CARLOS OTÁVIO BANDEIRA LINS

LEGISLADOR RACIONAL E *AUCTORITAS*

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2009

CARLOS OTÁVIO BANDEIRA LINS

LEGISLADOR RACIONAL E *AUCTORITAS*

**Tese de doutorado em filosofia do
direito, sob orientação do Professor
Titular TERCIO SAMPAIO FERRAZ
JUNIOR**

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2009

BANCA EXAMINADORA:

DEDICATÓRIA:

A meu avô **CARLOS BANDEIRA LINS**, no vigésimo ano de sua falta.

A **ANA PAULA**, a nossos filhos – de nossos sonhos os melhores – e a meus pais.

A **MARIA LÚCIA ARRUDA ARANHA e PIERRE CLEMENS**, semeadores de humanidade.

AGRADECIMENTOS:

Ao Professor **TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR**, pelo apoio e estímulo oferecidos na orientação do presente trabalho e pela luz duradoura que seu pensamento arroja sobre o direito.

Aos Professores **CELSO LAFER** e **ELZA BOITEUX**, da Faculdade de Direito, e **CICERO ARAUJO**, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, de cujos cursos as bases de nossa reflexão são diretamente tributárias.

Ao Professor **JOSÉ MAURÍCIO CONTI**, pela lhanza e generosidade que desde os bancos da academia o distinguem.

A minha filha **ANA CAROLINA**, pela inestimável e solícita colaboração.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	02
CAPÍTULO I – AUCTORITAS	
I – O exílio de Numa.....	11
II – <i>Auctoritas</i> e Julgamento.....	21
III – <i>Auctoritas</i> e Fundação.....	29
IV – <i>Auctoritas</i> , entre o mito e a história.....	34
V – Direito romano e <i>Auctoritas</i>	47
VI – Conclusão.....	53
Notas.....	54
CAPÍTULO II – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO DRAMA	
I – Direito, poder e <i>Auctoritas</i>	62
II – Kelsen e o direito como <i>retrato</i>	66
III – A metáfora do <i>drama</i>	73
IV – O modelo de Tercio Sampaio Ferraz Junior.....	76
V – O legislador racional.....	80
VI – A interpretação jurídica como tradução.....	86
VII – A interpretação jurídica vista pela metáfora do <i>drama</i>	92
Notas.....	98
CAPÍTULO III – DISCURSO NORMATIVO E REPRESENTAÇÃO	
I – Representação de interesses e representação política.....	104
II – O retorno dos interesses.....	111
III – A representação pensada a partir do Estado.....	116
IV – A representação pensada a partir da sociedade.....	121
V – Direito e política em Kelsen.....	132
VI – O Processo como representação: o Advogado.....	137
VII – O Processo como representação: o Juiz.....	145
VIII – O Processo como representação: o Representado.....	150
Notas.....	159
CAPÍTULO IV – O VIGOR DA NORMA E A LIBERDADE DOS CIVES	
I – A colegialidade como modelo da decisão jurídica.....	170
II – As três dimensões do vigor da norma.....	174
III – O vigor da norma e a liberdade dos <i>cives</i>	185
IV – Direito e liberdade republicana.....	194
Notas.....	200
CAPÍTULO V – CONCLUSÃO	203
RESUMO.....	214
BIBLIOGRAFIA.....	216

INTRODUÇÃO

Há no campo do direito linhas que, na perspectiva examinada por Hannah Arendt, nos permitam de alguma forma unir o passado e o futuro, linhas que atuem como a pavimentar o interstício entre essas dimensões no qual o homem se situa e proponham sentido para os seus atos – ou, nos termos de Tercio Sampaio Ferraz Junior, *objetivos para agir e razões para o falar*? Poderia o direito prescindir dessas linhas se consiste precisamente em olhar para o passado em que se situam as leis, os precedentes, a doutrina e os fatos a serem julgados, e, simultaneamente, para o futuro, para a contínua tarefa de julgar fatos em acordo, ou certo grau de acordo, com a doutrina, os precedentes e as leis – grau de acordo que tem em vista o perigo de que as decisões fracassem, e se vejam desconfirmadas enquanto decisões, ignoradas antes de sequer descumpridas? E no entretecer dessas linhas, como o direito se situa entre os tempos distintos da *história*, à qual os comandos do poder passam a pertencer assim que são promulgados, e da *política*, o conjunto de relações interpessoais atinentes ao espaço público, em cujo domínio as decisões são chamadas à existência e têm de se afirmar como decisões?

Tomamos como ponto de partida para a resposta a essas indagações a semelhança identificada por Hannah Arendt entre o aspecto fluído do poder judiciário, na visão de Montesquieu *algo nulo*, e no entanto detentor da última palavra nos regimes constitucionais, e a idéia romana de *auctoritas*. Essa semelhança reside no traço paradoxal de a *auctoritas* possuir um caráter de certa forma intangível e de não obstante atuar, em Roma, como uma força real; e embora assinala que os seus fundamentos parecem perdidos para o homem moderno, Hannah Arendt se debruça sobre eles justamente por estar convencida de que a perda da *auctoritas* não equivale à perda da capacidade humana de construir e assegurar a continuidade de um mundo adequado para a vida dos homens de hoje e de seus pósteros.

Nossa investigação procura mapear o modo pelo qual a atividade jurídica pode se articular como um exercício significativo e desejável dessa capacidade: seguindo o pensamento de Tercio Sampaio Ferraz Junior, encontramos os vestígios da *fundação* no horizonte de toda discussão que parte de dogmas, que se trava de modo regrado e que visa a dirimir conflitos sem os eliminar. Em cada uma dessas faces do fenômeno jurídico o uso da palavra se mostra vinculado ao **reconhecimento** da presença

do outro e de um contexto duradouro a unir os falantes. Mas ao invés de se tratar de um horizonte intangível, a fundação se atualiza, dramaticamente, nas sucessivas operações de interpretação de normas jurídicas, cujo enunciado se conforma a padrões que permitiriam vê-la como um ato de comunicação racional entre o editor normativo – concebido como um único *legislador* – e a *civitas*, que ele *sabe* cindida em grupos em alguma medida impossíveis.

A figura do *legislador racional* se avizinha particularmente da *auctoritas* pelo fato de não ser um *locus* passível de ocupação ou disputa: as exigências de sua *racionalidade* promanam da memória de discussões jurídicas anteriores, e se oferecem igualmente a todos os interlocutores que disputam o sentido de uma norma. O papel unificador que por meio dela se impõe à discussão, desde o próprio interior desta, resulta de uma estrutura de necessária *horizontalidade*, que se mantém e formalmente *igual* os oradores na medida em que estes assumem como *seus* os traços do legislador racional – reconhecendo-o portanto como o endereço da *auctoritas*, e pronunciando-se como portadores desta. E essa estrutura se estende até o momento em que se conclui a enunciação do ato que impede o prosseguimento da discussão por ser

externamente reconhecido como *potestas*, mas que internamente é esperado e vivido como exercício de *auctoritas*.

Dentro dessa estrutura, o direito se mostra inserido de forma singular na vida da *civitas*, e procuraremos desvendar o modo pelo qual se fazem representar, na discussão jurídica, vozes que de outra forma teriam apenas o sistema político em sentido estrito como veículo, enfrentando neste o risco de não serem fortes o bastante para se fazerem ouvir, ou de se articularem em modo exacerbadamente conflitivo – com o risco de ruptura do que Cícero Araújo denomina a *cena civil* da vida política, em oposição ao *teatro da guerra* cujo risco jamais se afasta por completo.

Construído para dar conta da polifonia dessas vozes, o modelo de decisão jurídica não se reconduz por isso ao *topos* da solidão do poder, mas antes ao juiz que implicitamente dialoga com instâncias revisoras, ou à colegialidade de um tribunal, cujos membros, ao deliberar, não têm presente o resultado final do julgamento. Nenhum desses oradores está em posição que os distinga dos demais interlocutores jurídicos: nenhum pode falar apenas por si, uma vez que fala *para os outros* e que, por isso, fala em termos que estes possam reconhecer como também *seus* – o que implica a

modulação da fala própria como discurso que se dirige a ser *representativo* da fala dos demais.

Na discussão assim estruturada, as várias interpretações adquirem o sentido de atos de reforço do cometimento normativo (*certum* que se fortalece na pluralidade de manifestações de adesão); e de outra parte, vêm a estabelecer uma relativa nota de controle de umas sobre as outras no plano do relato (*dubium* que, se nem sempre se torna maleável no confronto, quando menos se enfraquece pelo efeito de *revogação* – em sentido pragmático – ocasionado pelo bloco de interpretações dissonantes).

Abordaremos por fim a relação entre a força vinculante das normas jurídicas, ou o seu *vigor*, e a liberdade dos cidadãos, examinando, como apoio em Isaiah Berlin, as dimensões em que essa comunicação se opera e o modo pelo qual o direito opera em benefício da *civilidade* na solução de conflitos e afirmação de interesses.

Limita-se nossa discussão ao objeto assim delineado, que por sua vez se constitui como tal dentro dos quadros teóricos do pensamento de Tercio

Sampaio Ferraz Junior. O diálogo em andamento nessa obra entre o direito e a reflexão filosófica sobre o mundo contemporâneo tem como um de seus traços mais instigantes o fato de ser marcadamente jurídico, isto é, conduzido a partir do direito e tendo em vista a explicitação de seus processos, ainda que desvendando as articulações entre o sistema jurídico e o tecido social em que ele se situa; e nesse sentido tem a dupla virtude de tornar o debate jurídico significativo para um público pensante ampliado sem que isso se efetue à custa da *colonização* do pensamento jurídico, vale dizer, sem que a apresentação do direito o desnature em imagens de apêndice menor da organização política ou forma algo impura da moral. Longe de nos voltarmos à análise *externa* dessa teoria, tencionamos apenas refletir *a partir* de alguns de seus postulados, relacionando-os a outros autores e pontos de vista – no intuito de elaborar algo como a cartografia costeira de um pequeno trecho do continente teórico que, em suas grandes navegações, Ferraz Junior tem desvelado.

Pesa especialmente sobre nossa escolha o fato de a legislação e o direito não escaparem ao processo examinado por Hannah Arendt em *A Condição Humana*, pelo qual, na Era Moderna, a *ação* deixa de ser o paradigma dominante da *vita activa* e se vê substituída sucessivamente pelo *trabalho* e pelo *labor*. A avaliação

corrente das instituições legislativas e judiciárias vê-se resumida ao que se consegue mensurar, numericamente, como o ritmo de seu *funcionamento*, ou seja, a *quanto* e *quão rápido* essas instâncias ou seus membros se pronunciam – sem que se dê igual medida de atenção para *o que* esses pronunciamentos dizem e significam, ou *por que* e *para que* são solicitados.

O clamor a um tempo vago e frenético pela modificação das leis – de *quaisquer* leis – soma-se, contraditoriamente, a exigências de previsibilidade absoluta do resultado de julgamentos, e se substitui à compreensão e reflexão crítica sobre a amplitude do campo significativo descortinado pelos textos normativos e pela articulação deles todos em quadros mais abrangentes e em padrões temporais mais dilatados. A atenção concentrada na celeridade e na uniformidade deixa a nosso ver de levar em conta, na apreciação do sistema jurídico, a contribuição que as suas respostas logram oferecer à constituição, ampliação ou modulação desse próprio campo significativo – e à própria viabilização de sua permanência.

Na *auctoritas* que a fala dos juristas adquire quando se vale da língua do legislador racional se entrevê, de um lado, um limite à manipulação da

vida social pelo poder político do momento; e de outro, a instauração de condições para que esse próprio poder se fortaleça no papel de arena substitutiva do confronto violento entre os vários grupos e interesses sociais, negando estabilidade ou univocidade a mensagens cujo sentido isolado destoe fortemente do conjunto de outras mensagens trocadas pelos diversos comunicadores do sistema.

Como pontos originais do presente trabalho, devemos salientar primeiramente sua filiação ao pensamento de Tercio Sampaio Ferraz Junior. A eleição dessa matriz doutrinária nos conduz às regiões fronteiriças entre o direito, a linguagem e a política tão familiares aos leitores de Ferraz Jr. quanto pouco freqüentadas, por juristas, para além do território desbravado pelos clássicos da Teoria do Estado ou da Teoria Geral do Direito.

A riqueza proporcionada pelo encontro, nessas mesmas regiões, de pensadores como Cicero Araujo, Nadia Urbinati e Renato Janine Ribeiro, torna-se por isso também uma nota singular do texto.

De outra parte, a caracterização do diálogo jurídico como discurso representativo ancorado na idéia de fundação e a inspeção das relações entre esse traço constitutivo seu, o vigor da norma e a liberdade, parecem-nos ser pontos em que o resultado da pesquisa dialoga com o próprio quadro teórico que a embasa.

O signo sob o qual esses tópicos aqui se articulam, no entanto, é o da contribuição: o desenvolvimento de algumas das possibilidades de uma teoria maior não se empreende sem a intenção de que o esforço possa servir como estímulo a que outras pesquisas venham a se desenvolver sob o mesmo paradigma.

CAPÍTULO I – *AUCTORITAS*

I – O EXÍLIO DE NUMA

Na história lendária de Roma, ao período da origem e afirmação militar da cidade, sob a liderança de Rômulo – vinculado a Marte, a uma loba e ao fratricídio na luta pelo poder –, segue-se o reinado pacífico de Numa Pompílio, que Tito Lívio apresenta como homem justo, religioso e tão versado quanto era possível em sua época ser *no direito dos deuses e dos homens* (*omnis divini atque humani iuris*, fórmula destinada a seguir longa carreira no direito através de um fragmento de Ulpiano incorporado ao Digesto).¹

No texto de Tito Lívio, segue-se à narrativa dos eventos desses reinados em tudo opostos o estabelecimento de um súbito liame entre seus protagonistas – assinalando-se que ambos, “*por caminhos diversos, um pela guerra, outro pela paz, engrandeceram (auxerunt) a cidade.*”²

O inesperado nexos assim configurado chamou a atenção de Jacques Ellul, que o decifra como signo de uma concepção dual da *maiestas*

(em seu texto, *souveraineté*), na qual os romanos foram capazes de distinguir o momento da criação e o da conservação – e a necessária ligação entre ambos de que resulta o *aumento* da cidade.

Rômulo personifica o primeiro aspecto, como

“...o Mago, o criador da soberania, o jurista que vincula. Ele próprio se faz rei, utiliza a religião em seu proveito, é um junior. A ele se reportam as festas, como as Lupercais, em que se recriam brutalmente as foças soberanas – e as ordens ativas, como o *rex*, os lupercos, os equites, os juniores.”³

Ao passo que Numa caracteriza o segundo:

“Ele é o homem religioso, que estabelece o culto de Fides. Ele estabiliza o poder, que não procurou. Ele é um senior, trabalhando pela paz. Ele organiza a cidade e a religião, com sacerdotes e ritos. A ele se reportam a justiça da Cidade, as cerimônias cotidianas e as ordens conservadoras, como o Senado, os flâmines, os seniores, a família. Ele é enfim o jurista que delimita.”⁴

A cidade se engrandece, na narrativa de Lívio, justamente pela diversidade de planos em que se estende, nos seus dois primeiros reinados:

a *realidade e a força* do poder romano, segundo Ellul, provêm dessa combinação entre a *celeritas* de Rômulo e a *gravitas* de Numa. Combinação que remete ao traço de união, detectado por Tercio Sampaio Ferraz Junior, entre os modelos de justiça *vertical* e *horizontal* de Walter Burkert – propostos a partir de estudo acerca das palavras gregas que expressam a idéia de *pena*, e centrados respectivamente na idéia de uma *hierarquia* a ser protegida pela força e de uma *igualdade* a ser construída ou restaurada pela palavra.⁵

A consciência da diferença e do liame entre os dois planos se imprime nos homens e nos costumes romanos – compreendidas nestes últimos as instituições em que claramente se distinguem as formas de poder (*imperium, potestas*) da autoridade (*auctoritas*), até que o Principado as enfeixe a todas.⁶ Mas ainda nesse momento, a percepção dual se mostra persistente: pois o regime que será denominado *Império* se inaugura afinal com um *Augusto* – título proveniente da mesma raiz de *auctoritas*. E a dualidade se repetirá depois da fragmentação do Império: embora a idéia de uma *Nova Roma* seja a referência imediata de variados projetos de recomposição da unidade política perdida, o mundo que lentamente emerge das ruínas do que foi a metade

ocidental do Império logo encontrará no passado romano um ideário e modelos diversos, e deles se servirá para se firmar em bases próprias.⁷

Rômulo e Numa, a diferença que os separa e o vínculo que os une compõem afinal a “*herança ideológica mais ampla*” em cuja totalidade, ao ver de Jean Gaudemet, é que se pode compreender a plena significação de seu mais evidente legado – o legado jurídico.⁸ A concepção dual da *maiestas* confere à idéia política da *civitas* uma especificidade propriamente jurídica, que a diferencia tanto do puro fenômeno urbano como da experiência das cidades da Grécia:

“Enquanto que a reflexão política grega vê na cidade antes de tudo uma comunidade de homens (a cidade ateniense é designada oficialmente pela expressão ‘os atenienses’), Cícero, como bom romano, tem a cidade como fundada **pelo direito**” (grifo nosso).⁹

Nesse traço de juridicidade se acha em germe a idéia de exercício regado e ordenado – e portanto *limitado* – do poder; e não será por isso casual que, no *Trecento*, Bartolo de Sassoferrato tenha podido encontrar no direito fundamentos para defender a organização republicana de cidades do norte da Itália – conferindo peso

político à imagem de Roma que, de acordo com Quentin Skinner, principiara a tomar forma no século anterior, a partir de autores que

“...começam a pensar que o apogeu de Roma se deu no período republicano, e não mais no imperial. Por conseguinte, adotam uma nova atitude em face das grandes figuras do final da República, especialmente Catão e Cícero. Antes, esses homens tendiam a ser vistos estritamente como sábios estóicos, portanto como modelos de desapego em face do burburinho da vida política. Agora, ao contrário, são elogiados como grandes patriotas, figuras exemplares da virtude cívica, que perceberam o quanto estava ameaçada a liberdade republicana e tentaram salvá-la da tirania que avançava.”¹⁰

Essa imagem não se circunscreve, geográfica ou historicamente, ao norte da Itália durante a Renascença, mas se renova na rebelião das Províncias Unidas contra a monarquia espanhola, na Guerra Civil inglesa e no período anterior à Independência Americana e à Revolução Francesa – compondo o que Philip Pettit identifica como a *longa tradição republicana*.¹¹ Os próceres desta corrente se

formam na leitura de autores como Políbio, Cícero, Tito Lívio, Salústio, Tácito, ou Plutarco, em cujas obras admiram, segundo Claude Nicolet, a exposição de

“...todas as hipóteses possíveis da *política*: o nascimento de uma comunidade, a organização dos poderes necessários a uma cidade, a conquista da igualdade de direitos por parte do povo contra os ‘grandes’, as reivindicações de liberdade contra a opressão, mas também, decerto, as grandes questões ‘sociais’ (como ainda não se dizia): a pobreza, as dívidas, a ‘lei agrária’, os ‘subsídios públicos’.”¹²

Mas se os modelos e o vocabulário romanos servem longamente como meio de expressão à experiência política moderna, Michael Oakeshott aponta que, do século XIX em diante, os protagonistas e teóricos dos regimes democráticos em formação se voltarão preferencialmente à Grécia, na busca de termos ou precursores aos quais essa nova realidade possa ser associada.¹³

Quentin Skinner e Philip Pettit também assinalam ter havido nesse período, no âmbito da representação da liberdade, a desaparecimento de parte do legado romano; e assinalam que até o século XVIII predominava uma concepção da

liberdade como ausência de dominação (e não como ausência de interferência), em razão da qual se requeria a constituição de Estados cujos súditos não fossem dependentes do soberano ou de sua *mercê*: Estados *livres*, por serem seus súditos igualmente livres. O declínio dessa concepção é associado por Skinner ao utilitarismo e ao Estado liberal:

“Com a ascensão do utilitarismo clássico no século XVIII, e com o uso de princípios utilitaristas para sustentar boa parte do Estado liberal no século seguinte, a teoria dos Estados livres caiu cada vez mais em descrédito, até que, por fim, deslizou quase inteiramente para fora de vista”¹⁴

O arrefecimento do ideário republicano observado em diferentes planos por Oakeshott, Skinner e Pettit se relaciona à ascensão do *número*, favorecido tanto pelo utilitarismo quanto pela democracia; e aqui devemos nos deter no significado dessa mudança.

Renato Janine Ribeiro aponta que, desde os gregos a democracia é tida como o regime dos *polloi*, os muitos, e assinala a presença de um elemento irredutivelmente social nas reivindicações democráticas – que têm como eixo o **desejo**, imediatamente voltado aos bens dos *aristoi*: convergindo com o diagnóstico de

Tercio Sampaio Ferraz Junior sobre o papel da inveja na formação do senso de justiça, Janine Ribeiro aponta que, no cerne da democracia, está “*o anseio da massa por ter mais, o seu desejo de igualar-se aos que possuem mais bens do que ela.*”¹⁵

A idéia de república, ao contrário, se relaciona ao que Montesquieu chama de *vertu*, e Janine Ribeiro propõe que se compreenda como *abnegação*¹⁶ – não sem ecoar a indagação de Durkheim sobre o sentido do termo original: “*não chamamos de virtude a toda disposição moral que impõe um limite a uma preocupação excessiva pelo interesse pessoal?*”¹⁷ Em seu âmago reside “*uma disposição ao sacrifício,*” que chegaria mesmo a proclamar “*a supremacia do bem comum sobre qualquer desejo particular.*” Não se trata por conseguinte de um regime do desejo, mas **sim do dever.**¹⁸

E se a relação entre a democracia e a república é perpassada pela tensão entre desejo e dever, o diálogo entre a primeira e o princípio benthamita da utilidade (ou da *maior felicidade*) flui naturalmente a partir da mensuração dos prazeres também pela *extensão*, dada pelo *número* de pessoas que cada um deles alcança.¹⁹ A articulação do Estado em função da economia é uma das feições possíveis da

primazia do desejo, e Janine Ribeiro sublinha a possibilidade de se conciliar um regime econômico de “*populismo distributivista*” com a forma política do “*despotismo do príncipe demótico*.”²⁰

O aspecto patrimonial do desejo não é entretanto senão a sua face imediata, segundo Janine Ribeiro: se o desejo irrompe como uma “*pulsão aquisitiva*”, o núcleo das reivindicações sociais está em algo absolutamente distinto: “*através da matéria e da mercadoria se mira outra coisa – o reconhecimento como ser humano, ou algo até menos nomeável, cuja densidade apenas podemos imaginar.*” E esse algo é mais do que o “*anseio pela igualdade reconhecida*”: reside antes no “*caráter questionador*” do desejo, que corresponde a sua “*dimensão de aventura.*”²¹

O inconformismo que possibilita ao desejo fundar a *aventura* ultrapassa o nível em que as relações entre pessoas são mediadas por objetos: o que estes proporcionam não é mais do que *conforto*, que se esgota no simples fruir. A *aventura* atrai pela imprevisão, por se saber como ela começa, mas não como termina; o desejo, se não se deixa esgotar no gozo material, é desejo de **ação**, no sentido que Hannah Arendt dá ao termo.²² Mas para alcançar esse ponto, ele precisa ser refinado: “*o desejo tem*

*seu tempo, sua demora; paradoxalmente, ele surge apressado, urgente, porém toda tentativa veloz de traduzi-lo em outra linguagem se salda por fracasso.”*²³

A *velocidade* da tradução é a sua *verticalidade*, e dela resulta a redução do desejo a cobiça, apresamento e consumo de bens – o desejo que, nos termos arendtianos, corresponde ao mundo do *animal laborans*. E a contenção dessa velocidade implica a abertura do processo à consideração de outros desejos e dos valores que os fundamentam, à presença de outros homens, de cujo concerto depende o ingresso de todos no plano da ação. Para que se chegue a tanto, o desejo necessita de instâncias em que possa amadurecer, ser discutido e mesmo se transformar, alcançando a plenitude de sua *virtu*: Janine Ribeiro fala em *educar os desejos* a partir de *hábitos aristocráticos*,²⁴ e a abnegação republicana – ou a dimensão de *horizontalidade* que por meio dela se institui – é o modo pelo qual isso se torna possível.

Voltando à leitura que Jacques Ellul faz de Tito Lívio, podemos afirmar que o abandono dos termos e modelos políticos romanos corresponde à perda da perspectiva dual que a associação entre as figuras míticas de Rômulo e Numa simbolizava, e ao fortalecimento da idéia de que a vida em *civitas* poderia se fundar no

desejo em estado bruto. Uma *civitas* que assim se constitui não pode aspirar entretanto a ser a *Nova Roma*: trata-se de uma Roma fraturada em sua própria essência, dominada por uma *hybris* em meio à qual Numa não é convidado a assumir o reino, mas a trilhar o exílio; ou, em suma, de uma *anti-Roma* – cujas epifanias marcaram dolorosamente, quando não de forma trágica, a história do século XX. Mas estará a lição romana definitivamente perdida? O que nos tem a dizer o direito, seu maior e mais duradouro legado?

II – AUCTORITAS E JULGAMENTO

No registro de Hannah Arendt, essa perda passa pelo desligamento do homem moderno das três fundações especificamente romanas de domínio político: a tradição, a religião e a autoridade. Com a perda da primeira, o homem se expõe ao risco de se privar da dimensão de profundidade de sua existência, que não se constitui senão como *memória* do que nós próprios e outros homens vivemos. A instalação da dúvida no campo da religião ameaça não apenas as várias crenças e dogmas, mas a própria fé, e por conseguinte o *milagre* que no âmbito político esta opera, a saber, “*interrupções de uma série qualquer de acontecimentos, de algum processo automático, em cujo contexto*

constituam o absolutamente inesperado” – o que em outras palavras significa liberdade.²⁵

E a perda da autoridade, finalmente, corresponde à erosão de um fundamento que dotava de necessária permanência e durabilidade o mundo em que transcorrem as fúteis, instáveis e breves vidas humanas.²⁶

Se nos voltarmos ao direito, podemos relacionar diretamente a esse inventário de perdas o processo pelo qual os juristas tendem a não vê-lo como mais do que linguagem ou expressão do *poder* do Estado (no sentido weberiano, e não arendtiano, do termo *poder*): à primeira vista, não haveria qualquer outro ponto em que a ordem jurídica pudesse encontrar apoio. No entanto, o recurso a Hannah Arendt nos induz a procurar outras perspectivas a partir de sua reflexão – que Celso Lafer nos lembra dirigir-se sempre ao sentido positivo de *“restaurar, recuperar, resgatar o espaço público que permite, pela liberdade e pela comunicação, o agir conjunto, e com ele a geração do poder.”*²⁷

De fato, ao enunciar a perda da tradição e o risco dela decorrente, Hannah Arendt ressalta também a possibilidade de que os homens desfrutem do passado sem se aprisionar em nenhum aspecto predeterminado e vicioso de sua memória,

inspirando-se a encontrar e reportar, como se fossem absolutamente novas, “*coisas que ninguém teve ainda ouvidos para ouvir.*”²⁸ Para ela, a fé está além da ossificação institucional da crença, e a dúvida nesse segundo âmbito pode também ser lida com sinal positivo, de forma a ampliar a liberdade. E finalmente, a crise da autoridade pode ser lida como a ocasião de se articular uma forma distinta de exercício “*da capacidade humana de construir, preservar e cuidar de um mundo que pode nos sobreviver e permanecer um lugar adequado à vida para os que vêm após.*”²⁹

Uma das possibilidades que essa crise descortina nos parece entrevista pela própria Hannah Arendt na semelhança que ela aponta entre a idéia romana de *auctoritas* e o que Montesquieu denomina o *ramo judiciário do governo* – “*cujo poder foi por ele chamado ‘de certo modo nulo’ (en quelque façon nulle) e que constitui, não obstante, a mais alta autoridade nos governos constitucionais.*”³⁰

De imediato chama a atenção o fato de que Hannah Arendt quer explicar o que *foi* a *auctoritas* entre os romanos por meio de uma alusão ao que hoje o direito *é*; e de sublinhar na atualidade do direito aquele que talvez seja o seu mais expressivo traço *republicano*, ou seja, um arranjo de instituições que protegem do

desejo aquela que, de acordo com a idéia de *volonté générale*, será a sua própria e maior expressão, colhida de forma especial e instalada num texto que se quer distante das flutuações ordinárias de opinião.

Para se referir a esse arranjo, além disso, o texto arendtiano se vale da locução *o ramo judiciário do governo* em lugar daquela que seria usual: *poder judiciário*. Tanto mais quanto se trata de uma semelhança que Hannah Arendt qualifica como *notável*, o emprego desse raro circunlóquio sugere tenha a autora se indagado, ao comparar a *auctoritas* ao *ramo judiciário*, sobre a existência de uma relação que não fosse apenas analógica ou restrita a questões constitucionais.

É de se notar que o pensamento arendtiano se voltava, quando a autora subitamente faleceu, a um tema tão relacionado ao direito quanto pouco tratado pelos juristas. Não há dúvida de que o direito como um todo depende da *verticalidade* que, de um lado, define as instâncias do julgamento e as balizas lingüísticas, *leis*, a partir das quais este se opera, e, de outro, concorre com a sua força para a execução do que for decidido. Mas a esse padrão não se reconduz uma atividade tão fundamental do direito como aquela que a palavra *julgamento* quer expressar — e que logramos nela

distinguir, como *apreciação*, quando não nos dispomos a reduzi-la ao ditado da solução do caso.

A partir dos fragmentos do que seria a filosofia arendtiana do julgar, podemos dar início a um exame do que significa a *apreciação*.³¹ Para ela, a operação central do julgamento é o trânsito para a idéia kantiana de *pensamento alargado*, construído por meio da imaginação, através da abstração de nossos interesses e da comparação do juízo que fazemos do objeto ao juízo possível dos outros: “*pensar com a mentalidade alargada – isto significa treinar nossa imaginação a visitar.*”³² E visitar os homens com vistas a *comunicar-lhes* o efeito que o objeto nos causou – o que pressupõe um *sensus communis* que nos une a eles, ante o qual os objetos valiosos o são em forma *exemplar*: é a partir deles que se constrói o universal, de que inicialmente não dispomos.³³

A apreciação é um exercício desse senso de horizontalidade; pois embora haja uma nota vertical no sentido primário da composição tardo-latina de *ad e pretium*, *apreçar*, ou *avaliar*,³⁴ logo se nota que o ato de dar o valor ou o preço de algo impõe que se achesse um momento de *contemplar* – sentido da palavra

apreciar que expressa uma medida de abstração de si mesmo durante o exame do objeto, numa relação em que nenhum dos pólos prepondera sobre o outro.

A horizontalidade passa a predominar quando o *apreciar* se torna sinônimo de *deleitar-se*, e finalmente se consagra na equiparação de *apreciar* a *ter estima por*: o foco dessas acepções não está nem no exame tendente ao estabelecimento do valor, nem no momento de pura contemplação a que o exame em tela dá ensejo, mas transita para o estado induzido pelo *alvo* da apreciação, que inicialmente se oferece sob forma transitória e momentaneamente prazerosa, o deleite, e depois se pereniza como memória desse momento: nessa etapa, a *estima* induzida pelo objeto passa a ser o traço dominante da própria percepção que temos dele.³⁵

Podemos dizer que o verbo *apreciar* designa um *percurso*, no qual um *sujeito ativo*, que mobiliza suas capacidades para definir o valor ou dar o preço, passa a ser um *sujeito contemplativo*, que se põe em suspenso enquanto se abre à percepção do objeto, e depois se torna um *sujeito passivo*, que o alvo de apreciação cativa pelo deleite e progressivamente *modifica* – desenvolvendo nele uma estima que antes não existia.

