. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_chl\\_acta262.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_chl_acta262.pdf)>.

<sup>397</sup> ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES. **Compromisso ético dos juízes portugueses: princípios para a qualidade e responsabilidade**, 2009. Disponível em:

<<http://www.uijlp.org/docs/2014/COMPROMISSOeTICODOSJUIZESPORTUGUESES.pdf>>

<sup>398</sup> UNIÃO INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS (UIM-IAJ). **Estatuto Universal do Juiz**. Taiwan, 1999, Atualizado em Santiago, 2017. Disponível em:

<[https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/the\\_universal\\_charter\\_of\\_the\\_judge/universal\\_charter\\_2017\\_portuguese.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/the_universal_charter_of_the_judge/universal_charter_2017_portuguese.pdf)>

<sup>399</sup> v. NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. MALHAS, M. S.. KLOTH, A. E. (trads.), Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

<sup>400</sup> ATIENZA, M.; VIGO, P. L. **Código Ibero-americano de ética judicial**. Brasília : CJF, 2008.

<sup>401</sup> Neste caso, consideradas as disposições do ordenamento brasileiro contidas nos arts. 144 e 145 do CPC.

Por autonomia, entende-se o dever por força do qual a atividade do juiz não pode ser meio para favorecer a posição do Estado em relação a questões de direito, i.e., os interesses do *establishment* não têm prioridade sobre os dos jurisdicionados em termos de decisão. É bom ressaltar que o magistrado, funcionário carreirista da burocracia estatal, ainda é autônomo em relação ao seu “empregador” e sobre ele não devem recair as regras gerais que comumente estão aplicadas a uma relação de trabalho ordinária. Para tutelar os interesses estatais, o Poder Executivo conta com e deve lançar mão de sua Advocacia Geral.

No tópico da imparcialidade, talvez aquele que encontra mais reverberação nas discussões sobre o papel do juiz e seus limites de atuação, temos que esta configura a capacidade de decidir paralelamente às suas próprias convicções em privilégio da “melhor decisão” para cada caso concreto; envolve também uma decisão anterior, sobre o método decisório, i.e., decidir se a melhor decisão de mérito advirá do silogismo judicial ou de criatividade argumentativa em prol de alcançar princípios e paradigmas do ordenamento – o cego privilégio ao silogismo judicial retira a liberdade crítica de apreensão dos fatos e dos direitos pelos juízes, já a relativização do silogismo (ou a fluidez dos limites da relativização) gera insegurança jurídica, antijuridicidade e, em última análise, deslocamento de competências e desequilíbrio horizontal e vertical do Estado de direito.

Parece-me que as três instâncias de neutralidade judiciária, acima tratadas, podem ser discutidas sob os mesmos aspectos teóricos e, ainda que suas (im)possibilidades práticas possam manifestar-se em fenômenos distintos, terão convergência em um mesmo corpo consequencial: a quebra da premissa de um juízo desinteressado em igual medida sobre as partes e interessado de maneira definitiva na consecução de decisões consistentes, coerentes e em acordância com os paradigmas e instrumentos legais do ordenamento. Gostaria, então, de pensar estas três dimensões da atividade jurisdicional a partir do lugar-comum das regras processuais da jurisdição.

No que toca uma teoria do direito que vem tomando força nas Cortes e nas codificações de países ocidentais de *civil law*, incluído o Brasil, é notável a tendência a uma passagem (incompleta) de um Estado de bases jurídicas positivistas para o que se

costuma denominar de pós-positivismo legal ou neoconstitucionalismo<sup>402</sup>, que pode ser ilustrada pela passagem do literal “Estado das leis” (*rule of law*) para um “Estado constitucional” (*rule of Constitution*). Por aqui, esta vertente teórica costuma ser relacionada de modo insular ao Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso<sup>403</sup>, e caracteriza-se, entre outras, pela valorização de processos hermenêuticos em detrimento da conformação técnica-silogística, um “redescobrimento” de uma principiologia para além de um sistema jurídico formal de fontes, poderosa o suficiente, inclusive, para solapar a lei no caso concreto, ambas as quais ocasionam uma espécie de redimensionamento paradigmático da decisão judicial, em todos os níveis, mas, principalmente, esta é uma viragem que recoloca na ordem do dia a questão fundamental de todo constitucionalismo: afinal, o Judiciário, enquanto precípuo garantidor do Estado de direito, em especial o STF, enquanto “guardião da Constituição” – a que foi alçado a partir do constitucionalismo alemão<sup>404</sup> – e instância inafastável contra ameaça ou lesão a qualquer direito<sup>405</sup>, é ator legítimo para “corrigir as distorções do campo” democrático (jurídico, político e de governo), tendo um papel proativo para além da conformação legislativa? Em que medida este seu múnus público alarga os limites de sua atuação e, portanto, os limites das suas decisões?

---

<sup>402</sup> Há diferenças entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo ainda que, no Brasil, estas duas tendências acabaram sendo recepcionadas erroneamente como sinônimas. Lembrando que esse pós-positivismo difere daquele de MacCormick justamente por se aproximar mais de uma hermenêutica do que exatamente de uma teoria da argumentação, razão pela qual acaba sendo posicionado no limiar do neoconstitucionalismo.

<sup>403</sup> Uma abordagem histórica e política da atuação e do papel que representa para a estrutura, correlação de forças interna e funcionamento institucional do Ministro e do próprio STF, cf. LYNCH, C. E. C. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judicialista”. In: **Insight Inteligência**. n. 79, 2017.)

<sup>404</sup> Lembremos que, pela CRFB/88, a guarda da Constituição também compete, em comum, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, I).

<sup>405</sup> art. 5º, XXXI, CRFB.

Notemos que, no Brasil, esta tendência é encontrada profusamente na literatura jurídica, especialmente a civil<sup>406</sup>, que, antes de deter-se em longínquas disputas do tipo dogmática *vs* zetética, ou, mais modernamente, procedimentalistas *vs* substancialistas, conclui pela inexorável implantação da teoria no campo (legislação e *praxis*), com a qual costumam associar, por exemplo, uma recepção no Novo Código de Processo Civil, de 2015, desta nova forma de pensar a jurisdição. O processo de «constitucionalização do direito» – neste caso, o civil, mas a imissão do direito constitucional na legislação infraconstitucional propõe-se absolutamente extensa – pode ser sentido, entre outros, pela ampliação ou remodelação do poder instrutório do juiz<sup>407</sup>, já que, atualmente, a produção da decisão judicial deve contemplar não somente a “verdade real”, como também a efetiva tutela de todos os direitos envolvidos e, ao final, a consecução dos valores e objetivos do Estado de direito através de uma atuação ativa e reativa do juiz. Além disso, uma constitucionalização de normas ordinárias concederia, em tese, uma boa dose da liberdade argumentativa e de ação que a jurisdição constitucional, a modos brasileiros, concede aos seus Ministros, a qual envolve, inclusive, a interpretação da lei, válida e vigente, a partir de valores do Estado de direito, geralmente associados com o paradigma axiológico contido na Constituição. Isto significa, em definitiva, que a violência da enunciação do direito, sentida de modo drástico e aniquilador pela zona de indecidibilidade permanente das cortes constitucionais, agora destaca-se de seu empíreo e habita, com similar força, todo o contingente das decisões judiciais mesmo aquelas em que, em

---

<sup>406</sup> v., entre outros, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo** v. 240, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. \_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: [SYN]THESIS, v. 5, n. 1, 2012. \_\_\_\_\_. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Contrapontos em contrário podem ser encontrados em: STRECK, L. L. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 15, n. 1, 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. \_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. \_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>407</sup> Os poderes e as responsabilidades do magistrado estão elencados no NCPC/2015 no art. 139. Contudo, as prerrogativas mais relevantes, para a nossa discussão, são aquelas do art. 373, § 1º, que concedem ao juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa; e do art. 370, que permite ao juiz, de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

tese, não haveria enfrentamentos principiológico-normativos aos moldes de uma jurisdição constitucional.

É oportuno aclarar que, para esta análise, é desinteressante aprofundar a investigação e decidir pela validade, efetividade ou desejabilidade da abordagem neoconstitucionalista ou pós-positivista (seja ela de bases linguístico-argumentativas, como em MacCormick, ou num deslocamento hermenêutico e pós-estruturalista, como em Gadamer)<sup>408</sup> em detrimento de qualquer outro cânone constitucional, para além da exposição das teses do capítulo anterior. A questão não envolve saber sob que corrente teórica o juízo jurídico entrega a melhor decisão, mas buscar compreender, considerando que há uma prescrição legal de imparcialidade, autonomia e independência do juiz, como a empresa do direito organiza seu ambiente para propiciar que seus funcionários executem tal prescrição e, posteriormente, de que maneira propõe a verificação destes parâmetros na prática judiciária, i.e., na decisão judicial que passou a existir na realidade fática das coisas jurídicas e não jurídicas, medidas que serão, isso sim, afetadas pelo maior ou menor grau de liberdade ou discricionariedade que a atividade dos magistrados comportar, estabelecidos a partir do que a própria práxis, que envolve o processo decisório *per se*, mas também fatores pertencentes à estrutura interna do Poder Judiciário, como as “batalhas” de precedentes entre as Turmas/Órgãos Fracionários, e à sua completa externalidade republicana, como é o caso das influências políticas no universo jurídico.

Com isso, do ponto de vista jurídico, a autonomia do magistrado, tomando como base o ordenamento jurídico e o sistema judiciário brasileiros, parece estar enfrentando tempos desafiadores. Desde um ponto de vista procedimental, há uma relação paradoxal e de tenuidade entre juízes e forças, digamos, externas aos seus próprios enlances de poder, um estado de coisas que, se não inviabiliza, ao menos trava relevantes obstáculos ao exercício insubmisso da jurisdição. A magistratura, no Brasil, é acessada através de concurso público, como a regra da provisão de cargos na Administração Pública, mas o acesso ao STF é uma exceção a esta regra, pois se dá, por

---

<sup>408</sup> Para uma análise contramajoritária, sugiro, além de Lynch, já citado (v. nota 404), o longo repertório produzido por Lenio Streck, a começar por *Verdade e Consenso* (STRECK, L. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).



ascendência das regras organizacionais do direito estadunidense<sup>409</sup> através de indicação do chefe do Poder Executivo e aprovação da Câmara Alta, após sabatina – em específico, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Em um primeiro momento, isto pode parecer criar um entorno favorável a uma atuação desamarrada, pensado na exata direção como para ser possível exigir-lhe o dever de autonomia. Por outro lado, entretanto, se pensarmos as consequências reversas desse destacamento no acesso ao cargo (e sua subsequente vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e demais garantias funcionais), vamos percebendo um desvio histórico em relação ao que esse método de investidura gera como consequências práticas, de atuação, mas também na formação de um imaginário, popular e autocentrado, sobre as funções da própria Corte. O Brasil não é o único Estado a inspirar-se no modelo de investidura à Corte Suprema a partir de indicação pelo chefe do Executivo e ratificação pelo Senado Federal<sup>410</sup>, mas em países de histórica ascendência sobre o direito brasileiro, com Portugal<sup>411</sup>, França<sup>412</sup> e Alemanha<sup>413</sup>, o processo envolve algum tipo de eleição colegiada, previsão de renovação periódica de seus quadros ou, no mínimo, a exigência de requisitos limitadores, formais e materiais, ao candidato, o que, supostamente, mitigaria o nível de arbitrariedade e a dependência política das indicações monocráticas do Executivo.

Não deixa de causar assombro que um país que ainda recentemente sobrevivia, a metralhadas, sob uma ditadura empresarial-militar, tenha incorporado ao texto da primeira Constituição do frágil período de democratização (ou de retomada da democracia), um método de escolha com contornos autocráticos, assemelhado a de

---

<sup>409</sup> v. GARAPON, A.; PAPADOPOULOS, I. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>410</sup> O modelo adotado pelos Estados Unidos também é seguido, por exemplo, pela Índia – A Suprema Corte Indiana é composta por 31 membros, indicados pelo Presidente da República, sujeitos a aposentadoria compulsória. A diferença, neste sistema, é que o nome deve ser cancelado pela própria Corte.

<sup>411</sup> Portugal compõe sua Corte com a indicação de três membros pelo próprio tribunal e a eleição, pela Assembleia da República, de mais dez, totalizando treze magistrados sem limites de investidura e permanência no cargo.

<sup>412</sup> Na França, são nove magistrados são eleitos pelo Executivo e pelo Legislativo para um mandato de nove anos, permitida a recondução. Dado curioso é que, além destes ministros, fazem parte da Corte Constitucional francesa os seus ex-Presidentes da República, com cadeira vitalícia.

<sup>413</sup> O Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) é formada por dezesseis membros (divididos em dois senados de oito membros), metade eleitos pelo Parlamento nacional (*Bundestag*) e outra metade eleitos pelo Conselho Federal (*Bundesrat*), uma espécie de órgão constitucional alemão.

regimes ditatoriais<sup>414</sup>, no sentido do controle do Executivo sobre a composição ideológica dos membros de sua Suprema Corte, cuja escolha pode dever-se a fatores outros que não uma reputação ilibada e um notório saber jurídico<sup>415</sup> e que, menos ainda, cuidam-se de investigar, de maneira séria, a formação para a carreira que o indicado deveria exibir<sup>416</sup>. O fato é que, por aqui, em que a ratificação senatorial evolui para um momento acessório, performativo, sem maiores funções analíticas, e cujos demais meios de controle legais passam ao largo de questões como atuação político-partidária ou aproximação ideológica e de campo com setores da política organizada, parece pouco provável supor uma autonomia do indicado em relação ao seu mecenas institucional, além de sedimentar uma mensagem à magistratura em geral e ao povo que observa, desde fora, sobre as acomodações políticas que funcionam para erigir alguém à condição de Ministro.

Pensemos no paradigmático caso da indicação do Ministro Dias Toffoli ao STF que, durante a maior parte de sua carreira teve laços diretos com o Partido dos Trabalhadores (PT) – como assessor jurídico da Central Única dos Trabalhadores (CUT) e do próprio Partido, depois como advogado de três campanhas presidenciais de Luís Inácio Lula da Silva, em 1998, 2002 e 2006, além de ter sido indicado pelo mesmo Lula à Advocacia-Geral da União, cargo no qual permaneceu até a sua indicação à Cadeira deixada pela morte do Ministro Menezes Direito, em 2009. Neste caso, os mecanismos de investidura no cargo de Ministro do STF favorecem, desfavorecem ou são indiferentes a que a atuação do ex-advogado e então Ministro Toffoli – ou de qualquer outro Ministro indicado por qualquer outro Presidente – seja autônoma em relação ao Presidente da República que o indicou? Estes mesmos mecanismos favorecem, desfavorecem ou são indiferentes ao modo como a “opinião

---

<sup>414</sup> ZAFFARONI, E. R. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. TAVARES, J. (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 102.

<sup>415</sup> Para Florestan Fernandes, “na verdade, o processo constituinte foi castrado a partir de fora e a partir de dentro, com o beneplácito do poder judiciário. Definiu-se a carta autoritária em vigor como uma constituição legítima e a ANC como derivada e destituída de soberania. O poder Judiciário permaneceu mudo, seu lobby mostrou-se muito ativo na preservação, reforço e ampliação dos privilégios dos magistrados.” (FERNANDES, F. **Florestan Fernandes na Constituinte: leituras para a reforma política**. São Paulo: Expressão Popular, 2014, pp. 218-219). O clientelismo político acabou forjando o acordo de cavalheiros em que o Poder Judiciário mantém seus privilégios, blinda-se de controle externo em troca do servilismo das indicações políticas de seus membros.

<sup>416</sup> Sobre o tema da formação dos magistrados e um olhar em direito comparado, v. ROESLER, Cláudia Rosane. Repensando o Poder Judiciário: os sistemas de seleção de juízes e suas implicações. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI** (Anais). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

pública”<sup>417</sup> recepcionou tal indicação – ou qualquer outra indicação ao longo dos trinta e um anos de CRFB/88? Ainda, a partir da análise das decisões proferidas pelo Ministro, relacionadas ao Partido dos Trabalhadores ou ao ex-Presidente Lula, é possível aferir sua autonomia jurisdicional? Como asseverar que uma decisão, favorável ao grupo político responsável pela indicação do Ministro, pautou-se por motivações republicanas ou que uma decisão desfavorável ao mesmo grupo político não foi uma tentativa de desvencilhar-se da pecha político-partidária e “forçar” a percepção de que suas decisões, a partir daí, seriam “mais legítimas”, i.e., autônomas? Em tempo, não se trata de saber se um Ministro em particular atende ao critério de autonomia, nem de saber se uma indicação em particular foi feita a partir dos critérios formais impostos por lei; é, por outro lado, entender o que estas perguntas e, portanto, a dúvida sobre estas questões significa para uma institucionalidade judiciária pautada na autonomia de seus magistrados no que diz respeito aos seus próprios mecanismos de promoção de juízes autônomos em relação ao Estado e seus desígnios.

Da mesma maneira, os questionamentos podem ser feitos quanto à independência dos magistrados. Tomemos, mais uma vez, o caso da investidura ao cargo de Ministro da nossa Corte Suprema. Além de ser indicado pelo Presidente da República, com o assentimento cerimonial do Senado Federal, um candidato a Ministro do STF não precisa advir de quadros de carreira da magistratura, nem do Ministério Público, nem ser listado por aclamação de Ordem, exigido dele, constitucionalmente, apenas que seja brasileiro nato (art. 12, §3º, IV), maior de 35 anos e menor de 65 anos e que possua “notório saber jurídico” e “reputação ilibada” (art. 101); é mais, ao arremesso destes tímidos critérios, ascende à alta cúpula de um dos Poderes federativos sem votação camerária e sufrágio popular, dessemelhante dos procedimentos para ascender à própria Cadeira presidencial ou às Casas parlamentares.

---

<sup>417</sup> Uso o termo com cautela, já que seria preciso um método rigoroso, quantitativo ou qualitativo, para consolidar em uma homogeneidade o emaranhado disforme e caótico das opiniões proferidas nos espaços públicos, de modos a que se pudesse certificar que certa opinião é suficientemente “pública” para que seja considerada “a” opinião pública. Além do mais, se tivéssemos o método e ele fosse praticável, ainda seria necessário a pesquisa empírica, análise de dados e demonstração pública dos resultados desta pesquisa a cada vez que quiséssemos lançar mão de tal coisa como uma opinião pública como argumento de justificação para qualquer fenômeno ou fato social.

Magistrados em geral costumam arguir sua legitimidade por demonstrar certa “estirpe” intelectual ao ser aprovados nos exclusivos concursos públicos para a magistratura, enquanto que parlamentares e presidentes da República têm ao seu favor a legitimidade máxima da democracia representativa, dada pelo voto universal. A posição dos ministros do STF, por outro lado, não se ampara nem em uma, nem em outra forma de legitimação social, o que, num primeiro momento, não deveria causar qualquer anomalia de poder em termos de respeito à ordem constitucional e ao Estado de direito, se este for o método de eleição do ordenamento; contudo, há uma tendência – que, no Brasil, pode ser observada em ciclos bem determinados<sup>418</sup>, mas é um processo recorrente em democracias neocoloniais<sup>419</sup> – de disputa pelo protagonismo social entre Cortes e Casas e, na exasperação das crises, entre a Corte Constitucional e o próprio *establishment* político, autenticado na pessoa do Presidente da República.