Estamos aqui no pólo oposto à idéia da possibilidade de *impor a outrem* a própria vontade; pois o que está em jogo na apreciação não é o *impor*, mas o próprio *quem* do qual a vontade seria *própria*. Aquele que aprecia submete-se ao risco do despertar de opiniões, vontades ou prioridades que, induzidas pelo que lhe suscita o alvo da apreciação, ele antes não reconheceria como *suas*; risco que, levado ao extremo, encerra a possibilidade de o sujeito se tornar alguém que outros não reconheceriam como o próprio *ele* de antes da apreciação.

Apreciar, por conseguinte, é um encontro do sujeito, a partir do alvo da apreciação, *consigo mesmo*; e um encontro que o transporta do *si* a um *entre* – e o situa entre *outros sujeitos*. Para alcançar o termo final do percurso, o sujeito se torna novamente *ativo*, e passa da estima subjetiva ao *preço* ou *valor*. Nesse momento, seus achados devem ser dispostos de forma a que possam ser *comunicados* a terceiros: o *preço* ou o *valor* são sempre definidos *para alguém*, ainda que este alguém seja a própria pessoa, à qual essa mensuração não se oferece transparentemente. E para chegar a bom êxito nessa tarefa, o sujeito que aprecia tem de ter diante de si também o critério *do destinatário* de sua avaliação; o que quer dizer que tem de abrir seu pensamento *ao pensar*

desse outro – movendo o seu pensar para o modo *representativo* do pensar alheio. Modo que Hannah Arendt distingue de “*uma empatia imensamente alargada,*” que não levaria a mais do que uma substituição de preconceitos, e apresenta como um movimento de “*abstração das limitações que se juntam contingentemente a nosso próprio juízo,*” ditadas pelas nossa inserção no mundo e pelo que “*normalmente chamamos de interesse próprio, e que, segundo Kant, não é esclarecido ou capaz de esclarecer, mas limitador.*”³⁶

Ao refrear seu desejo, desligar-se de seu interesse e assim transitar para o que Arendt chamaria de *seu próprio* ponto de vista geral – intimamente ligado às particularidades compreendidas na apreciação, mas formulado em termos aos quais os outros sujeitos possam igualmente aceder –, o sujeito tem condições de proclamar *devido*, em relação ao objeto, um valor que não será o valor por ser *obrigatório*, isto é, exigido como tal por injunções externas ao processo, como um universal ao qual se subsume o particular: o que o sujeito colhe no percurso da apreciação permite-lhe formular uma solução em condições – maiores ou menores, mas sempre dirigidas a tanto – de *ser aceita* pelos demais. E esse caráter intersubjetivo não se perde nem mesmo se a solução tem de se revestir de forma potestativa – como ocorre se o sujeito em questão é um *juiz*.

III – *AUCTORITAS* E FUNDAÇÃO

Esse movimento intrínseco ao direito que é o percurso da apreciação qualifica o julgamento como algo absolutamente diferente da imposição da própria vontade; e jungindo-o a um fundamento que outros podem reconhecer, *assemelha-o notavelmente* ao fenômeno romano da *auctoritas*.

Hannah Arendt sublinha que a palavra *auctoritas* deriva do verbo *augere*, correspondente a *aumentar*, e assinala que o que se aumentava pela autoridade ou por seus detentores era o próprio ato sagrado da fundação de Roma, ao qual se remetia toda a vida política romana. Reconhecia-se a *auctoritas* em pessoas que, por pertencer a uma linhagem antiga, pela assimilação de uma tradição, ou por sua própria ancianidade, situavam-se mais próximas da fundação: “*aqueles que eram dotados de autoridade*”, sublinha Arendt, “*eram os anciãos, o Senado ou os patres.*”³⁷ O campo para o encontro interpessoal que a *auctoritas* oferece é o passado comum, que se plasma como *presença* nessas pessoas e instituições.

É possível rastrear formas incipientes do delineamento desse campo, e Francisco Javier Casinos Mora o faz, em erudita obra sobre esse fenômeno romano, a partir do texto de Tito Lívio – conduzindo-nos novamente para a passagem de Rômulo a Numa. O autor examina em chave política os eventos que se referem à desapareição do primeiro e antecede a escolha do segundo; e encontra sinais indicativos da existência de uma organização anterior à instituição da monarquia, centrada em um proto-senado formado pelos *Patres*, cujo poder compreendia tanto a *auctoritas* como o poder em sentido estrito. Depois de Rômulo, assevera Casinos Mora, esse proto-senado não se inclinava a estabelecer novamente ninguém acima dele próprio; e se teve de ceder ao *populus* o poder de escolha do rei, logrou conservar entretanto a *auctoritas*, que o habilitava a confirmar ou vetar a escolha efetuada.³⁸

O relato de Tito Lívio é de fato esclarecedor a respeito da divisão entre *auctoritas* e *potestas*; mas a redução da primeira à prerrogativa senatorial de veto criaria dificuldades para que se unificassem em seus domínios tanto as formas menos potestativas de manifestação de autoridade – e aqui pensamos nos jurisconsultos do período clássico, cujas respostas sobre dúvidas jurídicas nada vetavam, mas simplesmente

assinalavam caminhos a serem seguidos – como, no outro extremo, a *auctoritas* manifesta como um *quase-poder*, à semelhança daquele que o Senado de fato exerceu na condução das Guerras Púnicas, em que foi o verdadeiro centro decisório da política romana.

A *auctoritas* de fato é objeto desse trecho de Tito Lívio; mas o que ele tem a dizer não está em sua literalidade, conforme aprendemos com Jacques Ellul. É preciso modificar a estratégia para lidar com o texto, e inicialmente podemos demarcar, no contexto em que a *auctoritas* vem a lume, alguns traços que possam se repetir em suas outras manifestações.

Primeiramente, o cenário em que a *auctoritas* se distingue da *potestas* é o de uma **situação-limite**: depois de Rômulo haver desaparecido em uma tempestade, os jovens romanos suspeitaram de que os senadores poderiam tê-lo matado, para tomar o poder; e os *Patres*, em contrapartida, passaram a recluir uma ruínosa conflagração com o *populus*. Uns pela opressão, outros pelo risco de destruição, todos se sentiam ameaçados em sua própria existência; e ao longo da história romana, os períodos em que o Senado terá maior peso, como as Guerras Púnicas, serão momentos de semelhantes tensões. A visibilidade moderna de questões *de vida ou morte* no direito não é

a mesma de épocas em que a morte era de fato *pena*; mas o desenho de institutos como o *poder geral de cautela* do magistrado conserva o eco da Antigüidade nesse enfrentamento de questões para as quais não é possível prever resposta.

A forma de se superar um tal impasse envolve necessariamente o **uso da palavra**, e por meio dele a exploração de novas perspectivas a partir da situação inicial: no texto de Lívio, isto se desvela na figura de Próculo Júlio, que num primeiro momento serena os ânimos do *populus* ao repetir o que Rômulo lhe dissera, ao descer à Terra e elegê-lo arauto:

“Vá e anuncie aos romanos que é vontade dos céus que minha Roma se transforme em capital do mundo. Que eles pratiquem portanto a arte militar. Que aprendam e ensinem a seus filhos que nenhum poder humano pode resistir às armas romanas.”³⁹

Tito Lívio deixa claro que em sua época soa *admirável* que essas palavras tenham bastado para provar ao *populus* a imortalidade de Rômulo e, senão a inocência dos senadores, ao menos a necessidade de se abandonar o conflito, em nome do destino de Roma. Mas sua descrença quanto ao *medium* não se estende ao *mérito*

da previsão atribuída a Próculo Júlio, em que se projeta uma visão *oracular* de sucessos que Roma efetivamente obteve. E o seu empenho em procurar no passado por modelos de austeridade e civismo dos quais Roma se afastara e aos quais deve tornar não se justifica senão em virtude da persistente fé, dele e dos romanos, no destino anunciado nesse episódio inaugural.⁴⁰

O valor da palavra é sublinhado pela oposição, no texto, entre o êxito inicial da comunicação e o tumulto que ressurge quando os senadores se distanciam unilateralmente do *populus* e criam o *interregnum* – isto é, quando resolvem se alternar todos eles no trono ao invés de restabelecer a monarquia. O *populus* logo decodificou tal medida como a simples multiplicação do número de senhores aos quais servir, ou seja, como uma evidente *hybris* potestativa dos senadores, e se sublevou contra ela.

A tensão assim recriada apenas se resolve por um ato de **limitação**: os *patres* reconhecem o risco da situação a que deram causa, e se vêem na contingência de ceder ao *populus* a *summa potestas* de escolha do rei, restando apenas a possibilidade de vetar o nome escolhido.

Se atentarmos para o texto de Tito Lívio, colheremos nele próprio indicações de que a *auctoritas* não se confunde com essa prerrogativa de veto. Lívio distingue claramente a autoridade senatorial – ainda reconhecida em sua época, e revestida do *idem ius* de se manifestar sobre a aprovação de leis ou escolha de magistrados – da força de veto que ela não tem mais, e que deixou de ter quando o povo passou a deliberar *depois* da manifestação senatorial.⁴¹

Essa distinção permite ver que a *auctoritas* **sinaliza** um limite para o poder, mas **não está no efeito *potestativo***, de que não necessariamente se reveste – o que leva Hannah Arendt a afirmar, numa assertiva que pode ser comparada à expressão *en quelque façon nulle* de Montesquieu, que “*a característica mais proeminente dos que detêm autoridade é não possuir poder.*”⁴² Mas em que quadros a *auctoritas* se exprime, e que espécie de *aumento* ela representa, sem ser um poder no sentido weberiano?

IV – AUCTORITAS, ENTRE O MITO E A HISTÓRIA

A resposta não se oferece de imediato na sequência do texto. Tito Lívio conta que, havendo se resignado a abrir mão da *summa potestas*, os *Patres*

o anunciam em uma assembléia, na qual o *interrex* assegura ao povo que eles confirmarão a escolha de qualquer rei que seja digno sucessor de Rômulo. E acrescenta que essa proclamação agrada tão profundamente ao povo que este não se sente compelido apenas à reconciliação – mas também a devolver aos *Patres* o próprio e recém-obtido poder de eleição do *rex*.

Trata-se de um desfecho pouco realista para uma situação de conflito: no momento em que estão prestes a tomar dos opressores o poder com o qual são oprimidas, as forças do *populus* recebem-no em parte, como simples concessão; e o aceitam, e se desarmam, e não apenas o fazem como restituem o poder aos opressores – em *agradecimento*!

Como poderá o povo ter se deixado ludibriar pela “*aparente generosidade do Senado*”, ou pela verdadeira astúcia dos *Patres*, que, segundo Pierre Grimal, reservaram-se “*o privilégio de investir a personagem designada pelo povo,*” posicionando-se como “*os garantes (auctores) do imperium real,*” e apenas cederam ao *populus* a prerrogativa de “*emitir um desejo*”?⁴³ Que espécie de *civitas* terá se fundado sobre tais bases?

Para responder a essas indagações, temos de nos distanciar de Tito Lívio, sem o fazer de seu texto: o que ele nos oferece como *fato*, e recebemos como *enigma*, muda de figura se é lido como *mito*.

O que não nos leva a cogitar de imediato dessa abordagem é o sucesso de Tito Lívio na tarefa em cuja efetivação reside a marca de sua *autoria* sobre uma narrativa que não criou: seu empenho em conferir *verossimilhança* a um relato que originariamente não possui esse traço.

Seu olhar a um tempo crítico e não de todo infenso ao que relata, como vimos em relação à idéia do destino grandioso de Roma, procura apartar do veio principal do texto os acontecimentos em que o *sobrenatural* se entremeia – e por isso nega a filiação divina de Rômulo e sua amamentação por uma loba, seu arrebatamento durante uma tempestade e a efetividade de sua manifestação a Próculo Júlio. Enquanto assumimos o ponto de vista do narrador, permanecemos à margem das evidências de que algo superior ao curso normal das coisas está em ação no plano de fundo do texto – e é justamente nesse *algo* que se encontra a força originária do relato, responsável por sua propagação até a época de Tito Lívio.

Há que se notar que a distinção entre história (ou fato) e mito não equivale a uma distinção entre verdadeiro e falso, entre real e imaginário, mas entre formas distintas de compreensão do mundo, de organização da experiência do real e de orientação em seu interior.

Ernst Cassirer nota que as representações míticas

“...não são extraídas de um mundo já acabado do ser; não são meros produtos da fantasia, que se desprendem da firme realidade empírico-positiva das coisas, para elevar-se sobre elas, como tênue neblina, mas sim, representam para a consciência primitiva a totalidade do ser. A apreensão e interpretação míticas não se associam posteriormente a determinados elementos da existência empírica; ao contrário, a própria ‘experiência’ primária está impregnada, de ponta a ponta, deste configurar de mitos, e como que saturada de sua atmosfera. O homem só vive com as *coisas* na medida em que vive nestas *configurações*, ele abre a realidade para si mesmo e por sua vez se abre para ela, quando introduz a si próprio e o mundo neste *medium* dútil, no qual os dois mundos não só se tocam, mas também se interpenetram.”⁴⁴

Hans Blumenberg encontra as raízes do mito na experiência pré-humana do *medo* de agressões de origem desconhecida, que, ampliada no tempo e no espaço, converte-se em um estado situacional de *tensão*: passa-se a viver à *espera* da agressão, em intensidade já desligada da efetiva presença de ameaças – e ainda crescente.

Torna-se necessário reduzir tal *angústia* novamente a *medo*, e nesse momento a imaginação não é um recurso de menos valia do que a experiência ou o conhecimento. Supor algo familiar no inóspito, dar explicações para o inexplicável ou nomes para o inominável são recursos usados para “*fazer do inatural e invisível objeto de uma ação de rechaço, de conjura, de abrandamento, ou despotenciação*” e dar-lhe um trato “*de igual para igual*.” No dizer de Blumenberg,

“O que se fez identificável mediante nomes é liberado de seu caráter inóspito e estranho através da metáfora, revelando-se, mediante a narração de histórias, o significado que encerra. O pânico e a paralisação – os dois extremos do comportamento angustiado – se dissolvem na aparência de magnitudes de trato calculáveis e formas de trato reguladas, inclusive quando os resultados da ‘contraprestação’ mágica e cultural se burlam,

ocasionalmente, dessa tendência a lograr, para o homem, maior favor dos poderes superiores.”⁴⁵

Mircea Eliade assinala por isso que o mito é vivido como uma *história verdadeira*, em que se encontra não apenas uma explicação da situação do homem no mundo, mas também o acervo dos “*modelos exemplares de todos os ritos e atividades humanas significativas*.” Trata-se contudo de uma *exemplaridade compulsória*, e tanto mais quanto menores são as certezas que de outra fonte provêm: o modelo mítico se erige sobre o tríplice postulado de que a existência do mundo se deve a uma intervenção do *numinoso*, por razões que nunca são totalmente perscrutáveis; de que a continuidade do mundo como tal depende da *manutenção* desse elo originário; e de que é possível chegar a tanto por meio da repetição *ritual* dos mitos fundadores, que mapeiam os caminhos mais seguros, porque já experimentados, para o sucesso que se quer repetir.⁴⁶

A narrativa que Tito Lívio apresenta como *história* tem sua força definida pelos padrões *do mito*, e assim se oferece aos romanos como explicação asseguradora e exemplo obrigatório. O primeiro desses aspectos se apresenta de forma literal, nas palavras de Rômulo a Próculo Júlio: Roma persegue a promessa *mítica* de se

tornar a capital do mundo. Quanto ao segundo, no entanto, a apresentação é mais sutil: o que pode assegurar a *eficácia* verificada nas origens de Roma é a exata reprodução do *modo de agir* inscrito nos primeiros momentos da vida da *civitas*.

O que há de mais inacessível aos modernos na experiência romana da *auctoritas* é esse caráter *exemplar*, que, provido pelo mito, efetivamente permite que se compreenda o seu exercício como uma ampliação da fundação de Roma. O passado que os romanos buscam ao se voltar para os detentores de autoridade não é uma dimensão isolada do presente, mas um tempo que foi perpassado pelo sobrenatural e por meio dele pode *regressar*, sob a forma de um novo êxito daqueles que ocupam a posição que foi dos *Patres* originais. A fundação que se aumenta não é um fenômeno do tempo histórico, mas da *eternidade* que o mito revela, e que se mostra como tal em cada nova intersecção estabelecida com o curso ordinário dos eventos. Ao fazê-lo, essa dimensão *preenche* em maior medida o tempo comum – e assim o engrandece, até que se possa falar na *plenitude dos tempos*, na qual se situa a previsão oracular de Rômulo, ditada a Próculo Júlio.

A ambigüidade de Tito Lívio relaciona-se ao fato de a sociedade romana, em sua época, já não participar integralmente dessa experiência, sem no entanto haver adquirido dela a distância que apenas na modernidade se estabelecerá. Nesse processo, o que o mito perde como força própria compensa-se pela sua mudança em *habitus*, ou, no registro arendtiano, em *tradição*; e podemos observar a dinâmica dessa transformação na própria figura dos *Patres*, que se desliga paulatinamente do traço fortemente mágico que originariamente a distinguia, o *poder auspicial* (equivalente à capacidade de ler os signos de aprovação divina no vôo das aves),⁴⁷ e se recompõe em torno da atitude identificada pelos romanos como *gravitas* – expressão apenas simbólica da posse de uma *visão em profundidade* do mundo e do peso dos atos humanos, que não se oferece às demais pessoas.⁴⁸

O núcleo da *auctoritas* não está entretanto nos sinais externos dessa posse, e sim num estrato mais fundamental, para o qual a exemplaridade e a habitualidade, sem tampouco se confundirem com ele, dirigiam os romanos. O mito e o *habitus*, afinal, nada prescrevem senão um *percurso* para as situações-limite; um percurso que mobiliza a faculdade de *julgar*, e de cujo exercício resulta por isso um *augere* em

relação ao ponto de partida – processo que no *logos* mítico pode ser narrado e compreendido como um influxo do *numinoso* no tempo ordinário.

No relato de Tito Lívio, o percurso tem início num ponto em que senadores e *populus* se mostram aferrados apenas a seus interesses. Aqueles não oferecem mais a estes do que a multiplicação por cem do número de senhores, e a resposta popular não é senão a negatividade pura da promessa de conflagração. Nesse ponto de partida, há entre o Senado e a demanda popular uma separação tão radical quanto aquela que existe entre sujeito e alvo da apreciação.

Os senadores têm, a princípio, meios de se impor; mas o crescimento do povo em hostilidade, ou a *potência* que assim se forma,⁴⁹ exige que aqueles se abram à consideração do que este postula. No percurso da apreciação, o movimento é análogo: o sujeito diminui de expressão, enquanto o alvo a tem acrescida.

A *quæstio* passa a ser examinada, e os senadores têm de pôr em suspenso seus juízos prévios para encontrar, nas possibilidades que ela oferece, uma solução. Olhos modernos, mesmo cientes de que se trata de um *mito*, não deixam de ler a proposta como excessivamente vinculada ao interesse deles; mas a trama não diz tanto

respeito à qualidade da solução quanto à ruptura da unilateralidade, necessária para se chegar a *alguma* solução. O Senado deu esse primeiro passo, e para fazê-lo teve de pensar o tema sob o ponto de vista do *populus* – ou *pensar representativamente*, para que a solução proposta tivesse perspectivas reais de atingir e sensibilizar seus destinatários.

Nesse movimento, por se debruçarem sobre a questão, por se abrirem às informações nela codificadas, por se deixarem afetar pelo que colheram e pela incorporação do ponto de vista do *populus*, os *Patres* que propõem a este a partilha de poderes *não são mais os mesmos* que decidiram estabelecer o *interregnum*: como resultado do percurso que completaram, eles *se engrandeceram* – palavra que preserva em seu sentido não-físico a natureza do *aumento* correspondente à *auctoritas*. O vínculo ao passado – e eventualmente a *auctoritates* do passado, como os juristas romanos procurarão estabelecer – visa a atualizar esse engrandecimento original, ou, em outros termos, é a contribuição do presente para o engrandecimento da Roma de todos os tempos.

E aqui há de se ver um aspecto do percurso da apreciação a que até agora não demos a ênfase devida: não há *auctoritas* sem a

contrapartida de *reconhecimento*, e por isso nunca é exclusivo de uma das partes o *engrandecimento* que se alcança por esse meio.

A renúncia do povo a escolher o rei não é no texto apenas um sinal da *confiança* de que os senadores passaram a dispor, mas também um índice da transformação experimentada pelo *populus* – que passou de parte intransigente, dispersa e puramente negativa, a uma instância política de estatura não inferior à do Senado.

Trata-se de um acontecimento grandioso, que no mito não poderia se exprimir senão de forma extraordinária – como manifestação que é de um evento *sobrenatural*. O que se relata não é uma capitulação do *populus*, e sim a sua resposta proporcional à resignação dos senadores, que abandonam sua inclinação inicial a *não escolher* um rei.

Esse gesto possui duplo aspecto, e se invertêssemos o sinal da avaliação de Pierre Grimal, poderíamos mesmo dizer que a renúncia do *populus* é que é *aparente*, e que ele se investiu no *privilégio* de *ter escolhido um rei*: a *summa*

potestas não está no ato da escolha, mas na possibilidade de não a efetuar – o que o *populus* garante que não ocorrerá.

Os próprios termos de Tito Lívio também se sujeitam a essa inversão – com o que poderíamos dizer que, ao institucionalizar a *auctoritas* do Senado, o *populus* se reservou a supremacia da *potestas*.⁵⁰ Mas o mito assinala uma diferença qualitativa entre essa *potestas* e a potência em estado bruto, aquela que o *populus* já amealhara e que não lhe havia bastado para desatar o impasse: com a sua contrapartida na *auctoritas* reconhecida no Senado, ela se reporta agora ao *poder* no sentido **arendtiano** do termo, de *capacidade para o agir conjunto*.⁵¹

Importa observar que a articulação política fundamental da *civitas* se desenha no conflito que emerge na vacância do trono real – ou do *poder* que Rômulo exercia. O que lança os romanos em sua *aventura* não é o *desejo* concentrado em um único e inquestionável centro, mas o exato oposto: a libertação *dos desejos*, no plural, ocasionada pela ausência de um poder *vertical* que os contivesse. Apenas depois de os senadores tentarem impor o *interregnum* e de o povo se movimentar para talvez entronizar um rei à força é que se chega à fundação do novo poder romano, o *imperium* confiado ao

rei e depois aos cônsules, resultante do refreamento de verticalidades que se codifica no alinhamento da *auctoritas* senatorial e da *potestas* popular.

A elevada conta em que Maquiavel tem a desunião entre Senado e povo, por força da qual “*nunca se privou de autoridade o governo régio para dá-la aos optimates; e não se diminuiu de todo a autoridade dos optimates, para dá-la ao povo,*”⁵² relaciona-se ao sentido positivo dessa polarização: o reconhecimento mútuo dos adversários do momento anterior é um *limite* à sua condição de adversários, e não estabelece apenas limites outros para cada qual, mas converte a *redefinição* desses limites em um programa de ação institucionalizada que logra obter o engajamento de ambos os grupos. O arranjo é decerto instável; mas sua *virtude* está em criar esse espaço de mobilidade e co-existência, em que se preserva a disposição dos grupos a um tempo à *ação* e à *moderação* – o que impressiona favoravelmente também a Montesquieu:

“O governo de Roma teve o traço admirável de que, desde seu surgimento, tal foi sua constituição que, quer pelo espírito do povo, pela força do Senado, ou pela autoridade de alguns magistrados, qualquer abuso de poder sempre pôde ser corrigido.”⁵³

A *força* do Senado repousa em sua *auctoritas*, que corresponde ao reconhecimento de seu poder de *ver em profundidade* – identificado como poder auspicial, *gravitas* ou capacidade de julgar, tal como figurado pelo mito, pelo *habitus* e pelos efetivos sucessos históricos do Senado. A crise moderna da *auctoritas* também é a crise dos elementos contextuais que desempenham esse papel de expressão e reforço: o mito se relaciona à fé, o *habitus* e a memória histórica à tradição, e ambas são postas em xeque pela exigência moderna de uma *racionalidade* que, moldada à imagem do *animal laborans*, se confunde com a expressão imediata do *desejo*. O próprio *judicium*, na medida em que se opõe ao imediatismo da vontade, também entra em crise; e nesse ponto, modernamente, tenta-se compensar o enfraquecimento da *auctoritas* com um reforço do *imperium* – cometido a órgãos que subitamente se tornam menos *judiciários* do que *de governo*.

V – DIREITO ROMANO E *AUCTORITAS*

A *auctoritas* não aparece como um fenômeno imediatamente jurídico, se o mito a vincula ao reconhecimento obtido pelos *patres* junto ao

populus por meio de uma *performance* política que, levada a bom termo, institui a *civitas* romana. Parafraseando Hannah Arendt, entretanto, podemos dizer que todo o fenômeno da autoridade, e não apenas sua crise, é político na sua origem e natureza;⁵⁴ e relacionar ao peso da *auctoritas* na *civitas*, e da valorização do julgamento que daí se segue, a extraordinária expansão do direito entre os romanos – a ponto de o historiador Paul Veyne declará-lo o “*esporte nacional*” desse povo.⁵⁵ O direito romano, que Tercio Sampaio Ferraz Jr. examina à luz da *auctoritas*,⁵⁶ nos permite ademais refletir sobre a relação entre esta e a argumentação, e sobre o grau e modo de unidade que a *auctoritas* oferece.

Inicialmente uma *forma cultural sagrada*, no dizer de Ferraz Jr.,⁵⁷ e assim ligado aos mistérios do poder auspicial, o direito conservou seu prestígio mesmo depois do acesso dos plebeus a seu conhecimento – resultado das lutas conduzidas durante a República: já não são apenas patrícios os seus cultores que, no século II A. C., recebem a denominação de *jurisconsultos*.

Nesse mesmo período, passam a circular coleções de respostas (*responsa*) a variadas dúvidas jurídicas.⁵⁸ E os estudiosos desses textos registram

que os primeiros *responsa* não se fundam em argumentos, mas antes no prestígio pessoal de seus autores – que, plebeus ou patrícios, são indistintamente vistos como *auctoritates*.⁵⁹

Os sucessivos juristas se deparam no entanto com *responsa* distintos para casos semelhantes; e sem poder deixar de reconhecer a *auctoritas* de todos os antecessores, têm de desenvolver meios que lhes permitam articular de forma inteligível as coincidências e as discrepâncias entre eles.

Isto ocorre em paralelo à transição do poder auspicial à *gravitas* como sinal da *auctoritas*. Mas é importante notar que é ela própria que desencadeia, no direito, essa mudança de padrão, e que logo a incorpora: o prestígio do jurista passa a se relacionar ao refinamento de sua argumentação.

O que se opera nesse momento é um fenômeno de importância capital: o discurso do jurista se reconfigura como o que Tercio Sampaio Ferraz Jr. denomina *discurso fundamentante*.⁶⁰ E nesse momento, a definição da *auctoritas* em função desse padrão a remete a um plano *estrutural*, dissociando-a da concretude das opiniões sobre os casos, e abrindo espaço para o *julgamento*.

Nesse movimento, as opiniões deixam de ser tomadas em conta de *axiomas*, e passam a ser vistas como *dogmas* – palavras gregas que Casinos Mora observa terem servido como tradução para duas acepções distintas de *auctoritas*.⁶¹ Aceitas portanto enquanto fragmentos de *um saber experimentado* (Viehweg), essas opiniões são tomadas como ponto de partida para discussões; mas permanecem sempre sujeitas à investigação do valor que possam assumir em um dado caso.⁶²

Jean Gaudemet destaca ser este o método de Labeão – contemporâneo de Augusto e fiel à República – em seus *Pithana*:

“O ‘Python’ é a exposição de uma opinião ‘provável’, mas que pode ser contestada. Em Labeão, isto se traduz por uma solução jurídica dada a propósito de um caso concreto, que é reduzido a seus elementos jurídicos essenciais e toma a forma de um ‘tipo.’ A solução proposta valerá para outros casos do mesmo ‘tipo.’ Ela será apresentada sob a forma de uma ‘regra’. Esta regra poderá ser criticada e modificada. Daí esta fórmula, que, ainda que dada por Paulo (D. 50, 17, 1), expressa o método de Labeão: ‘A regra é uma exposição breve do caso. O direito não vem da regra, mas a regra nasce da justa apreciação do caso.’”⁶³

Nesse proceder se identifica a peculiar situação em que o jurisconsulto se encontra em relação à *auctoritas*. Embora reconhecido como autoridade, não é como tal que o jurisconsulto argumenta: ele o faz *referindo-se* à autoridade, ou às autoridades. O reconhecimento *prévio* de que dispõe o habilita a falar, permite que seu *responsum* influa na solução do caso e o integra ao *corpus* que constituirá a referência de posteriores *responsa*, ampliando-o; mas a esse posterior desfecho ele não pode apelar enquanto cumpre o ato *performativo* de emitir sua opinião.

Nesse momento, o jurisconsulto não *detém* autoridade, mas apenas a *representa*: ele procura atualizar o êxito dos modelos oferecidos pelo passado, e tem de mostrar, expressando *reverentia* pelo que estes dizem, que *o seu próprio dizer* merece semelhante consideração. Não é do jurisconsulto a *última palavra*, e se ele não é da *auctoritas* mais do que um *representante*, o que afirma admite refutação – havendo espaço, em todo caso particular, para respostas melhores. Qualquer tentativa de oposição tem no entanto de se fundar nos mesmos pontos de partida: a refutação é possível, contanto que se faça em bases de maior *auctoritas*.

Podemos dizer por conseguinte que a posição do jurisconsulto como *auctoritas* é o axioma, ou, na terminologia de Ferraz Jr., um *certum*; e que o teor de seu *responsum*, como *dogma*, será sempre um *dubium*.⁶⁴ Hannah Arendt tem em vista o primeiro aspecto ao afirmar que a autoridade está *em suspenso* se a pessoa que a reivindica tem de provar que a possui: isto significa que ela não foi *reconhecida* como autoridade, e portanto que ao menos de início, *malogrou* como tal.⁶⁵

Em relação ao segundo, no entanto, o que sucede não é tão simples; pois, ao contrário do poder, a autoridade não exige de seus destinatários acato ou obediência, mas tão somente *reverentia*, isto é, que se considere com respeito e deferência o que seu portador tem a dizer.⁶⁶ A medida de seu fracasso não está portanto em não ser seguida, mas em ser *desconsiderada*: ela não é refratária à discussão e ao uso de argumentos, *inclusive os que queiram contestar a opinião do portador de autoridade* – desde que se reconheça a *auctoritas* de que essa opinião se reveste.

A *auctoritas* se constitui destarte como um *idioma comum*, em que a forte coesão dada pelo vínculo aos predecessores se estende aos que os sucedem e possibilita a articulação de idéias antagônicas sobre um mesmo tema –

minimizando a possibilidade de exclusão total de qualquer delas. O pluralismo é uma propriedade da *auctoritas*, e Ferraz Jr. observa que a plasticidade que ela emprestou ao direito romano permitiu que este se tornasse “*um saber que era a ampliação da fundação de Roma*” – espalhando-se por todo o Império como objeto de um conhecimento universal, a despeito de não oferecer um fundamento teórico unitário ao qual pudessem se reconduzir todos os seus desenvolvimentos.⁶⁷

VI – CONCLUSÃO

Nosso estudo nos leva a concluir que os romanos enunciavam em linguagem mítica, sob o signo da *auctoritas*, uma via de passagem da situação-limite, ou do choque de *verticalidades* antagônicas, a um agir conjunto traçado em plano *horizontal*: a fundação romana tem início na *apreciação*, no movimento de auto-restrição e abertura ao outro intrínseco ao julgar – atitude que no limite assume a forma de *abnegação*. É nesse ponto que principia a aventura da nau da palavra no desafiador mar dos desejos; o *augere* contínuo da fundação é o sentido dessa navegação, e não há exagero em se chamar de *libertas* – “*um legado transmitido pelos fundadores de*

Roma ao povo romano, ”⁶⁸ segundo Hannah Arendt – o virtuoso percurso que ela desenha.

Nos próximos capítulos procuraremos traços dessa aventura no fenômeno jurídico contemporâneo.

NOTAS:

¹ **Tito Lívio**, *História de Roma*, 1989, p. 43; *Ab urbe condita liberi*, I, 18, consultado em <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.1.shtml#18>. O fragmento de Ulpiano incorporado ao Digesto (D.1.1.10.2) assinala que “Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia” (ou, na tradução de **Hélcio Maciel França Madeira**, “Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto” – cf. *Digesto de Justiniano – liber primus: introdução ao direito romano*, 2005, p. 21 .

² “Ita duo deinceps reges, alius alia via, ille bello, hic pace, civitatem auxerunt.” *Ab urbe, cit.*, I, 21; *História de Roma, cit.*, p. 48/49.

³ “... le Magicien, le créateur de la souveraineté, le juriste lieur. Il se fait roi lui-même, il utilise la religion à son profit, c’est un junior. A lui se rattachent les fêtes, comme les Lupercales, où l’on recrée brutalement les forces souveraines – et les ordres actifs, comme le rex, les lupérques, les equites, les juniores.” **Jacques Ellul**. *Histoire des Institutions – l’Antiquité*, 1999, p. 236 (tradução nossa).

⁴ “Il est l’homme religieux, établissant le culte de Fides. Il stabilise le pouvoir, qu’il n’a pas recherché. Il est un senior, travaillant pour la paix. Il organise la Cité et la religion, avec des prêtres et des rites. A lui se

rattachent la justice de la Cité, les cérémonies quotidiennes, et les ordres conservateurs, comme le Sénat, les flamines, les seniores, la famille. Il est enfin le juriste délieur.” *Ibid.*, pp. 236/237.

⁵ Burkert assinala que o primeiro modelo se observa também entre animais (sua referência é à vingança desproporcional do chimpanzé-alfa sobre as fêmeas que o desobedecem), e que o segundo, essencialmente ligado à simbolização, parece ser exclusivamente humano. **Tercio Sampaio Ferraz Jr.** examina a interpenetração entre os dois modelos em Aristóteles, na tradição romano-cristã, em Hobbes e Rousseau; e depois de observar que até mesmo o modelo vertical é atravessado por um senso de igualdade, reflete sobre a possível origem comum dos aspectos racionais (exclusivamente humanos) e emocionais (comuns aos animais) da justiça no sentimento de inveja, concebendo-o como portador de uma dimensão positiva em que se funda a elaboração de princípios racionais de compensação e distribuição. Cf. *Estudos de Filosofia do Direito – reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, 2002, pp. 213/229.

⁶ Sobre o enfeixamento da *auctoritas* pelo *princeps*, veja-se **Jean Gaudemet**. *Les institutions de l’Antiquité*, 2002, pp. 280/281.

⁷ **Ernst Robert Curtius** nota que a idéia da *Roma penitente* pelos abusos que cometeu, corrente desde os padres do século IV, não impede que se sucedam as tentativas de restaurar parte da grandeza da *Roma triunfante*, sob o signo da *translatio imperii* (v.g. ao império otônida) ou da *translatio studii* (p. ex. à Universidade de Paris). Cf. *Literatura Européia e Idade Média Latina*, 1996, pp. 62/63. **Franz Wieacker** delinea uma polissemia ainda maior, assinalando a existência de uma idéia de Roma *guélfica* (sustentando as pretensões de soberania do Imperador romano-germânico), uma *gibelina* (idéia de uma Roma espiritual, com a qual a cúria respondeu às pretensões do poder temporal) e finalmente uma idéia *republicana*, que animou as cidades do norte da Itália a resistirem ao poder imperial (cf. adiante, nota 11). Cf. *História do direito privado moderno*, 2004, p. 44.

⁸ **Peter G. Stein** afirma que “cuando se piensa en el legado de la Antigüedad Clásica, lo primero que aparece es el arte griego, el teatro griego y la filosofía griega; cuando dirigimos la mirada hacia Roma, lo que viene a

nuestra mente son probablemente las calzadas romanas y lo Derecho Romano.” *El Derecho Romano en la Historia de Europa*, 2001, p. 1.

⁹ “Alors que la réflexion politique grecque voit avant tout dans la cité une communauté d’hommes (la cité athénienne est désignée officiellement par l’expression ‘les Athéniens’), Cicéron, en bon romain, tient la cité pour fondée par le droit.” **Jean Gaudemet**. Le miracle romain. In: **Fernand Braudel; Georges Duby** (orgs.). *La Méditerranée – les hommes et l’héritage*, 1986, pp. 45/79 (aqui, p. 47). Em *A República*, I, 25, 39, Gaudemet encontra expresso o liame entre *res publica* e *populus*, e sublinha a conotação jurídica que perpassa esta última denominação: “o povo não é um simples agregado de indivíduos, é um agrupamento unido ‘por um consentimento jurídico e para a utilidade comum’” (op. cit., p. 48).

¹⁰ **Quentin Skinner**. *As fundações do pensamento político moderno*, 2006 (5ª reimpr.), p. 75; cf. tb., sobre Bartolo, pp. 32-34; e ainda **Stein**, *El Derecho Romano*, cit., pp. 99/104. Sobre o papel dos juristas nessa época, veja-se **Donald R. Kelley**. Civil Science in the Renaissance: Jurisprudence Italian Style. *The Historical Journal*, Vol. 22, No. 4, (Dec., 1979), pp. 777-794 (consultado em <http://www.jstor.org/stable/2638687>).

¹¹ **Philip Pettit**. *Republicanism: a theory of freedom and government*, 1997, p. 19. Poderíamos denominar essa corrente de *literatura de oposição* a um poder que, durante esse longo período, também se valia da experiência e de denominações romanas (*maiestas*, *imperium*, *pactum subjectionis*) para se afirmar como absoluto.

¹² **Claude Nicolet**. O cidadão e o político. In: **Andrea Giardina** (dir.). *O homem romano*, 2002, pp. 21/48 (aqui, p. 21).

¹³ **Michael Oakeshott**. *Lectures in the history of political thought*, 2006, p. 178.

¹⁴ **Quentin Skinner**. *Liberdade antes do liberalismo*, 1999 (aqui, p. 80). Nesse momento, o predomínio passou à idéia de liberdade como ausência de interferência legal sobre os particulares, postulada sucessivamente, de acordo com Philip Pettit, por Hobbes, por autores que se opunham à Independência

Americana, pelos utilitaristas Bentham e Paley e pelos liberais subsequentes. Veja-se do autor igualmente: A third concept of liberty. In: **Robert E. Goodin; Philip Pettit**, *Contemporary Political Philosophy: an anthology*, 2006, pp. 398-415. E de **Pettit**, confira-se *Republicanism*, *cit.*, pp. 41-50.

¹⁵ **Renato Janine Ribeiro**. Democracia versus República – a questão do desejo nas lutas sociais. In: **Newton Bignotto** (org.). *Pensar a república*, 2002 (reimpr.), pp. 13-25.

¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

¹⁷ **Émile Durkheim**. Como Montesquieu classifica as sociedades por tipos e por espécies. Trad. Elizabeth de Vargas e Silva. In: **Célia Galvão Quirino; Maria Teresa Sadek** (orgs.). *O pensamento político clássico – Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*, 2003, pp. 279/292.

¹⁸ **Ribeiro**, Democracia versus República, *cit.*, mesma página.

¹⁹ **Jeremy Bentham**. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Trad. Luiz João Baraúna. In: *Bentham – Stuart Mill*, 1989, pp. 03-68. A extensão se discute na página 17

²⁰ **Ribeiro**, Democracia versus República, *cit.*, p. 22.

²¹ *Ibid.*, pp. 23/24.

²² **Hannah Arendt**. *A condição humana*, 2001, p. 188 e ss.

²³ **Ribeiro**, Democracia versus República, *cit.*, p. 19.

²⁴ *Ibid.*, p. 24.

²⁵ **Hannah Arendt**. *Entre o passado e o futuro*, 2000, pp. 216/217.

²⁶ *Ibid.*, p. 185.

²⁷ **Celso Lafer**. *Hannah Arendt – pensamento, persuasão e poder*, 2003, p. 35.

²⁸ **Arendt**, *Entre o passado e o futuro*, *cit.*, p. 130.

²⁹ *Ibid.*, p. 132.

³⁰ *Ibid.*, pp. 164/165.

³¹ Não iremos aliás nos aprofundar nesses fragmentos, em que **Maurizio Passerin d'Entrèves** encontra dois modelos de julgamento distintos, centrados no espectador e no ator da política (cf. **Maurizio Passerin d'Entrèves**. Arendt's theory of judgement. In: **Dana Villa** (ed.), *The Cambridge companion to Hannah Arendt*, 2005, pp.245-260), mas apenas empregá-los como baliza de nossa exposição.

³² **Hannah Arendt**. *A vida do espírito – o pensar, o querer, o julgar*, 2002, p. 371

³³ Passerin d'Entrèves observa que não se trata do senso comum ordinário, e sim desse especial sentido de pertinência a uma comunidade, que Arendt relaciona, ao lado do pensamento alargado, à idéia kantiana de uma humanidade unida, vivendo em paz perpétua. **Passerin d'Entrèves**, Arendt's theory of judgement, *cit.*, p. 252.

³⁴ Cf. *Dicionário latino-português*, 2000, p. 92; *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 2001.

³⁵ O argumento não se altera se substituirmos deleite e estima por seus duplos negativos, *desgosto e desprezo*.

³⁶ **Arendt**, *A vida do espírito*, *cit.*, mesma página.

³⁷ **Arendt**, *Entre o passado e o futuro*, *cit.*, p. 164.

³⁸ **Francisco Javier Casinos Mora**. *La noción romana de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*, 2000, p. 73.

³⁹ **Tito Lívio**, *História*, *cit.*, 1, 16 (p. 42).

⁴⁰ O sentido modelar da obra é declarado em seu prefácio: cf. **Tito Lívio**, *História*, *cit.*, pp. 17/19.

⁴¹ O texto latino é o seguinte: “*Hodie quoque in legibus magistratibusque rogandis usurpatur idem ius, vi adempta: priusquam populus suffragium ineat, in incertum comitiorum euentum patres auctores fiunt.*” **Tito Lívio**. *Ab urbe*, *cit.*, 1, 17.

⁴² **Arendt**, *Entre o passado e o futuro*, *cit.*, p. 164.

⁴³ **Pierre Grimal**. *A civilização romana*, 1993, p. 101.

⁴⁴ **Ernst Cassirer**. *Linguagem e mito*, 2000, pp.23/24. Sobre a expressão racional do pensamento mítico, veja-se também **Raymond Boudon**. *Essais sur la théorie générale de la rationalité*, 2007, especialmente

capítulos 4 (*La rationalité des croyances religieuses selon Max Weber*) e 5 (*La rationalité de l' 'irrationnel' selon Durkheim*), pp. 139-188 e 193-247.

⁴⁵ **Hans Blumenberg**. *Trabajo sobre el mito*, 2003, pp. 13/14.

⁴⁶ **Mircea Eliade**. *Mito e realidade*, 2004, p.13 e ss.. Negrito nosso.

⁴⁷ Cf. **Gaudemet**, *Les institutions de l'Antiquité*, cit., p.134.

⁴⁸ Cf. **R. H. Barrow**. *Los Romanos*, 2006 (reimpr.), pp. 24. O oposto dessa qualidade é a *levitas*, a frivolidade associada aos prazeres desenfreados, à bebida e à dança, defeito pelo qual os romanos recriminam os gregos. **Maria Helena da Rocha Pereira** ilustra a atitude romana perante a *levitas* com a reação de Catão à vitória judicial de Murena, eleito cônsul, impugnado por acusação de corrupção e defendido por Cícero: em franco desdém, ele sorriu e declarou: “*temos um cônsul muito engraçado.*” *Estudos de história da cultura clássica – II volume – cultura romana*, 2002, p. 355.

⁴⁹ **Hannah Arendt** distingue como *potência* o que ordinariamente se chama de poder, mas *não corresponde* à capacidade para o agir conjunto; é o poder compreendido em chave egoísta, ou o que poderíamos chamar de a capacidade humana para a *dominação*. Cf. *Sobre la violencia*, 2006 (reimpr.), pp. 61.

⁵⁰ **Michael Oakeshott** assinala que “a fonte e o doador de toda *potestas* era o próprio *populus Romanus*. *Potestas* pertencia ao ‘povo romano,’ tal como *auctoritas* pertencia ao Senado romano” (“The source and donor of all *potestas* was the *populus Romanus* itself. *Potestas* belonged to the ‘Roman people’, just as *auctoritas* belonged to the Roman senate”). *Lectures*, cit., pp. 233

⁵¹ **Arendt**, *Sobre la violencia*, cit., p. 60.

⁵² **Maquiavel**. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, 2007, p. 19 (as virtudes do conflito são examinadas nos caps. 2-8 do Livro I, pp. 19/40).

⁵³ **Montesquieu**. *Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência*, 2002, p. 68.

⁵⁴ **Arendt**, *Entre o passado e o futuro*, cit., p. 128.

⁵⁵ **Paul Veyne**. *Sexo e poder em Roma*. 2008, p. 98.

⁵⁶ **Tercio Sampaio Ferraz Jr.** *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*, 2001, pp. 52/61.

⁵⁷ **Ferraz Jr.**, *Introdução*, cit., p. 52. **José Carlos Moreira Alves** observa que apenas os pontífices dominavam seu exercício, que requeria um preciso conhecimento dos dias em que se poderia comparecer a juízo (dias fastos, em oposição aos nefastos) e das fórmulas verbais a serem rigorosamente observadas para se intentar uma ação ou celebrar um contrato. *Direito Romano*, 1983, p. 13.

⁵⁸ **Jean Gaudemet.** *Les naissances du droit – le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 1997, p. 257.

⁵⁹ **Helmut Coing.** *Elementos fundamentais da filosofia do direito*, 2002, p. 311; **Peter Stein**, *El derecho romano en la historia de Europa*, cit., p. 19.

⁶⁰ **Tercio Sampaio Ferraz Jr.** *Teoria da norma jurídica*, 2000, p. 17.

⁶¹ O autor se refere à versão das *Res Gestæ* de Augusto encontrada em um monumento em Ancara, Turquia – o *Monumentum Ancyranum*. *Auctoritas* é traduzida como dogma, “opinião ou crença,” e também “decisão, juízo ou ditame,” quando surge no texto como *auctoritas senatus*; e como axioma, “honra, prestígio, reputação ou dignidade” quando se contrapõe a *exousia*, “poder de fazer algo.” **Casinos Mora** distingue então a *auctoritas-axioma*, uma qualidade que se possui, da *auctoritas-dogma*, que recobre as manifestações e pronunciamentos de um reconhecido detentor de autoridade – e pode ser discutida. Cf. *La noción romana de auctoritas*, cit., p. 06/08.

⁶² Cf. **Theodor Viehweg.** *Tópica e jurisprudência – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 44 e ss.; **Helmut Coing**, *Elementos fundamentais*, cit., p. 310/312; **Michel Villey.** *Direito romano*, s/d., pp. 71/82.

⁶³ “Le ‘Python’ est l’exposé d’une opinion ‘probable’, mais qui peut être contestée. Chez Labéon, cela se traduit par une solution juridique donnée à propos d’un cas concret, réduit a ses éléments juridiques essentiels et prenant ainsi la forme d’un ‘type’. La solution proposée vaudra pour d’autres cas du même ‘type’. Elle sera

présentée sous forme d'une 'règle'. Cette règle pourra être critiquée et modifiée. D'où cette formule, qui, bien que donnée par Paul (D. 50, 17,1), exprime la méthode de Labéon: 'La règle est un exposé bref du cas. Le droit ne vient pas de la règle, mais la règle naît de la juste appréciation du cas.'” **Gaudemet**, *Les naissances du droit*, cit., p. 261.

⁶⁴ A *Jurisprudentia* a nosso ver já apresenta o que Ferraz Jr. descreve como a ambigüidade estrutural do discurso normativo. Cf. **Ferraz Jr.**, *Teoria da norma*, cit., pp. 39/53.

⁶⁵ **Arendt**, *Entre o passado e o futuro*, cit., p. 129.

⁶⁶ **Oakeshott**, *Lectures*, cit., p. 228.

⁶⁷ **Ferraz Jr.**, *Introdução*, cit., p. 61.

⁶⁸ **Arendt**, *Entre o passado e o futuro*, cit., p. 215.

CAPÍTULO II – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO DRAMA

I – DIREITO, PODER E *AUCTORITAS*

No ensaio *Kelsen e o poder jurídico*, em que compara a teoria clássica do direito público e a teoria kelseniana do direito, Norberto Bobbio nos fornece a pista a partir da qual prosseguir. A seu ver, enquanto a primeira delas “*coloca no vértice de sua construção o conceito de soberania entendida como o poder supremo acima do qual não existe nenhum outro*” e “*considera o Estado antes de tudo do ponto de vista do poder,*” a teoria kelseniana “*coloca no vértice do sistema não o poder soberano, mas a norma fundamental*” e “*considera o Estado (e qualquer outro poder organizado) do ponto de vista normativo.*” Bobbio conclui que norma e poder não são mais do que “*duas faces da mesma moeda,*” no sentido de que o Estado, como poder *organizado*, pressupõe normas, e as normas não se impõem como *obrigatórias* sem a investidura de pessoas ou instituições em *poder* de garantir, até pela força, que o sejam.¹

Sem que necessitemos aqui discutir os termos em que Bobbio efetua essa aproximação – ou o grau de probabilidade de que um antigo romano ou

um homem medieval viessem a subscrevê-la –, podemos tomá-la em sentido negativo, como índice da *distância* entre direito e poder, de um lado, e religião, ética e tradição, de outro; ou como resultado da sujeição de quaisquer outras ordens de feição jurídica à do Estado, alcançada no processo de formação do “*Estado nacional soberano, que, nascido na Europa, se espalhou recentemente por todo o mundo.*”² Michael Oakeshott sublinha que os habitantes das comunidades de que se originaram os Estados tinham no âmbito privado suas *leis*, e se definiam em torno delas,³ e considera que

“A emergência de um Estado foi, em um importante aspecto, a integração legal dos habitantes de seu território e a transformação, por reconhecimento e destruição, da lei e dos tribunais locais na lei e nos tribunais de um Estado.”⁴

É o poder *desse Estado* que pode ser tido como intercambiável com o direito *desse Estado*; mas sob a perspectiva da *auctoritas*, vimos que esse poder aparece como um resultado incerto e variável dos sucessos da *ação* e do *julgamento*, e desprovido da durabilidade de um *artefato*: antes algo a ser realizado do que um dado operacional seguro seja para a fundamentação de raciocínios, seja para a previsibilidade de conseqüências. Se assim é, o que permite considerar o poder ou o direito

como um *sólido* – em cujas faces Bobbio nota, no final do ensaio em comento, que ao lado do primeiro se estampa a *legitimidade*, e do segundo, a *eficácia generalizada*, indicando a interdependência de ambos⁵ – ou o que confere lastro a essa idéia é a contínua operação da *auctoritas*, em instâncias que tentaremos captar. Para tanto, a interdependência assinalada por Bobbio nos permite dispor das observações do campo político como vias para a compreensão do direito – tal como permitiria o contrário, se nosso objeto de exame fosse a política.

Podemos assim tomar da *moeda* de Bobbio a *efígie* – e com isto nos aproximamos da primeira das metáforas pelas quais Cicero Araujo, tratando da representação política, examina duas formas distintas de se conceber o soberano e a soberania – o *retrato* e o *drama*.⁶ O pensamento jurídico habitualmente privilegia o primeiro paradigma, e em expressões como *vontade da lei* ou *vontade do legislador*, lida com o *soberano* (ou o ordenamento) como algo dotado de *realidade ontológica*, como observa Nadia Urbinati.⁷ A metáfora do drama é no entanto aquela que nos permite divisar a *auctoritas*, mostrando o que inicialmente se designa como *soberano* antes como o signo

da *soberania* em construção – ou, no dizer de Urbinati, de *um processo inerentemente plural de unificação*.⁸

Esse processo de construção da soberania é o espaço que existe, no direito, entre a norma fundamental e a eficácia generalizada; e em seu centro se insere o crucial problema da interpretação das normas jurídicas, tratado por Hans Kelsen de forma algo desconcertante a partir da ótica do *retrato*.

De acordo com a *Teoria Pura do Direito*, o jurista perde a *objetividade* no momento em que passa da descrição das possíveis acepções de uma norma à avaliação de qual delas deva ser adotada. Sua atividade enquanto jurista cessa após o exame filológico do texto normativo e um levantamento descritivo das possibilidades lingüísticas de sua leitura, e vem a ser retomada apenas quando se torna possível catalogar os sentidos que tenham merecido a chancela da *autenticidade* por parte das instâncias oficialmente incumbidas de declarar o direito. Kelsen recusa ao que quer que o jurista diga entre esses dois momentos, ou a qualquer crítica posterior (que na verdade corresponde a um movimento do jurista tendente a se reinstalar no primeiro daqueles

marcos), o *status* de ciência do direito, afirmando tratar-se de considerações *jurídico-políticas*.⁹

A perspectiva do *drama* se encontra ao revés presente na idéia de interpretação como *tradução*, por meio da qual Tercio Sampaio Ferraz Jr. procura restaurar alguma medida de objetividade no debate entre as possibilidades semânticas oferecidas pelos textos legais, chegando à figura de um *legislador racional* – cujo perfil se delineia a partir da experiência jurídica – como o parâmetro de comparação, ou *julgamento*, das várias interpretações propostas.¹⁰

Nessa figura se abre espaço para compreender o direito como um exercício plural de *auctoritas*, ou como etapa de um processo constitutivo de poder, cujo momento *forense*, em que o significado das normas é incerto e discutido, é essencial.

II – Kelsen e o direito como *retrato*

A ciência kelseniana reclama para o direito o que Andrei Marmor conceitua como *objetividade metafísica*,¹¹ exigindo de suas proposições

que sejam rigorosamente descritivas e que tenham como referência verificável objetos existentes no mundo – fundamentalmente, as *normas*.¹² Estas se distinguem de proposições jurídicas que as descrevem pelo *sentido*: embora relacionadas umas às outras pelo *conteúdo* (a conduta que se espera seja adotada), as normas *dispõem* que algo deve ser, e as proposições *expressam* que a norma dispõe que algo deve ser.

A proposição, por conseguinte, pressupõe a anterior edição de uma norma; o sentido de uma proposição, como assinala Jean Ladrière, é “*a possibilidade que ela possui de poder ser reconhecida como verdadeira ou falsa,*” e assim equivale às “*circunstâncias que permitem assegurar-se de sua verdade ou de sua falsidade,*” ou às “*condições de sua verificação.*”¹³ E nada há por ser verificado numa proposição se ela se refere ao que ainda não está normatizado. O jurista não age como teórico ao ingressar nessa seara, mas como *político*; e o faz amiúde, como o próprio Kelsen assinala: “*isso não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como freqüentemente fazem.*”¹⁴

O viés desfavorável desse comentário não nos parece ser um modo de defender apenas o rigor da ciência em nome da qual os juristas indevidamente falam, mas, no limite dos pressupostos kelsenianos, também o que seria o próprio Estado de Direito: na medida em que é *uma nova norma* o ato que estipula qual deva ser o modo de se ler uma norma anterior, ele apenas poderia promanar de uma instância juridicamente habilitada à sua produção. Ao defender uma particular leitura da norma, por conseguinte, o jurista não agiria apenas na qualidade real de político, mas de político em certa medida *ilegítimo* – ou quando menos marginal à consideração jurídica.

O que resta como ação lúdica para o jurista é algo desalentador. Um tratado doutrinário que visasse a expor em chave kelseniana um dado conjunto de normas jurídicas teria de ser precedido de um conjunto de decisões judiciais a respeito do tema escolhido. O principal trabalho do jurista consistiria em mapear essas decisões, horizontal e verticalmente: no primeiro aspecto, separando dispositivos legais cujo sentido já estivesse pacificado pelo Judiciário de outros que ainda fossem objeto de exame e controvérsia; e no segundo, distinguindo se pacificação ou controvérsia têm sede em tribunais superiores, tribunais comuns ou juízos de primeira instância.¹⁵

A exposição que resultaria de um procedimento dessa ordem se aproxima da metáfora plástica do *retrato*, que Cicero Araujo emprega para elucidar traços da concepção hobbesiana do soberano e das noções de representação a ela pertinentes. Essa aproximação não deixa de ser sugerida pela ampla área de contato entre as noções de *interpretação* e *representação* – que no entanto apenas em artes performativas como o *teatro* chegarão a ser intercambiáveis.

A representação implica um afastamento do objeto originário, que não se dá a examinar senão sob a forma daquilo (ou daquele) que o representa; e nessa chave, a partir do momento em que uma *autorização* do conjunto representado institui o soberano como seu representante, a visibilidade do conjunto se resume à do soberano. Esse deslocamento, no direito, é dado pelo fato de que o conjunto de proposições doutrinárias não é o próprio texto legal.

Na metáfora do retrato se pressupõe contudo que uma tal passagem não se efetua de forma automática, mas sim por meio de “*um trabalho de construção do artista, a partir do material bruto que tem diante de si*”, voltado a captar

uma perspectiva especial do retratado, um traço profundo seu que não se confunde com as simples linhas corporais, mas que demarca na composição a figura do ser-representante, distinto de um homem natural.¹⁶

Esse ser-representante, longe de se confundir com o *eu* empírico do representante, expressa o *Nós* em que a comunidade política, através do soberano, se constitui e se dota de aspirações a ultrapassar a longevidade empírica de seus membros originais, e chegar à permanência.¹⁷ Há margem ainda para acréscimos à tela, e Cicero Araujo assinala que a composição inicial pode vir a ser criativamente *restaurada*, por meio de aportes que visem a incluir no retrato original também a ação interpretativa de magistrados e, eventualmente, dos próprios súditos, enquanto estes se mantêm nos limites da autorização originária.¹⁸

Podemos traçar um paralelo entre esse modelo e o kelseniano. Neste, o ato de autorização originário é pressuposto na norma fundamental, e verificado *a posteriori* como a eficácia global do sistema.¹⁹ O que antecede aquela ou o que se passa entre ela e a eficácia não é objeto de cogitação do direito, que se volta apenas às

normas promanadas de elos oficiais da cadeia de validade. E o trabalho de construção do artista é o que transforma as decisões dos intérpretes oficiais do direito no próprio *sentido* das normas, validamente declarado, em lugar de um simples conjunto de opiniões de magistrados.²⁰

O *Nós* da comunidade se demarca a partir do retrato do encadeamento desses elos, e seus contornos são dados pela delimitação do conjunto de interpretações *autênticas*. As aspirações de permanência do quadro se codificam em forma *negativa*, apresentando-se como a ausência de espaço, numa tela assim concebida, para a discussão crítica da opinião predominante e para a exposição de teses diversas – com o que a interpretação oficial se torna incomparável também no aspecto diacrônico. Não obstante, o doutrinador-retratista não pode deixar de prever sucessivas restaurações de sua obra, ciente que está de que suas proposições não eliminam (mas apenas tornam inexplicável) a inovação jurisprudencial, nem asseguram que alguma norma não deixe por completo de ser observada.²¹

Segundo Cicero Araujo, a *arte* essencial do retrato está em posicionar o soberano acima da pessoa física que o encarna e também dos interesses imediatos do conjunto de seus súditos: ele expressa mais do que a soma desses interesses – que não se desvinculam do campo privado –, e sintetiza a convergência deles para o bem *comum e permanente* da sociedade.²²

No momento em que se dá essa convergência inaugura-se uma esfera que podemos denominar *pública*, e se torna necessário reformular em outros termos – termos de *relevância pública* – os pleitos que *passam a ser* do âmbito privado, e que se queiram transferir àquela sede.²³ Paralelamente, as premissas kelsenianas desenhavam um campo a partir do qual se pode falar em *relevância jurídica*, dada pela área de contato entre os pleitos particulares e o sentido de atos de vontade normativos, da discussão que se queira travar. Nessa discussão, contudo, o sentido das normas é aquele que se tenha previamente declarado como tal: *juridicamente*, não se pode questionar a definição originária ou postular seja ela modificada.

O modelo do retrato nos proporciona, dessa forma, um soberano que sintetiza em forma rígida e homogênea o *Nós* da comunidade, e se posiciona por sobre qualquer diferença ou conflito em seu interior: o único ator político é ele próprio, retratado como detentor da plena autorização do *povo* uniformizado a que a comunidade se reduz. Transposta para o campo do direito, essa metáfora nos apresenta, como soberano, a atividade judiciária institucionalizada sob a forma de um *Poder do Estado*, e como diferença suprimida, as interpretações da lei que não tenham recebido a chancela de autenticidade. O retrato da comunidade indiferenciada é o mesmo num âmbito ou noutro – e o modelo kelseniano não tem meios de nos conduzir além desse ponto.

III – A METÁFORA DO *DRAMA*

Em oposição a essa forma de representação, Cicero Araujo pensa no *drama* como imagem apta a exprimir uma comunidade marcada pelo conflito de vários grupos sociais, que por isso não se reflete politicamente na figura de um soberano autorizado a falar e agir em nome do todo. Essa comunidade se articula por meio de uma *constituição mista*, em que se combinam princípios de vários regimes políticos, e na qual os vários grupos encontram possibilidades próprias de representação. Trata-se no

entanto de uma versão plebéia da constituição mista do pensamento clássico,²⁴ assinalando Cicero Araujo que sua descrição não propõe hierarquias de *status* fixas entre os grupos sociais rivais.²⁵

Essa comunidade vive o *drama* – ou, nos termos de nossa investigação sobre a *auctoritas*, a situação-limite – de poder a qualquer tempo passar da sua cena civil, em cujo enredo os grupos sociais “*se deixam representar por atores desarmados, os quais buscam deliberadamente soluções pacíficas para suas diferenças,*” ao *teatro da guerra*, no qual os grupos sociais se metamorfoseiam em comunidades políticas antagônicas e se conflagram de forma abertamente violenta, visando ao estabelecimento da supremacia de um deles sobre os demais.²⁶

Nesse contexto, os vários *atores* – que competem entre si, conforme Cicero Araujo, não pela consumação de uma síntese política inatingível, mas por representarem forças sociais rivais – se vêem obrigados a abrir diálogos também com os atores adversários, tendo em vista a manutenção do conflito em seu nível *civil*. O *drama* se desdobra assim numa tensão dos representantes entre os deveres para com os

representados e as obrigações para com os outros atores, e no engenho requerido para tornar conciliáveis essas duas séries de exigências. Cicero Araujo observa que a representação assim concebida

“Parece mais plausível se deixarmos de lado a idéia de que o representante simplesmente substitui o representado na arena pública, ou coloca-se em seu lugar ou age em seu nome. Melhor seria pensá-lo como a *expressão de um pólo social* que pretende representar (...). Podemos dizer que o representante *completa* o representado em vez de meramente substituí-lo (...) o representado é a face social do instituto da representação, enquanto o representante/ator é sua face política, sua expressão através de uma forma que busca transformar a percepção social do conflito. Uma não é nem deve ser o espelho da outra, e sim suas faces complementares, ao mesmo tempo em comunicação e tensão recíprocas.”²⁷

E a adoção dessa idéia de representação também implica em modificar a noção do que deva ser o controle dos representantes:

“A questão normativa principal não é se a estrutura de representantes está cumprindo apropriadamente suas obrigações de promover, no lugar dos representados, suas vontades, pleitos ou interesses (...). É preciso ter em conta o contexto inteiro da representação: haverá, por um lado, a interface entre o social e o político, e, por outro, a relação entre os próprios representantes na cena pública, em que cabe dramatizar o atrito social. No julgamento do desempenho dos representantes, é claro que se deve considerar a capacidade deles de levar à cena pública as queixas sociais (...). Porém, o julgamento tem de atentar igualmente para a capacidade da representação de reelaborar as queixas e torná-las mais reflexivas, dando-lhes a forma mais adequada para obter uma recepção positiva na cena pública (...). Controlar a representação (...) implica fazer o balanço de toda essa trama.”²⁸

IV – O MODELO DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

No campo jurídico, chega-se a uma semelhante alteração de perspectiva no modelo de interpretação que Tercio Sampaio Ferraz Jr. propõe como solução para o que denomina *desafio kelseniano*.