A profissionalização da política, uma inócua renovação de seus quadros, forjada na velha hereditariedade dos currais, a fisiocracia da atividade parlamentar e o escárnio na malversação da coisa pública, atribuídos aos representantes desse carreirismo eleitoral, são alguns dos estopins possíveis ao alçamento do Judiciário à ordem da política institucional e da representação social, num movimento que uns, considerando-se democratas libertários, atribuem à “fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo”<sup>420</sup> e outros, comprometidos com uma dialética histórica, preferem chamar de “revolução judiciarista”<sup>421</sup>. É como se o exercício da jurisdição constitucional implicasse uma finalidade afeita, mas não explícita, à atividade da Corte, de modo que a guarda da Constituição ensejasse a guarda da própria democracia representativa, a qual, em crise e para seu resguardo, devesse ser tutelada e conduzida pela atuação política de um Tribunato Superior.

---

<sup>418</sup> Para Lynch, é possível ver uma atuação anômala da Corte Suprema na história recente do Brasil, desde o início do século passado, numa espécie de “tenentismo togado” que reaparece, para o autor, com a crise política e os movimentos civis e empresariais que acompanharam os acontecimentos de junho de 2013. (LYNCH, C. E. C. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciarista”. In: **Insight Inteligência**. n. 79, 2017, p. 164)

<sup>419</sup> Em especial, da América Latina. (v. ANSOLABEHERE, Karina. **La política desde la justicia: Cortes Supremas, gobierno y democracia en Argentina y México**. México D. F.: FLACSO/Fontamara, 2007.)

<sup>420</sup> BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: (SYN)THESIS, v. 5, n. 1, 2012, p. 23.

<sup>421</sup> LYNCH, op. cit. p. 160.

Este movimento induz, de um lado, o imaginário social de que os revezes e as crises institucionais do Estado de direito e da democracia devem ser tratadas e solucionadas pelo Guardião da Constituição, o qual, por óbvio, também será o guardião da Política e da sociedade em geral, padrão que ensaia querer a política engolfada na esfera do jurídico, em um processo que acompanha outro, difuso e fracionado, de judicialização de todos os aspectos da vida em sociedade, que parece apenas reafirmar aquilo que é uma das formas mais exemplares de o direito exercer sua *Gewalt*, i.e., o monopólio de todas as fórmulas para o entendimento humano, solapando as arbitragens e todas as autocomposições – superiores à ordem jurídica e que, portanto, a ameaçam e devem ser domadas, até que não haja nada para além da prescrição e da sanção, aplicadas legitimamente pelos meios violentos do direito.

De outra banda, este grito primal vindo das “ruas”<sup>422</sup>, que Ministros dizem ouvir, reverberando pelos gabinetes, enseja assim mesmo uma reação do próprio Judiciário, que acaba por deixar-se possuir de um certo espírito, não tão moderno, de que é a *pièce de résistance* dos Estados ilustrados encampados, com seus intelectuais, contra a monarquia e em favor de uma espécie de liberalismo bastante paradoxal: enquanto zela pela República, assume o protagonismo governamental e legislativo, o que não parece coadunar-se muito bem nem ao ideário republicano nem às premissas de um Estado liberal.

À medida que a institucionalidade política perde legitimidade – sejam os motivos quais sejam, mas, em geral, vão derivar da percepção popular, adquirida espontaneamente ou não, de que a função social da classe política foi substituída por uma função privada, individual, familiar, blocada economicamente etc., que fez com

---

<sup>422</sup> Em uma sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, em que os ministros julgavam uma ação de controle de constitucionalidade originária do Paraná, houve um desentendimento seguido de discussão entre os ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes. Em dado momento, Mendes acusa o colega de “julgar por classe”; Barbosa reage respondendo: “Vossa excelência está destruindo a Justiça deste país e vem agora dar lição de moral em mim. **Saia à rua ministro Gilmar**”. “**Eu estou na rua**”, disse Mendes. E finaliza Barbosa: “Vossa excelência não está na rua não. Vossa excelência está na mídia, destruindo a credibilidade do Judiciário brasileiro. É isso”, disse Barbosa. “Vossa excelência quando se dirige a mim não está falando com os seus capangas do Mato Grosso, ministro Gilmar. O senhor respeite”. A convocação para “sair à rua” remete ao conceito de que o ministro deve ouvir o clamor popular, a voz das ruas, como vetor de orientação de suas decisões. (ABREU, D. **Ministros do STF discutem durante sessão do tribunal**. 22 abr. 09. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1094745-5601,00-MINISTROS+DO+STF+DISCUTEM+DURANTE+SESSAO+DO+TRIBUNAL.html>>.

que a representatividade popular de seus mandatos entrasse em crise<sup>423</sup> – passa a haver uma drenagem de legitimidade em direção aos juízes, já que o Judiciário seria a última fronteira entre institucionalidade e caos político, da mesma maneira que a jurisdição é o derradeiro e universal recurso<sup>424</sup> contra as injustiças sociais e os desmandos estatais, o “guardião das promessas”<sup>425</sup> que o Estado de direito empenhou durante a consolidação em todos os processos de rupturas e conformações que produziram os regimes democráticos ocidentais.

Daí que os próprios juízes acabam por introjetar esta nova e envolvente função e arvoram-se muitas vezes no papel de bastiões da democracia em toda amplitude do sentido da expressão<sup>426</sup>. Assim, acabam por emular uma tendência, muito latino-americana<sup>427</sup>, de depender recorrentemente da existência de líder(es) carismático(s), bem ao estilo weberiano<sup>428</sup>, para o bom funcionamento das suas instituições. É quase como um recurso psicológico, frequentemente visto nas fases do desenvolvimento infantil<sup>429</sup>, em que, de um lado, a criança personifica objetos inanimados ou atribui às coisas valor distinto do que elas têm para poder torná-las suas, enquanto personagens

---

<sup>423</sup> O problema da crise de representatividade nas democracias tardias não é um fato novo (v. SANTOS, B. de S. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002). Entretanto, é bom notarmos que o ciclo recente desta crise começa a gerar consequências, de ordem mundial, diversas daquelas que outros ciclos de crises democráticas costumavam produzir.

<sup>424</sup> Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (CRFB, art. 5º, XXXV; NCPC art. 3º).

<sup>425</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: 1999.

<sup>426</sup> Uma evidência empírica deste argumento possa começar a desenhar-se, talvez, com a constatação de elevado número de ocorrências de argumentos que apelam ao caráter do orador (*ethos*) para angariar poder de persuasão, em decisões sobre controle de constitucionalidade, de modo que “[...] as decisões judiciais, sobretudo aquelas ligadas ao controle de constitucionalidade das leis pelas Cortes Constitucionais, apresentam forte conteúdo retórico-estratégico, o que faz com que, para além da simples decisão do mérito, contenham elementos de legitimação e autoridade, além de apelos emocionais e uso de figuras retóricas.” (REIS, I. Análise empírico-retórica do discurso constitucional: uma contribuição metodológica à pesquisa de base em direito. In: **Conpedi/UFSC**. (Org.). Direito, Educação, ensino e metodologia jurídicos. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 20.

<sup>427</sup> O populismo na América Latina retorna sempre ao seu cenário político, em geral associado com a dependência cultural e a introjeção da ideologia da caridade herdada dos Impérios colonizadores e, em seguida, pelo desenvolvimento de uma política orientada ao clientelismo, ao voto de cabresto e a complacência com as pequenas desídiás legais. Em definitiva, grande parte destas questões pode ser resumido no fato de que nós, enquanto povo latino-americano, não temos história, o que acaba por coincidir com uma crítica de Zaffaroni sobre o Judiciário e o problema do poder, a partir da qual afirma que não temos memória histórica de nossos poderes judiciários. (ZAFFARONI, E. R., **Estructuras judiciales**. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 11)

<sup>428</sup> WEBER, M. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Regis Barbosa, Karen Elsabe Barbosa (trad.). 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014, durante o cap. III.

<sup>429</sup> Segundo Piaget, essa é uma fase que em regra vai dos dois aos sete anos de idade é antecessora da fase operacional concreta, em que a criança começa a operar raciocínios lógicos em relação a objetos concretos. (v. PIAGET, J. **A construção do real na criança**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.)

de suas narrativas de “faz-de-conta”; de outro, a narrativa realiza uma pulsão muito comum em crianças (mas não só nelas), da fantasia de que são super-heróis para, com isso, fugir para um lugar em que seus atos são sempre legítimos e suas fraquezas são a humanidade do herói perfeito, que, paradoxalmente, o fazem mais perfeito. Nessa analogia psicológico-comportamental, a população aplaca as incertezas e ansiedades que estruturas complexas da burocracia estatal podem gerar através da personificação do Estado de direito, amorfo e abstrato, na figura do juiz, humano e relacionável, no qual pode projetar a certeza e a segurança jurídicas, resguardadas pelo seu ofício jurisdicional, e com o qual imagina poder interagir através do “apoio público” ou da “torcida”<sup>430</sup>. Por sua vez, juízes aceitam o manto e elaboram para si a autoimagem paladina de que lhes foi delegada a função de construtores e moldadores da democracia<sup>431</sup>, que a partir de então será entregue “de cima para baixo” a partir do giro paradigmático proporcionado pela transferência da legitimidade representativa, concedida pelo povo ao Judiciário.

Mais uma vez, é indiferente para a nossa análise que se faça juízo de valor sobre posturas ativistas de magistrados ou ministros. O que toca, aqui, é observarmos que, com a absorção de fatores como “opinião pública” e “clamor das ruas” para a elaboração das suas razões de julgamento, ou com percepção de que precisa de “apoio público”<sup>432</sup> para o sucesso de suas decisões – ou exará-las com fins a estes propósitos –, o juiz acaba refém destas categorias, de modo que uma atuação independente estará

---

<sup>430</sup> O ex-juiz da Operação Lava-Jato, Sérgio Moro, por exemplo, tem inúmeros fã-clubes espalhados pelo Brasil e exterior, um deles, contendo a impressionante marca de mais de dois milhões de membros. (cf. <<https://www.facebook.com/faclubejuijsergiomorooficial/>>). Já a esposa do ex-magistrado, à época em que ele ainda comandava a Operação, organizou espécie de memorial com cartas de fãs, fotos e vídeos em homenagem ao atual Ministro da Justiça, atualmente com mais de cento vinte mil “curtidas”. (v. <<https://www.facebook.com/eumorocomele/>>)

<sup>431</sup> MAGALONI, Ana Laura.; ZALDÍVAR, A. El ciudadano olvidado. In: **Corte, jueces y política**. Rodolfo Vázquez (coord.), México D. F.: Fontamara/Nexos, 2007, p. 118.)

<sup>432</sup> “Dallagnol – 22:19:29 – **E parabéns pelo imenso apoio público hoje.** [...] **Seus sinais conduzirão multidões**, inclusive para reformas de que o Brasil precisa, nos sistemas político e de justiça criminal. [...]”

Moro – 22:31:53 – Fiz uma manifestação oficial. Parabens a todos nós.

22:48:46 – Ainda desconfio muito de nossa capacidade institucional de limpar o congresso. O melhor seria o congresso se autolimpar mas isso nao está no horizonte. E nao sei se o stf tem força suficiente para processar e condenar tantos e tao poderosos.” (GREENWALD, G.; SANTI, A. de.; MARTINS, R. M. “**Não é muito tempo sem operação?**” - Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato. 09/06/2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>> - Grifei e deixei os diálogos transcritos com os erros de grafia originais.

irremediavelmente comprometida. Indiferentes à perda da independência decisória, magistrados seguem comentando publicamente julgamentos em curso, frequentando redes sociais como “influenciadores digitais” ou até declarando, de maneira direta, o desejo de que Cortes sejam, sim, permeáveis à opinião pública<sup>433</sup>. A transparência das fundamentações não as exime da carência de independência com que deve se pautar o juízo decisório de todo magistrado, de acordo com as regras do jogo processual do direito.

No longo capítulo da imparcialidade, talvez a mais obscura e desafiadora de todas as faces da atuação jurisdicional, a dificuldade já é posta de entrada, se considerarmos que a discussão processual deveria, em tese, ser precedida pela investigação, de bases metaéticas, sobre a possibilidade cognitiva de algum tipo de imparcialidade<sup>434</sup>, quer dizer, se é possível tal coisa como um juízo desamarrado de qualquer influência moral particular, voluntária ou não, do seu proferidor, e se, sendo possível, ela é desejável. Por ora, para manter-nos no escopo da nossa investigação, vamos apenas examinar o ambiente processual da imparcialidade requerida ao juiz e suas ferramentas de aferição.

---

<sup>433</sup> Para Barroso, mesmo em vigor o dever de independência do magistrado, ser permeável à opinião pública não tornaria o STF subserviente a ela. (cf. BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **Revista de Direito do Estado** n. 16, 2009, p. 3. Disponível em: < [http://webbib.no-ip.org:81/consulta/revista/revista96\\_completa\\_001.pdf](http://webbib.no-ip.org:81/consulta/revista/revista96_completa_001.pdf)>.

<sup>434</sup> Brevemente, considero que há duas interpretações possíveis para o significado de imparcialidade na atuação do juiz, ambas relacionadas à moralidade: a primeira, de que juízos jurídicos, para ser imparciais, não podem ser proferidos a partir de nenhum tipo de juízo moral do seu proferidor, o que significaria que o agente jurisdicional e o agente moral, aglutinados na pessoa do juiz, poderiam, de alguma maneira, ser separados, e que, assim, o juiz teria o poder de separar seu aparato cognitivo em pelo menos duas instâncias independentes entre si. A segunda interpretação, seria de que o direito utiliza “imparcialidade” como sinônimo de “abnegação moral”, de modo que o juiz, ao proferir um juízo jurídico, utilizaria seu aparato cognitivo para emitir juízos jurídicos e morais, estes últimos baseados numa “moralidade pública” ou em respeito às referências morais contidas em normas gerais de direitos humanos, tidas como universais, em detrimento de suas considerações morais particulares. A partir de um ceticismo metaético, entendo que não é possível a realização de nenhuma destas operações, já que, quanto à primeira, essa espécie de compartimentalização da cognição e do juízo demandaria uma engenharia valorativa sem precedentes para o ser humano médio, cuja atividade valorativa independe de uma decisão consciente de valoração, mas faz parte da própria cognição geral, inclusive para o juiz, o que torna essa primeira hipótese impraticável. Quanto à segunda, também parece duvidoso que um juízo jurídico, que supõe uma teleologia orientada à justiça, ou à equidade, ou ao menos à consecução de uma “boa prestação jurisdicional”, possa (ou deva) ser proferido sem alguma espécie de razão prática que oriente o julgamento de suas consequências; neste caso, parece improvável que uma razão prática do magistrado, orientada à justiça, baseie-se apenas na lei ou no princípio geral de uma moralidade estatal, que descrevem condutas abstratas, e não em uma deontologia moral que lhe permita julgar a adequação da prestação no caso concreto.



Mesmo que desconsideremos as reduções ao absurdo, em que decisões judiciais, abertamente a *contrario legis* são justificadas exclusivamente em argumentos solipsistas ou que apelam para uma visão inconclusiva, portanto particularista, de justiça – que, como vimos, é uma aporia que funciona como uma espécie de *deus ex machina*, uma zona superior de justificação que, por sua força simbólica e maleabilidade conceitual, vai erguendo, destruindo e reconstruindo os limites do direito, ainda que não haja conjunto argumentativo que autorize o estabelecimento de tais limites em detrimento de outros – ou aquelas em que decisões *ex auctoritate legis* desafiam a interpretação corrente, ou mesmo a interpretação constitucional da norma em nome de uma aplicação absoluta da lei sob o argumento irrelevante de que a “lei é dura mas é a lei”, ainda teríamos nas mãos a difícil tarefa de definir um método eficiente para conciliar dois lugares do juízo (o lugar do julgamento moral, particular, e o lugar do julgamento judicial, de premissas públicas) que são diferentes mas cuja sobreposição parece inevitável ou ao menos nos leva a um espinhoso e exaustivo processo de identificação.

Um dos grandes problemas processuais em lidar com a imparcialidade do magistrado diz respeito aos métodos de avaliação e correção de condutas pretensamente imparciais no âmbito de um litígio. O CPC/2015, a exemplo de seus predecessores, prevê que juízes serão considerados parciais e, portanto, inaptos para funcionar como juízo de um litígio, a partir dos critérios, em rol exaustivo, de impedimento<sup>435</sup> e suspeição<sup>436</sup>; quanto ao primeiro, referindo-se a questões

---

<sup>435</sup> “Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado. [...]”

<sup>436</sup> “Art. 145. Há suspeição do juiz:

suficientemente objetivas, não comentarei sobre os critérios de aferição, voltando a ele, mais adiante, ao comentar as formas de controle. Já em relação ao segundo, é importante tecer alguns comentários.

Dá-se por suspeito o juiz que, sendo responsável por um processo específico, mantiver relação de amizade ou inimizade, receber mimos, aconselhar, colaborar, for credor, devedor de alguma(s) da(s) parte(s) ou que seja de qualquer outra maneira interessado na concessão ou denegação do direito em questão. Nada mais subjetivo. O que inicialmente parece um voto à retidão discricionária do juiz, em realidade vai contraporre do paradigma constitucionalista, no qual a responsabilidade do magistrado aumenta ao passo que aumenta também o grau de “liberdade”<sup>437</sup> de suas escolhas, mas, junto com ela, aumenta também a necessidade de que suas conclusões vinculem-se a uma razão justificadora forte, i.e., componha-se de premissas apropriadas ao caso concreto e argumentos, derivados destas premissas, coerentes e axiologicamente relevantes. A chave de leitura do problema está no verbo reflexivo que inicia este parágrafo: o juiz «dá-se» por suspeito, i.e., a suspeição, enquanto método de aferição e controle da imparcialidade do magistrado, é uma autodeclaração. Veja-se que, ainda que impedimento e suspeição possam, evidentemente, ser arguidos por qualquer das partes, em sede de incidente processual, é o próprio juiz, em suspeita, o responsável pelo julgamento do incidente, o que parece não ser muito razoável, se considerarmos que não há nenhuma dado da lógica que permita supor que um juiz, oportunizado através da lei, que não se declarou suspeito venha subitamente a fazê-lo a pedido de uma das partes, como se o modo de abordar o incidente mudasse o resultado do julgamento sobre ele.

Supondo que o juiz mantenha a decisão sobre sua própria suspeição, mesmo que provocado pelo requerimento de uma das partes, ainda toca ao litigante o duplo

---

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes [...]"

<sup>437</sup> No sentido de que o campo argumentativo abre espaço para que o juiz exercite “criativamente” a jurisdição, desde que apoiado em um contexto argumentativo de justificação potente, coerente e verificável.

grau de jurisdição, um apelo às instancias superiores para que o pedido ser apreciado até o limite constitucional. Entretanto, ao continuar sendo examinados e decididos por magistrados (desembargadores, ministros etc.), os pedidos de suspeição, especialmente, acabam sendo dragados por outra esfera de subjetividade, em muitos aspectos problemática, caracterizada pelo corporativismo da magistratura – ou, como os próprios interessados preferem denominá-lo, pelo «autogoverno» dos juízes<sup>438</sup>, tópico que gera polêmicas desde as tratativas constituintes<sup>439</sup> e que está longe de esgotar-se mesmo após três décadas de vigência da Constituição Federal e a edição da Emenda Constitucional nº 45 e a instauração do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O fato é que, hoje, temos desenhado um Poder Judiciário que corrige a si mesmo, ao menos em matéria de suspeição, o que gera uma falsa impressão de que este é um instituto cuja aplicação depende da liberalidade do magistrado, o qual, a partir de sua subjetividade ou própria consciência, seria o único capaz de atestar a ocorrência de fato ou circunstância capaz de eivar sua imparcialidade – veja-se, por exemplo, o emblemático caso do Ministro Gilmar Mendes, frequentemente alcunhado pela mídia, pelos réus de suas ações penais e pela “opinião pública”, esta que é via de mão dupla, como um julgador parcial, que não se exime em julgar amigos íntimos ou inimigos

---

<sup>438</sup> A questão do autogoverno dos juízes não se confunde com, por exemplo, a expressão “governo dos juízes” comumente aplicada a discussões que envolvem o papel político dos magistrados para a sedimentação das funções estatais em países como os Estados Unidos, no qual a autonomia e a independência do Poder Judiciário envolvem uma atuação política como poder de Estado é garantida pela sua própria inteligência constitucional (v. DALLARI, D. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 91)

<sup>439</sup> José Renato Nalini, ex-Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ex-Corregedor Geral de Justiça do mesmo Estado, notório no mundo acadêmico por seus livros sobre Ética jurídica e, em especial, sobre Ética na magistratura, hoje pergunta: “Então, qual a importância de se falar num olhar externo, baseado no problema da ética, para o juiz brasileiro?”, à qual ele mesmo ensaia responder, a partir da experiência, alegando que “[...] o papel precípua da esfera correcional não é o de vigiar, oprimir e punir, mas sim o de representar verdadeiro órgão de orientação e planejamento, encarregado de encontrar soluções para os gargalos estruturais do Poder Judiciário” (NALINI, J. R. (org.) **Magistratura e ética**. São Paulo: Contexto, 2013, p. ii). Contra a possibilidade de a Constituinte de 1987 estipular controle, pelo Executivo, aos atos dos membros do Poder Judiciário, ele, então juiz estadual de São Paulo, já afirmava que “[...] a função correcional atribuída ao Judiciário reside na garantia objetiva do autogoverno desse poder estatal e, com relação aos seus próprios integrantes, constitui questão *interna corporis* de cada Tribunal em relação aos seus correccionados”. (NALINI, J.R. Correcionalidade a cargo do Judiciário e Constituinte. **O Estado de São Paulo**, 10 mai. 1987, p. 54. Disponível em: <<https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19870510-34415-nac-0054-999-54-not>>)

capitais: enquanto o STF resiste em pautar pedidos de suspeição contra ele<sup>440</sup>, outros que se apresentam por vias outras, como pela atuação de *custos legis* do Ministério Público, também têm pouco sucesso prático, restando-lhes a via do arquivamento.

Sobre este último caso, veja-se a decisão, proferida pela Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, em março deste ano, em que se deliberava sobre a suspeição de Gilmar Mendes no caso da ação penal de Paulo Vieira de Souza, o “Paulo Preto”, ex-diretor da estatal rodoviária de São Paulo (Dersa), gostaria de frisar um trecho<sup>441</sup>:

O Ministério Público espera, sempre, o fiel cumprimento da Constituição e da lei para que, **diante da dúvida sobre sua isenção, cada magistrado esclareça os aspectos relevantes** sobre sua independência e observância da impessoalidade diante de cada caso concreto. No caso dos autos, as evidências materiais narradas na representação não indicam amizade íntima que possa justificar, sob o critério jurídico-processual, arguir a exceção de suspeição do Relator, **inclusive porque ele, diante do esclarecimento dos fatos pela Juíza da causa, revogou sua liminar e permitiu o curso regular da ação penal que resultou em condenação a pena elevada.**” – Grifei.

Daí, as conclusões parecem apontar para uma política de suspeição cujas regras convencionais aplicam-se de modo a que: (1) na dúvida, pela imparcialidade, como se o maior prejudicado no caso do juízo de suspeição fosse o magistrado suspeito e não a parte suspeitosa, neste caso, um réu, para quem os efeitos da suspeição serão impressos, talvez com consequências deletérias, em seus direitos mais sensíveis, como o direito à liberdade; (2) a dúvida só pode ser sanada pelo próprio suspeito, como se aquilo que a lei descreve, justamente para que possa ser observado interna (dever do juiz) e externamente (dever de correção dos órgãos competentes), não pudesse ser determinado por nenhum juízo senão pelo juízo subjetivo do próprio magistrado sobre o qual recai a suspeita; e, mais interessante ainda, (3) a possível parcialidade pôde ser sanada por ato superveniente que destravou a ação penal e teve, ao fim,

<sup>440</sup> MENDES, C. H. **A fumaça do bom juiz**. Revista Época, 15 jun. 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/06/fumaca-do-bom-juiz.html>>. Do mesmo autor: “**Gilmar Mendes viola grosseiramente a lei, diz professor da USP**”. O Globo, 28 ago. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-viola-grosseiramente-lei-diz-professor-da-usp-21753369>>.

<sup>441</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. **DECISÃO n. 122/2019-SFPO-STF/PGR**, 11 mar 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pgr-aquiva-pedido-suspeicao-gilmar.pdf>>.

resultado condenatório ao réu, suposto amigo, como se um magistrado parcial ter atuado na lide não fosse, desde já, uma causa de nulidade de seus atos processuais, e como se os objetivos de uma ação penal estariam definitivamente alcançados com a condenação do réu, ocorrendo, assim, uma espécie de convalidação dos atos suspeitos, i.e., como se o papel do Estado penal, através do Judiciário, fosse a sanção e o encarceramento - e não os aclamados critérios de “justiça”, “verdade real” e o corolário constitucional da imparcialidade, o princípio do juiz natural, que aglutina a vedação ao juízo de exceção e as regras gerais de competência para o devido processo legal.

Uma pequena derivação filosófica é de ordem: no caso supramencionado, em que a suspeita sobre o referido Ministro foi afastada uma vez que sua deliberação processual - o levantamento de uma liminar favorável ao réu - conduziu a uma teia de acontecimentos que, no futuro, promoveram - ou ao menos não impediram - a condenação do réu, é possível para um observador externo, através de qualquer método, conhecer as razões dessa específica decisão e, portanto, a partir dela, afastar a sua suspeição quanto à primeira decisão? O pedido de suspeição, anterior, determinou o levantamento da liminar, ato posterior? Não houvesse sido interpelado como suspeito, teria o Ministro mudado de opinião sobre a liminar? A suspeição de um magistrado dá-se apenas quando favorece aliado ou prejudica desafeto, ou uma decisão prolatada no intuito de funcionar como «desmentido» da suspeição também é uma decisão parcial? Dito de outra maneira: a imparcialidade do juiz é orientada a fins ou a meios? Considerando que estamos travando uma discussão jurídica da imparcialidade, parece-me adequado supor que a imparcialidade requerida ao juiz é da ordem dos meios, i.e., como todo direito, está fundada em uma legitimidade procedimental e processual; se esta hipótese estiver correta, então, um resultado final imparcial é uma consequência da imparcialidade praticada ao longo de todos os atos processuais da ação e não pode ser aferida investigando argumentos e dispositivo da decisão final, o que significa que não há que se falar em tal coisa como uma “imparcialidade superveniente” como forma de saneamento de suspeição em conduta processual anterior.

Ainda que fosse o caso, outro problema, neste marco filosófico, seria saber se é possível avaliar se um juiz atuou parcialmente em determinado expediente processual

a partir de atos posteriores à arguição de suspeição levantada por alguma das partes, ou, em outras palavras, é saber se a suspeita, recaída sobre os ombros do magistrado, influencia suas condutas processuais posteriores e as encaminha para algo como uma atuação em contraprova da própria parcialidade, o que é, da mesma maneira, uma conduta parcial. É como se qualquer ato processual posterior, cujos contornos de rigor e técnica engendrariam evidências de sua imparcialidade, estivesse desde logo implicado em uma parcialidade; então, seu discurso sobre imparcialidade, pensado como meio de prova – pois o colocaria automaticamente “para fora” de qualquer conduta suspeita, essencialmente secreta, precária e obscura, que não poderia sobreviver “à luz do dia” do discurso público –, gerasse o efeito inverso de demonstrar a dependência da manifestação à hipótese da parcialidade, seja ela para beneficiar/prejudicar parte processual, seja mesmo para fortalecer a hipótese, em relação a si mesmo, de imparcialidade de seus atos processuais anteriores. É a “ironia do dispositivo da imparcialidade”<sup>442</sup>, poderíamos dizer: qualquer tentativa de prová-la supervenientemente, produz prova contrária a ela mesma.

Em todo caso, de volta ao debate técnico, autonomia, independência e imparcialidade não são prerrogativas nem decorrem de liberalidade do magistrado; são deveres de ofício, considerando que o juiz está sujeito a standards diferenciados para sua atuação pública e privada e também para garantir a “justa” fabricação de seu juízo, uma vez que desempenha uma função que se presta a concretizar os próprios objetivos do Estado de direito. Da mesma maneira, as “regras do jogo” da atuação do magistrado não são convenções, não podem ser decididas em acordo entre pares, mas são regras, dispostas em lei, com força vinculante como para sustar andamento processual ou a própria decisão proferida, o que demonstra que o âmbito, repetidamente legado à subjetividade do magistrado, da imparcialidade guarda o mesmo grau de importância dos demais elementos formadores da jurisdição, com a diferença da precariedade com que tem sido identificado e, especialmente, verificado.

---

<sup>442</sup> Para usar uma frouxa analogia com a expressão “ironia do dispositivo da sexualidade”, em Foucault, o qual remete à discussão sobre a produção de verdades no esquema do poder-saber em relação à repressão sexual. (v. FOUCAULT, M. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988)

À parte discernir sobre quaisquer filiações, parece-me necessário reconhecer que nenhuma instância de poder está imune ou movimenta-se independentemente à política e seus desdobramentos, condição própria da vida social e da atividade humana, indispensável para a formação de conceitos como reconhecimento, cidadania ou justiça; mas é também fundamental que, se o Judiciário reivindica para si uma *praxis* política, a atuação política na esfera judicial, assim como em qualquer outro âmbito de sociabilidade humana, se é o caso de que ocorra, deve ocorrer às claras, sem reбуçar-se por trás da burocracia, como se fossem meros expedientes de ofício, tecnicamente amparada pelos instrumentos de ação e controle que a própria ordem jurídica deve estabelecer no marco de um Estado de direito ou Estado constitucional, bem como a partir de uma atribuição legitimada pelos meios institucionais dessa ordem. Assim, talvez, seja possível examiná-la.

Contudo, em um ordenamento jurídico, como o nosso, em que se entende que juízes são classificados constitucionalmente como «órgãos» do Poder Judiciário<sup>443</sup> e que, por isso mesmo, operadores do direito, advogados militantes, peticionam direta e nomeadamente ao juiz da Vara, certamente querendo dirigir-se ao «juízo», i.e., à própria Vara, ao núcleo de competência organizado internamente pelas legislações orgânicas dos Tribunais, é custoso pensar em imparcialidade de decisões proferidas em um ambiente de tanto personalismo e de tantas personalidades pouco dispostas a separar-se da *persona* togada. Também parece impossível saber a que novos limites o direito, engendrado pela decisão, alcançará em meio à tomada definitiva da função “contramajoritária e representativa”<sup>444</sup> que a jurisdição constitucional passa a encarnar sem que consiga demonstrar, de forma razoável, que pratica os fundamentos de legitimidade do seu campo, através da autonomia, independência e imparcialidade de seus membros.

---

<sup>443</sup> “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

[...]

III - os Tribunais Regionais Federais e **Juízes** Federais;

IV - os Tribunais e **Juízes** do Trabalho;

V - os Tribunais e **Juízes** Eleitorais;

VI - os Tribunais e **Juízes** Militares;

VII - os Tribunais e **Juízes** dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.”

<sup>444</sup> Barroso

Ao fim e ao cabo, não há um estado de coisas institucional que suponha, ampare ou controle a neutralidade nas atividades decisórias dos seus magistrados, a qual a lei prescreve sem jamais apresentar as condições de sua possibilidade para além do recurso à subjetividade do juiz. As tentativas mais sérias de manejo do voluntarismo e da parcialidade, que geralmente apresentam-se “desde fora” do direito, têm um alcance limitado em relação às barreiras técnicas de autopreservação da ordem jurídica, justificadas publicamente pela prerrogativa de autonomia do Judiciário no esquema tripartite da organização estatal, e parecem depender de uma espécie de benevolência do juiz (para não falar em “consciência” e suscitar um debate metafísico), o qual deveria «querer» escolher sempre o caminho que levará ao melhor resultado de suas decisões (atribuição de sua «*prudencia*»), além do compromisso com a lógica e a razoabilidade argumentativa em seus dispositivos (atribuição de sua «*sapientia*»). Mas, argumento, é inconcebível que, em um sistema de normas positivadas e procedimentos técnicos, sejam seus usuários convidados a “acreditar” na imparcialidade dos juízes sob o argumento pouco esclarecedor de que a lei lhes prescreve esta obrigação e lhes dá, em contrapartida, o benefício de uma imparcialidade presumida. Um golpe de fé, com qual os juízes se mantêm “em crédito”<sup>445</sup> não porque são imparciais, mas porque são juízes. É o fundamento místico de sua neutralidade e a remissão a esse princípio a aniquila.

### **3.2 *volkloser Raum*: a jurisprudência é um espaço sem povo**

Na tradição grega, uma sabedoria prática é sempre subsidiária a uma sabedoria filosófica, ainda que aquela tenha autoridade sobre esta<sup>446</sup>, da mesma maneira que toda *praxis* promove uma sabedoria para o discernimento, para o julgamento. No caso do direito, que se subsume a uma teoria com tendências ao monismo autorreferente (juristas célebres são citados por juízes em suas decisões, enquanto juízes elaboram célebres doutrinas ensinadas nas faculdades de direito), a autoridade de sua *praxis*

---

<sup>445</sup> Montaigne, 2010 apud Derrida, p. 21

<sup>446</sup> “[...] visto que a arte que produz uma coisa qualquer governa e rege tudo o que diz respeito a essa coisa.” (EN 1143b30-34) (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. BINI, N. (trad.). 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 170)



torna-se ainda mais vivaz, de modo que seu produto, o *corpus* decisório que se assenta como jurisprudência, converte-se em seu principal produto e principal repositório.

Neste sentido, a jurisprudência funciona como «arquivo» da *Gewalt* do direito, servindo-lhe como (1) uma inscrição para a conservação histórica de suas narrativas, que podem ou não coincidir com as narrativas sociais, ou mesmo com as narrativas da lei, (2) uma promessa de certeza e segurança jurídicas que, na lei, são dadas pela sua própria escrita – prévia, geral e abstrata – e na jurisprudência toma forma de um “compromisso consigo mesmo” que todo juiz, tacitamente, subscreve, e a que, expressamente, deve obediência, e (3) um catálogo consultável de tudo que a decisão produz em termos de conhecimento jurídico, o repositório de toda *prudencia* e *sapientia* próprios das deliberações jurisdicionais, no qual se encontram razões de justificação para as decisões que serão, em seguida, proferidas. Começando pelo fim, gostaria de investigar a epistemologia do arquivo.

Ora, em um sistema cujas formas jurídicas são, de fato, apenas formas sem conteúdo, enunciados latentes à espera de administração fática de sentido, e no qual a justiça é uma aporia<sup>447</sup> que mantém o direito *en crédit*, arrastando-o numa calculada zona de indecidibilidade permanente, a jurisprudência ocupa um papel fundamental. Ela é a coleção das mais distinguidas teses que a clarividência do prudente (*prudens*) concede ao direito, ao mesmo tempo que dota perenemente de sentido a ordem jurídica e dá aparências de que há tal coisa como uma linha de chegada, um espaço-tempo no qual o direito concede uma “solução final”, a decisão sobre todas as decisões, na qual cristaliza o sentido da norma e alcança seu termo final.

Se uma análise do discurso jurídico beneficia-se do acesso qualificado aos seus enunciados, o arquivo faz “com que todas as coisas ditas não se acumulem indefinidamente em uma massa amorfa, não se inscrevam, tampouco, em uma linearidade sem ruptura e não desapareçam ao simples acaso de acidentes

---

<sup>447</sup> Parece-me que esta discussão se aproveitará bem da remissão ao argumento da justiça como aporia que move a jurisprudência (cf. VIEHWEG, T. **Tópica e jurisprudência**. Tércio Sampaio Ferraz Jr. [trad.]. Brasília: UnB, 1979; ROESLER, C. R. **Theodor Viehweg e a ciência do direito - tópica, discurso e racionalidade**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.), retomada, já no marco do pós-estruturalismo, entre outros, por Derrida (cf. DERRIDA, J. **Aporias**. Stanford: Stanford University Press, 1993.)

externos”<sup>448</sup>, o que significa dizer que o processo de dotação de sentido às normas e de criação original de normas, presentes na decisão, agrupadas e relacionadas de maneira hierárquica, peremptória e vinculante constitui um retrato da racionalidade do direito e, portanto, a racionalização (explicação + justificação) de seus postulados de enunciação. Assim, a jurisprudência como arquivo é mais do que uma coleção de documentos jurídicos, mas é a coleção de certezas e verdades produzidas exemplarmente «pelo» direito e «sobre» o direito. Desta maneira, encapsula tudo que o direito sabe e tudo que é possível saber sobre o direito; se toda *praxis* reivindica uma teoria (seja num esquema kantiano-divisionista ou marxista-unitário da relação entre elas), ou ao menos produz um conhecimento sobre si própria (*phronesis*), a jurisprudência quer assentar-se como o aparato epistemológico do direito e testemunha de sua violência. Como «produto epistemológico da *Gewalt*», a jurisprudência é o lugar no qual tudo está capturado pelo processo de significação e prescrição e ao qual todo processo, enfim, levará.

Um questionamento possível diz respeito a utilidade de se tratar a jurisprudência como arquivo, ou a utilidade em geral de se investigar o arquivo jurídico. Em primeiro lugar, é preciso entender que o direito tem uma maneira muito própria de dialogar com os sujeitos de suas prescrições; exatamente pela sua qualidade de *medium* da justiça e componente neutro em qualquer relação de interesse jurídico<sup>449</sup>, o direito apenas “fala” nos autos (ou assim é sua autodescrição), de modo que nada testemunha mais sobre o direito do que suas decisões e nada testemunha mais sobre as decisões do direito que sua jurisprudência. Em segundo lugar, assim como ocorre com a neutralidade do juiz, uma investigação sobre o corpo geral do processo decisório dos magistrados incorre em uma dificuldade pitoresca: quando observados, juízes tendem a «explicar» e, em certos casos, a «justificar» suas decisões de maneira diversa do que fariam se não estivessem ou não soubesse que estavam sendo observados, numa espécie de princípio da incerteza dos móveis das decisões judiciais.

---

<sup>448</sup> FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber**. NEVES, L. F. B (trad.). 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 149.

<sup>449</sup> Que, na verdade, é toda e qualquer relação humana ou não-humana, inclusive a relação unipessoal, do indivíduo com ele próprio, já que o direito exerce sua *Gewalt* por presença mas também por ausência, i.e., a ausência de interesse ou previsão normativa, ou de deliberação jurisdicional, aquele lugar onde o direito não está, também é um lugar onde o direito está. Sua ausência é também uma violência.

Desta maneira, sem os recursos empírico-investigativos de métodos próprios, como os da etnografia, é impossível conhecer o campo judicial sem terminar como parte dele ou sem fazê-lo parte de suas próprias expectativas sobre ele, enquanto que a decisão que chega a termo e é assentada como jurisprudência pode proporcionar uma análise técnica do direito em aplicação, uma metacompreensão sobre o direito a partir dos processos decisórios suficientemente relevantes para ser colecionados, além de oferecer o elemento epistemológico necessário à sua crítica – trajetória individual de um magistrado, formação de consensos decisórios colegiados, evolução e transformação de paradigmas interpretativos e, claro, as teses a partir das quais o Poder Judiciário “diz” o direito e os esforços com que a Corte Constitucional “guarda” a Constituição.