Esse modelo situa-se em linha de afinidade direta com as questões primordiais da obra densa e rigorosa de Ferraz Jr., construída em torno da

situação, no mundo, de um homem empenhado em interações discursivas por meio das quais busca a aquisição de certezas e a definição de *objetivos para o agir e razões para o falar*.²⁹

As primeiras respostas colhidas se oferecem ao homem não apenas como respostas, mas também como oportunidade para a descoberta da reflexão e do julgamento. A procura por respostas satisfatórias leva-o a distinguir aquelas que se sustentam em motivos e fundamentos das que são meramente arbitrárias.

A experiência da modalidade *fundamentante*³⁰ de resposta, ou *discurso*, dá ao homem, na situação comunicativa, as bases para prosseguir em sua busca de maneira *racional*. Ele se percebe vinculado aos seus interlocutores em termos de *mútuo entendimento*, e por isso assume, como regra discursiva básica, a transparência da fundamentação: os falantes não podem se deixar determinar, em suas ações lingüísticas, por fundamentos não apresentados na discussão,³¹ e têm o fundamental *dever de provar* o que alegam,³² incumbindo-se de refutar suficientemente as objeções que lhes sejam endereçadas.

O acordo em torno do mútuo entendimento não implica entretanto uma idealizada e permanente busca de consenso, mas ao revés, admite que a discussão possa se dar em caráter de oposição ou *conflito* fortemente partidarizado entre os falantes (*discussão-contra*). A reflexividade crescente dos conflitos, entretanto, amplia o risco de as discussões extrapolarem a racionalidade fundamentante (e de se chegar, no limite, ao *derramamento de sangue*); e para afastar essa possibilidade, os falantes concordam em instituir um comunicador especial – o editor normativo –, que se verá dotado de poderes para regular a atividade de todos e promover a solução regrada das controvérsias, absorvendo-as em seus procedimentos e normas.

Dentre as suas prerrogativas excepcionais, aquela que assume maior relevo no âmbito da interpretação é a de não se sujeitar ao ônus de provar o que alega: esse encargo se transmite a quem queira deixar de se submeter a seus comandos. Mas surge um problema quando se trata de precisar *o próprio sentido da norma*: é exatamente nessa operação que se determina *quem* é a pessoa que recebe o ônus da prova.

Numa situação concreta em que esse problema se coloque, nenhum dos litigantes poderá esperar pela atribuição oficial de sentido: isto equivale a ser vencido no processo. O comportamento empírico de partes em conflito será o de chamar a si o ônus da prova – ainda que para afirmar que ele caberia na verdade ao adversário. Todos o reivindicam, e todos falam.

Nesse momento, o editor normativo virtualmente desaparece – até por ser o único que decididamente nada tem a provar – e o seu papel unificador deixa de se fazer sentir. A norma passa a ser um dado do *passado*, e a oficialização de uma das suas interpretações possíveis, um resultado *futuro*. Emerge uma descontinuidade tendente ao infinito, semelhante ao vão que os eleatas enxergam no que interpretamos como o *movimento* da flecha ao alvo, ou de Aquiles à linha de chegada de uma corrida em que não largou na frente. O segmento de reta que parece ser um caminho tranqüilo se exhibe como a sucessão de um sem-número de pontos em que *pode estar* o endereço de uma *correta* interpretação da norma; e esta, como resultado, deixa de servir a um único sentido ou *senhor* para fazê-lo a uma desconcertante pluralidade deles. Em dada medida, o *presente* da norma é sempre um *interregnum*: no momento em que **não** se

discute o seu significado, também não se nota a sua existência – o que tanto pode significar sua aceitação plena quanto seu completo desuso.

Ferraz Jr. compara a atividade que então se desencadeia a uma série de operações de *tradução* da norma em estado bruto, dominada pelo conectivo *dever-ser*, para a linguagem cotidiana, dominada pelo conectivo *ser*. Premidos pela necessidade de oferecer soluções que façam sentido, os juristas dialogam com as normas de um modo peculiar, que termina por se constituir como uma língua intermediária, falada por todos eles – e dominada pela figura de um *legislador racional*, concebido como o centro de origem de todas as normas. Mas quem seria esse legislador, e como se opera a tradução?

V – O LEGISLADOR RACIONAL

É no século XIX, de acordo com Ferraz Jr., que a interpretação da lei aparece como problema teórico para os juristas, exigindo reflexão sobre o que ela é e qual o seu fundamento – e não apenas sobre como proceder a ela.³³

Tal percepção tem como pano de fundo o advento das grandes codificações do direito, por meio das quais não apenas se atendia à reivindicação

iluminista e jusnaturalista de adequação ao modelo de um direito racional e universalmente válido dos variados e, na dicção de Guido Fassò, “*tutt’altro che perfetti*” ordenamentos jurídicos vigentes, como também se reduzia a pluralidade deles a uma única e mais abrangente estrutura – em mais uma etapa da vitória dos Estados Nacionais sobre os corpos intermediários cujas *jurisdições* antes puderam disputar o mando sobre súditos ou cidadãos.³⁴

Fassò sublinha contudo o peso, no desencadear das codificações, do que qualifica como a *crise do direito comum* justinianeu, correspondente à grande incerteza decorrente de o longo núcleo do direito comum haver se mesclado, em sua secular existência, e em inúmeras variantes locais, a uma multifária massa de comentários e decisões tidas como fonte de direito, assim como a fragmentos de direito canônico, direitos nacionais, feudais, municipais, corporativos e costumeiros. Seguindo literalmente a idéia agostiniana do direito romano como *ratio scripta*, os juristas procuraram *transfigurá-lo* em direito natural, “*conferindo-lhe aquela intrínseca logicidade e aquela racional sistematicidade que se distinguia neste último.*”³⁵ Paralelamente, com a

positivização desse direito *natural*, surgia a tendência a tê-lo, pela própria *naturalidade*, em conta de *absoluto*.³⁶

As codificações favorecem a idéia jusnaturalista de sistematicidade – que levava, segundo Ferraz Jr., a considerar a interpretação como o ato de “*inserir a norma em discussão na totalidade do sistema*”³⁷ –, mas não eliminam a questão de definir o *modo de relação* existente entre as partes e o todo, vale dizer, definir se o sistema seria a pura combinação de partes cuja unidade poderia ser traçada, sem mais, do princípio da não-contradição (modelo mecânico) ou se encerraria algo mais do que a soma delas, encontrando-se sua unidade nesse *plus* (modelo orgânico).³⁸

O primeiro grande teórico da interpretação, Savigny, passa de uma posição a outra: preocupado inicialmente em encontrar as técnicas necessárias para mostrar aquilo que a lei *diz*, ou, como sublinha Ferraz Jr., atento essencialmente ao significado textual das leis, a ser alcançado por meio de investigações gramaticais (voltadas ao sentido vocabular da lei), lógicas (referentes a seu sentido proposicional), sistemáticas (sentido global ou estrutural) e históricas (sentido genético),³⁹

ele passa a valorizar, em sua obra posterior a 1814, “institutos de direito,” que seriam a expressão de “relações vitais” entretecidas no campo jurídico e expressivas do *Volksgeist*, o “espírito do povo” – que se torna o “*elemento primordial para a interpretação das normas.*”⁴⁰

A partir dessa mudança de posição se processa um efeito inesperado da *racionalização* iluminista da produção de normas: os juristas tomam consciência de que a sua atividade encerra a possibilidade de, no campo processual, constituir um *augere* em relação ao texto da lei.

Parte deles rejeita essa possibilidade, procurando manter estrita obediência ao sentido da lei em sua origem (*ex tunc*), determinado pelo que figuram como a *voluntas* do legislador histórico (*voluntas legislatoris*); Ferraz Jr. reúne as várias escolas que partilham dessa opinião na classe dos *subjetivistas*. Outros, os *objetivistas*, referem esse *augere* a um valor ínsito ao próprio texto legal, e relativamente independente do legislador histórico: uma *voluntas legis*, capaz de assimilar as circunstâncias do tempo presente e estabelecer o sentido da lei doravante (*ex nunc*).⁴¹

O campo de provas dessas teses é apenas sinalizado pela doutrina e pela jurisprudência, em que se documentam as elaborações mais sofisticadas de teses subjetivistas e objetivistas. Nos inúmeros embates entre elas, dos quais podemos apontar como exemplo as demandas referentes à responsabilidade civil no final do século XIX, não apenas se experimentam significados e soluções novas para as questões concretamente examinadas, num processo rememorado positivamente pelo Jossierand de *A evolução da responsabilidade civil*, e negativamente pelo Ripert de *Le régime démocratique et le droit civil moderne*,⁴² mas em termos de método se vai além.

Nessa série de confrontos, percebe-se que a adoção dos postulados subjetivistas implica reduzir o âmbito de ação dos intérpretes e dos magistrados – o poder *en quelque façon nulle* –, e fortalecer o eixo determinado pelo que, com apoio na leitura que Montesquieu empreende da constituição inglesa, os juristas identificam como instância de origem das leis: o *legislador*. Os ganhos em segurança jurídica não bastam entretanto para que se predique a racionalidade desse *legislador*, em cuja composição ingressam as diversas legislaturas históricas e seus variados e nem sempre manifestos pendoros ao deliberar sobre um dado tema. A fidelidade ao que se pudesse proclamar como

a vontade histórica na origem *de cada lei* resultaria em uma busca de singularidades de harmonização improvável, em prejuízo da sistematicidade ou mesmo da coerência do todo – delineando-se um *legislador* antes *caprichoso* do que racional. De outra parte, os horizontes desse ente seriam necessariamente mais estreitos do que os de seus contemporâneos, que passam a *viver* sob a lei concebida apenas idealmente; e esse problema se acentua em relação às pessoas de época posterior, para as quais a lei e as suas intenções de origem podem soar como anacrônicas, inadequadas ou mesmo profundamente injustas.

Nota-se em contrapartida que, pelas premissas objetivistas, o âmbito de ação dos intérpretes se amplia ao máximo – Ferraz Jr. fala mesmo em *um certo anarquismo*⁴³ –, e que a *racionalidade*, no sentido de adequação de meios a fins, se desequilibra em favor destes, com prejuízo da própria inteligibilidade (e possibilidade de predicação de legitimidade) da escolha daqueles. Sem limites nesse âmbito, ao legislador se substituem, sob a capa da *voluntas legis*, as vontades de seus plúrimos intérpretes, a massa imprecisa e fragmentada de vários propósitos aos quais estes querem atender e a impossibilidade de diálogo entre posições às quais se chega por vias

heterogêneas e arbitrariamente eleitas. Nesse cenário, o que se torna algo *caprichoso* não é o legislador, mas sim a própria racionalidade.

O debate jurídico, no entanto, flui; o *augere* se instala, e é assimilado. A idéia de tradução quer dar conta daquilo que permite esse resultado; e o faz pela demarcação de um campo em que julgamento e reconhecimento se manifestam – isto é, em que a *auctoritas* encontra espaço. Onde, contudo, se situa esse campo?

VI – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO TRADUÇÃO.

Ferraz Jr. nota que as traduções acontecem, e não se processam nem por meio de uma comparação entre a língua, a realidade e a outra língua – pressuposto de um naturalismo ao qual se assemelha a posição objetivista, que crê na possibilidade de se chegar sem a língua (ou meios sobre cujo uso há consenso) a uma realidade a que todos tenham imediato acesso e que possam portanto traduzir, em seus variados idiomas, de igual maneira –, nem por meio da substituição dessa realidade por idéias – postulado que implica o acesso extra-lingüístico ao pensamento não articulado,

necessário para se identificar a *voluntas legislatoris* em *locus* distinto dos próprios atos lingüísticos que a expressam.⁴⁴

De acordo com Ferraz Jr., a passagem de uma língua para outra envolve uma comparação das respectivas estruturas, formadas por regras básicas, cuja inobservância resulta em sentenças desprovidas de sentido, e por regras secundárias, voltadas a evitar a produção de ambigüidades. A tradução é simples se as regras básicas de duas línguas são semelhantes; mas há casos em que elas não coincidem, e neles se torna necessária, para a tradução, a criação de uma *terceira língua* – que contenha em suas regras secundárias as regras básicas das outras duas.

A criação dessa língua intermediária e o manejo das línguas de origem e de destino requer no entanto a intervenção de um *tradutor*, e o adiantamento a este de um crédito de confiança – *autoridade-axioma* – por parte dos destinatários de seu trabalho. Pode-se pensar aqui na sua escolha como algo análogo à investidura em um *mandato*, em termos de representação política, e examinaremos esse tema em pormenor no próximo capítulo; mas trata-se de um mandato que, como na

metáfora do *drama*, não se prende exclusivamente às inclinações do representado, mas também — ou essencialmente — à manutenção de um espaço comum de operações discursivas.

A competência desse tradutor se afirma como habilidade de manipular o espaço de comunicação segundo três vetores: uma reta traçada na horizontal divide-o em *alto* e *baixo*, sinalizando hierarquia, e por meio dela se almeja a neutralização dos comunicadores, assim como a imposição como absolutos de sentidos determinados conjunturalmente. Uma linha vertical delimita os campos *dentro* e *fora*, ou critérios de participação, e com ela se quer neutralizar terceiros, induzindo-se à suposição de uma tácita e consensual aprovação ao trabalho do tradutor. E uma linha diagonal cinde o espaço em *claro* e *escuro*, relevante e irrelevante, voltando-se aos próprios símbolos e aos sentidos que deles se possam extrair.

Ferraz Jr. não nos ilude acerca da natureza do processo: trata-se aqui de um exercício de *violência simbólica*, ou do poder de imposição de significações como *legítimas*, dissimulando-se as relações de força que estão no

fundamento da própria força; no entanto, afora pela expressiva limitação decorrente do fato de que o tradutor não *escolhe* nem *cria* o espaço de comunicação – em que é apenas e condicionalmente *aceito* – o perfil de sua ação não se reconduz ao paradigma potestativo.

Isto porque o crédito que lhe foi adiantado não é uma garantia do êxito de sua interpretação, que se orienta e se mede pelo papel que ela desempenhe na construção e manutenção de um espaço discursivo para a apreciação, ainda que conflitiva, da *quæstio*. A *verticalidade* ainda presente na violência simbólica é por isso *medida*, e vinculada ao estabelecimento da *horizontalidade* que possibilita a comparação das várias interpretações propostas: o tradutor nunca é o único tradutor, e não se firmará entre os seus concorrentes se sua palavra for por eles desqualificada como expressão *violenta* de um idioma estranho ou de um interesse particular desmedido.

O êxito na tradução pressupõe dessa forma um grau objetivo de *desprendimento*: o tradutor tem de se deixar envolver pelos traços do objeto, que, não sem o afastarem do que até então era seu conjunto de saberes estabelecidos, preparam-no para comunicar aos demais envolvidos no processo um sentido – ou um *valor*

– ao qual estes também podem aceder, e que ao menos não podem desconsiderar. Sua tradução tem de se pautar, dessa forma, por regras de que os demais tradutores não podem prescindir; e regras que haveriam de ser observadas se as normas jurídicas proviessem todas de um legislador plenamente racional.

Na figura deste *legislador* racional está o duplo positivo das críticas que objetivistas dirigiram a subjetivistas e daquelas dirigidas por estes aos primeiros: de acordo com Ferraz Jr., *ele* é concebido como uma pessoa *singular*, a despeito da multiplicidade de instâncias envolvidas na atividade legislativa; *permanente*, sobrevivendo aos parlamentares que votaram a norma dada a interpretar; *único*, e autor de todas as normas do ordenamento; *consciente*, tendo presente o teor e o alcance de cada uma delas; *finalista*, dirigindo todos os seus atos a algum propósito; *onisciente*, possuindo o domínio de todos os fatos no presente, no passado e no futuro; *onipotente*, por fazer suas normas valerem até que as revogue; *justo*, e jamais inclinado à prática de injustiças; *coerente*, mesmo que pareça se contradizer; *onicompreensivo*, por haver disciplinado todas as situações da vida com o seu ordenamento; *econômico*, no sentido de jamais incorrer em

redundância; *operativo*, impondo utilidade a todas as palavras de que se vale; e *preciso*, por trabalhar as palavras da linguagem natural em sentido rigorosamente técnico.⁴⁵

Essas “propriedades” do legislador racional não são fragmentos de uma teoria rígida e sistematizada, mas **tópicos**, pontos de vista de uma experiência jurídica que os debates entre subjetivistas e objetivistas alimentaram, decantados ao longo do tempo como **perguntas** a que as normas editadas pelos sucessivos legisladores reais tiveram de responder para que o respectivo sentido pudesse ser decodificado. No contexto da tradução, essas questões já destacadas do âmbito de origem atuam como índices de como proceder ou argumentar em novas discussões, vale dizer, como *regras de desambiguação*, que atraem o que na origem era axiomatizado e lhe emprestam maleabilidade. O trabalho do tradutor se mede com a estrutura de questões postas pelos *topoi* e, nesse confronto, torna-se também **mensurável**, ou seja, passível de comparação com outros esforços de tradução; os quais, por seu turno, não podem deixar de ser considerados como empenhos de várias *auctoritates*, na medida em que operam sobre a mesma base lingüística.

A língua hermenêutica se constitui assim como caminho para a tradução do modo imperativo da língua normativa, marcada pelo conectivo *dever-ser*, para o modo indicativo da língua da realidade, dominada pelo conectivo *ser*; e o faz por meio da constituição de um modo que poderíamos chamar de subjuntivo ou condicional, estruturado em torno de um *dever-ser ideal* – ao qual remetem frases como “*se o legislador quisesse dizer... teria usado a palavra...*”. Esse legislador não é nem o *juiz* nem o *legislador real*, nem muito menos cada tradutor em particular, mas uma construção que instaura a possibilidade de se **fundamentar** a atribuição de sentido à norma: é por referência às premissas e possibilidades codificadas nessa figura que as traduções podem ser comparadas, ou seja, que os tradutores podem **juizar** a medida em que cada um deles se desincumbiu do ônus da prova relativo ao sentido da norma.

VII – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA VISTA PELA METÁFORA DO *DRAMA*

O caráter *dramático* da interpretação jurídica como tradução é análogo àquele que os representantes políticos enfrentam na sociedade polarizada descrita por Cicero Araujo: nos dois casos, o mandatário tem de guardar fidelidade à posição ou grupo que representa, e simultaneamente às necessidades da

manutenção do espaço em que a representação se exerce. E se por essa necessidade o mandatário político tem de atuar ao lado de seus competidores, o intérprete jurídico tem de operar dentro dos limites da língua hermenêutica, respondendo às exigências de racionalidade que a constituem e que serão cobradas pelos demais intérpretes.

Uma antiga e pouco explorada intuição de Maurice Hauriou sobre o sentido *institucional* da norma jurídica⁴⁶ parece-nos restar mais clara à luz do sentido dramático da interpretação: a discussão do sentido de algo que se qualifica como *norma* implica uma medida de efetivo reconhecimento de sua existência, do sistema político do qual ela provém e dos demais interlocutores do sistema jurídico em que a discussão se processa. O mergulho no antagonismo por conseguinte produz o *assentimento* à vigência desse *ordenamento*, e o fortalece.

A norma se descortina portanto como um *cenário* para a ação de seus intérpretes; cada tradução é uma atualização de seu sentido, e nesse aspecto pode-se dizer que todas são operações de *fundação*, ou de *augere*. No entanto, a definição das possíveis interpretações em face de exigências comuns sintetizadas na figura do

legislador racional remete essa fundação ao *passado*, evitando que possa ser apropriada pelos participantes do debate jurídico – que, tal como o jurista romano que se referia às *auctoritates* do passado, sabem que atuam *em confiança*, como tradutores, e não *proprietários* do sentido da norma.

A tradução não é portanto um fazer, mas um palco da *ação*: porque se vêem uns aos outros, e são vistos pelos que lhes dão crédito, os juristas não dispõem do teor verbal da norma, nem do desembaraço em relação a meios de tratá-la que Hannah Arendt identifica como o traço platônico das idéias de fundação de Maquiavel e de Robespierre.⁴⁷ E por isso o manejo da linguagem incompatível com as premissas de racionalidade do legislador – que são premissas de continuidade da comunicação – se dá a perceber como ruptura desta, e é descartado como abusivo, ou, como observa Ferraz Jr. em suas reflexões sobre a justiça, *revogado* pelos demais participantes do drama.⁴⁸

A figura do legislador racional, dessa maneira, não apenas permite a comparação entre as várias interpretações, como também instaura, enquanto *lingua franca*, uma medida em que as várias possibilidades hermenêuticas se

tornam *comutativas*, articulando-se como alternativas aptas a preencher o *locus* que disputam na estrutura do sistema, sem prejuízo de sua unidade. E essa equivalência funcional permite que as várias interpretações surgidas no silêncio do editor normativo *coexistam* – sem que o sistema exija peremptoriamente, pela adoção de uma em um dado momento, a exclusão das demais.

Isto permite que, na qualidade de exercícios reconhecidos de uma competência comum, votos vencidos, pareceres não seguidos e opiniões doutrinárias *inautênticas* se desprendam dos casos concretos em que não são adotados e formem uma *literatura crítica*, que mantém aceso o questionamento da solução em um determinado momento majoritária. O repertório normativo se enriquece de uma memória da qual poderá lançar mão em momentos nos quais a *dramaticidade* da vida social exija a recalibração das posições dominantes.

A formulação e conservação dessas alternativas se comunica ao próprio campo político, na medida em que a obrigatória fundamentação da recusa de uma dada interpretação marca os pontos de apoio normativos da solução

vitoriosa e as deficiências de imunização das outras interpretações – e assim sinaliza estas e aqueles como possíveis objetivos *programáticos* de movimentos dirigidos a mudar a configuração legislativa. A representação política encontra na interpretação jurídica um dos meios para se deixar canalizar pelas formas institucionais do sistema e para afastar o risco de seu fracasso como representação, voltando-se à normatização e sublimando, por esse meio, a possibilidade de se trilhar o caminho em cujo horizonte último paira a figura do *derramamento de sangue*.

Mas é do próprio campo jurídico que o drama hermenêutico pode operar com êxito sobre o exterior. Cada interpretação se posiciona perante as outras como *resposta*, e a questão à qual faz face não se resume à simples exigência de que o *seu* sentido se mostre como o que estipularia o legislador racional (uma vez que as outras respostas também são selecionadas por esta premissa), mas antes abrange as interpelações dirigidas pelo conjunto das interpretações rivais – que exigem respostas suficientes para os argumentos com os quais pretendem se firmar como o sentido da norma.

As exigências do discurso fundamentante inscrevem essas outras possíveis respostas na própria estrutura daquela que se adota: se a imunização é o processo pela qual os ataques dessas respostas são rechaçados, ela não se faz senão porque tais ataques são desferidos, e na medida em que o são. O modo caracteristicamente jurídico de afirmação de algo importa sempre a negação das possibilidades contrárias; e todas estas por isso se introjetam, em forma negativa, nas decisões em que são recusadas.

A norma que se dá a compreender e aplicar juridicamente não se desvincula portanto do momento *forense* em que seus significados se defrontam, mas antes se dá a compreender e aplicar *juridicamente* por manter preservada a pluralidade dramática desse momento. O sistema jurídico tenderia a se descaracterizar como tal se pudesse prescindir dessa abertura – ou se, nos termos de Tercio Sampaio Ferraz Jr., experimentasse um desvio no sentido de *axiomatização* de seus dogmas, e procurasse excluir da cena hermenêutica as possibilidades que suas próprias *respostas* conservam.

A despeito, pois, de o debate entre os vários tradutores de sentido da norma se desencadear na perspectiva de um ato de poder, ele se inscreve em um plano de *horizontalidade*: a defesa de cada posição implica, simultaneamente à assunção dos traços do legislador racional, o reconhecimento das outras como possíveis traduções – e a demonstração (dever de prova) de que não são respostas tão boas como aquela que se defende. O que o legislador racional comunica aos debatedores não é portanto o *poder* de impor a vontade de cada qual, mas *auctoritas*, relacionada à capacidade de ouvir o que o outro (ou *todos os outros*) tem (ou têm) a dizer, de apreciar tais falas e de situá-las numa escala de valores comunicável não apenas aos que tomam a palavra – mas também àqueles em nome dos quais se fala. A *auctoritas*, aqui, não é nada menos do que a possibilidade de estabelecer um diálogo partidarizado *sobre* a norma, ou seja, de situá-la no centro de um *drama* cujos atores se mantêm não apenas na cena civil – mas em seu ato jurídico.

NOTAS:

¹ Norberto Bobbio. *Direito e Poder*, 2008, p. 170.

² **Jorge Miranda.** *Teoria do Estado e da Constituição*, 2002, p. 19.

³ Na Europa moderna que era “um mosaico de leis, de jurisdições e de procedimentos judiciais para a solução de conflitos de propriedade e para as transações cotidianas” (“a mosaic of laws, jurisdictions and judicial procedures for the settlement of disputes about property and the transactions of everyday living”), o componente legal em sentido próprio poderia ser pequeno, e o sentido mesmo de *lei* algo dúbio; mas ao ver do autor, constituiu o mais familiar padrão em cujos termos as relações entre os habitantes dessa Europa se articulavam. **Michael Oakeshott.** *On human conduct*, 1975, p. 187.

⁴ “The emergence of a state was, in one important respect, the legal integration of the inhabitants of its territory and the transformation, by recognition and destruction, of local law and local courts into the law and the courts of a state.” *Ibid.*, mesma página.

⁵ **Bobbio**, *Direito e poder*, cit., pp. 190/191.

⁶ **Cicero Araujo.** *Representação, retrato e drama*. In: *Lua Nova*, nº 67, 2006, pp. 227/260.

⁷ **Nadia Urbinati.** *Representative democracy*, 2006, p. 227.

⁸ *Ibid.*, mesma página.

⁹ **Hans Kelsen.** *Teoria Pura do Direito*, 1984, pp. 463/473.

¹⁰ **Ferraz Jr.**, *Introdução*, cit., pp. 257/259

¹¹ **Andrei Marmor**, Três conceitos de objetividade. In: **Andrei Marmor** (org.), *Direito e Interpretação*, 2004, pp. 267-302.

¹² Com a ressalva de condutas determinadas em normas jurídicas como pressuposto ou consequência e de relações inter-humanas enquanto relações jurídicas, ou “relações que são constituídas através de normas jurídicas.” **Kelsen**, *Teoria pura*, cit., p. 109.

¹³ **Jean Ladrière**, *A articulação do sentido*, 1977, p. 67 e ss. Em outros termos, pode-se dizer que *sentido* é um conceito pragmático: um *sentido-para-que* a proposição seja verificada pelo observador.

¹⁴ **Kelsen**, *Teoria pura*, cit., p. 472.

¹⁵ Nessa apresentação esquemática, aproximamo-nos da exposição de Tercio Sampaio Ferraz Junior sobre o uso competente da língua e a organização do espaço de comunicação (*Introdução*, cit., pp. 270/274). O mapeamento em questão também encerraria um corte diagonal, dado pelo aspecto de relevância, em função do qual permaneceriam em relativo esquecimento os dispositivos legais que não chegam a ser objeto de controvérsia e as interpretações que os Tribunais já houvessem desconsiderado ou não se mostrassem inclinados a encampar.

¹⁶ **Cicero Araujo**, *Representação*, cit., p. 236.

¹⁷ *Ibid.*, p. 238.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 239/240.

¹⁹ Cf. **Bobbio**, *Direito e poder*, cit., pp. 164/165.

²⁰ Compare-se com a idéia do *corpo político do Rei*, em oposição a seu corpo natural, examinada no clássico de **Ernst Kantorowicz**, *Os dois corpos do rei*, 1998.

²¹ **Kelsen**, *Teoria Pura*, cit., p. 30.

²² **Cicero Araujo**, *Representação*, cit., pp. 241/242.

²³ Referimo-nos aqui simplesmente às inflexões de linguagem que deve sofrer um discurso sobre, digamos, a propriedade, se ele se processa uma esfera na qual se torna possível condicionar o que o particular experimenta (no exemplo, como um poder sobre coisas) ao desempenho de uma *função social*. É possível tratar essa idéia de forma a que se chegue a algo tão amplo quanto as exigências da Razão Pública de John Rawls (cf. *O liberalismo político*, 1993, pp. 261/306), mas esse não é o escopo de nosso trabalho.

²⁴ O texto clássico a respeito é o exame da constituição política romana efetuado por **Políbio**. Cf. *História*, 1996, pp. 325/349.

²⁵ **Cicero Araujo**, *Representação*, cit., pp. 242/243.

²⁶ *Ibid.*, p. 246.

²⁷ *Ibid.*, pp. 248/249.

²⁸ *Ibid.*, pp. 257/259.

²⁹ Efetuamos aqui uma apresentação brevíssima dos conceitos centrais da primeira parte de *Direito, retórica e comunicação*, 1997, pp. 03/53, e do primeiro capítulo e parte do segundo de *Teoria da norma jurídica*, *cit.*, pp. 01/47, sem pretensões maiores do que a de situar a problemática da interpretação na obra de Tercio Sampaio Ferraz Junior.

³⁰ Modalidade à qual já nos remetemos ao tratar dos juristas romanos (cf. cap. I, nota 59; **Ferraz Jr.**, *Teoria da norma*, *cit.*, p. 17).

³¹ **Ferraz Jr.**, *Direito, retórica e comunicação*, *cit.*, p. 30

³² Tal regra “é vista como o centro lógico e ético da discussão racional. Lógico, porque, sem ela, não há fundamentação, nem ordem nos fundamentos. Ético, porque a racionalidade é também uma exigência de racionalidade.” **Ferraz Jr.**, *Teoria da norma*, *cit.*, p. 18.

³³ **Ferraz Jr.**, *Introdução*, *cit.*, p. 261.

³⁴ **Guido Fassò**. *La filosofia del diritto dell’otocento e del novecento*, 1994, pp.16/18. **Isaiah Berlin** nota que as doutrinas centrais dos iluministas franceses fundavam-se na “**crença**, arraigada na antiga doutrina da lei natural, de que a natureza humana era fundamentalmente a mesma em todos os tempos e lugares; de que as variações locais e históricas não tinham importância em comparação com o núcleo central constante em função do qual os seres humanos podiam ser definidos como uma espécie, assim como os animais, as plantas ou os minerais; de que havia metas humanas universais; de que uma estrutura logicamente conectada de leis e generalizações suscetíveis de demonstração e verificação podia ser construída e substituir o amálgama caótico de ignorância, preguiça mental, conjecturas, superstição, preconceito, dogmas, fantasias e, acima de tudo, o ‘erro interessado’ sustentado pelos governantes da humanidade e responsável em grande parte pelos

disparates, vícios e desgraças da humanidade.” E sublinha que os iluministas preconizavam o uso de “métodos semelhantes aos da física de Newton” nos domínios “da ética, da política e das relações humanas em geral”, apesar do pouco progresso até então obtido nessa seara, “com o corolário de que, uma vez efetuado, esse passo eliminaria os sistemas legais e as políticas econômicas irracionais e opressivas, e sua substituição pelo domínio da razão salvaria os homens da injustiça e desgraça política e moral colocando-os no caminho da sabedoria, felicidade e virtude” (**Isaiah Berlin**. O Contra-Iluminismo. *In: Isaiah Berlin. Estudos sobre a humanidade*, 2002, pp. 273-298; aqui, pp. 273/274, grifo nosso).

³⁵ “Di qui la tendenza, che se riscontra frequentemente tra il Sed ed il Setecento, a transfigurare il diritto romano in diritto naturale, conferendogli quell’intrinseca logicità e quella rationale sistematicità che si scorgevano in quest’ultimo.” *Ibid*, p. 18.