Ultrapassada essa linha, gostaria de lembrar que o direito, enquanto um poder-como-violência que se coloca como indissociável a toda ordem social, é um *continuum* que “rasga o tecido homogêneo da História”, abdicando, para sua própria existência, de quaisquer origens e de quaisquer fins: o direito, da ordem dos meios, sempre existiu e sempre existirá – e essa é uma ficção sobre a qual se sustenta todo ordenamento jurídico, da qual jamais poderá abdicar sob pena de aniquilação. Entretanto, o direito, enquanto promessa de justiça, afiança a todo jurisdicionado que chegará a hora de dar-lhe o que lhe é devido, o que é seu e que lhe foi prometido em troca da total submissão à ordem, isto é, que toda decisão chegará a termo, a coisa julgada fará lei entre as partes e o direito será certo e seguro.

As processualísticas do direito costumam revestir suas jurisprudências de valor conclusivo, pois marcam o esgotamento das formulações sobre o conteúdo de uma norma jurídica e afirmam a sua correta interpretação para o caso concreto; também lhes garante função nomológica, já que são, elas próprias, enunciados normativos, por vezes destacados da própria lei, e de caráter vinculante em relação a todas as inteligências decisórias a elas submetidas, por isso, jurisprudências comportam-se, de uma vez, como enunciados descritivos e prescritivos, remissivos ou não à legislação vigente, que vinculam toda *ratio* produzida em sede de jurisdição. É preciso destacar quão espantosa é esta pretensão: para que um enunciado tenha qualidade normativa, no direito burguês, é necessário que ele corrobore, no mínimo, as garantias jurídicas de certeza e segurança, mas, ao mesmo tempo, é impossível falar-se de alguma coisa

como uma interpretação definitiva<sup>450</sup> da norma, especialmente no âmbito do dinamismo jurisprudencial – um arquivo que não se destina a acumular traças em um fichário qualquer, mas que é vivo, movimenta-se, reorganiza-se e trabalha sua coleção a partir de contingências e urgências. Então, o que temos é um paradoxo essencial que movimenta a jurisprudência: se ela fornece uma interpretação definitiva e, assim, pode oferecer certeza e segurança em sua aplicação como norma constituinte de direito, então ela encerra o processo interpretativo e paralisa a atividade jurisdicional em sua vocação argumentativa, tal como seria em um cenário de mera subsunção, o que, com largo consenso, parece não ser o cenário ideal. Se, ao contrário, a jurisprudência reivindica suas raízes na experiência e assume-se uma sucessão de acomodações interpretativas (a que se acomodam é outra pendência), de enunciados edificados para ser, conforme o caso, desmantelados – e essa potência informa profundamente sobre o direito e sua violência –, então não é razoável que a ela se consigne «força de lei», nem muito menos superioridade normativa sobre ela.

A comparação entre jurisprudência e lei, que já adiantava uma vocação à indiscernibilidade na exemplaridade romana, dá azo, ainda, à consideração sobre sua legitimidade. Em um sistema de meios, a partir de que perspectiva legitima-se o argumento do precedente como fonte normativa equiparável à legislação? Dito de outra maneira: o que é, no âmbito da jurisdição, o equivalente de legitimidade do processo legislativo – os meios excelentes do direito?

Uma resposta já ensaiada argumenta<sup>451</sup> que à Corte Constitucional concede-se esta prerrogativa porque seu papel «contramajoritário» garante-lhe primazia para interpretar a Constituição e, portanto, poder para tornar sem efeito atos normativos dos demais Poderes (espécies normativas em sentido amplo, atos administrativos com força normativa etc.), ou bem, e mais importante, “criar” espécie anômala de ato normativo no vácuo legislativo dos demais Poderes, tipificando a excepcionalidade, ao que poderíamos chamar de «jurisdição legislatória». Outro “foco de legitimidade” da jurisprudência da Corte Constitucional estaria em seu papel representativo e de

---

<sup>450</sup> v. GADAMER. **Truth and method I**. Joel Weinsheimer, Donald G. Marshall (trad.). London: Bloomsbury Academic, 2013..

<sup>451</sup> BARROSO, L. R. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. In: **Direito & Práxis**. v. 9, n. 4, 2018, p. 2197.

vetor para o “sentimento social”<sup>452</sup>, de modo que, em certos casos excepcionais, sua *ratio decidendi* (motivações e argumentações) funcionaria como instância representativa da vontade popular e, portanto, conformariam uma jurisprudência de razões políticas. Além disso, o processo de democratização da sociedade requereria um *medium* que pudesse compaginar seus fundamentos, a vontade da maioria, com seus objetivos, a produção de uma vontade esclarecida; este intérprete iluminista<sup>453</sup> seria a Corte Constitucional.

Um ponto de partida imediato para analisar estas respostas é rememorar que transição à democracia e o restabelecimento do poder político civil, no Brasil, foram marcados, além da promulgação da Constituição Federal de 1988, também pelos intrincados arranjos políticos que foram costurados às entrelinhas da Constituinte, os quais não foram capazes de barrar a – ou foram mesmo corresponsáveis pela – remanescência de alguns desenhos institucionais e de práticas jurídico-políticas típicos de regimes de exceção como aquele do qual há pouco saímos, responsáveis por manter no ordenamento e no imaginário de seus operadores a lógica de uma “legalidade autoritária”<sup>454</sup> e de uma “violência discursivamente naturalizada” por um “aparato de violência legal em pleno funcionamento”<sup>455</sup>. Há uma violência latente em toda autoatribuição de competências e não há nada menos democrático do que argumentar pela exceção quando os argumentos em questão são aqueles de justificação de decisões judiciais e quando a exceção são motivações políticas de uma instância jurídica que considera que agir para suprir um déficit de legitimidade das instâncias organicamente políticas é fortalecer qualquer espécie de democracia.

Vejamos: não é questão de acreditar que a jurisdição não atue, materialmente, a partir de ânimos políticos, ou mesmo de apregoar que ela não o fizesse fosse outro o estado de coisas institucional, mas é constatar que ela não deve fazê-lo se quiser seguir as regras do jogo do direito que jogamos, da maneira que estas regras estão postas, hoje. Operar na exceção em nome das regras do jogo democrático é tão teratológico

---

<sup>452</sup> BARROSO, L. R. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. In: **Direito & Práxis**. v. 9, n. 4, 2018, p. 2200.

<sup>453</sup> *Ibid.*, p. 2209.

<sup>454</sup> PEREIRA, 2010 apud CORRÊA, M. D. C. Arquivo e política transição e heterotopias constitucionais. In: **História: Debates e Tendências**. v. 18, n. 3, set/dez 2018, p. 333.

<sup>455</sup> CORRÊA, M. D. C. Arquivo e política transição e heterotopias constitucionais. In: **História: Debates e Tendências**. v. 18, n. 3, set/dez 2018, p. 334.

quanto perigoso – e parecem avolumar-se percepções gerais de democracias tardias sobre encarnação do soberano schmittiano na forma fantasmagórica de uma jurisdição constitucional<sup>456</sup>. Enquanto o império das leis do direito burguês é a ordem dos meios, a exceção é o império dos fins e uma Corte que se arroga como farol iluminista desta perquirição promove o império dos doutos. O inferno são os doutos.

Sob o argumento de encurtamento das instâncias representativas e a premência por manter *en crédit* as instituições nacionais, cria-se, então, a «democracia jurisprudencial», que goza de superioridade moral e racional sobre os demais modos políticos: essa jurisprudência é o resultado de um processo de tomada de consciência que garante domínio sobre o “espírito do tempo”<sup>457</sup>, cristalizado em decisões que, ao mesmo tempo, traduzem (representativo) e corrigem (contramajoritário) a vontade popular, tudo isso com a elevação moral da independência, autonomia e imparcialidade dos prudentes.

No Brasil, a democracia jurisprudencial garantiu o exercício de direitos que considero inderrogáveis sob qualquer critério contemporâneo de Estado de Direito<sup>458</sup>, os quais, possivelmente, estariam relegados à inércia das Casas Legislativas – ou ao esquecimento pelo “engavetamento estratégico” que estas Casas costumam praticar. São, em certo sentido, conquistas civilizatórias sem as quais nenhuma sociedade avança em termos de humanidade, gravando signos sociais e criando um saber subjacente a estes signos, com potencial emancipatório real e coincidente com pautas históricas de lutas sociais, mas que cobram seu preço silenciosamente, em razão do que não é mais possível examiná-las sem levar em conta seus dualismos e contradições.

Seria, me parece, uma interpretação datada e, ao mesmo tempo, a-histórica, da qual o estabelecimento de certos marcos políticos retirou o privilégio da ingenuidade. Com respeito aos esforços intelectuais daqueles que ainda a perseguem, é possível

---

<sup>456</sup> O que faria, imediatamente, a jurisprudência como o maior e mais violento campo biopolítico no interior do direito. Esta discussão biopolítica, entretanto, não será posta nesta análise do ponto de vista da exceção, mas, tão-somente, uma abordagem do campo, mais adiante.

<sup>457</sup> BARROSO, L. R. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. In: **Direito & Práxis**. v. 9, n. 4, 2018, p. 2211.

<sup>458</sup> De maneira não exaustiva: ADI 4277, ADPF 54, PET 3.388/RR, ADO 26 c/c MI 4.773, ADC 41, RE 898.060.

outra derivação do mesmo ponto de partida: as concessões e os paradigmas de todo direito burguês, este independentemente de qual tradição ocidental provenha, estabeleceram que a escritura do direito, a lei, e a enunciação do direito, a decisão, pertenceriam a dois lugares originariamente separados. Enquanto uma é uma instância política, carregada de vida em sua elaboração, que se torna um campo vazio, inabitado e petrificado na forma escrita, a outra deve rechaçar esse falar da experiência de si, dessubjetivar-se para deixar que sua inaudita ausência seja a sua ativa presença, na função de trazer de volta à vida todas aquelas expectativas codificadas. Enquanto uma vive para deixar-se morrer, a outra deve morrer para fazer viver outras vidas, em uma solta analogia ao léxico agambeniano.

A palavra *lex*, equivalente no direito romano ao grego *nomos* e da qual deriva a palavra “lei”, é composta pela raiz latina “leg-”, usada tanto no sentido de “ler” quanto de “escolher” – mas há um certo consenso filológico em atribuir-lhe sentido originário a partir do primeiro<sup>459</sup>. Assim, uma lei seria uma coisa que se pode ler, palavra escrita, escritura. Tudo o que se enuncia a partir da *lex* não é *lex*, mas os usos que se faz dela. A lei é uma suspensão, não se insere no tempo nem na vida, ela é testemunho de um momento pinçado deste tempo-em-suspensão que quer voltar à vida, vir a ser a partir de uma enunciação que lhe dê sentido e lhe possibilite novos testemunhos. O enunciador é o vetor e a testemunha, mas ele precisa compaginar esta dupla função e, portanto, precisa de um estatuto muito particular, que lhe permita ser ambos sem abrir mão de nenhum e sem ser sujeito, só testemunha. O enunciador não está resumido ao enunciado, mas não deve posicionar-se como sujeito, o que significa dizer que ele não pode ser ator, personagem da narrativa, mas também não deve ser expectador, sem qualquer ingerência sobre o texto narrado. Como já pontuei, muito embora o direito não forneça o estado de coisas ou explique a partir de que elementos é possível criar um estado de coisas no qual seja factível uma atuação de tal maneira transcendental, estas são as regras do jogo e segui-las é uma necessidade conformativa da própria lógica que sustenta o ordenamento.

---

<sup>459</sup> KACZYNSKA, Elwira. The indo-european origin of latin lex. **HABIS**, n. 44. Sevilla, 2013. Disponível em: <<http://institucional.us.es/revistas/habis/44/01%20Elwira%20Kaczynska.pdf>>.

No âmbito desta mesma materialidade que escancara nosso irracionalismo político, não nos é dada permissão para classificar a jurisdição constitucional e sua jurisprudência como uma entidade impenetrada pela potência do irracional, como esse farol iluminista que vê a vida e as coisas da vida tão absolutamente que somente a História poderá julgar<sup>460</sup>. Este mesmo direito burguês, filho das relações de poder do Capital, urdido pelo mesmo *Zeitgeist* que a jurisprudência quer capturar, estabeleceu, ele próprio, um limiar dentro do qual seus atores devem desempenhar cada uma de suas funções, porque sabe que sua *Gewalt* depende, para seu máximo sucesso, de que um verniz de legitimidade e justiça gere um campo hegemônico no qual seus vetores de poder e instâncias de decisão atuem violentamente mas sejam percebidas como neutras e bonançosas – ou, ao menos, como contidas por certos limites. Uma democracia jurisprudencial, arquivo da exceção<sup>461</sup>, é uma *Gewalt* com potencial para desestruturar, inclusive, o próprio direito burguês, pois que escancara o paradigma da exceção e o caráter messiânico da instrumentalização das vontades, enquanto oferecesse como uma ordem inabalada pelas egolatrias e desídias da representação sufragada. Caso isso ocorra, aquilo que vem em seguida é um destino expressionista demais para ser completamente capturável antes da experiência – dramática – de uma possível abertura de campo.

Enquanto lidamos com o direito em sua fenomenologia corrente, é preciso ressaltar que a jurisprudência, como experiência normativa, funciona como termo daquilo cuja origem, paradoxalmente, não podemos conhecer, e que também não comporta fim: se as leis são seguidas porque são leis e sua autoridade vem do fato de que sempre existiram e sempre existirão leis (i.e., são uma grandeza tanto necessária

---

<sup>460</sup> “Alguém poderá perguntar: e quem certifica o caráter iluminista da decisão? Por vezes, os próprios contemporâneos vivem um processo de tomada de consciência após a sua prolação, captando o espírito do tempo (*Zeitgeist*). Quando isso não ocorre, cabe à história documentar se foi iluminismo ou, ao contrário, um descompasso histórico.” (BARROSO, L. R. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. In: **Direito & Práxis**. v. 9, n. 4, 2018, p. 2211.)

<sup>461</sup> O termo é de Murilo Duarte Costa Corrêa, que o utiliza para designar a Constituição de 1988 (CORRÊA, M. D. C. Arquivo e política transição e heterotopias constitucionais. In: **História: Debates e Tendências**. v. 18, n. 3, set/dez 2018, p. 331)



quanto infinita<sup>462</sup>), o *continuum* da lei reivindica uma *Gewalt* sempiterna, racionalizada em forma de «ordem». A jurisprudência, de outra banda, que dá sentido às leis e aplica direitos “diante dos olhos do espectador”, investe este espectador na fantasia do pertencimento histórico, de si mesmo como fundamento da ordem e de uma continuidade a partir de si, numa espécie de materialização histórica de seus paradigmas, com capacidade para obliterar a mística fundamental de todo direito e, com isso, refundá-lo a partir de critérios mais legítimos e mais democráticos.

Todavia, argumento, a “vontade histórica” que pretensamente se vê traduzida na jurisprudência e sua crescente *force de loi*, subverte esta ordem para inaugurar uma *Gewalt* própria, um elemento de hibridismo centrado na qualidade normativa da decisão e, ao mesmo tempo, na sua «transitoriedade». A democracia jurisprudencial, sem pruridos apologéticos, incorpora a força da lei como escritura mas mantém-se transitória na dotação dos sentidos dessa escritura, os quais serão asseverados ou negados conforme o caso, conforme a urgência, conforme a crise. Há muito nossa Corte Constitucional utiliza-se de chaves interpretativas lacônicas – simbólicas em igual valor para a prudência e para o totalitarismo – tais como as “razões de estado”<sup>463</sup> ou o

---

<sup>462</sup> “[...] essa dissimulação é a condição positiva do funcionamento da lei: esta funciona na medida em que seus subordinados são enganados, em que eles vivenciam sua autoridade como ‘autêntica, eterna’, e não sentem ‘a verdade da usurpação’. Por isso Kant foi forçado a proibir, em sua *Metafísica da Moral*, qualquer questionamento relativo às origens do poder legal – através de tal questionamento apareceria, precisamente, a mácula da violência ilegítima que continua a conspirar, como o pecado original, a pureza do reino da lei.” (ŽIŽEK, S. **Eles não sabem o que fazem: o sublime objeto da ideologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992, p. 64)

<sup>463</sup> “[...] O resultado foi que, poucos dias depois, a despeito da abundância de provas de irregularidades eleitorais, Gilmar Mendes conseguiu garantir a absolvição da chapa presidencial vitoriosa em 2014, no curso de uma sessão que, pelas características que assumiu, foi uma escancarada fraude judiciária. O emprego, mais uma vez, do argumento da *razão de Estado* para justificar a absolvição de Temer, contra todas as provas, jurisprudência e doutrina, tiveram o efeito adicional de também desmoralizar a Justiça Eleitoral do Brasil.” (LYNCH, C. E. C. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciária”. In: **Insight Inteligência**. n. 79, 2017, p. 167)

“princípio da colegialidade”<sup>464</sup> para manter intacta a força normativa de seus dispositivos enquanto define, desamarradamente, que atribuição de sentido lhes dará conforme o que quer que sejam seus móveis de esclarecimento sob os emblemas justificatórios à superfície da decisão. Com isso, a temporalidade fundação-manutenção da *Rechtsgewalt* se inverte, ou melhor, se sobrepõe, pois que a jurisprudência «mantém» ao mesmo tempo que «refunda» o direito a cada nova “realidade” constitucional ministerialmente convencionada – e este é o instante que nos interessa.

Hannah Arendt talvez tenha sido a primeira<sup>465</sup> a reconhecer as intenções de Hitler quando este, durante uma cita secreta em 1931, referiu-se a um certo “espaço sem povo” (*volkloser Raum*) no qual assentaria a raça ariana e os alemães. Tratava-se de genocídio, pontificou Arendt<sup>466</sup>, a formação dos campos de concentração. Agamben<sup>467</sup>, nesta mesma linha, traz o conceito para o âmbito de sua biopolítica e elabora o «campo», o espaço sem povo simbólico da desagregação, do aviltamento, como o espaço biopolítico absoluto, “ao mesmo tempo *Lebensraum* e *Todesraum* [espaço

---

<sup>464</sup> A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, votou pela execução antecipada de pena criminal após condenação em segunda instância, mesmo declarando seu posicionamento contrário à medida, por considerá-la inconstitucional. O voto em desacordo com o próprio entendimento foi justificado pela obediência ao princípio da colegialidade, já que a jurisprudência da Corte vinha sendo pela execução antecipada. Mesmo declarando que “[...] a interpretação jurídica também está atrelada às possibilidades semânticas das palavras. Se a Constituição, no seu texto, com clareza vincula o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, a uma condenação transitada em julgado, não vejo como se possa chegar a uma interpretação diversa, ainda que comungue com a imensa maioria das premissas que embasaram os votos da divergência” (RECONDO, F.; COURA, K. **Rosa Weber e o tempo**: Ministra do STF terá voto decisivo em discussão sobre habeas corpus para Lula. Folha de São Paulo, 29 mar 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/jota/2018/03/rosa-weber-e-o-tempo.shtml>>), a Ministra entendeu que a colegialidade impedia que votasse em divergência das posições do Plenário. Se isto é possível, parece-me que as decisões plenárias da Corte estarão fadadas a uma inalterabilidade de que nem a própria Constituição goza.

<sup>465</sup> MCNAUGHTON, J. **Samuel Beckett and the Politics of Aftermath**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 185, nota 55.

<sup>466</sup> “A implementação dessa ‘migração organizada de povos’, como chamou a sentença, foi atribuída a Eichmann como chefe da Subseção IV-D-4 do RSHA, cuja tarefa consistia em ‘emigração, evacuação’. (É importante lembrar que essa ‘política demográfica negativa’ não era de forma nenhuma improvisada como resultado das vitórias alemãs no Leste. Ela havia sido delineada, já em novembro de 1937, no discurso secreto dirigido por Hitler aos membros do Alto Comando alemão – veja-se o chamado Protocolo de Hössbach. Hitler havia dito que rejeitava todas as ideias de conquistar nações estrangeiras, que o que ele queria era um ‘espaço vazio’ [*volkloser Raum*] no Leste para o assentamento de alemães.” (ARENDDT, H. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de Jose Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 238-239.)

<sup>467</sup> AGAMBEN, G. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Tradução de Selvino. J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 90.

de vida e espaço de morte], no qual a vida humana passa a estar além de qualquer identidade biopolítica atribuível”, no qual a morte é “um simples epifenômeno”<sup>468</sup>. O *volkloser Raum* não é o campo, é o motor fundamental no centro do campo, que pode corresponder a qualquer espaço e não depende de nenhum espaço, pois significa a própria transmutação de humanos em muçulmanos<sup>469</sup>. O campo também não é um campo, no seu sentido físico; o campo é tudo aquilo que sobrevive no dualismo do povo/não povo: é preciso o excluído para se conhecer o incluído, o patológico para se estabelecer o saudável, a anomia para se justificar a lei. No contexto desta análise, o campo significa o estado de coisas jurídico-político gerado a partir do estabelecimento de uma democracia jurisprudencial, carregada pela consagração da Corte Constitucional como instância de representação de um humanismo burguês, consciente e esclarecida, de índole superior, que pode ser, de uma vez, epopeia e mito<sup>470</sup>, forma e conteúdo para o direito, para a norma, para a escrita da lei; que, ao chamar para si a “voz das ruas” ou as “razões iluministas”, parece dizer ao jurisdicionado que ele não está mais fadado a obedecer o destino mitológico que o império das leis lhe reservou, que o direito não precisa mais ser um mergulho de fé (na lei), que a lei pode ser a narrativa do real, realizável, e que essa narrativa pode transpô-lo para «dentro da lei» em vez de marcá-lo como «fora da lei».

Um ponto de fuga no conceito de uma jurisprudência como espaço sem povo é que ela não é realmente a ausência de povo, mas a inclusão hipócrita do povo, através da enunciação, do presságio de sua vontade, em um campo para o qual o povo está assim como o seu sufrágio está para a lei, como selo legitimador e autenticador de seus meios, um discurso tranquilizador até para as mentes mais críticas, mas que não se exime em produzir tais meios com a mesma violência de todo direito ou com manifestações ainda mais extravagantes dela. Nessa esquemática, a lei ocupa o papel da *Gewalt* fundadora do direito, enquanto a jurisprudência administra e refunda o

---

<sup>468</sup> AGAMBEN, G. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Tradução de Selvino. J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 91

<sup>469</sup> *Muselmann*, o prisioneiro que “havia abandonado qualquer esperança e que havia sido abandonado pelos companheiros, já não dispunha de um âmbito de conhecimento capaz de lhe permitir discernimento entre bem e mal, entre nobreza e vileza, entre espiritualidade e não espiritualidade. [...] um cadáver ambulante, um feixe de funções físicas já em agonia.” (AMÉRY, 1987 apud AGAMBEN, op. cit., p. 49.)

<sup>470</sup> ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. ALMEIDA, G. A. (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 49.

poder-como-violência do direito a cada nova decisão, a cada novo paradigma, a cada limite ultrapassado e recriado na forma da exceção como regra do campo.

A jurisprudência é a narrativa que substitui a escrita para contar a história do direito. Seu percurso místico não é um caminho, é um «circuito» cujos termos são alegados mas fugidios, não respondem a nenhum padrão lógico realizável – a lógica, assim como a racionalidade, são categorias disputáveis; não fosse assim, não haveríamos visto cientistas da era moderna defenderem, em toda sua ilustração, que se mulheres tentassem fazer matemática seus úteros vagariam pelos seus corpos e as tornaria histéricas<sup>471</sup> – o que faz com que haja pouco efeito prático em analisar sua racionalidade a partir dos métodos já aqui expostos.

Finalmente, parece-me que, enquanto a *Gewalt* da lei quer fazer o fechamento do campo, a *Gewalt* da jurisprudência propõe-se a destruir os limites do campo para, estrategicamente, produzir mais campo, mais espaço, mais *volkloser Raum*. Em um marco benjaminiano, a jurisprudência seria o «caráter destrutivo» (*Destruktive Charakter*<sup>472</sup>) de uma *Gewalt* autofágica do próprio direito: para que cognição e regulação, princípio e norma, certeza jurídica e argumentação possam seguir mantendo e refundando o direito, há que se manter a indecidibilidade, há que se fiar (*fides*) cada vez mais na decisão e na força da narrativa jurisprudencial que preenche de povo e de *episteme* o vazio da lei.

O método parece ser o de uma «economia do vazio»<sup>473</sup>, que trabalha no limite da sobrevivência do direito, administrando descrenças e refundando crenças na potência desse vazio. O caráter destrutivo benjaminiano não se preocupa em saber o que ocupará o vazio, o lugar deixado pela coisa destruída; a democracia jurisprudencial, por seu turno, preocupa-se em que este lugar permaneça sempre vazio, pois é daí que ela drena seu poder e alastra sua violência. O povo estará, como

---

<sup>471</sup> KING, Helen et al. **Hysteria beyond Freud**. Berkeley: University of California Press, 1993, *passim*.

<sup>472</sup> BENJAMIN, W. Der destruktive Charakter. In: \_\_\_\_\_. **Gesammelte Schriften**. Rolf Tiedemann and Hermann Schweppenhäuser (eds.). Frankfurt: Suhrkamp, 1995. BENJAMIN, W. The destructive character. In: WOHLFARTH, I. No man's land: on Walter Benjamin's "Destructive Character". **Diacritics**, 1987, p. 47.

<sup>473</sup> "[...] *oikonomia* significa em grego a administração do *oikos*, da casa e, mais geralmente, gestão, management. Trata-se, como disse Aristóteles, não de um paradigma epistêmico, mas de uma práxis, de uma atividade prática que deve de quando em quando fazer frente a um problema e a uma situação particular." (AGAMBEN, G. **O que é um dispositivo?** In: Outra Travessia, n. 5. Ilha de Santa Catarina, 2005, p. 11).

em toda democracia, aí, representado, mas ele também um conceito vazio, um meio para o poder e a violência do direito, um simples epifenômeno.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando Francisco de Goya testemunhou as sevícias da Guerra Peninsular que arrasou a Espanha no início do século XIX, ele se deu conta de que categorias historicamente relacionadas às razões para uma guerra – nacionalismo, fé, honra, justiça, paz – não eram suficientes para dar conta das narrativas de horror vividas pelos combatentes, mas também por civis, pessoas simples, crianças, animais, por povoados inteiros, por um povo que, certo de seu dever cívico e de uma justiça impiedosa que empunhava, junto com seus soldados, sua reta espada, tornaram-se indistinguíveis de seus inimigos, assim como não se podiam mais distinguir, na guerra, entre desastres e capricho.

Comissionado a retratar a guerra sob o olhar da justa causa patriótica, Goya encontra-se com um cenário de barbaridade, fome e miséria humanas do qual não pode escapar. O país, que até então vivia uma onda de esperança no progresso civilizatório de um Estado laico e nas instituições de um direito liberal, anteriormente instituído, em 1812, com a Constituição de Cádiz, vê-se novamente arrebanhado pela monarquia e o absolutismo teocrático de Fernando VII, reconduzido em meio à desagregação política e caos social de um povo renhido no epicentro das guerras napoleônicas que tiveram lugar na península ibérica durante aquela década.

Assim, ao invés de um álbum laudatório, Goya grava uma série de imagens que retratam com impudor as sordidezes do dia-a-dia de uma guerra, a fome e a miséria que abatem a população civil e, claro, a crítica política que tudo isso encerra. A guerra não é só uma categoria abstrata que determina o *status* geopolítico das nações e seu alinhamento ideológico em termos de relações internacionais. Não se trata apenas disso. A guerra é o assalto, o golpe de força [*coup de force*] que reduz a vida à sobrevivência, que derruba marcos civilizatórios e que tem a capacidade única de, através da experiência, promover a ascensão ou a derrocada de outros conceitos abstratos que, como ela própria, serão categorias de construção e justificação em abstrato de outros marcos civilizatórios, outras organizações geopolíticas, outras ideologias, outro direito. Esta é a razão pela qual decidi utilizar a guerra como alegoria para o entendimento das discussões que busquei travar nesta tese, alegoria que

perpassa toda a tese e, por óbvio, é mais que essa tese, é potência cuja ambivalência não caberia numa tese.

Na gravura que abre o primeiro capítulo desta tese, que aparece compondo a sequência das três imagens finais na versão do álbum oferecido a Ceán<sup>474</sup>, Goya retrata os métodos medievalescos com os quais os presos eram então colocados à disposição das autoridades e permaneciam “assegurados” pelo direito – nos casos em que isso ocorria, já que, em outros gravados, retrata as chocantes execuções públicas, marciais, desempenhadas por soldados e também por civis, de ambos os lados da guerra. A ambivalência da guerra, aqui, se mostra na indistinção entre carrasco e vítima, justiça e vingança privada mas, mais ainda, entre intenções enunciadas como “boas” ou “más” e como o selo destas boas intenções permitia excepcionar a sua própria bondade em nome da preservação de um bem geral difícil de articular com clareza. Tudo isso, diga-se, amparado pelo direito e seu algo mítico, tão bárbaro quanto o próprio delito, que, em tempos de guerra, domina e controle a verdade, as certezas, o tempo.

Goya movimentava-se publicamente com suficiente cautela como para não sofrer perseguições políticas ou religiosas; em privado, todavia, era um franco defensor do liberalismo constitucional que havia conhecido a partir de suas interações com intelectuais franceses – pelo que a obra dos Desastres, crua e sem exaltações ufanistas, pôde ser interpretada como um “afrancesamento”, mesmo sendo publicada apenas vários anos após sua morte, em 1863. Após um longo recorrido pelos desastres de uma sociedade violenta e desumana instaurada para todos os lados para onde a realidade expande seu olhar, o artista grava uma perturbadora impressão: morreu a verdade. Assim inicio o segundo capítulo desta tese.

A gravura descreve o corpo inerte de uma mulher, com um peito nu, rodeada de figuras tenebrosas, retratando a alegoria da Verdade, morta ao lado de seus executores: monges, em hábitos, que já abrem sua cova, um bispo a encomendar sua

---

<sup>474</sup> A Ceán Bermudez, seu amigo, presenteou os desenhos preparatórios das gravuras, as matrizes e ao menos um exemplar definitivo. O álbum restou nomeado *Fatales consecuencias de la sangrienta guerra en España con Buonaparte. Y otros caprichos enfáticos en 85 estampas. Inventadas, dibujadas y grabadas por el pintor original D. Francisco de Goya y Lucientes, sendo renomeado a Desastres da Guerra*, seu epíteto mais conhecido, apenas posteriormente, quando finalmente fora publicado, em 1863. (MATILLA, J. M. *Los Desastres de la Guerra de Francisco de Goya: una mirada independiente*. In: TRANH, Nghê Thuât thời Chiên. *Art in Times of War*. Francisco de Goya y Lucientes, Hanói: Vietnam Fine Arts Museum; Madrid: Cooperación Cultural Exterior, 2008, p. 39.)

alma, vários clérigos, pessoas curiosas, povo indiferente. Dela irradia uma luz que parece causar incômodo aos que assistem, das sombras, o espetáculo da sua morte. Apenas uma figura chora a morte da Verdade: é a Justiça, em sua representação greco-romana clássica, ajoelhada ao seu lado em consternação. A gravura de numeração seguinte, com que abro o último capítulo desta tese, retratada no mesmo ambiente e com as mesmas personagens da anterior, serve-se a uma pergunta: a verdade ressuscitará? A possibilidade enche o quadro de luz.

É uma interpretação corrente creditar uma certa dose de esperança à pergunta contida nesta que é uma das últimas gravuras da série dos *Desastres* de Goya. Entretanto, levando em consideração a profunda crítica política enclausurada neste trabalho – e nas declarações privadas a que temos acesso, hoje, de descontentamento com a imissão da Igreja nos assuntos de governo, que o empurra até certo ateísmo, e de rechaço à ordem absolutista então vigente, aliados à perceptível recorrência do uso de ironia nos últimos trabalhos do autor<sup>475</sup> – ela deve ser entendida como um grito de ceticismo e de desesperança quanto à (re)instauração da verdade, para o júbilo da justiça. A luz da esperança na ressuscitação da verdade também se presta a iluminar os mesmos personagens antes obscurecidos, em seus preparativos para não deixar que tal coisa aconteça. Ainda que, no futuro do pós-guerra, a verdade ouse ressuscitar, “lá estarão novamente os seres da noite [...], para acabar com ela, mediante sua lei e sua força, e manter aos homens como um que aparece de relance, representado por trás da luz da Verdade, amordaçados e amarrados”<sup>476</sup>. Esses entes fantasmagóricos retornam sob muitas formas ao longo da história e podem tomar a face de bispos, reis, generais, soberanos, *führers*, censores, juízes.

A morte da verdade significa a volta ao obscurantismo, mas nos enganamos se pensamos que o próprio obscurantismo – o pensamento antidialético, o dogmatismo metafísico, o irracionalismo histórico, a alienação – retorna sempre sob o mesmo argumento, pelos mesmos fenômenos. Para Goya, a verdade e a justiça retornariam com a instauração de um Estado de direito liberal, o qual pôde experimentar na sua

---

<sup>475</sup> MATILLA, J. M. Los Desastres de la Guerra de Francisco de Goya: una mirada independiente. In: TRANH, Nghê Thuât thòi Chiên. *Art in Times of War*. Francisco de Goya y Lucientes, Hanói: Vietnam Fine Arts Museum; Madrid: Cooperación Cultural Exterior, 2008, p. 346.

<sup>476</sup> Ibid., p. 348.



última década de vida, durante o Triênio Liberal espanhol, entre 1820 e 1823; curiosamente, o mesmo período que passou na sua *Quinta del Sordo*, em cujas paredes pintou os quatorze murais que compõem suas *Pinturas Negras*, uma coleção violentamente gráfica e desesperadora, dentre as quais está o insigne *Saturno devorando a su hijo*. Com ou sem as mesmas esperanças, Goya decide que deve fechar a série dos *Desastres* com uma gravura em que a Paz, vestida mimeticamente à Justiça e à Verdade, retorna para tocar um camponês empunhando sua enxada, indicando-lhe que o único caminho para fugir da violência da guerra é o trabalho e os frutos do trabalho humano. Nada mais burguês oitocentista, o que não signifique que este sonho não se sonhe em muitas noites de sono contemporâneas.

De minha parte, um compromisso crítico-materialista<sup>477</sup> e a vantagem analítica de uma larga dianteira histórica não me deixam concluir da mesma maneira. O direito – qualquer direito – não está preocupado com verdade, nem com justiça, ou muito menos com paz. O direito é poder e violência e não há nenhuma manifestação jurídica que não entregue mais de sua essência barbárica. Não tem fins e pouco a pouco desfaz-se de seus meios deixando de ser sua velha *Gewalt* para converter-se em *Macht*, a compulsão inelutável por poder e por violência, a qual só é possível porque o direito é a manifestação jurídica de um poder e de uma violência compulsivamente imbricados num culto *sans trêve et sans merci* [sem trégua e sem piedade]<sup>478</sup>, concreto e permanente, que persegue, culpa e pune um que tente contar sua história, descortinar suas origens violentas, derrubar seus mitos ou fazer dele algo novo – o que não é lucidamente possível.

Há uma gravura goyesca que elabora, ao mesmo tempo, este aspecto histórico fantasmagórico e esta temporalidade inapropriável que o direito constrói para si. Ela remete a um cadáver no qual já se vê indícios de decomposição, segurando uma pena e uma folha na qual, com seu último esforço vital, escreveu: *Nada!* Ao seu redor parece

---

<sup>477</sup> O materialismo que é anti-místico, tanto no sentido da filosofia da história messiânica, de Benjamin, quanto no sentido da crítica ao idealismo, de Marx. (cf. MARX, K. **O capital: crítica da economia política**. v. 1. Apresentação de Jacob Gorender. Coordenação e revisão de Paul Singer, tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996. SILVA, E. S. N. **Fantasmagorias da liberdade: a relação entre teoria e prática como crítica às formas de reconciliação entre espírito e natureza**. In: Veritas, v. 64, n. 1. Porto Alegre, 2019).

<sup>478</sup> BENJAMIN, W. **O capitalismo como religião**. LÖWY, M (org.). SCHNEIDER, N.; POMPEU, R. R. (trad.). São Paulo: Boitempo, 2013, p. 21-22.

mover-se um cenário grotesco de rostos assombrados em meio à escuridão, enquanto que, à esquerda, um nicho ilumina-se pela presença de uma balança sem fiel e com os pratos virados para baixo, que parece flutuar em busca de um lugar para repousar – às vezes, a depender de como se olha, a gravura parece conter uma mulher que segura a balança, muito provavelmente mais uma representação da Justiça greco-romana auspiciada pelo direito canônico.

Conta-se que quando Goya recebeu o Bispo de Granada em seu estúdio, este lhe disse, impressionado com o enigma da palavra na gravura, que ali estava uma ideia sublime: “*Vanitas vanitatum et omnia vanitas*”<sup>479</sup>. Goya respondeu-lhe que isso era um curioso equívoco: “Meu espectro quer dizer que fez a viagem até a eternidade e não encontrou nada por lá”<sup>480</sup>. A virtude fundamental desta gravura, contudo, está no niilismo político com que constrói a representação de um direito redentor impossível, vagando por entre a miserabilidade e a morte, mas que, a depender de com que olhos se pretende enxergá-lo, mesmo as vastas evidências históricas ou a mais dura experiência do real desaparecem, mesmo o *Nada!* é sublimado pela esperança de justiça. A temporalidade particular dessa gravura, a imprescritibilidade da violência e da guerra, é também um aviso de sublimação dessas narrativas pela *Gewalt* do direito: não nos damos conta dela a não ser quando já não estamos mais contidos nela, o que, no desalento dos desastres humanos, precipitados sobre uma sociedade frágil e desagregada, é uma porta que só se abre com a morte, símbolo para o instante da desapropriação das coisas e das gentes, contra esta e todas as formas de dominação.

---

<sup>479</sup> “*Vaidade das vaidades, diz o pregador, tudo é vaidade*”. É uma passagem do Eclesiastes (12:8). Este capítulo termina com os seguintes versículos (12:12-14):

“*E, demais disto, filho meu, atenta: não há limite para fazer lioros, e o muito estudar é enfado da carne.*

De tudo o que se tem ouvido, o fim é: Teme a Deus, e guarda os seus mandamentos; porque isto é o dever de todo o homem.

*Porque Deus há de trazer a juízo toda a obra, e até tudo o que está encoberto, quer seja bom, quer seja mau.*”

Benjamin não poderia ter formulado nenhum epílogo para sua obra com tamanha perfeição.

<sup>480</sup> “Mi espectro quiere decir que ha hecho el viaje a la eternidad y no ha encontrado nada por allí” (MATHÉRON, 1832 apud MATILLA. op. cit. p. 340).





*Nada. Ello dirá.*

Francisco de Goya y Lucientes - Desastres de la guerra 69, circa 1815.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, D. Ministros do STF discutem durante sessão do tribunal. **G1 - Política**. Rio de Janeiro, 22 abr. 09. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1094745-5601,00-MINISTROS+DO+STF+DISCUTEM+DURANTE+SESSAO+DO+TRIBUNAL.html>>.