³⁶ *Ibid.*, mesma página. Cf. tb **Wieacker**, que ao comentar a importância da Escola Histórica, refere-se a um cisma profundo da jurisprudência, entre um *usus modernus* tardio, “que mesmo nas realizações brilhantes dos dogmáticos franceses Domat e Pothier, nunca tinha conseguido reconduzir os conteúdos da tradição do direito comum a princípios gerais” e, em contraposição, “uma legislação absolutista e revolucionária que, com todos os seus méritos, tinha, no entanto, tornado iminente a asfixia do espírito vivo da ciência jurídica” (*História do direito privado moderno, cit.*, p. 429)

³⁷ **Ferraz Jr.**, *Introdução, cit.*, p. 261.

³⁸ *Ibid.*, mesma página.

³⁹ A respeito das inflexões do pensamento de Savigny, veja-se também **Arthur Kauffman**, A problemática da filosofia do direito ao longo da história, *in: Arthur Kaufmann; Winfried Hassemer (orgs.), Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, 2002, pp. 56-208 (especialmente p. 165).

⁴⁰ *Ibid.*, p. 262. A concepção de *espírito do povo* de Savigny, de acordo com **Wieacker**, não tem entretanto conotações biológicas ou sociais, prendendo-se antes a uma idéia de tradição espiritual, cultural ou mesmo literária. Cf. *História do direito privado moderno*, cit., p. 439.

⁴¹ **Ferraz Jr.**, *Introdução*, cit., pp. 262/263.

⁴² **Louis Josserand**, La evolución de la responsabilidad. In: **Louis Josserand**. *Del abuso de derecho y otros ensayos*, 1999, pp. 59-87; **Georges Ripert** *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936 (cf. especialmente o subtítulo *de la responsabilité à la réparation*, pp. 329/371)

⁴³ **Ferraz Jr.**, *Introdução*, cit., p. 264.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 264/268.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 276/277.

⁴⁶ **Maurice Hauriou**. *La teoria de la institución y de la fundación – ensaio de vitalismo social*, 1968, p. 40.

⁴⁷ **Arendt**, *Entre o passado e o futuro*, cit., p. 184.

⁴⁸ **Tercio Sampaio Ferraz Jr.**. *Estudos de filosofia do direito*, 2002, pp. 263/270.

CAPÍTULO III – DISCURSO NORMATIVO E REPRESENTAÇÃO

I – REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A partir da figura do legislador racional estrutura-se uma comunidade lingüística entre os juristas, que se acham obrigados a considerar o que cada um deles diz aos outros: o alheamento a algo vertido na língua comum, isto é, apresentado como uma possível manifestação do legislador racional, implica negar relevância ao suporte de inteligibilidade do próprio ato em que se consuma, e manifesta-se como um sem-sentido que afasta da comunicação (ou *revoga*) não a fala ignorada – mas a do comunicador que a ignorou.

O risco de cair numa tal situação implica a abertura dos falantes ao conteúdo do que todos os outros têm a dizer, sintonizando-se cada qual inclusive com aqueles com os quais não tem contatos diretos. Ao contrário dos atores do cenário político, os juristas são por isso obrigados a acompanhar as discussões doutrinárias e a jurisprudência com a mesma atenção destinada às inovações legislativas. E se há pouco

pudemos mencionar a inclusão do que não se torna normativo em uma *literatura crítica*, aqui há de se notar o contrário: exige-se essa abertura ao que os outros dizem mesmo do pólo normativo da comunicação – de que podemos tomar como figura icônica, por ora, o **juiz**.

Essa abertura permite que examinemos o crédito que se concede aos detentores da competência lingüística comum para a interpretação das normas como efetivamente correspondente a um *mandato*, de estrutura dúplice, tal como no âmbito político: a comunicação jurídica, pensada como *drama*, envolve tanto a veiculação e ponderação de interesses substantivos quanto concessões destinadas à manutenção do espaço de diálogo comum. E para compreendermos a dinâmica desse processo, temos de nos debruçar de modo mais detalhado sobre a representação política, visando a precisar, de um lado, como se desenrola em seu âmbito a relação entre interesses particulares ou de grupo e o interesse geral; e de outro, que papel se reserva *aos representados* no processo de representação.

Tomamos como ponto de partida o estudo de Norberto Bobbio sobre a representação, incluído em sua *Teoria Geral da Política*. Bobbio situa o tema num contexto de ampliação da esfera política, e conseqüente *despotencialização da soberania do Estado*: conceitualmente, esta corresponde à prerrogativa de tomar, em caráter de exclusividade, decisões que vinculam a todos, e à posse de meios de as impor em um dado território; mas nos últimos decênios, sua abrangência tem recuado perante

“uma crescente extensão, e expansão, da produção jurídica em forma de acordos entre os grandes grupos de interesse no interior do Estado e entre esses grupos e o Estado, considerado por esses grandes grupos, que cresceram na sociedade civil e agora estendem suas ramificações para fora do Estado, como um parceiro.”¹

Depois de acentuar esse crescimento do peso dos interesses particulares, Bobbio sublinha que, no verbo *representar*, convivem dois sentidos para os quais a língua italiana reserva formas substantivas distintas: *rappresentanza*, quando se trata de agir em nome e por conta de outrem; e *rappresentazione*, se o que se quer exprimir é a idéia de reproduzir, espelhar ou refletir aquilo que se representa. Para ilustrar a diferença entre eles, Bobbio nota que ambos informam a idéia de *democracia*

representativa, em que o adjetivo se remete tanto ao fato de que há órgãos que tomam decisões em nome da coletividade como ao espelhamento dos diversos interesses e grupos da sociedade civil na composição desses órgãos; ao passo que na idéia de *democracia direta*, a representação no segundo sentido torna-se menos provável, já que nesse regime a deliberação sempre se dá sobre quesitos propostos em termos alternativos, ante os quais se torna “*impossível ou menos provável o espelhamento* [la rappresentazione] da sociedade. Nesse ponto, Bobbio divisa um *paradoxo da democracia direta*, que se mostra *menos representativa* do que a democracia indireta quando se toma representação no sentido de espelhamento.²

Contrapondo representação de interesses e representação política, Bobbio assinala que esta passa de *rappresentazione* a *rappresentanza* quando se segue do mandato vinculado ao mandato livre; e que aquela segue percurso análogo quando se deixa a representação de cada um dos interesses organizados e se alcança uma representação de todos os interesses, inclusive os desorganizados. Podemos dispor esses resultados em uma tabela, em cuja linha superior,

lida da esquerda para a direita, se localiza o ideal a ser atingido nessa concepção de representação:

	Representação de interesses	Representação política
<i>Rappresentanza</i> Agir em nome de outrem	Representação de todos os interesses, organizados ou não	Mandato livre
<i>Rappresentazione</i> Espelhamento	Representação de cada um dos interesses organizados	Mandato vinculado

Bobbio aproxima sem dificuldades o topo das duas colunas, afirmando que a representação política não deixa de ser uma representação de interesses, cujo diferencial está em dizerem respeito a toda a sociedade, ao invés de se cingirem à particularidade de um ou mais grupos (compreendendo ainda os interesses dispersos e os das gerações futuras). Embora nessa passagem resida a diferença que Rousseau estabelece entre a vontade de todos e a vontade geral, a atenção de Bobbio situa-se antes no movimento vertical, e na espécie de mandato necessário para que os interesses gerais possam encontrar expressão; e assim ele considera que os representantes apenas poderão exprimir mais do que interesses particulares se desfrutarem de liberdade

em relação a seus eleitores, desatando-se de instruções que houvessem recebido ou tivessem de procurar.³

A tradição a que Bobbio se alinha pode ser retrçada, e Bernard Manin o faz, desde a origem da democracia representativa – cujos fundadores não tinham em mente o restabelecimento da democracia antiga ou de uma variante sua, mas antes a constituição de um regime *absolutamente* diverso daquela, e por isso superior.⁴

Manin refere-se textualmente a Madison, que argumentava que o povo reunido não teria a capacidade de depurar e alargar o espírito público possuída por um corpo escolhido de cidadãos, cujo preparo asseguraria melhor discernimento do verdadeiro interesse do país e cuja medida superior de patriotismo e amor à justiça impediria sacrificar esse interesse a considerações efêmeras e parciais;⁵ e a Sieyès, que, apelando a um tempo à necessidade de divisão social do trabalho e à utilidade da especialização, defendia que os negócios públicos fossem objeto de uma *profissão particular*, já que na moderna *sociedade comerciante* a maior parte das pessoas se dedica a afazeres produtivos e não goza de tempo ocioso bastante para cuidar satisfatoriamente daqueles.⁶

De acordo com Bobbio, são estas as duas linhas de argumentação pelas quais os defensores do regime representativo, de todos os tempos, preconizam o mandato livre: a incapacidade do povo, por falta de tempo para a aquisição de conhecimentos específicos ou competência para discernir interesses gerais; e a sua inclinação a privilegiar, em detrimento destes (e também dos interesses dispersos ou das gerações futuras), interesses individuais, locais ou de grupo.⁷

Embora Rousseau não conceba a possibilidade de representação ou delegação de vontades, é a sua idéia de vontade geral, à qual se chega pela abstração dos interesses particulares, que informa essa concepção. Os defensores da representação aspiram torná-la veículo de um ideal de *imparcialidade* – em nada estranho àquele que se cobra na interpretação e aplicação do direito – a partir de cuja efetivação num corpo de representantes seria possível captar o interesse geral e se pautar por ele. Essa imparcialidade resulta de um distanciamento em relação ao *social*, suas facções e seus interesses parciais, cuja presença no âmbito da representação levaria ao particularismo e à ruína do bem comum.

Não obstante, a representação não se livra de vínculos com os interesses dos representados, que se estabelecem tanto por meio dos partidos políticos, sobre cuja ação Bobbio se debruça, como por meio do controle exercido pela opinião pública, cujo sentido *jurídico* foi destacado por Jellinek.

II – O RETORNO DOS INTERESSES

Jellinek concebe a representação como uma relação orgânica, em que os representantes e o povo configuram uma única entidade. Os primeiros formam o *órgão secundário* dessa unidade, incumbido de exprimir o que se deva ter como a vontade do *órgão primário*, o povo; e esta não se dá a expressar senão por meio das deliberações dos representantes.⁸

De acordo com Jellinek, os interesses diversos no seio do órgão primário não se transferem automaticamente às deliberações do órgão secundário, que normalmente resultam de negociações entre grupos nas quais o assentimento destes se dá por motivos muito variados. Bem por isso, embora no estudo preparatório das decisões haja espaço para a expressão de interesses sociais definidos, na deliberação existem apenas

a maioria e a minoria; e o que a primeira exprime não é nem a vontade da sociedade, nem a soma da vontade de alguns de seus membros ou grupos, mas a vontade unívoca do povo, e uma vontade que, embora nem sempre o faça, *deve corresponder* aos interesses comuns.⁹

Jellinek combate no entanto a tese de que o liame jurídico entre o povo e o parlamento se estabeleceria apenas por meio da constituição, em função da qual se deveria conceber a vontade dos representantes como *a própria* vontade do povo (ou como a expressão da *vontade geral*); e argumenta que nessa concepção a cidadania passa a ser atributo exclusivo dos membros do parlamento, e que o povo, como temia Rousseau, de fato se torna escravo. Se esse fosse o caso, além do mais, não seria possível explicar as grandes lutas do século XIX pela reforma política e expansão do sufrágio, que não visavam apenas à mera participação eleitoral, mas à obtenção de peso, através dos eleitos, na condução do Estado.¹⁰

Podemos dizer que a unidade entre o órgão secundário e o órgão primário, em Jellinek, cinge-se ao plano da *expressão*: as deliberações do primeiro *manifestam* a vontade do povo e o vinculam juridicamente, ou seja, são o

exercício da *rappresentanza*; mas não alcançam o plano do *conteúdo*, isto é, não subtraem do povo enquanto órgão primário a prerrogativa da *formulação* dessa vontade – processo no qual há espaço para a exposição de divergências entre grupos e para a discussão e avaliação dos interesses peculiares a cada qual.¹¹

E isso fica nítido no momento em que Jellinek atribui feição *jurídica* às regras que estipulam a duração limitada e a necessidade de renovação de mandatos, a extensão e organização do sufrágio e a eventual dissolução de parlamentos, querendo assim expressar que tais disposições não apenas evitam a *assimilação* do povo pelo órgão secundário como visam a promover a “*dependência política permanente e normal dos eleitos para com os eleitores*,” inclusive pelo controle daqueles pela opinião pública. A *rappresentazione* advém dessas regras, em que Jellinek vê a garantia de que “*a vontade de um parlamento que se houvesse desligado por inteiro do modo de pensar de um povo não possa manter-se longo tempo fora da autoridade deste*.”¹²

Estendendo seu raciocínio, Jellinek ainda nota que as regras que determinam no mais lato senso o método de composição e preenchimento de

cargos do parlamento (num rol em que podemos incluir aquelas que definem o papel dos partidos, que seccionam geograficamente o eleitorado e estipulam a bancada de cada uma de suas frações, ou que disciplinam a circulação de idéias, informações e dinheiro nas campanhas eleitorais) têm como objeto último dar forma **ao povo**, enquanto órgão primário do Estado. O povo não é a simples soma dos cidadãos, mas “*uma unidade organizada para a seleção de representantes.*” Uma mesma população se articula como povo por meio das regras que presidem essa relação, e cada mudança nessas regras define um modo distinto de *ser povo* dessa única base populacional.

A alteração mais importante verificada no conjunto das democracias representativas, na passagem do século XIX para o século XX, foi sem dúvida a universalização do sufrágio; e o conseqüente imediato dessa mudança foi o crescimento do peso dos partidos políticos – por meio dos quais os interesses particulares voltam definitivamente à cena.

Norberto Bobbio assinala que hoje são os partidos, e não os candidatos neles reunidos, os entes “*que recebem dos eleitores aquela*

‘autorização’ para agir, na qual Hobbes via a essência da representação política.”¹³ Por meio deles, opera-se uma clivagem na relação entre os eleitores e os eleitos, que se desdobra em uma relação entre o eleitorado e os partidos e em uma relação entre estes e os representantes. O eleitorado situa-se portanto apenas na posição de autor, e os eleitos aparecem somente como atores; ao passo que os partidos são atores em relação aos eleitores, e autores em relação aos eleitos, vale dizer, grupos que agregam eleitores no momento da eleição e que disciplinam os eleitos no curso dos respectivos mandatos.

Num e noutro campo, de acordo com Bobbio, o ideal do mandato livre se compromete: a sujeição dos eleitos ao controle partidário restringe-lhes a possibilidade de se pautarem por conclusões próprias acerca do que é o interesse geral; e a capacidade de que os partidos dispõem para divisá-lo vê-se igualmente limitada pela concorrência e multiplicação de agremiações, as quais, para ampliar sua fração de poder, não podem deixar de se aproximar dos interesses e das reivindicações de eleitores ou grupos cujos votos disputam.

Nesse quadro, dá-se o que Bobbio qualifica como “*a desforra da representação dos interesses sobre a representação política.*” A figura do mandato imperativo volta sorrateiramente à cena política, e se não tem a força de outras épocas (até porque a bipartição do liame entre eleitores e eleitos permite falar apenas em uma imperatividade indireta, e baseada antes em um julgamento dos partidos do que em exigências imediatas dos eleitores), Bobbio nota que seu regresso enfraquece o apelo do debate sobre instituições de representação por interesses: “*a diferença, que durante séculos foi decisiva, entre representação dos interesses particulares e representação política tornou-se cada vez mais evanescente e menos visível.*”¹⁴

III – A REPRESENTAÇÃO PENSADA A PARTIR DO ESTADO

Na classificação proposta por Nadia Urbinati Bobbio e Jellinek poderiam ser *grosso modo* referidos, respectivamente, às teorias jurídica e institucional da representação, fundadas ambas “*numa analogia Estado-pessoa e numa concepção voluntarista da soberania*”¹⁵ – que no entanto os dois autores que analisamos desenvolvem até o limite, divisando novamente o *social* e seus desejos, ou a população, no limiar dos modelos que propõem.

O ponto central da teoria jurídica (em que Urbinati situa Rousseau, Hobbes, Sieyès e Burke) não está nos termos em que seus próceres debatem a liberdade dos mandatários no exercício da representação, mas sim no fato de que essa discussão tem lugar dentro de “*uma lógica individualista e não política, na medida em que presume que o eleitor julga as qualidades pessoais de um candidato, antes de suas idéias políticas e seus projetos.*”¹⁶ Nesses parâmetros é que se torna possível pensar que a liberdade do representante e a possibilidade de ele divisar interesses gerais e se orientar por eles são grandezas que crescem em paralelo, em sentidos coincidentes (Bobbio) ou opostos (Rousseau, Kelsen).

A maior parte desses autores considera a representação uma necessidade, e não um processo em que se possa cobrar representatividade ou justiça: se ao povo soberano não é dado fazer-se *presente* em cada deliberação (ou se, como postula Madison, é de todo desejável que ele não o faça), seus representantes agem legitimados pela incontornável (ou imprescindível) *ausência* de quem os escolheu. Na representação assim concebida avulta o sentido de *rappresentanza* – e a descrição de Jellinek sobre o processo deliberativo é nesse aspecto mais consentânea com seus pressupostos do que a de

Bobbio, pois a *rappresentazione* do parlamento, entendida como especularidade em relação ao tecido social, não interfere no momento da escolha entre quesitos alternativos: tanto quanto na democracia direta, nesse momento apenas se identificam *maioria* e *minoría*.

E a essa concepção de representação centrada no Estado corresponde uma idéia de soberania como *vontade* – que o todo delega a uma de suas partes, como teme Rousseau, ou que essa parte exprime em lugar do todo de uma forma que este não poderia ou não saberia alcançar, como defendem Madison e Sieyès.¹⁷ A teoria jurídica se prolonga assim em uma tecnologia de edificação de instituições (*a technology of institution-building*),¹⁸ que, voltada a neutralizar a influência dos interesses particulares na expressão da vontade geral, atinge o paroxismo em Carl Schmitt, e na solução extrema por ele concebida como forma de chegar a esse objetivo:

“Durante a crise do parlamentarismo, no começo do século XX, Carl Schmitt reviveu a função construtivista da representação concebida por Hobbes e Sieyès e usou-a para *fazer o ausente presente*, ou para reconstruir a unidade orgânica do *volk* acima do pluralismo de interesses sociais (e contra ele) através da personificação do soberano (no líder ou *führer*). Seu objetivo era o de um Estado mais fortemente unido do que era possível através do

compromisso parlamentar entre interesses ou ‘governo por discussão.’”¹⁹

Quanto à teoria institucional, Hanna Pitkin assinala como sua especificidade o fato de tomar o grupo, e não o indivíduo, como ponto inicial da reflexão, e de assim desenvolver a idéia da representação como uma relação *orgânica*.²⁰

Urbinati observa que nem por isso tal teoria se afasta da premissa de que o Estado de Direito, a igualdade perante a lei ou a organização impessoal do Estado dependem da blindagem da esfera política aos interesses da esfera social: “*as pessoas devem esconder suas identidades concretas e sociais para fazer dos oficiais públicos agentes imparciais de decisão.*”²¹ É essa *décalage* entre o público e o privado (ou entre o cidadão e o homem) que, a seu ver, informa a oposição que Carré de Malberg estabelece entre organização e representação:

“O que se encontra no sistema chamado representativo não é um sistema de *representação* da pessoa e da vontade da nação, senão precisamente um sistema de *organização* da pessoa e da vontade da nação.”²²

Jellinek é um exemplo de que a clivagem em tela nem sempre se efetua tão incisivamente, já que para ele as regras que transformam a população em *povo* e disciplinam a renovação e o controle da legislatura têm o sentido último, tornado jurídico, de assegurar que os mandatários se sujeitem à vontade dos eleitores. No entanto, embora ele chegue a divisar o tema das relações entre interesses particulares e representação, não o desenvolve, limitando-se às indicações pontuais de que aqueles pesam antes da votação de projetos de lei, ou de que a legislatura que se desvie por completo das exigências da opinião pública logo deixará de existir.

Tal se dá pelo fato de sua reflexão ter o Estado como objeto privilegiado, admitindo o ingresso do *social* apenas em forma oblíqua, já depois de sua formatação como *povo*, ou seja, em função de seu papel institucional de órgão primário da formação da vontade estatal. É nesse sentido, e não no de uma assimilação, que se deve compreender a assertiva de que o *povo* “*tem sua própria vontade, no que respeita à competência do órgão secundário, na vontade deste, e fora dela não conhece vontade alguma.*”²³ Jellinek assinala afinal que o *povo* conserva o poder de “*expressar de um modo imediato sua vontade, enquanto esta seja uma faculdade especial que lhe compita.*”²⁴ Mas

é apenas o que lhe resta no modelo: a população se torna visível quando, como *povo*, ou seja, órgão, participa de eleições; e ou se exprime de forma imediata nesse momento, ou desaparece do horizonte da teoria e do que esta delimita como âmbito de sua atenção.

Hannah Pitkin aponta que em um tal modelo

“A representação é um tipo de ‘caixa preta’ desenhada pela inicial delegação de autoridade, dentro da qual o representante pode fazer o que lhe aprouver. Se ele deixa a caixa, se excede os limites, ele não representa mais. Não pode haver algo como representar bem ou mal; ou ele representa, ou não. Não há algo como a atividade de representar, ou os deveres de um representante; qualquer coisa feita depois do tipo correto de autorização e dentro de seus limites é por definição representar.”²⁵

IV – A REPRESENTAÇÃO PENSADA A PARTIR DA SOCIEDADE

Os desenvolvimentos de Nadia Urbinati permitem ir adiante desse ponto e integrar ao âmbito da teoria o fato de que a população representada pensa e deseja, manifestando de formas várias sua opinião, durante todo a duração não-institucional de sua existência, isto é, no período entre eleições – no curso do qual ela não se apresenta como uma unidade dada e bem delineada por regras, mas como um

universo móvel e plural de interesses, tendências e opiniões conflitantes. A autora ressalta ademais o papel que o modelo representativo confere ao *julgamento*, ao lado da vontade; e finalmente sublinha a virtude do modelo representativo como forma de expressão e unificação democrática da sociedade e de suas forças antagônicas, com vantagens inclusive sobre a democracia direta – propondo o que denomina uma *revisão democrática* da teoria da soberania popular de Rousseau.

Urbinati nota que, num regime cuja legitimidade deriva de eleições livres e contínuas, a representação não é um dado estático ou algo de que os representantes tenham a posse, mas uma relação *dinâmica e circular*: “a representação não pertence apenas a agentes governamentais ou instituições” e se desenha como um processo político “*estruturado em termos de circularidade entre instituições e sociedade.*” E antes de pretender “*tornar visível uma unidade preexistente,*” como hipoteticamente seriam a unidade do Estado, do povo ou da nação, “*ela é uma forma de existência política criada pelos próprios atores,*”²⁶ representantes e representados, cuja interação continuamente cria, avalia e recria as bases dessa unidade.

Nesse contexto, a comunicação regular e constante entre a sociedade e os representantes políticos não é apenas inevitável, mas *imprescindível*, e isso em nada conflita com “o caráter geral da lei e os padrões de imparcialidade implicados pela cidadania.”²⁷ A interpenetração entre a forma do Estado de Direito e as várias identidades sociais, nas quais se condensa o que Renato Janine Ribeiro trata como o *desejo*, caracteriza a “*rica vida política*” que o direito de voto confere aos cidadãos, permitindo-lhes fomentar “*agendas políticas concorrentes*” e influir na vontade dos legisladores “*em bases contínuas, e não apenas no dia da eleição.*”²⁸

Isso significa em outras palavras que a população nunca deixa totalmente de ser *povo*, isto é, nunca se retira por completo de cena, nem deixa de formar e manifestar opiniões, inclusive sobre o desempenho de seus representantes – com os quais procura interagir sempre que julga necessário. Os cidadãos colhem informações em múltiplas fontes e se valem de todos os meios disponíveis para se articular e influir na manifestação de seus órgãos representativos – o que abre o campo político às demandas do social. Em uma linha que evoca as considerações de Jellinek acerca do significado jurídico de *povo*, mas delas se distancia pela amplitude política que alcança, Urbinati inclui meios e

modos de comunicação, articulação e influência no âmbito da representação, assinalando que a mídia, os partidos e os movimentos organizados não são fenômenos marginais, mas elementos que viabilizam o diálogo entre “*vontade e julgamento, presença física imediata (o direito ao voto) e uma presença mediata idealizada (o direito à livre expressão e à livre associação)*” numa sociedade que é “*uma confusão viva do dualismo entre política da presença e política das idéias, dado que toda presença é um artefato discursivo.*”²⁹

No mesmo diapasão de Bobbio, Urbinati compara favoravelmente a democracia representativa à democracia direta; mas enquanto aquele infere exclusivamente da forma de deliberação majoritária a menor *rappresentazione* da democracia direta, Urbinati o faz a partir de elementos que descobre ao desdobrar a representação no tempo e em uma série de atos interligados, de padrão circular.

Em primeiro lugar, Urbinati nota que se as eleições manifestam a *vontade* do povo, a renovação periódica de mandatos e o contínuo acompanhamento da atividade parlamentar ativam sua capacidade de *julgamento*; e percebe que no curso das legislaturas o povo conserva um *poder negativo* em face de seus

representantes – acionado quando estes deixam de se comunicar satisfatoriamente com aquele, e exercido tanto em forma institucional própria (dentre as quais Urbinati menciona as hipóteses de dissolução de legislatura, *referendum* ou alguns tipos de *recall*) como nos quadros da liberdade de associação, manifestação e expressão.

Tal poder não se situa fora da ordem jurídica, nem se volta à determinação substantiva das linhas políticas a serem seguidas pelos representantes, mas se resume à prerrogativa de obstar um determinado curso de ações adotado pela representação. Esta convive com o poder negativo e por meio dele se revigora, afastando-se do risco de *malogro* na função de *força integradora* da sociedade quando sabe ler os sinais que daquele emanam.³⁰

O *malogro* se apresenta como uma crise da comunicação entre o povo e o parlamento, que Urbinati ilustra com a idéia de *despotismo indireto*, colhida em Condorcet.³¹ Essa forma despótica se instaura no momento em que a representação, sem romper a barreira da legalidade, deixa de ser *real* (distanciando-se em

demasia da base de sentidos partilhados com o eleitorado) ou passa a ser *muito desigual* (favorecendo alguns setores em detrimento de outros).³²

Numa segunda vertente, Urbinati assinala que o jogo político travado a partir da representação cria para as *idéias* e para a *opinião* um espaço que na democracia direta é preenchido apenas pelo *número*; e assim se desenrola em uma *longue durée* que ultrapassa o episódio isolado de cada deliberação.

Isto se dá porque a escolha de um representante não se resume a uma análise de traços pessoais dos candidatos, mas antes se reporta ao ideário que estes e seus partidos adotam como plataforma e adiantam como referência para a ulterior avaliação dos respectivos atos e propostas, no caso de haverem conquistado mandatos. O jogo entre elementos programáticos, resultados obtidos e o poder deliberativo do eleitorado se protraí no tempo, e a política se vincula dessa forma à agenda de longo prazo em que as eleições se sucedem e se estabelecem como rotina.

Com isso se abandona o caráter *decisionista* da democracia direta – que é em última análise o alvo da crítica de Bobbio, e que Urbinati

entrevê no fato de *cada voto* ser um exercício absoluto de vontade, sem compromisso com deliberações anteriores e sem o valor de índice da orientação das seguintes. O *deficit* de *rappresentazione* não provém da forma majoritária da deliberação, mas da imediatidade do processo decisório na democracia direta, que não cria espaços para uma expressão mais que efêmera de opiniões e interesses: a assembléia se move na unidimensionalidade de um *eterno presente*, em que o peso de qualquer daqueles é *o mesmo*, e a congruência entre várias decisões passa a ser função do *acaso*.

Em lugar do decisionismo, a representação permite que se estabeleçam linhas de *coerência narrativa* entre as várias eleições, que se entrecem em uma composição que “*une votantes através do tempo e faz de relatos ideológicos uma representação da sociedade inteira, de suas aspirações e de seus problemas.*”³³ Na *trama narrativa* assim delineada o voto assume, em cada eleição, o sentido de “*uma tentativa de dar peso às idéias, não de dotá-las de peso idêntico ou de um peso qualquer*”³⁴ – e com isso se abre espaço para que *inclusive a opinião vencida*, ou a corrente que a sustentava, se veja de alguma forma incluída, ou representada, no resultado deliberativo final.

Trata-se aqui de um ponto capital: num regime representativo, a vitória e a derrota deixam de ser *decisivas*, ou *totais*, e se esvaziam de um sentido que poderíamos chamar de *trágico* – adequando-se à escala do *drama* a que se refere Cicero Araujo. Urbinati aponta que por serem expressões de *opiniões*, e não da presença física, imediata e *total* de um colégio de eleitores, os votos não passam de *aproximações*, que nunca sinalizam uma delegação total de poder; e que sem exaurir em si os pensamentos e ações de que o eleitorado sempre é o *dominus*, os sufrágios não oferecem aos vencedores um refúgio onde possam ingressar sem preocupações, nem impõem aos vencidos um degrado sem lugar para a esperança.³⁵

Os atores desse *drama* têm a nítida percepção de que o poder *não pertence* à corrente representativa que porventura se torne majoritária e nem à maioria formada em um pleito isolado, mas sim ao conjunto dos cidadãos enquanto *coletividade*, cujas clivagens não são definitivas, não correspondem senão *grosso modo* às divisões dos grupos que disputam o poder, nem sinalizam alinhamento automático ao que estes deliberam, isoladamente ou em conjunto.

Contando por isso com suas possibilidades em eleições vindouras, os grupos vencidos não se tornam *dissidentes*, nem abandonam o registro político da *cena civil*, mas normalmente se submetem a processos de *autocrítica*, e depois deles se voltam novamente ao trabalho junto aos eleitores; enquanto que os vitoriosos de qualquer pleito sabem que *a próxima vez* pode não ser a deles.

Cientes por conseguinte de que não decidem a posição que ocupam nesse jogo, uns e outros se empenham por manter, senão melhorar, sua situação relativa; e dessa maneira

“A corrente de opiniões, interpretações e idéias que buscam visibilidade através do voto em um candidato ou em um partido consolida a ordem política. A discórdia se torna um fator de estabilidade, um motor de todo o processo político. Ela se torna o vínculo que mantém coesa uma sociedade que não tem centro visível e se torna unificada através de ação e discurso (experiências comuns de interpretação que os cidadãos compartilham, enunciam, relembram e refazem incessantemente como companheiros (*partisan-friends*)).”³⁶

A representação logra por isso traduzir o social sem dele se apropriar, abstendo-se de negar a esfera em que se decide a quem caberá o poder positivo – e em que reside sempre o poder negativo. E essa tradução se efetua em forma plural, por inscrever o social em estruturas mais amplas, vale dizer, “*em uma linguagem que é geral e quer representar o geral.*”³⁷ Nesse movimento, a representação a um tempo permite a formação de identidades (*constelações de idéias*, na expressão de Urbinati, às quais se pode aderir, ou das quais se pode dissociar) e mesmo a transformação delas, sempre possível quando o processo consiste em filtrar particularidades para apresentá-las em público e dotá-las de chances de participar na composição de maiorias, vale dizer, em uma contínua reformulação delas para uma linguagem que possibilita o diálogo político.

Urbinati dissocia assim a idéia da *rappresentanza* do paradigma da substituição implicado na idéia de *mandato livre* e propõe – muito sugestivamente – a *advocacia* como seu parâmetro. Considerando as *causas* a serem enfrentadas é que os eleitores escolhem seus *advogados*, e não lhes *confiam* aquelas sem se reservar o *poder negativo* de acompanhá-los, e de cobrar-lhes minuciosas satisfações. A *rappresentanza* se manifesta então como a liberdade de que o mandatário dispõe, durante o

andamento da *causa*, para traçar a estratégia geral de ação e decidir remanejamentos pontuais do curso definido apenas em suas linhas mestras – podendo celebrar alianças e efetuar concessões que estime sejam de interesse de seus constituintes.