ADORNO, S. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ADORNO, T.; HORKHEIMER, M. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**, Tradução de Iraci d. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

\_\_\_\_\_. **Nudez**. Tradução de Davi Pessoa. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

\_\_\_\_\_. **O que é o contemporâneo? E outros ensaios**. Santa Catarina: Argos, 2009.

\_\_\_\_\_. **O que é um dispositivo?** In: Outra Travessia, n. 5. Ilha de Santa Catarina, 2005.

\_\_\_\_\_. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. Tradução de Selvino. J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALVES, J. C. M. **Direito Romano**. 18 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. Universidade, cultura e direito romano. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, vol. 87, 1998.

ANDERSON, E. Feminist epistemology: an interpretation and a defense. **Hypatia: a journal of feminist philosophy**. 10, 2, 1995.

ANSOLABEHERE, K. La política desde la justicia: Cortes Supremas, gobierno y democracia en Argentina y México. México D. F.: FLACSO/Fontamara, 2007.

ARENDT, H. **A vida do espírito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

\_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de Jose Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. **O que é política**. Reynaldo Guarani (trad.). 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. BINI, N. (trad.). 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

ASSIS, M. A teoria do medalhão. In: **Papéis Avulsos**, 1882. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000232.pdf>>.

ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES. **Compromisso ético dos juízes portugueses**: princípios para a qualidade e responsabilidade, 2009. Disponível em: <<http://www.uijlp.org/docs/2014/COMPROMISSOeTICODOSJUIZESPORTUGUESES.pdf>>.

ATIENZA, M.; VIGO, P. L. **Código Ibero-americano de ética judicial**. Brasília : CJF, 2008.

ATRIA, F. **On law and legal reasoning**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

AUBERT-BAILLOT, S. De la φρόνησις à la prudentia, **Mnemosyne**, vol. 68 n. 1, 2015.

AUDI. R. **Epistemology: a contemporary introduction to the theory of knowledge**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

AUGUSTYN, A. et. al. **Pontifex**, 1998. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/pontifex#ref185645>>.

BARROSO, L. R. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **(SYN)THESIS**, v. 5, n. 1, 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **Revista de Direito do Estado** n. 16, 2009. Disponível em: <[http://webbib.no-ip.org:81/consulta/revista/revista96\\_completa\\_001.pdf](http://webbib.no-ip.org:81/consulta/revista/revista96_completa_001.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. In: **Direito & Práxis**. v. 9, n. 4, 2018.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo** v. 240, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, R. A. **Lawyers in roman Republic: a study of the roman jurists in their political setting, 316-82 BC, n. 75-77**. Munique: C.H.Beck, 1983.

BEARD, M. Looking (harder) for Roman myth: Dumézil, declamation and the problems of definition, in: GRAF, F. (ed.), **Mythos in mythenloser Gesellschaft. Das Paradigma Roms**. Colloquium Rauricum 3. Stuttgart/Leipzig, 1993.

BENJAMIN, W. **A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica**. Porto Alegre: Zouk, 2014.

\_\_\_\_\_. Crítica da violência – crítica do poder. In: **Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos**. Celeste H. M. R. de Souza et al. [trad.], Willi Bolle [org.]. São Paulo: Cultrix/EdUSP, 1986.

\_\_\_\_\_. Der destruktive Character. In: \_\_\_\_\_. **Gesammelte Schriften**. Rolf Tiedemann and Hermann Schweppenhäuser (eds.). Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

\_\_\_\_\_. El mayor monstruo, los celos, von Calderón und Herodes um Marianne von Hebbel: comments on the problem of historical drama in: **Selected writings: 1913-1926**, vol. 1. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. **O capitalismo como religião**. LÖWY, M (org.). SCHNEIDER, N.; POMPEU, R. R. (trad.). São Paulo: Boitempo, 2013.

\_\_\_\_\_. O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: BENJAMIN, W. **Magia e técnica, arte e política**. Obras escolhidas. São Paulo: Brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_. **Origem Do Drama Trágico Alemão**. 2 ed. Joao Barrento (trad). Belo Horizonte: Autêntica Editora, 20106.

\_\_\_\_\_. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, W. **Escritos sobre mito e linguagem**. Ernani Chaves [trad.]. Jeanne Marie Gagnebin [org.]. São Paulo: Editora 34, 2011.

\_\_\_\_\_. **Passagens**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre a crítica do poder como violência. In: **O anjo da História**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. Sobre el programa de la filosofia venidera. In: **Para uma crítica de la violencia** Das recht zur Gewaltanwendung. **Blatter für religiosen sozialismus**, vol. 1, n. 4. Berlin: ed. Carl Mennicke, 1920. **y otros ensayos**. Iluminaciones IV. Roberto Blatt (trad.). Madrid: Taurus, 2001.

\_\_\_\_\_. **Rua de mão única**. Obras escolhidas II. TORRES FILHO, R. R.; BARBOSA, J. C. M. (trad.). São Paulo: Brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_. Teorias do fascismo alemão. In: **Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos**. Celeste H. M. R. de Souza et al. (trad.), São Paulo: Cultrix/EdUSP, 1986.

\_\_\_\_\_. The destructive character. In: WOHLFARTH, I. No man's land: on Walter Benjamin's "Destructive Character". *Diacritics*, 1987.

\_\_\_\_\_. **Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze**. Mit einem Nachwort versehen von Herbert Marcuse. Berlin: Suhrkamp, 2016.

BENNET, W. S. **Lectures on Musical Life**. Nicholas Temperley (ed.). Woodbridge: Boydell Press, 2006.

BERLIN, I. Two Concepts of Liberty. In: BERLIN, I. **Four Essays on Liberty**. London: Oxford University Press, 2002.

BETTI, E. **Teoría de la interpretación jurídica**. BLANCO, A. V. (trad.). 3 ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015 – Kindle Edition).

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. de. **Curso de filosofia do direito**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BLOM. H. van der. **Cicero's role models**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BODIN, J. **On sovereignty: four chapters from six books of the commonwealth**. Julian H. Franklin (trad). Cambridge texts in the history of political thought. New York: Cambridge University Press, 2010.

BONA, F. Sul concetto di "manubiae" e sulla responsabilità del magistrato in ordine alla preda. In: **Studia et Documenta Historiae et Iuris**, n. 26, 1960.

BONDS, M. E. **Absolute music: the history of an idea**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Rel. Min. Marco Aurélio Melo. Brasília, 12 abr 2012. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 8 jun 2017. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277**. Rel. Min. Ayres Britto. 5 mai 2011. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Rel. Min. Celso de Mello. 13 jun 2019. Disponível em:  
<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4848010&text=RTF>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 3.388-4/RR**. Rel. Min. Ayres Britto. 19 mar 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 898.060/ Repercussão Geral n. 622**. Rel. Min. Luiz Fux. 24 ago 2017. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/EMENTA%20EM%20PDF.pdf>>.

BULYGIN, E. An antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law, **Ratio Juris**, 1 (3), 1990.

BUTLER, J. **Relatar a si mesmo – crítica da violência ética**. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

CABALLERO, M. 'Gilmar Mendes viola grosseiramente a lei', diz professor da USP. **O Globo**, Rio de Janeiro, edição de 28 ago. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-viola-grosseiramente-lei-diz-professor-da-usp-21753369>>.

CHURCHILL, J. Bradford. Ex qua quod vellent facerent: roman magistrates' authority over praeda and Manubiae. In: **Transactions of the American Philological Association**, vol. 129. The Johns Hopkins University Press, 1999.

CICERO, M. T. **De divinatione**. Loeb Classical Library, 1926. Disponível em: <[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Cicero/de\\_Divinatione/home.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Cicero/de_Divinatione/home.html)>.

\_\_\_\_\_. **De finibus bonorum et malorum**. RACKHAM, H. [trad.]. London: W. Heinemann, 1914.

\_\_\_\_\_. **De Inentione**. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/inventione.shtml>>.

\_\_\_\_\_. **De legibus**. Liber tertivs. X, §23. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg3.shtml>>.

\_\_\_\_\_. **De natura deorum**: academica. RACKHAM, H. [trad.]. London: W. Heinemann, 1933.

\_\_\_\_\_. **De oratore**. Sutton, E. W. (trad.). Cambridge: Harvard University Press, 1967. Disponível em: <<https://archive.org/details/cicerodeoratore01ciceuoft/page/n5>>.

\_\_\_\_\_. **On the Republic**. In: Delphi complete works of Cicero. Delphi Ancient Classics, Book 23 – kindle edition.

\_\_\_\_\_. **Opera omnia**. Voluminis Secundi, Pars Prima. ORATIONES. OXONII, Excudebant Collingwood et Socii, 1810. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=9DUzAQAAMAAJ&hl=pt-BR>>.

\_\_\_\_\_. **Orator**. WATSON, J. S. (trad.). New York: Harper & Brother Publish, 1865. Disponível em:



<[https://archive.org/stream/ciceroonoratorya00ciceuoft/ciceroonoratorya00ciceuoft\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/ciceroonoratorya00ciceuoft/ciceroonoratorya00ciceuoft_djvu.txt)>.

\_\_\_\_\_. **The speeches of M. Tullius Cicero against Catiline and Antony and for Murena and Milo.** BLAKISTON, H. E. D. (trad.). London: Oxford Trinity College, 1894. Disponível em:

<[https://archive.org/stream/thespeechesofmtu00ciceuoft/thespeechesofmtu00ciceuoft\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/thespeechesofmtu00ciceuoft/thespeechesofmtu00ciceuoft_djvu.txt)>.

\_\_\_\_\_. **The treatises of M.T. Cicero:** On the nature of the Gods; On divination; On fate; On the republic; On the laws; and On standing for the consulship. Literally translated, chiefly by the editor, C. D. Yonge, B.A. London: Henry G. Bohn. York Street, Covent Garden, 1853. Disponível em:

<<https://play.google.com/books/reader?id=joyeLp3Ok-oC&hl=en&pg=GBS.PP1>>.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo.** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. **Código Ético de la Carrera Judicial,** 2016. Disponível em:

<[http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/TRANSPARENCIA/FICHEROS/20161220%20Principios%20Etica%20Judicial\\_TEXTO%20FINAL.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/TRANSPARENCIA/FICHEROS/20161220%20Principios%20Etica%20Judicial_TEXTO%20FINAL.pdf)>. DAVID, René. **Os**

**grandes sistemas do direito contemporâneo:** direito comparado. Hermínio A. Carvalho (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de ética da magistratura nacional.**

Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>.

CORRÊA, M. D. C. Arquivo e política transição e heterotopias constitucionais. **In: História: Debates e Tendências.** v. 18, n. 3, set/dez 2018.

CORTE SUPREMA DE CHILE. ACTA n. 262-2007. **Princípios de ética judicial y comisión de ética.** 2007. Disponível em: <

[http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_chl\\_acta262.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_chl_acta262.pdf)>.

DALLARI, D. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DELEUZE, G. **Conversações.** Peter Pal Pelbart (trad.). São Paulo: Editora 34, 2008.

\_\_\_\_\_. **O mistério de Ariana.** Tradução e prefácio de Edmundo Cordeiro. Lisboa: Ed. Vega - Passagens, 1996.

DERRIDA, J. **A farmácia de Platão.** Tradução de Rogério Costa. 3 ed. São Paulo: Iluminuras, 2005.

\_\_\_\_\_. **Aporias.** Stanford: Stanford University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade.** Trad.: Leyla Perrone-Moisés. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Limited inc.** Campinas: Papyrus, 1991.

DUXBURY, N. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWIGHT, J. S. The Intellectual Influence of Music, *in Atlantic Monthly*, n. 19, Nov/1870.

DWORKIN, R. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously.** Harvard: Harvard University Press, 1978.

FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 2 vol. Porto Alegre: Editora Globo, 1977.

FERNANDES, F. **A Constituição inacabada: vias históricas e significado político.** São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

\_\_\_\_\_. **Florestan Fernandes na Constituinte: leituras para a reforma política.** São Paulo: Expressão Popular, 2014.

FERRAZ JR., T. S. **Função social da dogmática jurídica.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FOLHAPRESS. **Entidade combate uso de “juridiquês”.** 12 ago. 2005. Disponível em: <[https://www.amb.com.br/entidade-combate-uso-de-juridiques/?doing\\_wp\\_cron=1563048266.6477129459381103515625](https://www.amb.com.br/entidade-combate-uso-de-juridiques/?doing_wp_cron=1563048266.6477129459381103515625)>.

FORSYTHE, G. **A critical history of Early Rome: from Prehistory to the First Punic War.** Berkeley: University of California Press, 2005.

FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber.** NEVES, L. F. B (trad.). 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas.** Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes (trad.). Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade I – a vontade de saber.** ALBUQUERQUE, M. T. C.; ALBUQUERQUE, J. A. G. (trad.). 13 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GADAMER, H-G. **Plato’s dialectical ethics.** New Haven & London: Yale University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. **Truth and method** WEINSHEIMER, J.; MARSHALL, D.G. (trads.). London: Bloomsbury Academic, 2013.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método I.** MEURER, F. P. (trad.). Petrópolis: Vozes, 1997.

GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: 1999.

GARAPON, A.; PAPADOPOULOS, I. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOETHE, J. W. Betrachtungen im Sinne der Wanderer: Kunst, Ethisches, Natur – Kapitel 41. In: **Wilhelm Meisters Wanderjahre**. Urbana, Illinois: Project Gutenberg, 1821. Disponível em: <<https://gutenberg.spiegel.de/buch/wilhelm-meisters-wanderjahre-3679/41>>

GOYARD-FABRE, S. **La construction de la paix ou le travail de Sisyphe**. Paris: Vrin, 1994.

\_\_\_\_\_. **Les principes philosophiques du droit politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

GRANT, M. **Roman mythology**, 1999. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/Roman-religion>>.

GREENWALD, G.; SANTI, A. de.; MARTINS, R. M. “**Não é muito tempo sem operação?**” - Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato. 09/06/2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>>.

GROSSI, P. **O direito entre poder e ordenamento**. Apresentação e tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROTIUS, H. **O direito da guerra e da paz**, 1625. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/hugo-grotius-o-direito-da-guerra-e-da-paz-1625.html>>.

HAHN, F. H. Performing the sacred: prayers and hymns. In: RÜPKE, J. (ed.). **A companion to roman religion**. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.

HARRER, G. A. Precedent in Roman Law G. A. in: **Studies in Philology**, v. 19, n. 1, 1922.

HART, H. L. A. Kelsen's doctrine of the unity of law, in: **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012.

\_\_\_\_\_. **The concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito – Parte II**. Petrópolis: Vozes, 1997.

HOFER, P. **Die Stadt Bern**, Kunstdenkmäler des Kantons Bern, 1, Basel: Gesellschaft für Schweizerische Kunstgeschichte/Verlag Birkhäuser, 1952.

HOLLAND, T. E., **The elements of Jurisprudence**. 12 ed. London: Oxford University Press, 1950.

HÖLKESKAMP, K.-J. **Reconstructing the roman Republic: an ancient political culture and modern research.** Princeton: Princeton University Press, 2010.

IUSTINIANI. **Omini nostri sacratissimi principis Iustiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti digestorum seu pandectarum.** Liber Primus. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>>.

\_\_\_\_\_. **The Digest of Justinian.** WATSON, A. (trad). Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **The Institutes of Justinian: Corpus juris civilis. Institutiones.** SANDARS, Thomas Collett (trad) London, New York: Oxford University, 1922. Disponível em <<https://archive.org/details/institutesjusti00walkgoog/page/n446>>.

KACZYNSKA, Elwira. The indo-european origin of latin lex. **HABIS**, n. 44. Sevilla, 2013. Disponível em: <<http://institucional.us.es/revistas/habis/44/01%20Elwira%20Kaczynska.pdf>>.

KANT, I. **À paz perpétua.** Marco Antônio de A. Zingaro (trad.). Porto Alegre: L&PM Editores, 1989.

\_\_\_\_\_. **Crítica da faculdade do juízo.** Tradução de Valério Rohden e António Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Pura.** Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1991.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** QUINTELA P. (trad.). Lisboa: Edições 70, 2007.

\_\_\_\_\_. **Metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude.** Tradução de Edson Bini. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2017.

KELSEN, H. **Essays in legal and moral philosophy.** Selected and introduced by Ota Weinberger. Translated by Peter Heath. Dordrecht, Holland/Boston, USA: D. Reidel Publishing Company, 1973.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito.** 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KING, H. et al. **Hysteria beyond Freud.** Berkeley: University of California Press, 1993.

KOHLBERG, L. **Justice as reversibility.** In Philosophy, politics and society. Fifth Series, Oxford: Blackwell, 1979.

KUSCHEL, Gonzalo Bustamante. Menke's reconstruction of Benjamin's law, his tragic aporia and recognition. In **Philosophy and social criticism**, v. 41, n. 3. California: Sage Publications, 2015.

LANGLANDS, R. **Exemplary ethics in Ancient Rome**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

LEVINAS, E. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1980.

LINDOTT, A. **The constitution of the roman Republic**. New York: Claredon Press Oxford, 1999.

LISPECTOR, C. **Água Viva**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

LONG, G. Actio. In: SMITH, WILLIAM, D.C.L., LL.D. **A Dictionary of greek and roman antiquities**. London: John Murray, 1875. Disponível em: <[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA\\*/Actio.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Actio.html)>.

\_\_\_\_\_. Jurisdictio. In: SMITH, WILLIAM, D.C.L., LL.D. **A Dictionary of greek and roman antiquities**. London: John Murray, 1875. Disponível em: <[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA\\*/Jurisdictio.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Jurisdictio.html)>.

LONG, GEORGE. Magistratus. In: SMITH, WILLIAM, D.C.L., LL.D. **A Dictionary of greek and roman antiquities**. London: John Murray, 1875. Disponível em: <[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA\\*/Magistratus.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Magistratus.html)>.

LOPES, J. R. L. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, A. C. (org.), **Fundamentos de história do direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LÖWY, M. **Walter Benjamin: aviso de incêndio – uma leitura das teses “sobre o conceito de história”**. São Paulo: Boitempo, 2005.

LOWRIE, M. Sovereignty before the law: Agamben and the roman Republic. In: **Law and Humanities**, n. 1, 2007.

LUHMANN, N. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la sociedad y pedagogía**. Barcelona: Paidós Educador, 1996.

LUSHKOV, A. H. **Magistracy and the historiography of the roman Republic: politics in prose**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

LYNCH, C. E. C. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciária”. In: **Insight Inteligência**. n. 79, 2017.

MACCORMICK, N. Institutions, arrangements and practical information. In: **Ratio Juris**, n. 1, 1998.

\_\_\_\_\_. **Institutions of law**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. Law as institutional fact. In: **Law Quarterly Review**, n 90, 1974.

\_\_\_\_\_. **Retórica e o Estado de Direito**. MENDES, C. H.; VERÍSSIMO, M. P. (trads.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, N., WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**. P. 36. Aqui, por outro lado, ele responde sobre a epistemologia da norma jurídica.

MAGALONI, A. L.; ZALDÍVAR, A. El ciudadano olvidado. In: **Corte, jueces y política**. Rodolfo Vázquez (coord.), México D. F.: Fontamara/Nexos, 2007.

MARQUES, C. L. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 13, 1997.

MATILLA, J. M. Los Desastres de la Guerra de Francisco de Goya: una mirada independiente. In: TRANH, Nghê Thuât thời Chiên. **Art in Times of War**. Francisco de Goya y Lucientes, Hanói: Vietnam Fine Arts Museum; Madrid: Cooperación Cultural Exterior, 2008.