De outra parte, a *rappresentazione* deixa de ser pensada como o espelhamento de “*várias identidades substanciais que não se comunicam umas com as outras*,”³⁸ e passa a ser figurada como uma relação de simples *similaridade de perspectiva* entre o discurso do representante e a identidade de seus eleitores – uma similaridade que estes e aquele “*constróem, transformam ou interrompem*”³⁹ através de discurso e opinião, que se sujeita a graus de convergência e divergência e encerra uma medida de abertura para a reformulação das especificidades que definem a relação entre o grupo e o seu representante. Em outras palavras, do espelhamento mecânico se passa à reflexão, e da vontade e identidade fixas à identidade narrativa, assentada em opinião e julgamento – e não no puro querer ou *desejo*.

Dispomos agora de elementos bastantes para refletir sobre o mandato do tradutor de sentido da norma; mas antes de voltarmos a Ferraz Jr., é

preciso sublinhar que a relação entre a interpretação e o mandato propriamente político, sem ser de identidade, não é meramente analógica. E para fazê-lo, temos de nos voltar àquela que um comentarista julgou ser a “*doutrina do direito mais genuinamente política que seja dado conceber*.”⁴⁰ a teoria de Hans Kelsen.

V – DIREITO E POLÍTICA EM KELSEN

Se a idéia da tradução coubesse no modelo interpretativo kelseniano, poderíamos dizer que o único que a exercita é o juiz, e que ele exerce seu mandato em caráter de pura *rappresentanza*, uma vez que o sentido da norma é aquele que o magistrado proclama na nova norma que edita. No entanto, ao estabelecer a produção de efeitos tendentes à aplicação de uma sanção como condição necessária e suficiente para o reconhecimento da juridicidade de qualquer interpretação, Kelsen não oferece garantias de que algum falante da língua ordinária possa reconhecer, no *decisum*, o texto normativo anterior. Ele admite expressamente o contrário;⁴¹ e no último item da *Teoria Pura*, descarta a possibilidade de se empreender, no campo *jurídico-científico*, a crítica ao resultado interpretativo.

Isso implica reconhecer, e Kelsen não se nega a fazê-lo, que um instituto tão essencial ao direito como o processo é também uma arena *política*, já que a atividade de um advogado orientada à fixação do sentido de uma norma, antes da decisão ou em grau de recurso, não pode ser tida como pura ou cientificamente jurídica.⁴²

Não deixa de ser curioso notar que o elemento posterior a uma sentença e anterior a uma decisão de segundo grau que detém a qualidade jurídica é a singela petição de interposição de recurso, que, sem que normalmente os profissionais o notem, modifica o cenário jurídico pelo acionamento de uma instância revisora, e cria deveres cujo descumprimento se torna passível de sanção. As subsequêntes razões e contra-razões de recurso, vale dizer, a crítica e a defesa da interpretação legal adotada pelo juiz, não possuem o mesmo efeito nem o mesmo *status*; e caso se dissesse que regras que impõem a consideração delas pelo juiz ou pelo tribunal as integram ao direito, seria possível replicar que a modificação do cenário jurídico não advém de algo intrínseco ao que as partes digam, mas do hipotético descumprimento daquelas regras.

Dentro do rigor kelseniano, portanto, a atividade toda que as partes e o próprio magistrado, não obstante sua investidura oficial, vivenciam como o centro do processo situa-se *fora do direito*; e o componente jurídico não é mais do que a *forma* que um embate *político* assume quando um dos contendores postula ao órgão competente a solução do caso por uma nova norma.

É de se ver entretanto que a relação entre direito e política em Kelsen é normalmente expressa em termos que sugerem a possibilidade de uma *assimilação*: em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, ele afirma que “a sociedade nada mais é que uma ordem social,”⁴³ e o Estado, “uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que contrói essa comunidade.”⁴⁴ Parece impróprio falar em uma oposição entre direito e política se sociedade e Estado, ordem e direito, são designações variadas para uma referência única – diapasão em que Kelsen prossegue ao afirmar que a comunidade “consiste tão-somente numa ordem normativa que regulamenta a conduta recíproca dos indivíduos”⁴⁵ e que, “se existe uma realidade social relacionada ao fenômeno que chamamos de ‘Estado’ e, portanto, um conceito sociológico distinto do conceito jurídico de Estado, então a prioridade pertence a este, não àquele.”⁴⁶

O que permite a Kelsen deduzir essa oposição dentro de uma teoria abertamente monista é o reconhecimento de que a vida dos indivíduos não se reduz à dimensão social, nem à forma jurídico-estatal que esta assume. Um dos pontos em que se nota que ele estabelece essa reserva é aquele em que denuncia como *ficção ideológica* a hipótese de que a ordem social, isto é, o direito, pudesse ser portadora de um *interesse coletivo*:

“Na verdade, a população de um Estado está dividida em vários grupos de interesses mais ou menos opostos entre si. A ideologia de um interesse coletivo de Estado é usada para ocultar esse inevitável conflito de interesses. Chamar o interesse expressado pela ordem jurídica de interesse de todos é uma ficção mesmo quando a ordem jurídica representa um compromisso entre os interesses dos grupos mais importantes.”⁴⁷

A ordem tem nos interesses desses grupos (e, em última análise, na liberdade dos indivíduos) o seu duplo negativo; ela é ordem à custa de contê-los, é sociedade (ou comunidade) porque em meio a eles se organiza, e é política

porque dispõe dos meios de coerção necessários para conformar os indivíduos a essa sua organização – sem no entanto reduzi-los a peças de seu próprio jogo.

Nesse sentido lemos na *Teoria Pura* que

“É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isto, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem de coacção. Com efeito, o elemento ‘político’ específico desta organização consiste na coacção exercida de indivíduo a indivíduo, e regulada por essa ordem, nos actos de coacção que essa ordem estatui.”⁴⁸

E na Teoria Geral do Direito e do Estado:

“Já que a sociedade – como unidade – é constituída por organização, é mais correto definir o Estado como ‘organização política’. Uma organização é uma ordem. Mas em que reside o carácter político dessa ordem? No fato de ser uma ordem coercitiva (...). O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito.”⁴⁹

O direito se associa à política, e simultaneamente dela se distingue, pelo seu sentido **organizador**, que permite a Kelsen defini-lo como “a

técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.”⁵⁰ É ao potencial desagregador (e entrópico) da segunda que o direito se opõe, e o faz enquanto *forma*, que toma a política como sua *matéria*.

Se o que se destaca como especificamente político no direito, no Estado, no poder ou na ordem social é a capacidade de auto-imposição coativa por sobre o reino das condutas sociais indesejadas e conflitivas, quer dos indivíduos em suas vidas particulares, quer dos grupos de interesses em que eles se inserem, essa especificidade consiste em dar *forma* a esse conjunto, regulando-o, sem contudo o suprimir. No *retrato* – para voltarmos à metáfora de Cicero Araujo – não se pinta a política não porque ela não pertença ao reino do direito, mas porque está comprimida em sua medula.⁵¹ A forma jurídica, no entanto não a esgota, e existe justamente porque ela ressurge – por exemplo como origem de interpretações não-oficiais do sentido de normas.

VI – O PROCESSO COMO REPRESENTAÇÃO: O ADVOGADO

A identificação desse componente *jurídico-político* no processo permite vê-lo como sede de uma espécie de *rappresentazione*: se as normas são a política já formalizada e a comunidade já instituída, a discussão do sentido destas é, para usar um termo de Bobbio, uma *desforra* localizada do social em estado bruto, ou a introdução de algo da política não-formalizada na dinâmica em que uma nova norma irá se produzir.

As premissas kelsenianas nos autorizam até mesmo a generalizar essa *rappresentazione*: se considerarmos que a atividade processual como um todo gira em torno da produção dessa norma individual, e que em princípio é apenas o juiz que atua *juridicamente*, deve-se concluir que não há processo sem propósitos *jurídico-políticos*, e que, por conseguinte, a *rappresentazione* não é um fenômeno esporádico do processo, mas estrutural. Se normalmente ela é um elemento que passa despercebido, isto se deve ao fato de que a imensa maioria dos casos não envolve questões de diferença de interpretação de leis, podendo-se omitir um apelo direto ao padrão unificador, isto é, o *legislador racional*.

Do ponto de vista do direito – que não é o seu único aspecto, como veremos –, o processo cumpre a função de *órgão* de captação jurídica do político; e nesse sentido podemos ler a tripartição da sentença em relatório, fundamentação e dispositivo como sinalização de um movimento da *rappresentazione* para a *rappresentanza* e desta para a formalização – em que o direito, política formalizada, se impõe sobre a política em estado bruto.

Há no entanto uma diferença entre a representação política propriamente dita e a representação jurídico-política. No primeiro caso, os interesses substantivos em jogo se confrontam em um cenário muito mais livre e *instável*, na medida em que podem se combinar em grandes frentes e agem sobre as próprias regras que estabelecem os termos constitutivos da *cena civil*. No segundo, o *editor normativo* já assumiu a tarefa de ordenar a articulação da cena; a veiculação dos interesses substantivos tem portanto de se referir também a ele, às palavras que já proferiu e às classes em que já dividiu estes últimos – reduzindo a mobilidade de que seus titulares dispõem na esfera política. Se a atenção às normas se interrompe, regressa-se à política – no limiar da passagem de sua modalidade persuasiva (*peitos*, cena civil) à violenta (*bias*, teatro da

guerra). O que importa aqui sublinhar no entanto é que o diálogo jurídico implica uma certa partilha das prerrogativas do *editor normativo* entre os vários comunicadores – que, manejando uma língua comum, se reconhecem como *auctoritates*.

Para simplificar a exposição, tomemos um processo em que as partes em conflito são duas pessoas físicas, e o objeto do litígio não reclama a atuação do Ministério Público ou de qualquer terceiro. O que se diz de uma das partes aplica-se também à outra, e o único comunicador diferenciado é o juiz, que editará, de fato, uma nova norma ao cabo do processo. Em que sentido os demais têm prerrogativas comuns a ele?

Nadia Urbinati nos mostrou que representantes políticos não são o espelho de seus representados, guardando com eles apenas *semelhança de perspectiva*. Da mesma forma, podemos notar que não é *a própria pessoa* que ingressa em um processo, mas *um aspecto* de seus interesses e de sua identidade. É aliás essa circunstância que exige a sua representação; pois esse aspecto pode significar a diferença entre vida e morte, a conservação ou perda da liberdade, a manutenção da vida familiar ou

sua ruptura e qualquer questão de especial significado para quem a desvela, mas sua *tradução* em linguagem jurídica exige a demonstração da *perspectiva* em que se *assemelha* aos termos correntes do discurso jurídico.

Nesse ponto reside a peculiaridade central do mandato daquele que assume a palavra em nome de alguém, e que também podemos simplificar como sendo **o advogado**: instado pelo particular, ele passa a moldá-lo como *parte*, expondo-lhe possibilidades e restrições, vantagens e desvantagens, riscos e benefícios de cada linha de ação que consiga figurar. *Perante o particular*, o advogado representa *o direito* – e nesse exercício de *rappresentanza* leva aquele a refletir sobre o que quer, o que fará, em que papel quer se desvelar e, no limite, sobre quem ele é ou aspira a ser *em função* de suas perspectivas jurídicas.⁵²

No âmbito privado, muitas vezes não se trata de um papel especialmente gratificante; e no âmbito público, em que a consulta assume a feição dos antigos *responsa*, o crédito de confiança adiantado ao subscritor de um *parecer* não o imuniza contra dissabores variados a que possa dar causa a consideração de sua *opinio* por

detentores de poder. No entanto, nesse papel o advogado tem de se alçar à *imparcialidade* – contemplando sobriamente a ordem jurídica para não alimentar em seu consulente ilusões sem fundamento, e sim expectativas realistas, ou pelo menos a chama de uma fundada esperança.

Nesse movimento ele *aprecia* o direito; e o que ele representa para o particular não é a pura articulação entre as normas, mas um cenário em que o pleito daquele pode ter acolhida, isto é, pode ser reconhecido como direito pelos outros intérpretes normativos, em relação aos quais o advogado pensa em modo *representativo*. Como advocacia, no sentido que Nadia Urbinati dá a esta palavra, sua *rappresentanza* se dirige portanto *destes* ao particular – a quem ele fala como *auctoritas*.⁵³

Enquanto assim procede, entretanto, o advogado distende o direito ao máximo; e pelo espaço que assim cria, ele pode assumir as inflexões do consulente, a ponto de transportá-lo para dentro de si e de suas capacidades como jurista. Se as suas primeiras palavras levam o particular a se definir perante o direito, a partir dessa definição é o direito que, na pessoa do advogado, se articula em função daquele

que se torna o seu cliente; e, da *rappresentanza* do direito, isto é, do pensar representativo (que, enquanto exercício da competência lingüística comum, remete-se ao plano do cometimento de sua fala), ele passa à *rappresentazione* de quem o toma como patrono. Nessa qualidade, o advogado não questiona a produção *racional* do direito por um *legislador* que possa ser figurado como *a vontade geral*, mas antes sublinha a *necessária* ligação entre esta e as razões que seu cliente tem; razões que ele, advogado e representante dos juristas, encontrou em sua apreciação; e que o onisciente e justo legislador racional, e todos os que falam em seu nome, nunca poderiam deixar de reconhecer.

O julgamento do advogado se resolve assim em um *augere*, que, perante os demais atores do mundo jurídico, se manifesta como uma nota distintiva em sua fala: a *lingua franca*, cujo emprego o investe em *auctoritas*, passa a ser articulada com o que se percebe, no nível do *relato*, como *a voz do particular*: trata-se de um elemento *novo*, que passa a ter espaço no direito, em cuja cena o advogado o *interpreta*. Na composição desse personagem ele será todavia tanto mais eficiente quanto menos se deixar dominar pelo exagero interpretativo, pela saturação da comunicação que corresponde ao *espelhamento*, e quanto mais se ativer à *similaridade de perspectiva* – que

o habilita a ouvir o que os outros personagens têm a dizer e a dizer o que eles possam compreender, ou seja, a *contracenar* com eles, ao invés de conduzir um solilóquio paralelo a um *drama* em andamento.

Dessa contenção depende a força persuasiva do que o advogado diz, e esta se relaciona à propriedade pragmática de *efetividade*, que Ferraz Jr. define como adequação entre relato (aqui, *rappresentazione*, o que o advogado postula) e cometimento (os fundamentos que, em seu exercício da língua comum, ele indica como base para o desempenho da *rappresentanza*):⁵⁴ este necessita de reforço tanto mais expressivo quanto maior for a distância entre a postulação e o repertório já consolidado do sistema.

A persuasão que a efetividade da fala do advogado almeja é fundamentalmente **a do juiz**: trata-se de fazê-lo admitir que o relato é uma resposta que poderia ser (e o advogado defende que *é*) a do *legislador racional*. Isto obriga o juiz a inserir essa fala em sua linha de considerações – e, deixando de ser agência de edição normativa, a *argumentar*, em pé de igualdade com seus interlocutores processuais.

VII – O PROCESSO COMO REPRESENTAÇÃO: O JUIZ

Para compreender a atuação do juiz como representante, propomos desdobrar sua figura em duas, tal como o faziam os romanos: o magistrado, incumbido de uma função de governo, e o *judex*, ocupado apenas em julgar. O que enunciamos aqui são dois tipos ideais que não atuam em separado e que, globalmente, devem se equilibrar; mas que, em perspectiva local, terminam se confundindo impropriamente. Grande medida da *arte performativa* do juiz está em sua sensibilidade para identificar se as questões que se lhe apresentam requerem uma resposta em que se acentua a *celeritas* do magistrado que decide, e que portanto fundamentalmente *inova*, ou a *gravitas* do *judex* que aprecia, e que por conseguinte considera pormenorizadamente o que em linhas gerais *já está* diante de si.

Não é necessário grande indagação para relacionar a atribuição ao juiz de poderes de magistrado à natureza conflitiva e partidarizada do embate processual. A decisão sobre medidas cautelares ou definitivas de prisão, desapossamento patrimonial, separação de lares e constrições de todo gênero; a deliberação sobre as provas

admissíveis, e a respectiva colheita junto a quem não tem, muitas vezes, a menor disposição de as fornecer; a polícia de audiências, em que partes e advogados se reencontram no ápice do litígio que conduzem, se não são já conduzidos por ele; a dura administração da coletividade de processos reunidos em uma unidade judiciária, a *vara*, em que nenhum pedido é único e muitos não se destinam ao deferimento, sem que isso implique que seus autores se reconheçam desprovidos de razão, necessidade ou urgência: não se exerce tais atribuições sem uma carga de mando, necessária para que cada litigante possa ser equitativamente tratado e ter seu caso conduzido a bom termo.

De modo algum se trata de um poder *nulo* – e a investidura do juiz em poderes de magistrado não apenas é uma necessidade instrumental como pragmática, sinalizando, no aspecto cometimento, o caráter meta-complementar da relação que ele mantém com os demais falantes. No entanto, o que a imagem de Montesquieu indica com precisão é que, no plano do relato, o juiz é simplesmente *judex*, isto é, que no ato essencial de sua participação no processo, ele fracassa se for buscar amparo em sua concomitante qualidade de magistrado. Como aponta Ferraz Jr., a posição do juiz

“Não pode manter-se de modo obstinado, no sentido de que o editor veja apenas e sempre o *seu* lado na relação. A autoridade tem assim de ser implementada, tanto no sentido de que possa ser compreendida, o que implica argumentação e discussão, como também fortalecida, o que implica argumentos reforçados.”⁵⁵

A figura do juiz resulta assim de uma verdadeira *kenosis* da soberania:⁵⁶ sua fala enquanto *judex* não pode apelar à sua condição de editor normativo, mas apenas à *lingua franca* em que todo o discurso normativo assenta, e na qual ele deve traduzir as particularidades do caso. Aquilo de que o *judex* dispõe é *auctoritas*; a *potestas* lhe é comunicada em sua dimensão de magistrado. E o que a *auctoritas* lhe oferece não é uma posição inatacável, mas a possibilidade de *ser reconhecido* – e não *desconfirmado*⁵⁷ – como editor normativo, atrelada no entanto ao dever de *ouvir* todos os demais falantes da *lingua franca*, de dialogar com os seus argumentos e de se expor à crítica deles.

É de se ver que a *auctoritas* disponibiliza o acesso de quem a recebe a todo o repertório e a todos os falantes do sistema: o juiz dialoga com a constituição e as normas, com os doutrinadores que as comentam, com as decisões de

outros casos, com a influência que junto aos juristas possam ter autores ou as soluções jurídicas de outros países, e, finalmente, com toda a porção da vida social passível de ser vertida em *lingua franca*, no ensejo de haurir força, nesse vasto repositório de comunicações, para dar fundamento ao que diz: “*nenhuma autoridade é autoridade em si, mas em razão de um fundamento,*” conforme aponta Ferraz Jr.⁵⁸

Aquilo a que o juiz visa é a se *autorizar* como editor normativo perante os destinatários de sua decisão. Ele não objetiva apenas solucionar o caso, mas fazer com que sua solução seja considerada, o que em última análise é fazer-se considerar – sem ter de apelar à sua própria potestade de magistrado. E sua *auctoritas* se funda igualmente no fato de que todo o repertório pode ser mobilizado pelas partes para descartar a sua fala, isto é, que atua não apenas como fundamento, mas também como controle de sua *performance*. Isto o induz à procura da forma canônica desse *autorizar-se*, análogo à *coerência narrativa* de Urbinati: trata-se do que Ferraz Jr. denomina **imunização**, ou seja, um ato de remissão de toda a discussão e dos envolvidos nela a fundamentos – normas ou regras outras – que o próprio sistema contém, e em função das quais ele, juiz, pode minimizar o risco de ter sua decisão ignorada ou qualificada como

produto de seu arbítrio. Ele a apontará assim como expressão do que a lei disciplina, como desdobramento de uma garantia constitucional, como uma em uma série de decisões que a jurisprudência como um todo firmou ou como qualquer outra figura que dissocie de sua pessoa – e remeta à *auctoritas* – a decisão que ele está por enunciar.⁵⁹

Importa notar contudo que, ao proceder dessa maneira, o juiz também se abre ao resultado da *rappresentazione* exercida pelos advogados. A ele não é dado ser reconhecido como autoridade e ignorar o que lhe é dito na língua que o autoriza; seu mandato é *vinculado* a essa língua, às normas e à fala dos demais juristas, e por isso ele tem de ouvir, compreender, considerar e definir o valor das comunicações nela efetuadas.

Ao exercer sua função de julgador, assim, ele mede o sistema com as questões suscitadas pelas partes, e o faz em profundidade, a ponto de rever, na medida em que a *efetividade* dessas falas o exigir, os próprios pontos em que o repertório parece mais definido. É na conclusão dessa etapa que ele passa da *rappresentazione* à *rappresentanza*, de *judex* a magistrado; e por meio do *augere* que

promove ao aceitar ou rejeitar pedidos e argumentos das partes, os timbres destas se incorporam à sua voz – e por meio dela ao sistema.

Aqui há de se salientar que o que a decisão judicial contém não é uma simples resposta, mas *o problema* que a sugeriu. O que passa a ter sede oficial no repertório, por conseguinte, é o que, parafraseando Urbinati, podemos chamar de *a rica vida jurídica* do processo, ou seja, todo o empenho das partes e do juiz em estabelecer, antes da decisão, pontes entre o que dizem e o que *estimam* – usando um verbo que é sinônimo de *apreciar* – que os outros comunicadores do sistema reconhecerão como uma *frase coerente* na língua comum.

VIII – O PROCESSO COMO REPRESENTAÇÃO: O REPRESENTADO

Devemos voltar nossos olhos agora para a figura do *representado*. Se o processo é para o direito um órgão de captação do conteúdo político, para *o representado* que dele dispõe é um meio de acesso de suas demandas à forma jurídica. O questionamento do significado de uma norma resulta de um *julgamento* da atividade de representação desempenhada pelos atores do cenário político (vale dizer, da

elaboração dos textos normativos) e jurídico (ou seja, da tradução desses textos para a *lingua franca* do legislador racional). Trata-se de um julgamento difuso e policêntrico, muitas vezes sem sequer um protagonista definido, que toma como objeto a lei e as suas interpretações correntes, e as confronta com a especificidade que, fazendo-se notar inicialmente talvez de maneira discreta, por vezes chega a mostrar frágeis as pretensões de suficiência ou o propósito de generalização ilimitada do repertório já existente.

Quem julga a representação, em qualquer âmbito, é sempre *o representado*, que é o mesmo *representado* da esfera política, em que Jellinek o vê organizado como *povo* para participar de eleições. No processo, entretanto, não se cuida de escolher representantes, e por isso ao invés de se formatar como *povo*, o representado assume a feição de *partes*, e partes sempre no plural, eis que essencialmente antagônicas: o que o representado veicula são *problemas* cuja solução reputa urgentes, e *problemas* que se põem perante o editor normativo e as palavras que este já proferiu. *Partes* processuais não são apenas pessoas interessadas em um provimento jurisdicional favorável a uma ou a outra delas, mas, consideradas em sua pluralidade, órgãos do *representado* para veicular suas *opiniões* sobre a ação dos que o representam.

Se essa manifestação não ganha de imediato o cenário político, ela se insere nos quadros do que Nadia Urbinati define como **poder negativo**: quando promana das *partes* um pedido de reformulação de uma certa interpretação legal, por certo não se determina positivamente que isto seja feito, até porque apenas por exceção as *partes* convergem, isto é, se uma deseja a mudança, a outra provavelmente a recusa. O que o movimento das *partes* sinaliza é que *uma porção* do social, de que uma delas é *exemplo*, não se mostra satisfeita com o resultado até então obtido da representação, embora ainda não se sinta motivada a passar ao registro do poder positivo – isto é, à articulação política propriamente dita.

Tal manifestação se dirige portanto à representação jurídica, e pesa sobre ela como a pecha do *despotismo indireto* de Condorcet, isto é, se faz decodificar como uma queixa de *irrealidade* ou distância excessiva entre a representação e *o representado*, ou de pronunciada *desigualdade* no tratamento dado a alguns setores do social em detrimento de outros. Mas, simultaneamente, o fato de o juízo desfavorável se veicular em chave negativa sinaliza confiança nas possibilidades da representação para regenerar seu liame com *o representado*.

O que o poder negativo sinaliza é a disposição de parte maior ou menor da sociedade para um *agir conjunto* com os representantes jurídicos: no século XIX, por exemplo, *propôs-se* em inúmeros processos que o centro de gravidade da responsabilidade civil por acidentes do trabalho se deslocasse da culpa; e, num percurso que posteriormente reconstituímos como uma evolução de *teorias*, as respostas se orientaram à substituição da figura originária pela do contrato, deste pelo domínio sobre o maquinário, daí para o risco da atividade econômica e, finalmente, para o poder que o chamado *empregador* exerce sobre a pessoa, desde o momento em que esta se encontra à sua disposição.⁶⁰

Podemos dizer que, em linhas gerais, a proposta *foi aceita*; e a mobilização legislativa de que resultaram as primeiras leis de acidentes do trabalho procurava responder tanto à demanda originária quanto à *aceitação* por ela obtida. Houve decerto casos em que se demarcou uma nova posição, mas as grandes linhas da mudança *proposta* não passaram solitariamente por nenhum deles, e nem mesmo pelos trabalhos doutrinários que procuraram discorrer sobre a *novidade* encerrada em cada demanda: elas se deixaram captar **no conjunto da comunicação**.

Como isto se processou? Ao estudar a representação no processo, notamos que o advogado primeiramente formata a pessoa como *parte*, e em seguida se ocupa de dar **efetividade** à sua linha de argumentação. A efetividade impõe ao juiz, cujo mandato enquanto *judex* é *vinculado*, a considerar o relato do advogado, e a assimilar o que chamamos de o *timbre* de sua voz, ainda que não aceite o pedido veiculado.

Essa consideração não capta entretanto apenas o relato e o cometimento *daquela* mensagem do advogado – e a *arte performativa* da advocacia compreende também essa capacidade de alargamento da apreciação do caso. No momento em que o juiz se volta para este, ele o compreende no quadro da situação comunicativa como um todo, isto é, localizando-o na grande e permanente troca de mensagens em que se engajam os comunicadores vários do sistema jurídico. *É a toda essa situação que o juiz se abre*, e portanto também ao que se passa nos demais processos de sua vara, nos da vara ou da comarca vizinhas, nas câmaras do tribunal a que elas se vinculam e nos tribunais superiores; ao que se colhe na doutrina e nos debates legislativos, no âmbito nacional e também no estrangeiro; e como já vimos, a toda a parcela da vida social que já foi ou que

pode ser traduzida – especialmente *por ele* – na *lingua franca* que os comunicadores jurídicos manejam.

Trata-se de um requisito pragmático de seu êxito enquanto editor normativo: uma vez que a *autorização* do juiz enquanto tal relaciona-se à demonstração de sua excelência no domínio da *lingua franca*, pode-se dizer que ele *fracassa* quando deixa de detectar, nas inflexões dessa língua, as manifestações do *representado*. E se ao contrário tem êxito, e nota que as *partes* do processo traduzem uma questão que, no conjunto da situação comunicativa, se mostra como uma proposta de *agir conjunto*, o juiz necessita se elevar do repertório à estrutura do sistema – e procurar a margem de sintonia entre a manifestação do **poder negativo** do representado e as **regras de calibração** do sistema.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. chega à idéia das regras de calibração depois de estudar sob o ponto de vista pragmático as relações de **validade** e **invalidade**. A primeira é o modo normal de operação do sistema, em que o editor normativo procura a imunização para a sua posição de autoridade no relato de uma outra

norma.⁶¹ A validade, por isso, “*expressa uma espécie de estado constante ou de estabilidade de um conjunto normativo*”, mantido por mecanismos de “*retroalimentação negativa*”, isto é, que não modificam qualitativamente o repertório já configurado.⁶²

Há momentos, no entanto, em que essa relação não basta para oferecer uma “*resposta coerente dentro de uma situação.*”⁶³ Nesse caso, há regras, no sistema, que indicam a possibilidade de inversão do padrão habitual, em nome do princípio fundamental de **imperatividade** do sistema – ao qual se relaciona o *agir conjunto* que, por meio do poder negativo, *as partes* propõem. Aquelas regras atuam sobre o que Ferraz Jr. denomina a **calibração** do sistema; e esta relaciona-se a padrões de mais larga escala aos quais o sistema tem de atentar, quando confrontado às exigências da vida social, das demandas e conflitos cuja solução se lhe pede. Nas palavras do autor,

“Para essa atuação ou funcionamento, as normas têm que estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre pela constituição de séries hierárquicas de validade, que culminam numa norma origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança em seu padrão de funcionamento, o que ocorre pela criação de uma nova norma-origem e, em consequência, de nova série hierárquica. O que regula essa criação e, portanto, a

mudança de padrão, são suas regras de calibração. Graças a elas, o sistema muda de padrão, mas não se desintegra: continua funcionando.”⁶⁴

Um ensaio sobre o juiz e o direito social, de Edgard de Moura Bittencourt, nos oferece um exemplo: o autor reporta que, em muitos processos de indenização por morte em acidente de trabalho, os magistrados se viam no dilema de seguir o direito de família codificado ou conferir uma proteção – que este não previa – a famílias que, embora plenamente constituídas, o eram sob a égide do *concubinato*, e não do casamento.⁶⁵

Esses magistrados decidiram pela proteção das concubinas, sem que normas outras os imunizassem; e deram assim início a séries normativas que, embora **inválidas**, mostraram-se **efetivas**, isto é, equilibradas nas dimensões relato e cometimento, e por isso aptas a acrescentar novos conteúdos ao sistema jurídico – promovendo a sua “*retroalimentação positiva*.”⁶⁶

Essa mudança de padrão não deixa ser regulada, mas o é pelas **regras de calibração**, que operam a partir da estrutura do sistema. Moura

Bittencourt alude a elas quando refere que o Supremo Tribunal Federal, “*em duas expressivas manifestações, colocou a questão defronte dos fins sociais da lei e em face da lesão de fato que sofre a mulher.*” Nem a menção aos fins sociais no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil implica “*equiparar a concubina à esposa no tocante ao ato ilícito de terceiro,*” nem há regra que aponte que “*não é mister, para a responsabilidade civil por ato ilícito, que seu autor tenha lesado um interesse jurídico, bastando o interesse de fato de que a concubina seja titular.*”⁶⁷ Os fins sociais, de um lado, e o princípio da responsabilidade e do não enriquecimento em virtude de ato ilícito, de outro, sinalizavam as margens do êxito possível da comunicação normativa – dentro das quais a passagem ao padrão de **invalidade** restituiria à situação a possibilidade de se traduzir em termos da língua do legislador racional: este *não poderia* deixar de prever a equiparação da concubina à esposa para os fins da questão tratada.

A *coerência narrativa*, nesse caso, passa pelo que o legislador *deveria ter dito*, dentro das balizas estruturais para o desempenho de sua função – que são aquelas que permitem o debate racional sobre *como se deve ler o que ele disse*.

As regras de calibração transpõem essa questão para o plano de compromissos maiores –

ou estruturais – do sistema, de que elas constituem o índice. E quem as aciona é o *representado*, por meio do **poder negativo** que as *partes* manejam, ao conduzir a reexame jurídico, mediante argumentações dotadas de **efetividade**, o próprio repertório do sistema. Nesse sentido, pode-se dizer que o processo não é um fenômeno circunstancialmente forense, mas o **próprio fórum** – palco do ato jurídico da cena civil da vida social.

NOTAS:

¹ **Norberto Bobbio**. *Teoria geral da política*, 2000, p. 456.

² *Ibid.*, p. 459.

³ *Ibid.*, pp. 460/461.

⁴ **Bernard Manin**. *Principes du gouvernement représentatif*, 1996, pp. 11/14.

⁵ **James Madison**, O Federalista, X, in: **James Madison, Alexander Hamilton e John Jay**. *Os artigos federalistas*, 1993, p. 137 .

⁶ *Apud Manin, Principes* , cit., pp. 11/14.

⁷ **Bobbio**, *Teoria geral da política*, cit., p. 462. A notável exceção é Kelsen, que partilha do diagnóstico de Sieyès, mas defende o mandato vinculado.

⁸ **Georg Jellinek**. *Teoría general del Estado*, 2000, p. 506.