MATOS, A. S. M. C. ΝΟΜΟΣ ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΟΡ? Apocalipse, exceção, violência. In: **Estado de exceção & biopolítica**. Série História, Poder e Liberdade, Vol. 2. Belo Horizonte: Initia Via Editora, 2012.

MATURANA H.R., VARELA F.J. **Autopoiesis y cognición**. Dordrecht: D. Reidel, 1980.

MARX, K. **O capital: crítica da economia política**. v. 1. Apresentação de Jacob Gorender. Coordenação e Revisão de Paul Singer, Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MCNAUGHTON, J. **Samuel Beckett and the Politics of Aftermath**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

MEIRA, S. A. B. **A Lei das XII Tábuas: fontes do direito público e privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MENDES, C. H. **A fumaça do bom juiz**. Revista Época, 15 jun 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/06/fumaca-do-bom-juiz.html>>.

MENKE, C. **Law and violence**. Manchester: Manchester University Press, 2018.

METZGER, E. Roman judges, case law, and principles of procedure. in: **Law and History Review**, vol. 22, n. 2, 2004.

MICHELON, C., MENDES, C. H., VERÍSSIMO, M. P. Retórica e estado de direito no Brasil, in: MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito**. MENDES, C. H.; VERÍSSIMO, M. P. (trads.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MILL, J. S. **Sobre a liberdade**. MADEIRA, P. (trad). Lisboa: Edições 70, 2016. (Kindle edition).

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. **DECISÃO n. 122/2019-SFPO-STF/PGR**, 11 mar 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pgr-aquiva-pedido-suspeicao-gilmar.pdf>>.

MIRANDA, V. **Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MOHL, Robert Von. **Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates**, 1871. Disponível em: <<https://ia800902.us.archive.org/19/items/diepolizeiwisse03mohlgoog/diepolizeiwisse03mohlgoog.pdf>>.

MONTAIGNE, M. **Os ensaios**. Tradução e notas de Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Penguin, 2010.

MOORE, G. E. **Philosophical papers**. London: Routledge, 2010.

NALINI, J. R. Correccionalidade a cargo do Judiciário e Constituinte. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, edição de 10 mai. 1987, p. 54. Disponível em: <<https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19870510-34415-nac-0054-999-54-not>>.

\_\_\_\_\_. (org.) **Magistratura e ética**. São Paulo: Contexto, 2013. NEVES, M. Da autoipoiese à aloipoiese do direito. In: **Anuário de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco**, n.º 5. Recife: Ed. Universitária, 1995.

NEWBY, Z. Epilogue: the roman past, the culture of exemplarity and a new role for greek myth. In: **Greek myths in roman art and culture: imagery, values and identity in Italy, 50 BC-AD 250**. Greek Culture in the Roman World. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

NIETZSCHE, F. O eterno retorno. In: **Obras incompletas**. Rubens Rodrigues Torres Filho (trad.). São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>.

\_\_\_\_\_. Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. MALHAS, M. S.. KLOTH, A. E. (trads.), Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

ORLIN, E. Urban religion in the Middle and Late Republic. In: RÜPKE, J. (ed.). **A companion to roman religion**. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.

OVÍDIO, P. N. **Fastos**. GOUVEIA Jr., M. M. (Trad.). Edição Bilingue. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993.

PAIXÃO, C., BIGLIAZZI, R. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora UnB, 2008.

PAULSON, S. L. On the puzzle surrounding Hans Kelsen's basic norm. in: **Ratio Juris**. Vol. 13 No. 3, 2000.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. GALVÃO, M. E. de A. P. (trad.). BRANDÃO, E. (rev.). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIAGET, J. **A construção do real na criança**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

POEL, M. V. D. The use of exempla in roman declamation. In: **Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric**, v. 27, n. 3, Special issue: An International Project on the Pseudo-Quintilianic Declamations maiores, 2009.

POLO, F. P. Consuls as curatores pacis deorum. In: **Consuls and res publica: holding high office in the roman Republic**. BECK, H. et al (ed). Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

PUCHTA, G. F. **Cursus der Institutionen**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1841. Disponível em: < <https://archive.org/details/cursusderinstitu01puch/page/n6>>.

PUTNAM, M. C. J. **Horace's "Carmen Saeculare"**: ritual magic and the poet's art. New Haven; London: Yale University Press, 2001.

QUINTILIANO, M. F. **Institutio oratoria**. Disponível em: <[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Quintilian/Institutio\\_Oratoria/home.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Quintilian/Institutio_Oratoria/home.html)>.

RAZ, J. **The authority of Law: essays on Law and morality**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

RECONDO, F.; COURA, K. **Rosa Weber e o tempo**: Ministra do STF terá voto decisivo em discussão sobre habeas corpus para Lula. Folha de São Paulo, 29 mar 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/jota/2018/03/rosa-weber-e-o-tempo.shtml>>.

REIS, I. Análise empírico-retórica do discurso constitucional: uma contribuição metodológica à pesquisa de base em direito. In: **Conpedi/UFSC**. (Org.). Direito, Educação, ensino e metodologia jurídicos. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

ROESLER, C. R. Repensando o Poder Judiciário: os sistemas de seleção de juízes e suas implicações. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI (Anais)**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.



\_\_\_\_\_. **Theodor Viehweg e a ciência do direito - tópica, discurso e racionalidade.** 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

ROLLER, M. Exemplarity in roman culture: the cases of Horatius Cocles and Cloelia. In: **Classical Philology** n. 99, The University of Chicago, 2004.

\_\_\_\_\_. **Models from the past in roman culture: a world of exempla.** Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

\_\_\_\_\_. The exemplary past in roman historiography and culture, he exemplary past in Roman historiography and culture. In: FELDHERR, A. (ed.). **The Cambridge companion to the roman historians.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ROSA, C. B. da. Prudentia e prudens em Cícero: religião, jurisprudência e os poderes do magistrado. In: **Revista Emerj**, v. 17, n. 64, Rio de Janeiro: 2014.

ROSENBLATT, H. **Thinking with Rousseau: From Machiavelli to Schmitt.** Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

ROUSSEAU, J. J. **O contrato social.** Trad. Antonio de Padua Danesi. 3ª ed. São Paulo: São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. Principles of the right of war, in: **The social contract and other later political writings.** 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

\_\_\_\_\_. Emile ou de l'éducation, 1762. Disponível em <[http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/old2/file/rousseau\\_emile.pdf](http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/old2/file/rousseau_emile.pdf)>.

SAINT-BONNET, F. **L'Etat d'exception.** Collection Léviathan. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

SANTOS, B. de S. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SCATOLIN, A. CÍCERO, Do orador 1.1-23. **Translatio**, n. 12. Porto Alegre, 2016.

SCHIAVONE, A. **Ius: l'invenzione del diritto in Occidente.** Nuova Edizione. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2017.

\_\_\_\_\_. **Ius: la invención del derecho en Occidente.** Tradução de Germán Prósperi. 2 ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. **The end of the past: ancient Rome and modern West.** Harvard: Harvard University Press, 2000.

SCHMITT, C. **Teología política.** Conde, Francisco Javier; Pérez, Jorge Navarro (trad.). Madrid: Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. **The concept of political.** Trad. George Schwab. Chicago: Chicago University Press, 2007.

SELIGMANN-SILVA, M. Walter Benjamin: o Estado de Exceção entre o político e o estético. In: \_\_\_\_ (Org.) **Leituras de Walter Benjamin**. São Paulo: Fapesp/AnnaBlume, 2007.

SENECA. **De Clementia**. (Disponível em: <<http://catalog.perseus.org/catalog/urn:cts:latinLit:phi1017.phi014>>).

SERRANO, P. E. A. P. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

SHATZMAN, I. The roman general's authority over booty. In: **Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte**, vol. 21, n. 2, 1972. Sage, E. T. Cicero and the agrarian proposals of 63 B.C. in: **The Classical Journal**, vol. 16, n. 4, 1921.

SILVA, E. S. N. Fantasmas da liberdade: a relação entre teoria e prática como crítica às formas de reconciliação entre espírito e natureza. In: **Veritas**, v. 64, n. 1. Porto Alegre, 2019.

SILVA, O. B. da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SIMPSON, P. A. The power of particularities: gender and action in the Phenomenology of Spirit and the Philosophy of Right. In: **Identity and difference: studies in Hegel's logic, philosophy of spirit, and politics**. Philip T. Grier [Ed.]. New York: State University of New York Press, 2007.

SIVONEN, P. Being a roman magistrate: office-holding and roman identity in late antique Gaul. **Bibliotheca Historica**, n. 101. Helsinki: Suomalaisen Kirjallisuuden Seura, 2006.

SMITH, A. **A riqueza das nações**. Coleção Os Economistas, v. I. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SOTTY, R. **Recherche sur les utiles actions: la notion d'action utile en droit romain classique**. Grenoble: Service de reproduction des thèses de l'Université des sciences sociales de Grenoble, 1977.

STRAUSS, L. **Natural Right and History**. Chicago: University of Chicago Press, 1953.

STRECK, L. L. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 15, n. 1, 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUBIRATS, E. Introdução a BENJAMIN, W. **Para uma crítica de la violencia y otros ensayos**. Iluminaciones IV. Roberto Blatt (trad.). Madrid: Taurus, 2001.

SUNDE, J. Ø. (ed.). **Constitutionalism before 1789**. Oslo: Pax Forlag, 2014.

THEODORO Jr., H. et al. **Novo Código de Processo Civil - Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOMAS DE AQUINO. **Suma Teológica: II - II Parte - Questões I - 56**. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

TOMBA, M. Justice and divine violence: Walter Benjamin and the time of anticipation. In: **Theory & Event**, v. 20, n. 3, 2017.

UNIÃO INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS (UIM-IAJ). **Estatuto Universal do Juiz**. Taiwan, 1999, Atualizado em Santiago, 2017. Disponível em: <[https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/the\\_universal\\_charter\\_of\\_the\\_judge/universal\\_charter\\_2017\\_portuguese.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/the_universal_charter_of_the_judge/universal_charter_2017_portuguese.pdf)>.

URBAN, D. C., **The use of exempla from Cicero to Pliny the Younger**. Publicly Accessible Penn Dissertations, 2011. Disponível em: <<https://repository.upenn.edu/edissertations/591/>>.

VÉRAS NETO, F. Q. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, A. C. (org.), **Fundamentos de história do direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VIEHWEG, T. **Tópica e jurisprudência**. Tércio Sampaio Ferraz Jr. [trad.]. Brasília: UnB, 1979.

VON WRIGHT, G. H. **Norm and action: a logical enquiry**. International Library of Philosophy and Scientific Method. London: Routledge & Kegan Paul, 1963.

WARAT, L. A. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

WEBER, M. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Regis Barbosa, Karen Elsabe Barbosa [trad.]. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014.

WENGER, L. Apud DAWSON, J. P. **A history of lay judges**. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

WOLKMER, A. C. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

ZAFFARONI, E. R. **El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2015.

\_\_\_\_\_. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. TAVARES, J. (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Estructuras judiciales**. Buenos Aires: Ediar, 1994.

ŽIŽEK, S. **Eles não sabem o que fazem: o sublime objeto da ideologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

\_\_\_\_\_. **Violência: seis reflexões laterais**. PEREIRA, M. S. (trad.). São Paulo: Boitempo, 2014.

ZOLO, D. Autopoiesis: un paradigma conservatore. **Micromega**, 1, 1986.

ZULETA PUCEIRO, E. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1981.

ZWALVE, W. J. The equity of the law. In: ZWALVE, W. J., KOOPS, E. (eds.) **Law and equity: approaches in roman law and common law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

abertura, 82, 90, 160  
*actio utilis*, 104  
*actiones*, 103, 104  
*actor*, 77  
*ad hominem*, 118  
*ad vocatus*, 90  
*agere*, 79, 83, 120  
*album*, 78  
 Alemanha, 58, 69, 137  
 ambivalência, 19, 167  
 analogia, 27, 67, 93, 143, 150, 159  
*Angelus Novus*, 21, 40  
 aniquilação  
   aniquila, 14, 22, 121, 155  
 Anjo da História, 20, 21, 23, 24, 26, 59, 125  
 anti-ideológica  
   anti-ideológico, 70, 76  
 aplicação, 24, 26, 37, 41, 47, 53, 55, 58, 63, 69, 79, 81,  
   89, 98, 109, 118, 129, 145, 147, 155, 156  
 apoio público, 143  
*apud iudicem*, 78  
*arbores*, 77  
*arché*, 84  
 argumentação pelo exemplo, 93, 95, 105  
 argumentação sujeita a exceções, 115  
 argumento processual, 130  
 argumentos persuasivos, 119  
 arquivo, 7, 14, 63, 115, 153, 154, 156, 160, 162, 163  
 atividade jurisdicional, 92, 102, 103, 114, 128, 133, 156  
*auctoritas*, 86, 88, 89, 93, 99, 100, 101, 102, 103, 105,  
   107, 109, 111  
*aurum coronarium*, 106  
 autogoverno, 7, 147  
 autonomia, 7, 73, 130, 133, 136, 137, 138, 139, 147,  
   150, 151, 152, 158  
 autoridade, 7, 19, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 35, 39,  
   40, 41, 42, 43, 44, 49, 50, 51, 52, 59, 60, 62, 63, 64,  
   65, 78, 79, 85, 86, 89, 93, 97, 98, 99, 100, 101, 107,  
   109, 110, 111, 113, 118, 126, 142, 152, 160, 161  
 autoridade decisória, 118  
 autoridade policial, 59  
 autorreferência, 29, 57, 82

### B

bacharelismo, 113  
 Bangalore, 132  
 BGB, 18, 69  
 biopolítica, 49, 50, 51, 101, 158, 162  
*bios*, 50  
 boa-fé, 31, 94, 116

### C

cálculo, 36, 46, 62, 123

campo, 7, 9, 47, 51, 52, 53, 55, 57, 58, 62, 64, 66, 74, 81,  
   86, 107, 108, 109, 111, 114, 118, 119, 120, 131, 134,  
   135, 138, 146, 151, 155, 158, 159, 160, 162, 163, 164  
 capitalismo, 24, 36, 114, 121, 169  
 caráter destrutivo, 164  
*cauere*, 79  
 Ceres, 70, 83  
*certa verba*, 77, 78, 91

### Ch

Chile, 111, 132

### C

ciência do direito, 54, 56, 70, 112, 113, 153  
*civil law*, 111  
 clamor popular, 132, 141  
 coerção, 24, 34, 36, 58, 82  
 cognição, 12, 64, 67, 116, 118, 120, 127, 129, 144, 164  
*cognitio juris*, 67  
 cognitivismo, 84  
 colegialidade, 162  
*cores*, 98  
*comitia*, 91  
*common law*, 109  
 compromisso histórico, 107  
 compulsão, 14, 24, 169  
 conflito, 32, 59, 72, 82  
 Constituição, 2, 3, 38, 51, 66, 110, 116, 121, 134, 135,  
   136, 137, 140, 141, 144, 147, 148, 155, 156, 157, 160,  
   162, 166  
 Constituinte, 29, 138, 147, 157  
 conteúdo, 12, 14, 16, 18, 34, 37, 39, 41, 42, 47, 49, 55,  
   56, 57, 60, 62, 63, 64, 67, 69, 76, 78, 79, 87, 89, 90,  
   97, 105, 112, 118, 142, 153, 155, 163  
 contingente, 26, 51, 53, 135  
 controle, 7, 76, 92, 131, 138, 141, 142, 146, 147, 151,  
   152, 167  
 correção, 42, 131, 145  
 Corte Constitucional  
   Cortes Constitucionais, 128, 137, 140, 155, 156, 157,  
   161, 163  
 costume  
   costumes, 12, 77, 91, 100, 110  
*coup de force*, 27, 166  
 criação *ex nihilo*, 100  
 cristianismo, 124  
 criteriologia, 31, 43, 79  
 crítica, 7, 9, 12, 13, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27,  
   28, 29, 30, 38, 40, 41, 46, 47, 48, 52, 53, 58, 59, 62,  
   64, 65, 68, 69, 70, 74, 80, 82, 84, 108, 114, 120, 121,  
   124, 126, 130, 131, 133, 142, 155, 166, 168, 169

### D

*de iure*, 52, 53, 120

decisão, 7, 14, 18, 19, 28, 30, 37, 39, 41, 42, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 78, 81, 84, 91, 93, 108, 112, 119, 120, 124, 126, 129, 131, 133, 134, 135, 136, 139, 142, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 159, 160, 161, 164

decisão judicial, 7, 14, 19, 41, 59, 67, 68, 91, 108, 112, 126, 129, 134, 135, 136

*defeasibility*, 7, 8, 9, 115, 116, 117, 119

*defeasible*, 115, 116, 119

*defeats*, 116

democracia jurisprudencial, 7, 9, 158, 160, 161, 163, 164

democrático

democráticas, 134, 157

dependência, 7, 50, 92, 109, 114, 117, 124, 137, 142, 150

derrotabilidade, 1, 2, 3, 7, 115, 118

descrição

descritivo, 27, 53, 66, 76, 86, 113

destino, 25, 26, 30, 41, 42, 57, 120, 121, 129, 160, 163

Destruktive Charakter, 164

dever-ser, 38, 63

dikaion *nomikón*, 32

direito burguês, 24, 31, 42, 43, 112, 121, 155, 158, 159, 160

direito liberal, 48, 51, 166, 168

direito natural, 20, 28, 55, 56, 63, 85, 87, 104

direito ocidental, 66, 68

direito positivo, 18, 22, 28, 30, 37, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 63, 65, 66, 67, 113, 129

direito romano, 7, 13, 31, 63, 66, 69, 72, 73, 76, 79, 80, 83, 92, 93, 100, 101, 103, 109, 110, 112, 116, 124, 159

discurso, 11, 62, 64, 65, 97, 107, 120, 142, 150, 153, 162, 163

dispositivo, 50, 57, 65, 112, 129, 132, 149, 150, 164

dissonância cognitiva, 106

divino

divina, 21, 25, 64, 88, 94, 102, 124, 127

dogmática, 56, 82, 94, 115, 117, 135

dominação, 24, 42, 114, 170

*doxa*, 56

## E

economia do vazio, 164

edifício do direito processual, 102

efetividade, 62, 67, 112, 130, 136

emblema, 96, 98, 99, 101

*enforceability*, 27, 28

*enforced*, 26, 28, 40

enunciação, 7, 57, 60, 62, 68, 69, 83, 112, 135, 154, 159, 163

Enunciação, 62

enunciado

enunciados, 56, 75, 96, 155, 159

epifenômeno, 163, 165

epistemologia da prudência, 119

epistemologia do arquivo, 153

epistemológica, 7, 9, 32, 39, 57

equidade, 32, 35, 36, 87, 90, 92, 98, 101, 104, 118, 130, 144

*erga omnes*, 63

escritura, 119, 159, 161

escrituras, 74, 80

**espaço sem povo**, 152, 162, 163

Espanha, 132, 166

espectro, 22, 60, 69, 117, 119, 170

espírito, 21, 98, 105, 115, 119, 126, 141, 158, 160, 169

*establishment*, 133, 140

Estado, 2, 3, 14, 19, 22, 23, 24, 36, 38, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 58, 73, 100, 101, 102, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 130, 133, 135, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 149, 150, 151, 158, 161, 166, 168

estado de coisas, 7, 92, 95, 136, 152, 157, 159, 163

estado de defesa, 51

Estado de direito, 45, 46, 47, 48, 53, 58, 113, 130, 133, 134, 135, 140, 141, 142, 143, 150, 151, 168

estado de exceção, 19, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 100, 101

estado de sítio, 51

ética

ético, 19, 38, 45, 54, 96, 125, 132, 147

Executivo, 68, 133, 137, 138, 147

*exempla*, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 103, 105, 106, 107, 109, 110, 111

exemplaridade, 7, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 105, 106, 107, 108, 124, 125, 156

*exemplum*, 90, 95, 98, 99, 106, 107

experiência, 7, 11, 20, 23, 38, 41, 43, 46, 64, 67, 70, 73, 76, 78, 80, 92, 97, 101, 119, 120, 124, 127, 128, 147, 156, 159, 160, 166, 170

## F

falha analítica, 7, 68, 115

fantasmagoria, 120

ficção, 23, 29, 38, 155

ficções legítimas, 29, 64

*fides*, 31, 94, 116, 164

filosofia grega, 93, 123

fins, 18, 20, 23, 24, 25, 33, 36, 40, 42, 43, 51, 52, 53, 62, 65, 74, 81, 84, 103, 118, 120, 121, 124, 129, 143, 149, 155, 158, 169

força, 7, 21, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 37, 39, 40, 43, 44, 45, 49, 53, 54, 56, 58, 59, 63, 64, 71, 77, 80, 81, 82, 87, 89, 92, 93, 100, 101, 102, 103, 105, 108, 114, 118, 123, 131, 133, 135, 143, 145, 150, 156, 161, 164, 166, 168

*force de loi*, 44, 161

*Form*, 12

forma, 6, 12, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 31, 34, 39, 44, 46, 54, 58, 62, 63, 67, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 82, 87, 88, 94, 96, 99, 100, 104, 105, 107, 117, 120, 127, 129, 135, 140, 149, 151, 153, 158, 159, 161, 162, 163, 164

formalismo jurídico, 47, 53

fórmula

fórmulas, 49, 63, 73, 76, 83, 104, 105

*formulae*, 78, 79

França, 137

fundação, 7, 13, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 64, 131, 162

fundamento místico, 126

**G**

*Gehalt*, 12  
*gens*, 80, 86  
*Gerechtigkeit*, 19  
*Gewalt*, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24,  
 25, 26, 28, 29, 33, 36, 39, 40, 43, 47, 50, 51, 52, 53,  
 55, 58, 59, 64, 121, 124, 141, 153, 154, 160, 161, 163,  
 164, 169, 170  
*Grundnorm*, 54, 55  
 guerra, 4, 7, 9, 13, 17, 23, 24, 26, 33, 38, 40, 42, 43, 44,  
 45, 48, 57, 59, 61, 99, 106, 115, 122, 166, 167, 168,  
 169, 170, 171

**H**

hermenêutica, 66, 123, 134, 136  
 hermetismo, 74, 77, 79, 90  
 homogeneidade, 22, 59, 70, 139

**I**

ideal, 38, 51, 56, 57, 89, 112, 119, 156  
 ideologia, 51, 74, 76, 126, 142, 161  
 imparcialidade  
   imparcial  
     imparciais, 7, 36, 115, 120, 121, 130, 131, 132,  
     133, 136, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150,  
     151, 152, 158  
 impedimento, 132, 145, 146  
 imperativo categórico, 19  
 Império, 72, 73, 92, 94, 97, 102, 104, 106, 110  
 império das leis, 46, 158, 163  
*imperium*, 74, 82, 89, 99, 103, 106, 109  
*in iure*, 77, 78, 82, 87  
 inconclusão, 56  
 indecidibilidade, 1, 2, 3, 7, 56, 118, 120, 135, 153, 164  
 independência, 7, 75, 130, 132, 136, 139, 144, 147,  
 148, 150, 151, 158  
 inescapabilidade, 11, 23, 120  
 Inglaterra, 110  
 injustiça, 21, 56, 79, 113  
 institucional, 7, 9, 40, 50, 134, 138, 140, 143, 152, 157,  
 159  
 inteligência, 57, 88, 108, 114, 116, 126  
*iudex*, 78, 82, 83  
*ius prudentia*, 92, 109, 123  
*ius*, 11, 31, 62, 68, 70, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 81, 82,  
 84, 86, 89, 90, 91, 93, 94, 101, 102, 103, 105, 108,  
 109, 110, 112, 124, 127  
*ius civile*, 70, 110, 124, 127  
*ius dicebant*, 62  
*ius gentium*, 110  
*ius naturale*, 110  
*Iustitia*, 57, 123

**J**

juiz  
 juizes, 14, 39, 41, 42, 55, 56, 58, 62, 67, 68, 78, 82,  
 90, 101, 102, 111, 115, 116, 119, 125, 126, 130,  
 131, 132, 133, 135, 136, 142, 143, 144, 145, 146,  
 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154

juízo, 7, 34, 46, 52, 53, 57, 76, 105, 107, 119, 120, 121,  
 124, 125, 126, 129, 131, 133, 136, 143, 144, 145, 148,  
 150, 151, 170  
 julgamento, 24, 36, 41, 63, 92, 98, 125, 126, 128, 135,  
 143, 144, 145, 146, 152  
 Júpiter, 62, 128  
*juris dictio*, 62  
 jurisconsulto  
   jurisconsultos, 31, 76, 78, 79, 82, 88, 89, 100, 108  
 jurisdição, 7, 13, 14, 50, 51, 62, 69, 86, 89, 90, 102, 120,  
 133, 135, 136, 140, 142, 145, 146, 147, 150, 151, 155,  
 156, 157, 160  
 jurisprudência, 7, 25, 31, 73, 87, 111, 117, 123, 124,  
 125, 128, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 160, 161, 162,  
 163, 164  
 juspositivismo, 55  
 justificação, 39, 41, 47, 52, 56, 57, 66, 67, 107, 114, 119,  
 120, 128, 139, 145, 146, 153, 154, 157, 166

**L**

*law*, 8, 18, 28, 31, 36, 42, 51, 85, 100, 105, 108, 109, 110,  
 111, 112, 118, 119, 130, 133, 137  
*law-making houses*, 112  
*law-preserving courts*, 112  
*Lebensraum*, 162  
 legalismo, 47, 84  
*lege agere*, 77, 80, 91  
*lege magistratibus*, 76  
*leges actiones*, 76  
 legitimidade, 14, 19, 20, 29, 32, 33, 36, 39, 40, 42, 43, 45,  
 46, 47, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 63, 74, 77, 91, 96, 99,  
 100, 102, 105, 106, 108, 114, 120, 125, 128, 140, 141,  
 143, 149, 151, 156, 157, 160  
 lei civil, 87, 88, 116  
 lei moral, 34, 35  
 Lei Natural, 84  
*lex*, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 78, 79, 81, 82, 83, 86, 89, 92,  
 103, 104, 105, 159  
*lex publica*, 71  
 liberdade, 30, 34, 35, 36, 37, 38, 43, 51, 65, 92, 104, 113,  
 114, 133, 135, 136, 146, 148, 169  
 limites, 7, 37, 43, 48, 78, 81, 84, 86, 87, 92, 102, 105,  
 111, 113, 114, 116, 120, 121, 125, 131, 133, 134, 137,  
 145, 151, 160, 164  
 livre descoberta, 57  
*logos*, 31, 69, 109  
 lugares comuns  
   lugar comum, 113

**M**

*Macht*, 21, 26, 169  
 magistrado  
   magistrados, 7, 9, 13, 31, 74, 76, 77, 78, 79, 83, 87,  
   91, 92, 93, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 108,  
   109, 111, 113, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133,  
   135, 136, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150,  
   155  
*male gesta re publica*, 106  
 manifestações  
   manifestação, 13, 37, 46, 78, 101, 129, 163

mantém, 7, 11, 12, 19, 23, 25, 30, 37, 56, 57, 59, 81,  
 119, 121, 125, 138, 153, 161  
*manubiae*, 106  
 manutenção, 7, 13, 64, 74, 114, 162  
 materialidade, 62, 160  
   materialista, 120  
*mediatrix*  
   *medium*, 64, 82  
 meios, 7, 14, 18, 19, 20, 21, 23, 25, 33, 36, 39, 40, 42,  
 43, 48, 51, 52, 53, 59, 62, 65, 82, 83, 84, 114, 118,  
 120, 121, 129, 138, 141, 146, 149, 151, 155, 156, 158,  
 163, 169  
 messiânico, 25, 58, 160  
*might defeat*, 117  
 mimese, 77, 90, 96  
 mística  
   místico, 7, 9, 13, 33, 65, 102, 112, 118, 121, 161  
 mítico  
   míticos, 30, 167  
 mitológico  
   mitológica, 41, 107, 129, 163  
*monstrum*, 106  
 moral, 19, 21, 27, 34, 35, 36, 46, 48, 66, 87, 88, 94, 95,  
 99, 106, 123, 124, 129, 141, 144, 145, 158  
 moralidade, 34, 88, 91, 94, 95, 114, 144  
*mores*, 87, 95, 98  
*mos maiorum*, 87, 95, 96, 97, 98, 100, 101, 104, 105, 109  
*Muselmann*, 115, 163

## N

narrativa  
   narrar, 12, 64, 65, 95, 96, 97, 98, 99, 102, 106, 107,  
 112, 119, 143, 159, 163, 164  
 neutralidade, 7, 14, 41, 124, 125, 126, 129, 130, 131,  
 133, 152, 154  
 Níobe, 25  
 nomológica, 42  
   nomológico, 155  
*nomos*, 31, 59, 71, 72, 159  
 norma fundamental, 52, 54, 55, 56, 57, 66  
 normas jurídicas, 16, 37, 66  
 Novo Código de Processo Civil, 130, 135  
*numen*, 103

## O

objeção, 32, 37, 39, 40, 58  
 ontológica, 7, 9, 27, 32, 39, 57, 69, 73  
 opinião pública, 109, 132, 139, 143, 144, 147  
*origo*, 84  
*orthopraxis*, 88, 90

## P

pacifismo tísico, 33, 75  
 pacto, 31, 43  
*paradeigma*, 90  
 paradigma, 31, 37, 50, 56, 66, 85, 90, 91, 100, 106, 107,  
 109, 118, 135, 146, 160, 164  
 paradigma de direito, 90  
 paradigma de governo, 50, 90

paradoxo, 33, 34, 35, 36, 40, 47, 52, 53, 58, 60, 84, 120,  
 156  
 passagem, 23, 42, 45, 50, 57, 58, 65, 70, 79, 97, 111, 123,  
 124, 133, 170  
 patricios, 70, 72, 74, 101  
   patrício, 72  
*pax deorum*, 94  
 paz, 23, 24, 30, 31, 32, 33, 38, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 59,  
 63, 70, 74, 94, 113, 119, 166, 169  
 paz estatal, 47  
*peculatus*, 106  
*pecuniae resudiae*, 106  
*per concepta verba*, 91  
 performativo  
   performativa, 27, 138  
*phronesis*, 25, 123, 124, 154  
*physis*, 31  
*Pinturas Negras*, 169  
 plebeus  
   plebeu, 70, 72, 74, 85, 91, 101  
 poder, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25,  
 26, 27, 28, 29, 30, 33, 35, 37, 39, 40, 42, 43, 46, 47,  
 48, 49, 50, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 64, 65, 66,  
 67, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 80, 81, 82, 85, 86, 87,  
 89, 92, 93, 100, 101, 102, 103, 104, 109, 113, 120,  
 121, 123, 124, 125, 128, 129, 135, 136, 138, 140, 142,  
 144, 147, 150, 151, 155, 156, 157, 160, 161, 164, 169  
 Poder Judiciário, 40, 58, 67, 136, 138, 147, 151, 155  
 poder-como-violência, 19, 164  
*Polemogenesis*, 43  
*polemos*, 59  
 política  
   Política, 21, 27, 33, 35, 37, 42, 48, 49, 50, 51, 53, 54,  
 56, 57, 71, 72, 74, 76, 78, 80, 82, 83, 92, 97, 98,  
 102, 105, 109, 111, 112, 113, 114, 124, 125, 134,  
 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 148, 151,  
 157, 159, 160, 162, 166, 168, 169  
*pontifex*, 94  
 Portugal, 132, 137  
 positivismo, 29, 46, 53, 68, 113, 126, 131, 134  
 pós-positivismo, 68, 134  
 potência, 4, 18, 21, 26, 75, 83, 156, 160, 164, 167  
*potestas*, 86, 89, 99, 100, 101, 107, 111  
*practical reason*, 112  
*praeda*, 106  
*praxis*, 39, 53, 60, 67, 123, 130, 135, 151, 152, 154  
 precedente  
   precedentes, 106, 107, 156  
 precedentes, 7, 9, 93, 100, 103, 105, 106, 107, 108, 110,  
 116, 136, 144  
 prescrição  
   prescritivo, 27, 77, 78, 81, 113, 117, 136, 141, 154  
 princípio da colegialidade, 162  
 principiologia, 88, 134  
 princípios  
   princípio, 20, 27, 31, 34, 45, 52, 55, 56, 62, 65, 80, 84,  
 105, 110, 114, 115, 116, 120, 142, 149, 152, 154,  
 162, 164  
   principiologia, 38, 39, 43, 68, 86, 87, 88, 113, 114,  
 115, 116, 117, 118, 132, 133  
 processos decisórios, 115, 155  
 produto epistemológico, 154  
 progresso, 21, 92, 166



promessa, 7, 13, 18, 21, 25, 30, 31, 32, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 45, 47, 52, 57, 59, 60, 62, 74, 77, 82, 113, 153, 155  
 Prometeu, 25, 80  
*providentia*, 123  
*prudentia*, 25, 81, 88, 108, 123, 124, 128, 152, 153

## Q

*questio facti*, 63  
*questio juris*, 63

## R

racionalidade, 32, 45, 46, 70, 112, 117, 153, 154, 164  
*ratio*, 46, 69, 100, 105, 107, 109, 110, 111, 112, 117, 123, 155, 157  
*Ratios*, 116  
 razão, 16, 23, 25, 34, 35, 36, 42, 45, 46, 49, 55, 57, 65, 67, 68, 69, 87, 89, 104, 112, 114, 117, 120, 123, 126, 127, 134, 144, 146, 158, 161, 166  
 razão prática, 11, 25, 33, 34, 55, 69, 71, 72, 76, 78, 80, 81, 87, 88, 93, 94, 95, 98, 99, 100, 103, 104, 112, 114, 117, 119, 121, 123, 124, 125, 136, 144, 152, 164, 169  
 razoabilidade, 112, 117, 152  
 razões de estado, 161  
 razões iluministas, 163  
*Recht*, 11, 19  
*RechtsGewalt*, 18, 19, 22, 62, 65, 69, 76, 162  
*Rechtsstaat*, 46, 47, 51, 53, 54, 55, 58  
 redenção, 22, 58  
 refunda, 7, 9, 14, 162, 163  
 regras, 20, 34, 46, 63, 75, 86, 87, 92, 95, 96, 98, 105, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 130, 133, 137, 144, 148, 150, 157, 159  
 regulação, 48, 92, 118, 120, 164  
 repetição, 12, 100, 105, 107  
*repetundae*, 106  
 República, 31, 49, 51, 71, 72, 73, 74, 76, 82, 86, 89, 91, 92, 94, 96, 97, 99, 101, 103, 104, 108, 109, 112, 113, 137, 138, 139, 140, 141, 148  
*res iudicata*, 63, 108, 119, 129  
*respondere*, 79  
*responsum*, 79, 127  
 retórica, 32, 41, 56, 78, 97, 105, 107, 124, 142  
 Revolução Francesa, 29, 31  
 revolução judiciarista, 140  
*right*, 8, 28, 44, 45, 85  
 ritual, 75, 78, 88, 91, 128  
 Roma, 70, 72, 79, 91, 93, 94, 95, 99, 100, 103, 108  
*rule of Constitution*, 134  
*rule of law*, 134

## S

saber jurídico, 37, 41, 80, 138, 139  
 sanção, 24, 29, 37, 38, 40, 53, 54, 82, 100, 107, 141, 149  
*sans trêve et sans merci*, 169  
*sapientia*, 81, 88, 89, 108, 123, 152, 153  
*Saturno devorando a su hijo*, 169  
*schaltende Gewalt*, 19, 59  
*scientia*, 81, 87

Senado, 85, 86, 89, 90, 91, 93, 99, 102, 103, 105, 137, 139  
*sententia*, 127  
*Shicksal*, 25  
 silogismo  
   silogístico, 133  
 soberano, 19, 21, 44, 48, 49, 50, 55, 158  
*Souverän*, 48  
*spiritus*  
   espírito, 105  
 sublimação, 170  
 substância, 32, 35, 97  
 subsunção  
   subsuntivo  
   subsuntiva, 34, 36, 51, 89, 129, 156  
 sufrágio, 139, 163  
 Supremo Tribunal da Santa Sé, 125  
 Supremo Tribunal Federal  
   STF, 51, 134, 135, 141, 162  
 suspeição, 132, 145, 146, 148, 149, 150

## T

técnica, 30, 42, 62, 63, 65, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 82, 84, 88, 92, 93, 97, 100, 102, 105, 108, 109, 112, 114, 124, 129, 134, 150, 155  
 teleológica, 7, 9, 32, 84  
 temperança, 83  
 temporalidade, 38, 162, 169, 170  
 tenentismo togado, 140  
 teologia, 56  
 teoria dos sistemas, 84  
 termo, 7, 15, 18, 19, 22, 27, 38, 44, 48, 56, 57, 58, 62, 70, 86, 92, 106, 111, 120, 123, 126, 130, 139, 153, 155, 160  
 testemunha  
   testemunhos, 33, 63, 82, 115, 145, 154, 159, 162, 163  
*thesis*, 8, 31  
*Todesraum*, 162  
*topos*, 56  
 torcida, 143  
 totalitarismo, 161  
 tradição, 15, 16, 18, 20, 29, 31, 38, 41, 45, 46, 48, 66, 69, 72, 73, 76, 84, 91, 93, 95, 96, 99, 103, 104, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 120, 123, 124, 130, 152, 159  
 transcendentalismo  
   transcendental, 113  
 transitoriedade, 161  
*tribuni aerari*, 78  
 Tribunos da Plebe  
   Tribuno da Plebe, 83, 86, 98

## U

universal  
   universais, 12, 87, 119, 144

## V

validade, 18, 22, 27, 37, 47, 54, 55, 56, 57, 64, 67, 68, 69, 74, 111, 115, 120, 136  
 vantagem analítica, 169  
 vazio, 7, 11, 59, 101, 120, 159, 162, 164

verdade, 27, 29, 33, 39, 58, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 84,  
 90, 109, 114, 115, 120, 121, 135, 138, 149, 154, 161,  
 167, 168, 169  
*verwaltete Gewalt*, 19, 59  
 vida pura, 20, 48  
*vides*, 77  
*vim*, 90  
 violência, 7, 12, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26,  
 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41,  
 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 57, 58, 59,  
 60, 62, 64, 65, 66, 68, 76, 83, 101, 109, 112, 113, 120,  
 121, 135, 154, 155, 156, 157, 161, 163, 164, 169, 170  
 violência da autoridade, 22, 40, 52, 101  
 violência da promessa, 22, 45  
 violência errática, 47, 83  
 violência justa, 57  
 violência sancionada, 23, 29, 40, 53, 54, 57  
 virtude

virtudes, 34, 39, 90, 123, 124, 170  
 virtudes cardinais, 123, 125  
*volkloser Raum*, 152, 162, 164  
 voluntarismo, 114, 126, 129, 152  
 vontade, 27, 38, 43, 45, 47, 55, 56, 57, 65, 71, 82, 120,  
 127, 150, 157, 158, 161, 163

## W

*waltende Gewalt*, 19

## Z

zetética, 135  
*zoé*, 50  
 zona de indecidibilidade permanente, 120, 135, 153  
*Zwang*, 24