⁹ *Ibid.*, p. 516. É de se notar a similaridade entre essa linha de argumentação e a defesa do **objetivismo** na interpretação jurídica.

¹⁰ *Ibid.*, p. 518.

¹¹ Para o sentido de expressão e conteúdo na lingüística, veja-se **Louis Hjelmslev**. *Prolegômenos a uma teoria da linguagem*, 2006, pp. 53/64.

¹² *Ibid.*, p. 521.

¹³ **Bobbio**, *Teoria geral da política*, cit., p. 469.

¹⁴ *Ibid.*, p. 471.

¹⁵ “They are both grounded in a State-Person analogy and a voluntaristic conception of sovereignty.” **Urbinati**, *Representative democracy*, cit., p. 21.

¹⁶ “An individualistic and nonpolitical logic, insofar as it presumes that electors pass judgement on candidates’ personal qualities, rather than their political ideas and projects.” Urbinati tem presentes tanto a distância entre a concepção hobbesiana da representação e a tutela (*trusteeship*) como o fato de que Burke não funda a representação em bases contratuais. *Ibid.*, p. 22.

¹⁷ Para Urbinati, essas idéias são intercambiáveis: “Parliamentary sovereignty can be seen as an electoral transmutation of Rousseau’s doctrine of the general will, although, paradoxically, once transferred to the represented Nation, that will becomes a strategy for ‘blocking the way to democracy.’” *Ibid.*, p. 23.

¹⁸ *Ibid.*, p. 22.

¹⁹ “During the crisis of parliamentarism, at the beginning of the twentieth century, Carl Schmitt revived the constitutive function of representation conceived by Hobbes and Sieyès and used it to *make the absent present*, or to reconstruct the organic unity of the *volk* above (and against) the pluralism of social interests or ‘government by discussion.’”. Urbinati ainda acrescenta que “in its radicalism, Schmitt’s case is a useful example of the incompatibility between representation as a technique for achieving a (mystical) unity of the community and political representation.” *Ibid.*, mesma página.

²⁰ “Unlike Hobbes, the *Organschaft* theorists start from the group rather than from the isolated individual; instead of being the agent of an individual, the representative becomes an organ of the group.” **Hannah Pitkin**, *The concept of representation*, 1972, p. 39.

²¹ “The people must hide their concrete and social identities to make public officials impartial agents of decision.” **Urbinati**, *Representative democracy*, *cit.*, p. 23.

²² Urbinati traduz do original para o inglês o seguinte excerto: “Lo que se encuentra en el régimen llamado representativo no es un sistema de *representación* de la persona y de la voluntad nacionales, sino precisamente un sistema de *organización* de la persona y de la voluntad nacionales.” **Carré de Malberg**, *Teoría general del Estado*, 2001, p. 942.

²³ **Jellinek**, *Teoría general del Estado*, *cit.*, p. 506.

²⁴ *Ibid.*, mesma página.

²⁵ “Representation is a kind of ‘black box’ shaped by the initial giving of authority, within which the representative can do whatever he pleases. If he leaves the box, if he exceeds the limits, he no longer represents. There can be no such thing as representing well or badly; either he represents or he does not. There is no such thing as the activity of representing or the duties of a representative; anything done after the right kind of authorization and within its limits is by definition representing.” **Pitkin**, *The concept of representation*, *cit.*, p. 39.

²⁶ “The third theory breaks with these two models. It creates a new category altogether insofar as it considers representation dynamically rather than statically: representation is not meant to make a preexisting entity – i.e., the unity of the state or the people or the nation – visible; rather, it is a form of political existence created by the actors themselves (the constituency and the representative).” **Urbinati**, *Representative democracy*, *cit.*, p. 24.

²⁷ “Reversing the maxim held by the two previous theories, (the political conception) claims that the generality of the law and the standards of impartiality implied by citizenship neither should nor need to be achieved at the expense of the political visibility of ‘the man’ (read, ‘social’ identity as distinct from and opposite to ‘political’ identity).” *Ibid.*, mesma página.

²⁸ “(The right to vote engenders) a rich political life that promotes competing political agendas and conditions the will of the lawmakers on an ongoing basis, not just on election day.” *Ibid.*, p. 26.

²⁹ “Will and judgement, immediate physical presence (the right to vote), and a mediated idealized presence (the right of free speech and free association) are inextricably intertwined in a society that is a living refutation of the dualism between the politics of presence and the politics of ideas since all presence is an artifact of speech.” *Ibid.*, pp. 24/25.

³⁰ Urbinati assinala que a concepção deliberativa habermasiana, centrada na força integradora da comunicação, deixa de iluminar o tema da *representatividade* da representação, sempre passível de gradação e, enquanto construção ideológica, sujeita a revisão e reavaliação. *Ibid.*, p. 29.

³¹ Cf. **Condorcet**, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano y otros textos*, 1997 (pp. 363-380).

³² **Urbinati**, *Representative democracy*, cit., p. 28.

³³ “Direct voting (or, in Condorcet’s words, ‘*immediate democracy*’) can be represented as a discrete series of decisions (*pointillist sovereignty*). But when politics is scheduled according to electoral terms and the political proposals the candidates embody, opinions create a narrative that links voters through time and makes ideological accounts a representation of the entire society, its aspirations and problems.” *Ibid.*, p. 31.

³⁴ “Voting is an attempt to give ideas weight, not to make them identical in weight, or with weight.” *Ibid.*, mesma página.

³⁵ “Both winners and losers know that votes themselves never exhaust their thoughts and actions and there is always room for concern or for hope.” *Ibid.*, pp. 31/32.

³⁶ “(In representative democracy) the chain of opinions, interpretations, and ideas that seek visibility through voting for a candidate or a party consolidates the political order; discord becomes a stabilizing factor, an engine of the entire political process. It becomes the bond that holds together a society that has no visible center and becomes unified through action and discourse (common experiences of interpretation that citizens share, tell, recall, and remake incessantly as partisan-friends).” *Ibid.*, p. 32.

³⁷ “But a political party translates the many instances and particularities in a language that is general and wants to represent the general.” *Ibid.*, p. 37.

³⁸ “A container of countless substantial identities that do not communicate with one another.” *Ibid.*, p. 49.

³⁹ “A similarity that they construct, transform or interrupt.” *Ibid.*, p. 51.

⁴⁰ **Wolfgang Schild**, *Las teorías puras del derecho*, 1983, p. 34.

⁴¹ “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” **Kelsen**, *Teoria pura*, *cit.*, p. 471.

⁴² Trata-se aqui do ponto que motiva o comentário de Schild acima transcrito: todos os atores do cenário jurídico disputam influência *política*, não se poupando nem o escritor que, “num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única ‘acertada.’” *Ibid.*, p. 472.

⁴³ Ordem que se define pela *função* de “motivar certa conduta recíproca dos seres humanos: fazer com que eles se abstenham de certos atos que, por alguma razão, são considerados nocivos à sociedade, e fazer com que executem outros que, por alguma razão, são considerados úteis à sociedade.” **Hans Kelsen**, *Teoria geral do direito e do Estado*, 2005, p. 21.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 262.

⁴⁵ Ou “o termo ‘comunidade’ designa o fato de que a conduta recíproca de certos indivíduos é regulamentada por uma ordem normativa.” *Ibid.*, p. 263.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 264.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 267. Esta passagem nos parece estreitamente relacionada ao trecho da *Teoria Pura* em que Kelsen deduz haver no direito um mínimo irredutível de liberdade, devido ao fato de a ordem jurídica apenas poder prescrever ações e omissões inteiramente determinadas (**Kelsen**, *Teoria pura*, cit., p. 73); mas a formulação na *Teoria Geral* é suficiente para nossa exposição, e nos dispensa de enfrentar em profundidade a indagação que o trecho da *Teoria Pura* suscita quando atentamos para a particularidade de tom em que Kelsen proclama que “nunca o indivíduo pode, na sua existência total, na totalidade de sua conduta externa e interna, do seu agir, do seu querer, do seu pensar e do seu sentir, ver a sua liberdade limitada através de uma ordem jurídica” – tom ao qual retorna, logo depois de diminuir o que acabara de consignar, ao assinalar que “mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável.” A densidade dramática dada pela irrupção de um *orador* por sob as linhas do registro de puro *cientista* que o texto de Kelsen normalmente adota sugere que a ressalva *técnica* do autor, em que ele descarta a hipótese de haver descoberto um direito natural do homem à liberdade, talvez devesse ser analisada menos pelo *relato* do que pelo *cometimento*. Trata-se no entanto de uma discussão maior do que os limites do presente trabalho.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 385.

⁴⁹ **Kelsen**, *Teoria geral*, cit., p. 273.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 28/29.

⁵¹ Essa interpenetração resta nítida na Teoria Geral do Direito e do Estado, em que Kelsen apresenta como atos imputáveis ao Estado todos aqueles *tendentes à aplicação de sanções* – chegando assim ao *sentido mais amplo* em que “a ordem jurídica é executada por todas as ações que servem como preparação para uma

sanção, em particular as ações por meio das quais se criam as normas estipuladoras de sanções” (Kelsen, *Teoria geral*, cit., p. 276). Ainda próximo à linha de Jellinek, ele considera *órgãos do Estado* todos os particulares cuja conduta se insira na ampla genealogia da aplicação de sanções, num arco que vai da celebração de contratos ao voto em eleições; e assim delineia um conceito *formal* de Estado, em que este corresponde à ordem jurídica total, ao lado de um conceito *material*, em que os atos do Estado são apenas aqueles praticados pelo “aparato burocrático formado pelos funcionários do Estado” (*ibid.*, p. 279). Na segunda edição da Teoria Pura, Kelsen prefere falar em fins mediatos e imediatos do Estado, e, fazendo concessões à linguagem ordinária, aparentemente distancia os particulares do que em sua obra anterior considerara a função pública deles; mas não deixa de pontuar sua análise com uma observação sugestiva de que não abandonou de todo seu ponto de vista anterior: “diz-se, na verdade, que o Estado faz leis, mas não se diz que o Estado elege o parlamento; *embora se pudesse dizer isto com tão bom fundamento como quando se diz que o Estado faz leis*” (Kelsen, *Teoria pura*, cit., p. 395, *italico nosso*).

⁵² Se em lugar da pessoa física temos um interesse público, disperso, ou sem titular individualizado, e do advogado, temos o Ministério Público (ou, no quadro dos interesses difusos, alguma entidade habilitada à ação), o quadro não se altera, mas apenas se internaliza: o **juízo** do direito pelo representante se defronta então com **um outro juízo** que também é dele, mas que ele efetua na qualidade de **órgão** de formulação do interesse (valendo sublinhar que entes outros que não o Ministério Público nunca o fazem em caráter de exclusividade). O Ministério Público não se desonra nunca de se perseguir a plena congruência entre as duas representações, uma vez que o objeto dos julgamentos é um único: como participante do diálogo jurídico e como órgão do interesse público, é sempre à ordem jurídica que sua visão se reporta – diferindo entre um momento e outro porque seus horizontes se *ampliam* no curso da representação. Ao reconhecimento desse *augere* se reporta a possibilidade de o Ministério Público pedir a absolvição de alguém que, como órgão, acusou.

⁵³ Podemos dizer que no exercício dessa sua primeira função, o advogado *transmite a ordem*, isto é, manifesta ao particular a existência de uma *legalidade* pré-estabelecida, em que os seus desejos encontram limites à plena ou imediata realização. Se isto de um lado promove a moderação das expectativas do representado, de outro amplia o domínio cognitivo deste sobre as regras da *civitas* – o que pode concorrer para a ativação dos poderes de que o conjunto dos cidadãos dispõe para influir politicamente na legislação.

⁵⁴ **Ferraz Jr.**, *Teoria da norma*, cit., p. 117/120.

⁵⁵ **Ferraz Jr.**, *Teoria da norma*, cit., p. 67.

⁵⁶ Para o significado de *kenosis* na teologia cristã e sua presença na filosofia (especialmente em Hegel), veja-se **Jean-Yves Lacoste**, *Dictionnaire critique de théologie*, 2007, pp. 754/757.

⁵⁷ A teoria da norma jurídica de Ferraz Jr. assinala que, no plano pragmático, o editor normativo se empenha em qualificar sua relação com os destinatários da norma (mostrando que o que diz os obriga) e em controlar as possíveis reações destes a essa qualificação (relação *meta-complementar*). *Confirmação* – a aceitação – ou *rejeição* – o descumprimento do que se reconhece como ordem – não põem em risco essa qualificação, ao contrário da *desconfirmação*, que consiste em desconsiderá-la ou ignorá-la, e com isso anular o editor e o discurso normativos. Cf. **Ferraz Jr.** *Teoria da norma*, cit., pp. 55/58.

⁵⁸ **Ferraz Jr.**, *Introdução*, cit., p. 179.

⁵⁹ **Ferraz Jr.** *Teoria da norma*, cit., pp. 106/108. Mais adiante, veremos esse tema em maior detalhe.

⁶⁰ Essa reconstituição se encontra, por exemplo, em **Octávio Bueno Magano**, *Lineamentos de infortunistica*, 1976, pp. 08 e ss.. O recorte não é contudo uniforme, nem linear: François Ewald sinaliza como término da “distorção progressiva e constante” a que a jurisprudência dezenovista submete a idéia da culpa como fundamento da reponsabilidade o caso Teffaine, julgado em 1896 e comentado por Saleilles (repertório *Dalloz*, 1897, I, p. 433). Neste ter-se-ia consagrado a idéia de que o artigo 1384, alínea primeira (*responde-se pelo dano (...) causado pelo fato (...) das coisas que se tem sob guarda*), enuncia uma regra cuja aplicação

não se subordina à do art. 1382 (*toda e qualquer ação do homem que causa a outrem um dano obriga aquele, por culpa de quem este ocorreu, a repará-lo*), sem que por isso se esteja no pleno domínio do *risco* (cf. **François Ewald**. *L'état providence*, 1986, p. 33). Na Itália, Gennaro e Giulia Ferrari destacam a importância de julgado da Corte de Apelação de Roma, datado de 10 de junho de 1896, em que a concessão de indenização se fundamentou no alcance do liame **contratual** entre o empregador e o operário – e que pedimos vênua para transcrever, como ilustração do modo pelo qual se oferece resposta a uma demanda *nova* perante o repertório: “*Se bem se considera a natureza do contrato de que se fala, é forçoso concluir que a obrigação de o responsável pela obra tutelar a integridade pessoal do operário é ínsita ao próprio contrato, sem necessidade de que seja expressamente estipulada. Em última análise, é o empreendedor que regula o trabalho e estabelece o modo e os meios para conseguir o escopo comercial que se propôs; é ele quem escolhe os instrumentos, as máquinas e a matéria prima; é ele quem determina onde, quando e como o trabalho deve ser executado, e transmite as ordens relativas. Em suma, ele é o dominus da obra, é a mente que dirige o trabalho e dispõe a seu talante do braço do locador. O qual de seu lado deve restar absolutamente passivo, não pode opor-se à mente dirigente do patrão, não tem nem pode ter a escolha dos meios seja de executar o trabalho, seja de tutelar sua pessoa, mas deve submeter-se cegamente às ordens do responsável, a disposição do qual põe suas próprias forças, confiando-lhe sua própria pessoa. Ora, como o patrão tem tantos e tão extensos direitos tácita, mas necessariamente, pela natureza do próprio contrato, o qual restaria de outra forma frustrado em seus fins, assim também tácita, mas necessariamente, tem igualmente o dever, em correspondência com os sobreditos direitos, de tutelar a integridade do operário dele dependente. Não fosse assim, faleceriam a todos e tantos direitos ínsitos à natureza mesma do contrato quaisquer deveres correspondentes, hipótese esta antijurídica em um contrato bilateral e de boa-fé, com é aquele de que se trata.*” O exame do conteúdo do contrato procura amparo na idéia pretoriana da **restitutio in integrum**: “*Além disso o operário, que loca sua mão-de-obra, não pretende (nem o poderia validamente)*

compreender na locação também sua incolumidade pessoal, mas ao revés confia a sua pessoa ao patrão, que a emprega à sua maneira, obrigando-se, pela natureza do contrato, a restituí-la ao fim do trabalho ao operário no estado de incolumidade em que a recebeu.” E sinalizando indiretamente seu caráter inovador, o julgador passa daí em diante a refutar de antemão a crítica de que ele próprio correspondesse a intromissão do Judiciário em assuntos do Legislativo: *“Nem se diga que esta teoria, que encontra sua base nos princípios gerais do direito que regulam a contratação civil ou comercial, opõe-se ao estado atual de nossa legislação (...). Decerto o Poder Judiciário não pode invadir, é elementar, o campo do Poder Legislativo sem ofender os cânones fundamentais em que se alinham em virtude da Lei as liberais instituições que governam nossa nação, mas é certo igualmente que o Poder Judiciário não excede os limites a que se circunscreve sua alta missão, mas esclarece em obséquio à lei estatutária o exercício de suas próprias atribuições quando interpreta com critérios diretivos jurídicos as disposições legislativas e a presumida vontade do legislador, com o fito de podê-la aplicar retamente aos casos concretos que se submetem à sua decisão.”* (**Gennaro Ferrari e Giulia Ferrari**, *Infortunni sul lavoro e malattie professionale*, 1995, pp. 16/17). Ambos transcrevem também excerto de uma obra de Fusinato, publicada em 1887, em que já se desenha o âmago do que futuramente se identificará como teoria do risco profissional: *“Os acidentes (...) aparecem (...), com efeito, como acessórios inevitáveis da indústria que regularmente se reproduzem. É a própria indústria que em si inevitavelmente encerra uma causa perene de perigo, independentemente de qualquer medida de prudência ou prevenção que do operário ou do patrão se possa razoavelmente pretender (...). Ora, se isto é verdade, se tais acidentes são uma condição inevitável do exercício da indústria, que se torna a única e verdadeira razão deles, não parece justo que a indústria mesma lhes suporte o ônus? E dizendo que a indústria deve suportar-lhes o peso, se compreende naturalmente o patrão ou o empreendedor que da indústria extrai o lucro.”* Pela cronologia, o que se pode dizer é que a pioneira elaboração da teoria do risco,

se foi considerada no julgamento de 1896, viu-se acolhida apenas em parte, como desdobramento do contrato (*Ibid.*, p. 19).

⁶¹ **Ferraz Jr.** distingue duas modalidades de relação de validade entre normas, de acordo com o alvo da norma imunizante. Se ela se reporta à posição de autoridade do editor da norma imunizada, ou seja, indica em seu relato que o editor da norma imunizada é autoridade, trata-se da validade condicional: tal é o caso das regras que definem a investidura e competência do juiz. Se ela se dirige ao próprio relato da norma imunizada, cuida-se da validade finalística: esse relato passa a ser exigência do relato da primeira norma, e com isso se resguarda a posição de autoridade do emissor da segunda; é o que se passa com a norma que fixa o salário mínimo em determinado patamar: a reação a ela é neutralizada pela norma antecedente em cujo relato se prevê que o mínimo deva servir para manter uma família durante um mês. A discussão passa a ser travada em torno da adequação a esse parâmetro, e não da autoridade do emissor da segunda norma. O exemplo está em *Introdução*, *cit.* pp. 181/182; a explanação sobre a validade, em *Teoria da norma*, *cit.*, pp. 109/113.

⁶² **Ferraz Jr.**, *Teoria da norma*, *cit.*, p. 125.

⁶³ *Ibid.*, mesma página.

⁶⁴ **Ferraz Jr.**, *Introdução*, *cit.*, p. 188.

⁶⁵ **Edgard de Moura Bittencourt**. O juiz comum e o direito social. In: **Edgard de Moura Bittencourt**, *O juiz*, 2002, pp. 83/86.

⁶⁶ **Ferraz Jr.**, *Teoria da norma*, *cit.*, p. 125.

⁶⁷ **Edgard de Moura Bittencourt**. *O concubinato*, 1988, p. 156.

CAPÍTULO IV – O VIGOR DA NORMA E A LIBERDADE DOS *CIVES*

I – A COLEGIALIDADE COMO MODELO DA DECISÃO JURÍDICA

Vimos que, no modelo de Tercio Sampaio Ferraz Junior, a figura do *legislador racional* comunica *auctoritas* à discussão hermenêutica sob a forma de um idioma em que os falantes podem se dirigir, compreender, criticar e apreciar uns aos outros. Não se trata de um *locus* passível de ocupação ou manipulação, uma vez que as exigências de sua *racionalidade* promanam da experiência constituída a partir de discussões jurídicas anteriores, e se oferecem igualmente a todos os interlocutores. O papel unificador que por meio dele se impõe à discussão, desde o próprio interior desta, resulta de uma estrutura de necessária *horizontalidade*, que se mantém e formalmente *igual* a os oradores e os obriga a reconhecer todos os que se pronunciam nesse idioma e a idêntico título. E nessa estrutura tem lugar inclusive o ato que, por ser externamente reconhecido como *potestas*, pode impedir o prosseguimento da discussão, mas que o fará na medida em que for reconhecido – ou apreciado – como exercício de *auctoritas*.

Embora inicialmente tenhamos tomado o juiz como figura icônica do pólo normativo da comunicação, cumpre observar que o modelo de decisão jurídica como ato de *auctoritas* não se reconduz ao *topos* da solidão do poder, uma vez que a decisão sobre o sentido de uma norma não apenas proclama como tal aquele que o magistrado endossa, mas igualmente abrange os sentidos cuja rejeição o *judex* tem de fundamentar – incorporando-os em forma negativa a seu discurso.

Cabe antes referir esse modelo à colegialidade de um *tribunal*, cujos membros, individualmente considerados, não têm domínio sobre o resultado final do julgamento, e não se distinguem por isso de seus interlocutores: nenhum deles pode falar apenas por si, uma vez que fala *por outros* (o *populus* representado e presente sob a forma de *partes*) e *para os outros* falantes; e que, em função dessa peculiaridade, fala em termos que estes e aqueles possam reconhecer como também *seus* – o que implica a modulação da própria fala como discurso que se dirige a ser *representativo* da fala dos demais. E se por isso todos os falantes se obrigam a ouvir o que os outros têm a dizer, perante esse *tribunal* uma sentença aparece antes como *um voto*, e como *votos* se

decodificam também os pronunciamentos das *partes*, aceitos ou refutados, mas de toda maneira englobados nas decisões.

É preciso deixar claro que aquilo que comparamos a um *tribunal* é algo absolutamente diverso das instâncias recursais efetivas; algo que compreende os amplos domínios da situação comunicativa em que os falantes de um dado processo não são os únicos que estão engajados, mas se perfilam ao lado de toda a *representação jurídica* – tal como a caracterizamos no capítulo anterior. O uso da língua comum não apenas franqueia o acesso do juiz ou das partes ao fluxo de mensagens constitutivo dessa situação, mas **os insere** (e aos argumentos que levantam) nesse fluxo, de forma a expô-los à avaliação de todos os falantes do idioma comum: a *performance* de cada um na tradução do sentido de uma norma é matéria cujo interesse de modo algum se cinge aos limites da lide em que se processa, mas um ato essencialmente **público**.

Nesse âmbito, a atividade de *tradução* jamais chega a um resultado que possa ser tido como definitivo, ou que, no dizer de Paul Ricœur, possua em relação ao enunciado de origem uma *identidade de sentido* que possa ser objeto de *demonstração*: o que se oferece é o vislumbre de uma *equivalência* a ser permanentemente

“buscada, trabalhada, presumida” – e que nos termos de nossa reflexão sobre a *auctoritas*, necessita ser *reconhecida*. Ricoeur assinala que sempre será possível criticar uma tradução, mas aponta como único modo de o fazer *“propor outra tradução que se presuma ou pretenda melhor ou diferente.”*¹

Para dar conta desse traço de permanente renovação, temos de inserir, na metáfora da situação comunicativa como um *tribunal*, a divisão deste em várias *câmaras*, ou pólos de aglutinação de falantes, que operam em relação de *horizontalidade* sobre a língua comum e que continuamente se aplicam a traduzir e retraduzir – de maneira melhor ou diferente – o sentido das normas. Seus desenvolvimentos resultam não apenas em um enriquecimento constante do repertório por novas traduções, mas no refinamento das bases de efetividade de cada tradução proposta, isto é, no reforço do equilíbrio entre as soluções alvitradas e os respectivos fundamentos, cuja densidade se relaciona a linhas de *coerência narrativa* (Nadia Urbinati) às quais se filiam.

Nessa atividade, as *câmaras* se empenham em estabelecer liames entre vários pontos do sistema normativo, de forma a responder ao

poder negativo das *partes* e a se fortalecer perante a leitura crítica das demais *auctoritates* – desde aquelas diretamente mobilizadas pelo caso até as que o apreciam em caráter meramente *exemplar*. Cada uma delas tem seu trabalho continuamente avaliado pelas outras, e se mede permanentemente com estas; e é de toda essa atividade crítica e construtiva que resulta a ampliação das possibilidades de *calibração* do sistema frente às correntes plúrimas da situação comunicativa, e a capacidade de naquele se encontrarem *respostas convincentes* ao que nesta se formulam como *perguntas angustiantes*: podemos dizer que as bases da imperatividade se fixam antes da *potestas* que sobre elas vem posteriormente a se erigir.

II – AS TRÊS DIMENSÕES DO VIGOR DA NORMA

Nessa linha de considerações, nossa atenção deve se voltar agora para o tema do **vigor** das normas jurídicas. Tercio Sampaio Ferraz Junior assinala que a dogmática jurídica se vale desse termo para expressar a *força vinculante* da norma, isto é, a qualidade que se manifesta como a “*impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império, independentemente da verificação de sua vigência ou eficácia.*”² Não se trata da própria vigência da norma, que diz respeito ao tempo no qual

esta tem vigor, nem de sua eficácia, relacionada à respectiva observância, espontânea ou imposta: normas revogadas e por isso de eficácia limitada podem ter vigor, que se percebe então como *ultratividade* dos respectivos efeitos em relação ao tempo (já esgotado) de vigência delas – sendo este o sentido da fórmula *tempus regit actum*.

Aparentemente, o vigor se relaciona de forma imediata à obediência, e esta será em princípio tanto maior quanto menor a controvérsia sobre o sentido ou alcance de uma norma. Mas é possível manter essa opinião depois de identificarmos, na própria expressão verbal de uma interpretação dominante, a pluralidade de sentidos da norma cujo afastamento teve de ser *justificado*, e de notarmos que essa pluralidade chega por vezes a fundar séries normativas paralelas?

Detenhamo-nos no primeiro caso, em que é ainda mais rarefeita do que no segundo, em termos de *potestas*, a inserção das possibilidades diversas no repertório: ainda assim elas se comunicam, permitindo que se alinhe em torno delas o que no capítulo II chamamos de uma *literatura crítica* das soluções predominantes – de onde pode provir até mesmo a alteração de posições aparentemente consolidadas em instâncias de elevada posição potestativa.

Assim se explica, por exemplo, que, depois de ser rejeitada por mais de 15 anos, a tese da possibilidade de progressão de regime dos condenados por crimes hediondos tenha passado a ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal: a leitura que apontava uma incompatibilidade entre a lei e a Constituição, embora rejeitada durante esse longo período, permaneceu **em atividade**, isto é, **em vigor**, dispondo de *auctoritas* para se opor à *potestas* que recobria a solução dominante; e em dado momento, o amparo de que dispunha na situação comunicativa – ou a linha de *coerência narrativa* em que se inseria – pôde ser invocado como fundamento *legitimador* da reversão do quadro até então estabilizado.

Em casos como este nota-se que o vigor não é um fenômeno linear, nem se firma exclusivamente sobre a univocidade de sentido do texto normativo – mas antes se afina com o caráter polissêmico deste. Para elucidar esse ponto, temos inicialmente de examinar o vigor dentro da polaridade de **relato** e **cometimento** que marca a comunicação normativa.

No plano do cometimento, em que a norma é um *certum*, o vigor é experimentado pelos comunicadores em forma **negativa**, impedindo a

atitude de *desconfirmação*: a predicação do vigor de uma norma expressa a impossibilidade de ignorá-la ou de fugir à sua incidência, ou seja, a percepção da norma como *norma*, num estágio anterior à sua tradução em termos de modelo de conduta, a reclamar obediência. A atitude diante do vigor negativo, oposta à *desconfirmação*, é aquela que Michael Oakeshott refere como **assentimento**:

“Uma norma é uma asserção de autoridade, não um teorema. Ela pode ser objeto de indagação, pode ser aprovada ou rejeitada, pode ser referida num argumento persuasivo voltado a ‘justificar’ uma performance ou no ato de editar um ‘comando’ sobre o que deve ou não ser feito, e pode ser teorizada em termos de seus postulados, mas ela não é por si argumentativa e (reconhecida como regra) não invoca aprovação ou desaprovação, nem se oferece como uma razão a título de justificação ou como um tema de inquirição teórica. Ela pede apenas **assentimento** em qualquer performance à qual possa se relacionar.”³

Já em forma **positiva**, o vigor se experimenta a partir do relato, mas de maneira dúplice; pois antes de a norma poder se manifestar como uma **diretriz** a ser obedecida, ela se oferece nesse plano como um *dubium* – e como tal **pede** a

atividade interpretativa, alojando em sua estrutura, ao lado da exigência de assentimento (que se afirma no plano do cometimento), um *convite à participação*.⁴

Antes de se impor como um modelo de conduta, por conseguinte, a norma o faz como um campo em que se disputa, de forma regrada, o desenho desse próprio modelo; seu vigor positivo não é portanto apenas **prescritivo**, nem se comunica em forma monológica, mas também é **participativo**, e dialógico. O aspecto em que essa participação exige uma conduta positiva diz respeito à aceitação das regras do debate pelo sentido da norma – cujo centro ético e lógico, como nos lembra Ferraz Jr., é o *dever de prova*, e cuja sintaxe se rege pelos padrões do legislador racional – e à obrigatoriedade de se acatar como *norma* apenas o que resulta desse debate, o que exclui a possibilidade de se receber como tal algo definido fora da situação comunicativa e das possibilidades de fundamentação nesta oferecidas.

O vigor negativo corresponde ao êxito da comunicação normativa em indicar aos *cives* e aos representantes jurídicos aquilo que em suas discussões deve ser considerado *normativo*. O vigor positivo-participativo, por sua vez, reporta-se ao sucesso que essa comunicação alcança em cada ocasião na qual tais sujeitos

chamam para si a tarefa de atribuir sentido ao enunciado de uma norma, e se voltam para tanto, em modo irredutivelmente plural, ao próprio sistema e ao código do legislador racional.

É nessa dimensão do vigor que o debate sobre o sentido de normas se caracteriza como um exercício de representação, situado entre o questionamento dirigido pelos *cives* ao direito e a formalização jurídica que irá receber essa demanda: ao passar do modo negativo ao modo positivo-participativo, a norma em vigor se mostra aberta para alojar as plúrimas forças em que se divide o autor mediato e endereçado direto das normas jurídicas, ou seja, o *representado*, que atua como *povo* nas eleições e como *partes* no processo.

Tal abertura complementa e reforça a dimensão negativa do vigor: já por se voltarem à especificação de uma interpretação da lei, os representantes prestam à norma o assentimento reclamado pela sua qualidade de *norma*, deixando-se orientar positivamente não pelo seu sentido, mas pelo fato de não a contestarem como tal – o que não quer dizer que não possam, no debate que se segue, questionar aspectos como sua validade (reputando-a por exemplo *inconstitucional*) ou sua

eficácia (eventualmente alegando que esta possa depender de uma norma ainda não editada).

Uma norma vigora em modo positivo-participativo, destarte, enquanto se oferece à *tradução* por parte dos juristas. Durante o tempo em que ela tem o debate como seu eixo, os falantes não a ignoram, mantêm-se ligados pela discussão e submetem-se às regras que a presidem. Assim se formulam e ganham efetividade interpretações que, embora concorrentes, têm sua diversidade limitada pela *lingua franca*, pela necessidade de se inserirem em linhas de *coerência narrativa* e pelo controle que exercem umas sobre as outras, atuando cada qual em relação às demais como manifestação fundamentada de um *dissenso* referido também ao código comum – e assim desligado de quem pessoalmente o sustenta.

Cumpre assinalar ademais que o êxito para o qual convergem todas as traduções concorrentes (e o esforço de cada qual para provar a superioridade das linhas de *coerência narrativa* em que se insere) ultrapassa o plano interno do sistema: como conjunto, as várias traduções estabelecem e consolidam pontes para várias possibilidades de calibração do sistema, e assim o guarnecem de melhores

condições para evitar que *o representado* deixe de se dispor em *partes*, isto é, para evitar que se desloque do âmbito de seu poder negativo – podendo-se dizer, *a contrario sensu*, que a redução dessas possibilidades favorece a passagem das forças conflitantes do *populus* à articulação positiva no campo político. O vigor em modo participativo-positivo promove destarte um **ganho de estabilidade** do sistema jurídico e de suas instâncias de edição de normas.

Resta examinar o aspecto **prescritivo** do vigor positivo; e já vimos que todas as interpretações da norma, fundadas nas premissas dadas pela figura do legislador racional, dele partilham em maior ou menor medida. Referido à norma, esse vigor não se resume portanto à força impositiva de uma dada interpretação, mas sim do conjunto delas e das séries normativas delas derivadas – capazes de se **alternar** na posição de hegemonia, sem prejuízo da coesão do sistema.

Isto se dá porque o *augere* das possibilidades de tradução da norma, derivado do vigor em modo positivo-participativo, constitui também uma ampliação dos modos de obediência a ela, e de reforço, por essa via, da imperatividade do sistema. A pluralidade permite antecipar e construir hoje a mudança que

a manutenção da imperatividade virá a exigir amanhã, em função de modificações que já se notam em curso na situação comunicativa e a despeito de as linhas desta ainda não haverem dado ensejo à formulação de conceitos dogmáticos correspondentes.

É certo que, em nome da segurança jurídica, os sistemas costumam ter regras que restringem essa pluralidade e as margens de discrepância entre as soluções de casos concretos. O vigor não se relaciona entretanto a essas regras; e bem o demonstra o fato de, normalmente, haver nelas próprias a previsão de requisitos especiais para o respectivo acionamento, o que evita que sejam aplicadas de forma *mecânica* e remete a possibilidade de uniformização a uma cronologia dilatada. Nessa escala de tempo, a possibilidade de uniformização resta *sinalizada* como objetivo a ser permanentemente visado; mas ao mesmo tempo se abre um *interregnum* em que novas soluções podem ser construídas e *testadas* junto às várias *câmaras* ou pólos de aglutinação de falantes da língua comum.

Os cuidados previstos no desenho de procedimentos de uniformização evidenciam a percepção de que estes encerram um **custo**: não se chega a suprimir a possibilidade de eclosão de novas traduções sem um reforço potestativo a uma

delas já estabelecida, e sem que por isso a própria norma passe por um processo de trivialização.⁵

Em relação ao primeiro aspecto, esse custo consiste no desnudamento, pelo recurso manifesto à *potestas*, do caráter de violência simbólica do ato de interpretação, que passa a se exhibir como produto de relações de força que não mais se dissimulam. Isto termina por *desautorizá-lo*, expondo à predicação de *ilegitimidade* tanto a interpretação nele contida (que se decodifica como *injusta*) como a própria instância que a impõe (que se divisa como *arbitrária*). Quanto ao segundo, o custo de se reduzir à inanidade o debate sobre o sentido de uma norma reside na possibilidade de **desinteresse** a respeito dela: os falantes não mais se ligam pela norma ou pela disputa a seu respeito, mas procuram outros meios de atender a seus fins tornados inconciliáveis.

Como resultado, a norma experimenta uma redução de sua importância na configuração do sistema; esgarçam-se as tramas de *coerência narrativa* em que ela se inseria; e seu texto passa a valer como índice de um desajuste entre o que se apresenta como *norma* e os meios de solução efetivos dos aspectos conflitivos da vida social. Há portanto um estreitamento do horizonte jurídico e das margens de ação do editor

normativo, correlato a um crescimento de possibilidades entrópicas que passam pela desconfirmação localizada da norma (leis que *não pegam* ou caem em desuso), pelo descrédito na representação e conseqüente acionamento do poder negativo do *populus* no âmbito político ou, no limite, por uma elevação da carga *dramática* da vida civil – seja sob a forma de uma rearticulação do poder positivo dos representados que acresça a tensão entre eles e seus representantes, seja pelo acréscimo de possibilidades de ruptura no horizonte dessa cena.

Nas três dimensões do fenômeno do vigor se articulam dessa maneira os dois planos da comunicação normativa: a coexistência de várias interpretações do sentido da norma e o debate contínuo acerca delas como possíveis **relatos** atua em como reforço do **cometimento** da norma, que se beneficia da pluralidade e da crescente busca por efetividade das várias traduções de sentido, e da conseqüente redução do risco de desconfirmação. Simultaneamente, o cometimento assim reforçado move os falantes para a atividade de especificação de *sua* interpretação da lei; e do empenho deles surgem e se sofisticam, isto é, ganham **efetividade**, as interpretações antagônicas.

A controvérsia sobre o sentido da norma não é portanto um prejuízo a seu vigor prescritivo-positivo – que se afirma em todas as acepções nas quais ela se traduz, e não apenas em uma delas, e que por isso também se renova com a existência de uma margem de operação para novas traduções de sentido. A ligação entre a dimensão participativa do vigor e a imperatividade do sistema nos permite matizar as exigências de uniformidade de soluções jurídicas com a observação de que a *insegurança* se transfere da aplicação localizada de normas ao sistema como um todo à medida em que se passa a *explorá-lo* como um mecanismo *fabril* – no sentido arendtiano desse termo – de supressão de desacordos. Sem serem chamados nesse caso à participação, nada impede os *cives* de, como o eu poético de Drummond, darem as costas ao que aspira a ser a *máquina do mundo* – e que por aspirar a sê-lo talvez encante menos do que uma qualquer pedra no meio do caminho.

III – O VIGOR DA NORMA E A LIBERDADE DOS CIVES

Aquilo que se exprime como vigor enquanto é pensado em função da norma diz respeito, quando referido aos *cives*, à **liberdade**; e desde logo podemos assinalar que, em face das duas acepções de liberdade definidas por Isaiah Berlin

como **negativa** e **positiva**,⁶ o vigor se posiciona de forma simetricamente oposta: em modo positivo-prescritivo, ele afeta a liberdade negativa, enquanto que em modo negativo o faz com a liberdade positiva – restando por discernir que aspecto da liberdade é afetado pelo vigor em modo positivo-participativo.

Berlin assinala a ligação conceitual da liberdade ao tema da obrigatoriedade das normas e das margens para o uso da coerção, expressa nas questões “*‘Por que devo (ou alguém deve) obedecer a outro alguém?’ ‘Por que não devo viver conforme minha vontade?’ ‘Devo obedecer?’ ‘Se desobedeço, posso ser coagido?’ ‘Por quem, em que medida, em nome do quê e por causa do quê?’*”⁷ Respostas diferentes para essas perguntas dão origem a sentidos políticos distintos de liberdade, e Berlin centra a sua atenção nas duas acepções que assumiram papel central na história contemporânea.

Na primeira delas, a liberdade se apresenta como um fenômeno **negativo**, como resposta à pergunta “*‘qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou grupo de pessoas – é ou deve ter permissão de fazer ou ser o que é capaz de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?’*” No dizer do autor,

“Normalmente sou considerado livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere com a minha atividade. A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros. Se outros me impedem de fazer o que do contrário eu poderia fazer, não sou nessa medida livre; e se essa área é restringida por outros homens além de certo valor mínimo, posso ser descrito como coagido ou, talvez, escravizado.”⁸

Transposta para o campo político, tal concepção leva a identificar a própria lei como *interferência*, não mais do que preferível à multiplicação de confrontos que a diversidade de propósitos e atividades humanos podem causar – e ao caos social ou à dominação dos fracos pelos fortes que desse estado podem surgir. Reconhece-se por isso devido estabelecer uma certa margem dentro da qual a liberdade não possa ser de modo algum restringida, sob pena de o indivíduo ser privado de aproveitar e desenvolver sequer minimamente as suas capacidades; há de se “*traçar uma fronteira entre a área da vida privada e a da autoridade pública,*”⁹ sempre mutável e discutida, especialmente em virtude do fato de que “*a liberdade não é o único objetivo dos homens,*”¹⁰ mas sempre identificável como limite à interferência – apontada como ruim em si mesma, apesar de

necessária, enquanto seu oposto, a não-interferência, é bom em si mesmo, malgrado não seja o único bem.¹¹

Normas em vigor como prescrições se reportam a esse aspecto da liberdade – e o restringem. Sofro interferência, por exemplo, ao ser condenado a indenizar danos provocados por um veículo que havia sido meu, simplesmente porque não registrei a respectiva venda – tal como o Supremo Tribunal Federal em determinada época decidia. E antes mesmo de experimentar a privação de meus bens, já antecipo a interferência somente por receber a notícia de julgados nesse sentido – especialmente se vendi um carro e não cuidei de registrar a transmissão de propriedade.¹²

Essa antecipação se torna entretanto menos cogente quando leio o elogio de Álvaro Villaça Azevedo a tribunais que não foram demovidos de indagar, a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal, se o proprietário tem culpa pela situação: noto uma *divisão no âmbito do vigor positivo*, que, se não me confere plena segurança, ao menos reduz a perspectiva de que eu venha a sofrer interferência. E deixo em definitivo de receá-la quando venho a saber que o Superior Tribunal de Justiça editou súmula contrária ao antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal (com o

aplauso do professor Villaça): a desconstituição dessa causa de possível ingerência em meus assuntos amplia (ou recupera) minha esfera de liberdade em sentido negativo, ou minha reserva de mobilidade para os atos da vida civil. Não cabe discutir aqui se a antecipação da interferência é, em si, privação de liberdade, ou de qual aspecto da liberdade o seja; nosso exemplo quer ilustrar a proposição de que menos regras, dissídio quanto a seu alcance e entendimentos restritivos acerca delas significam mais liberdade negativa.

No segundo sentido, a liberdade se mostra como um fenômeno **positivo**, como resposta a questão “*‘o que ou quem é a fonte de controle ou interferência capaz de determinar que alguém faça ou seja uma coisa em vez de outra?’*”¹³

Esse sentido de liberdade, segundo Berlin,

“Provém do desejo que o indivíduo nutre de ser o seu próprio senhor. Desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, e não de forças externas de qualquer tipo. Desejo ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, e não dos de outros homens. Desejo ser um sujeito, e não um objeto; ser movido pela razão, e não por causas que me afetam como que de fora. Desejo ser alguém, e não ninguém (...). Sinto-me livre na medida

em que acredito que isto seja verdade, e escravizado na medida em que sou convencido do contrário.”¹⁴

Para Berlin, enquanto a liberdade negativa é um *estar livre de*, a liberdade positiva é um *estar livre para*; mas antes de alcançar esse estado, o sujeito se descobre como o primeiro obstáculo à própria liberdade, percebendo-se dividido entre uma porção que aspira a ser dominante (identificada “*com a razão, com minha ‘natureza mais elevada’, com o eu que calcula e visa o que o satisfará a longo prazo, com o meu eu ‘real’, ‘ideal’ ou ‘autônomo’, ou como o meu eu ‘na sua melhor forma’*”¹⁵) e outra que ele há de dominar (“*o impulso irracional, os desejos não controlados, a minha natureza ‘mais baixa’, a busca de prazeres imediatos, o meu eu ‘empírico’ ou ‘heterônomo’, varrido por todo assomo de desejo e paixão*”¹⁶).

Essa representação de um eu dividido dá ensejo a duas atitudes que, embora principiêm como um recuo perante o mundo, a ele voltam a se referir: a *retirada para a cidadela interior*, em que o sábio resolve observar apenas a lei que ele próprio se dá e abre mão de desejar tudo o que, no mundo da causalidade, não pode controlar ou conseguir; e a busca de *auto-realização*, entendida como a adaptação de

minha vontade ao que eu *em minha melhor forma* diviso como princípios fundamentais e necessários na ordem das coisas:

“Compreender por que as coisas devem ser como devem ser é querer que assim sejam. O conhecimento não liberta oferecendo-nos mais possibilidades abertas de escolha, mas preservando-nos da frustração de tentar o impossível.”¹⁷

Na universalização desse *dever ser* que, pelo conhecimento, passo a desejar, começo a julgar legítimo exercer sobre outros o domínio que minha melhor porção exerce sobre o restante de mim; e logo me proponho a *educá-los*, *dirigi-los* como eles próprios se dirigiriam se dispusessem da visão privilegiada de que eu ou meus iguais dispomos, ou enfim *obrigá-los a ser livres*:

“Obedecendo ao homem racional, obedecemos a nós próprios: não realmente como somos, mergulhados em nossa ignorância e nossas paixões, criaturas fracas atormentadas por doenças que necessitam de alguém que as cure, pupilos que requerem um guardião, mas como poderíamos ser até agora, se ao menos escutássemos o elemento racional que existe, *ex hypothesi*, dentro de cada ser humano que mereça ser assim chamado.”¹⁸

Sem que se necessite chegar ao regime político do *templo de Sarastro*, figurado por Berlin como modelo de um governo despótico dos que se consideram melhores, mais sábios e, poderíamos dizer, habilitados a exercer uma *rappresentanza* enfim depurada de toda *rappresentazione*, desdotada de qualquer contaminação com assuntos mundanos e por isso coincidente com a vontade que qualquer dos cidadãos possuiria se estivesse *em sua melhor forma*, pode-se notar na liberdade positiva um potencial conflitivo, deletério para a liberdade **alheia**: enquanto que os defensores da liberdade negativa querem erguer barreiras à imposição da vontade de um homem sobre outro, os patrocinadores da liberdade positiva defendem a maior expansão possível do *querer* dos respectivos titulares. Nas palavras de Berlin, “*os primeiros querem refrear a autoridade como tal. Os últimos a querem colocada em suas mãos*”¹⁹ – o que de modo algum significa que se disponham a exercê-la apenas em nome da redução da interferência alheia.

É com essa espécie de liberdade que o vigor em modo negativo se defronta: não estou totalmente *livre para* fazer o que desejo se percebo que minha conduta é qualificada de acordo com critérios que não são meus, mas que gozam de

um assentimento generalizado e estável, e que assim se refletem sobre minhas interações com as pessoas de meu entorno. Devo *levá-los em consideração*, ainda que discorde deles e pretenda substituí-los por regras de minha própria autoria, pois minha renitência tornaria ainda mais distante a concretização de meus planos. Momentaneamente, portanto, não faço o que quero; ajo em certo grau *de acordo* com esses critérios, e procuro me refrear para atingir maior autonomia em momento mais oportuno.

Vejo entretanto que há margem para que esses critérios de qualificação da ação sejam discutidos e redefinidos; e assim, dirijo meus esforços para ocupar espaços nesse processo. Há pessoas com as quais compartilho interesses e pontos de vista, e juntamente com elas me envolvo na atividade tendente a estipular os enunciados reconhecidos como normas: dedico-me à política. Mas além disso, percebo que os enunciados já em vigor oferecem ainda outra perspectiva: posso discutir o sentido deles, se isto de algum modo me afeta, reunindo-me a um representante oficial do que tem vigor como *legalidade*, e às pessoas que se opõem ao que junto àquele defendo. Sou conduzido a isso por minha própria escolha: ao iniciar a discussão, eu me afirmo como senhor de meus atos. Mas percebo a ambigüidade salientada por Tercio Sampaio Ferraz Jr.: noto que o

convite à participação espera correspondência em minha abertura à persuasão, e que ao *assumir* a norma como premissa de minha conduta *sujeito-me*, de maneira convicta, a uma conclusão que não me favoreça, e a uma interferência em desacordo com minha vontade primária.²⁰ Que espécie de liberdade estou a exercitar?

IV – DIREITO E LIBERDADE REPUBLICANA

O vigor positivo-participativo de uma norma modaliza a minha liberdade positiva, oferecendo-lhe espaço na situação comunicativa: eu me afirmo, ao assumir a possibilidade de discussão do sentido de uma norma ou seus efeitos sobre mim, mas já não me afirmo em oposição à *civitas*, e sim em adesão a ela: minha liberdade positiva se torna civilidade, e se prossigo defendendo interesses meus, devo fazê-lo apresentando-os como formas de *inter esse*, de estar em meio a outros que reconheço iguais a mim: *cives*.²¹

A *civitas*, contudo, não toma deliberações exclusivamente nesse espaço de comunicação em que ingresso, e o resultado de suas anteriores escolhas é o que se oferece neste como *norma*: cabe decodificá-lo. Para fazê-lo, tenho de assumir a língua comum em que a ação dos intérpretes *funda* a coesão dos vários

pronunciamentos normativos, passíveis de serem medidos pela figura do legislador racional. Reconheço os falantes desse idioma como *auctoritates*, e assim também sou reconhecido; e não me eximo de enfrentar nenhum ponto veiculado em *lingua franca*, de forma que tudo o que digo é também objeto de ponderação.

Percebo-me em gozo de uma espécie *republicana* de liberdade, tal como a definem Philip Pettit e Quentin Skinner. Tais autores concebem-na ainda em modalidade negativa, mas já em oposição a algo diverso da interferência, que vem a ser o estado de permanente sujeição ao arbítrio alheio, a **dominação**: a condição em que se encontra o *escravo bem tratado*, que embora não seja ordinariamente perturbado por seu senhor, não está a salvo de uma mudança de atitude deste. Dominar é ter poder discricionário, e a simples consciência da sujeição a um tal poder, segundo Skinner, já equivale a uma privação de liberdade, ao germe de uma inclinação à subserviência que pode se tornar mesmo uma deformação de caráter.²²

Não é isso que se passa numa *civitas* cujos membros são concitados a participar no debate sobre o sentido de suas normas, e a recorrer à situação comunicativa em toda a sua amplitude para contra-arrestar a ação arbitrária de terceiros. O

amplo acesso às linhas de coerência narrativa do sistema se torna um esteio do *império da lei* contra a ação de *apresamento* desta por pequenos círculos; e a discussão sobre seu texto o conduz a uma dimensão irredutivelmente *pública*, revigorando-o nas várias seções do *fórum* em que as demandas do *populus* procuram a um tempo traduzi-lo e traduzir-se nele. De modo algum se poderá falar em subserviência ou deformidade de caráter de pessoas que, virtuosamente, confrontam normas isoladas ao conjunto do sistema e às comunicações nele trocadas, em busca de efetivos nexos que impeçam o uso manipulador daquelas.

A liberdade republicana cresce, portanto, com a aceitação do *convite à participação*; mas este não equivale à oferta de um refúgio tranqüilo contra a dominação – e sim de um posto de combate, lembrando o que Ihering chamou de *a luta pelo direito*. Afasto a dominação à custa de esforços que dirijo ao sistema, e porque me empenho em modificar resultados que de outra forma se produziriam automaticamente – e me alcançariam sem apelação. Mas em que sentido pode-se qualificar como liberdade o próprio ato, aparentemente obrigatório, de encetar esses esforços?

Aqui nos parece que a concepção republicana deve incorporar o que Hannah Arendt identifica à

“Liberdade de chamar à existência o que antes não existia, o que não foi dado nem mesmo como um objeto de cognição ou de imaginação e que não poderia portanto, estritamente falando, ser conhecido.”²³

No momento em que passo à **ação**, transcendo a série causal que me levou à posição em que me encontro, e ultrapasso os próprios fins em nome dos quais me dispus a aceitá-la: superadas as necessidades que me compelem ao labor e ao trabalho, volto-me ao que pode ser chamado de *fútil* justamente por não ser *obrigatório*, e de *livre* exatamente por não ser *imperativo*. Nada mais cogente do que *inspiração* é o que encontro no que Arendt chama de *princípios*, referindo-se ao que se mostra digno de orientar o meu agir – sem se impor sobre ele como verdade evidente, ou sem me constranger a um programa de condutas previamente estipuladas. Minha ação se torna dessa maneira uma epifania da honra ou glória, do amor à igualdade ou *vertu*, da distinção, da excelência e, porque a liberdade também transita por regiões sombrias, e pode dar origem a seu contrário, eventualmente de medo, desconfiança ou ódio.²⁴

Arendt acentua que “a manifestação de princípios somente se dá através da ação, e eles se manifestam no mundo enquanto dura a ação e não

mais”²⁵ – o que significa que minha inspiração não pode vir senão da ação de outros homens e que, da mesma forma, minha ação pode a outros inspirar. Segue-se daí a necessidade de uma permanente *audiência* para que os princípios se transmitam e para que os *atores* se aprimorem na respectiva execução.

Agir, portanto, é agir em público; e ser **dominado**, nos termos de Pettit e Skinner, é ser privado desse *encontro* que possibilita a ação, e permanecer confinado ao que sem ela resta da condição humana – o labor e o trabalho. É exatamente desse jugo que o *convite à participação* me liberta: se de início me vejo enredado em uma batalha que não desejei lutar, a ocasião se descortina de súbito para que eu possa *mostrar o meu valor* – e inspirar, quem sabe, homens outros que virão depois.

Na *civitas*, entretanto, não sou o único a atuar – e tanto ajo quanto testemunho ações, sou emissor e receptor, comunico-me em vários pólos, colho e transmito inspiração. Os outros todos fazem o mesmo: sem abrir mão de nossa pluralidade individual, formamos um conjunto de homens livres. E se o campo em que nos aprimoramos no exercício da liberdade é o da deliberação sobre os processos de controle da vida em *civitas*, nada autoriza supor que neste possa medrar o automatismo: sempre há

espaço, na voz de algum de nós, para se diga o que ainda não foi dito, se revele o que ainda não foi notado, se antecipe o indesejado acontecimento até agora não previsto e ainda passível de ser evitado, ou se traduza o velho texto de uma forma absolutamente nova, e mesmo redentora, expondo-se à apreciação e ulterior ação dos outros algo que fará interromper, como por *milagre*, no dizer de Hannah Arendt,²⁶ a repetição daquilo que nos petrificara e conduzia à ruína – embora até aqui não o soubéssemos.

Se coube a mim ser a pessoa que a inspiração por primeiro alcançou, procuro esmerar-me ao máximo na busca de dar efetividade ao que tenho a dizer. Devo ampliar meus horizontes até o que hoje são os limites da língua, ou da situação comunicativa: tudo o que se tenha vertido nela pode ser retomado, se possuir relação com as questões presentes, e haverá de ser pesado. No timbre de minha **vox** o novo traz portanto o eco de séculos; e mesmo se sou derrotado, esse timbre e minha marca moldam o discurso que os rejeita, e dali continuam a se fazer ouvir. Sou vencido, mas não sou calado; submeto-me sem que isso signifique sucumbir. Meu *pathos* não se confunde com o de quem vive *sub potestate*: não sou dominado, estou e me reconheço *sub*

auctoritate. E *sub auctoritate* sou minoria, voto vencido, parecer dissonante – mas não o habitante de um gueto. Posso falar, e falo; ouvir, e ouço; e além disso espero.

NOTAS:

¹ Vale transcrever o excerto todo, pela abrangência que Ricœur confere à idéia de tradução em domínios bem mais amplos do que o direito: “Une bonne traduction ne peut viser qu’à une *équivalence* presumée, non fondée dans une *identité* de sens démontrable. Une équivalence sans identité. Cette équivalence ne peut être que cherchée, travaillée, presumée. Et la seule façon de critiquer une traduction – ce qu’on peut toujours faire –, c’est d’en proposer une autre presumée, prétendue, meilleure ou différente. Et c’est d’ailleurs ce qui se passe sur le terrain des traducteurs professionnels. En ce qui concerne les grands textes de notre culture, nous vivons pour l’essentiel sur de re-traductions à leur tour remises sans fin sur le métier. C’est le cas de la Bible, c’est le cas d’Homère, de Shakespeare (...) et, por les philosophes, de Platon jusqu’à Nietzsche et Heidegger.” **Paul Ricœur**. *Le juste* 2. 2001, p. 134.

² **Ferraz Jr.**, *Introdução*, cit., p. 199.

³ “A rule is an authoritative assertion, not a theorem. It may, of course, be argued about, it may be approved or disapproved, it may be referred to in a persuasive argument designed to ‘justify’ a performance or in giving a ‘ruling’ about what should or not should be done, and it may be theorized in terms of its postulates, but it is not itself argumentative and (recognized as a rule) it does not invoke approval or disapproval or offer itself as a reason in plea of justification or as a subject of theoretical inquiry. It calls only for assent in any performance to which it may relate.” **Oakeshott**, *On human conduct*, cit., p. 125. E esse **assentimento** não

implica a adoção de uma determinada conduta ou a intelecção da norma num dado sentido, mas apenas a constatação de que ela estipula “considerações a serem reconhecidas e levadas em conta ao agir” (“considerations to be acknowledged and taken account of in acting.” *Ibid.*, p. 126) e assim requer uma “adesão inteligente distinta de mera obediência” (“intelligent subscription distinguished from mere obedience.” *Ibid.*, p. 127).

⁴ **Ferraz Jr.**, *Teoria da norma*, cit., p. 46.

⁵ Ou a alta dose de indiferença em face das diferenças que, já sem que se perceba, vêm da norma: cf. **Ferraz Jr.**, *Introdução*, cit., p. 168.

⁶ **Isaiah Berlin**. Dois conceitos de liberdade. In: **Berlin**, *Estudos sobre a humanidade*, cit., pp. 226/272.

⁷ *Ibid.*, p. 228.

⁸ *Ibid.*, mesma página.

⁹ *Ibid.*, pp. 230/231.

¹⁰ *Ibid.*, p. 232.

¹¹ *Ibid.*, p. 234.

¹² **Álvaro Villaça de Azevedo**. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*, 2004, p. 285.

¹³ **Berlin**, Dois conceitos de liberdade, cit., p. 228.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 236/237.

¹⁵ *Ibid.*, p. 237.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 237/238.

¹⁷ *Ibid.*, p. 248.

¹⁸ *Ibid.*, p. 253.

¹⁹ *Ibid.*, p. 267.

²⁰ **Ferraz Jr.**, *Teoria da norma*, cit., p. 46.

²¹ Benveniste assinala o peso desse reconhecimento entre os romanos, notando que a palavra latina *civitas* é derivada de *civis*, ao contrário do que se dá em grego, língua em que *polites* deriva de *polis* – e se figura esta como anterior a seus membros. Cf. **Émile Benveniste**. *Problèmes de linguistique générale*, 2, 2006, pp. 272/280.

²² Cf. cap. I, nota 14.

²³ **Arendt**, *Entre o passado e o futuro*, cit., p. 198

²⁴ *Ibid.*, p. 199.

²⁵ *Ibid.*, mesma página.

²⁶ *Ibid.*, p. 218.

CAPÍTULO V – CONCLUSÃO

Procuramos no presente trabalho refletir sobre o direito em quadros distintos do poder, embora relacionados à vida da *civitas*; e a partir do pensamento de Tercio Sampaio Ferraz Junior, seguimos indicações deixadas por Hannah Arendt, e encontramos na idéia romana de *auctoritas* a codificação, em registro mítico, de uma experiência de superação de verticalidades em conflito por meio do refreamento dos desejos – ou de uma abnegação que, por meio do uso da palavra, possibilita o reconhecimento de outros e uma mudança nas próprias identidades dos antagonistas do momento anterior, à qual se segue a abertura de um espaço horizontal em que se torna possível traçar balizas para a instituição de um novo *agir conjunto*: um poder que se funda, graças ao julgamento e à ação.

A decodificação dessa experiência nos levou a abordar em ótica diversa, com apoio em Cicero Araujo, a relação que em autores como Bobbio e Kelsen se desenha – ou se *retrata* – como uma unidade plena e constante entre a norma jurídica e o poder; e na teoria da interpretação de Tercio Sampaio Ferraz Junior, centrada

na idéia de *tradução*, encontramos os elementos da *dramaticidade* característicos da experiência da *auctoritas*, mas modernamente jungidos à figura de um *legislador* cuja *racionalidade* consiste em oferecer aos comunicadores jurídicos uma linguagem em que se torna possível a compreensão de uns pelos outros, a apreciação dos vários empenhos em *traduzir* as normas e atualizar-lhes o sentido, e a permanência no diálogo sob a condição de se levar em conta tudo o que é versado pelos interlocutores no idioma comum.

Vimos que essa peculiar estrutura da comunicação jurídica introduz na contínua troca de mensagens – ou *situação comunicativa* – da qual ela faz parte muito mais do que aquilo que oficialmente vem a ser declarado como o sentido de uma norma jurídica: na medida em que a recusa de toda interpretação divergente tem de ser fundamentada, a própria afirmação de um dado sentido não se separa da indicação, ainda que em forma negativa, de pontos de partida para a sua crítica. E esse ancoramento no discurso oficial permite que as soluções divergentes venham a constituir uma *literatura*, e que sob essa forma prossigam em comunicação com os falantes da *lingua franca*, como questionamentos dirigidos à solução predominante.

Considerando o crédito de confiança para a tradução do sentido das normas como o equivalente a um *mandato*, abordamos em seguida o tema da representação política, encontrando em Bobbio dois sentidos de representação, correspondentes *grosso modo* a “substituição” (*rappresentanza*) e “espelhamento” (*rappresentazione*), e um regresso dos interesses particulares a uma arquitetura institucional imaginada para afastá-los; e em Jellinek, a distinção entre a população e sua articulação como órgão para a escolha de representantes, ou *povo*, e a presença, nas regras que dão forma a este, de dispositivos destinados a assegurar que os representantes procurem espelhar os representados.

Nadia Urbinati nos mostrou entretanto que, se não se concebe a representação a partir do Estado, nota-se que a população nunca deixa por completo de ser *povo*, seja porque conserva um poder negativo com o qual procura corrigir os rumos de seus representantes, seja porque mantém com estes um diálogo contínuo, estabelecido pela repetição periódica de eleições – o que ativa linhas de *coerência narrativa* a partir das quais os representantes passam a ser julgados pelos eleitores, e as demandas sociais têm acesso à cena política.

O reconhecimento do caráter aproximativo da manifestação eleitoral e de seu fundamento em questões que a um tempo persistem em uma *longue durée* e não expressam divisões irreversíveis no eleitorado reduz ademais o peso de vitórias e derrotas no jogo das urnas, e estimula os respectivos atores a procurar antes melhor sintonia com os votantes do que o estabelecimento de *dissidências* do próprio sistema institucionalizado. Nesse contexto mais duradouro, a *rappresentanza* deixa de ser vista como “substituição” para ser tratada como uma forma de exercício da “advocacia;” e a *rappresentazione* passa de “espelhamento” rígido a “semelhança de perspectivas” estabelecidas entre identidades passíveis de comunicação e mudanças – num processo de abertura à opinião e ao julgamento que confere *narratividade* a elas próprias.

Voltando-nos em seguida a Kelsen, podemos observar que, se em seu pensamento o direito corresponde ao método fundado na coação pelo qual se transforma em uma ordem de condutas desejáveis a política em estado bruto, esta nunca deixa entretanto de existir como tal, nem nunca se suprime por completo a liberdade humana. Ante tais premissas, e à luz das considerações kelsenianas sobre a interpretação, podemos concluir que o processo pode ser visto como uma estrutura que se alimenta do

que não deixa de ser um exercício político das partes – tendo por fim transformá-lo em parte da ordem, ao canalizá-lo para o seu interior.

Sob essa perspectiva, podemos aplicar ao processo os desenvolvimentos sobre a representação política; e assim identificamos nele um movimento da *rappresentazione* para a *rappresentanza* e desta para a formalização, numa dimensão da vida da civitas em que as figuras do advogado e do juiz atuam como representantes, e as partes constituem a manifestação do *representado*.

O advogado exerce em primeiro lugar uma função de *rappresentanza*: ao procurar uma semelhança de perspectivas entre os interesses de quem o consulta e o discurso jurídico, ele molda a pessoa como *parte*, e se torna *representante* do próprio discurso antes de ser da parte – colocando-se no lugar de seus possíveis interlocutores nessa seara e avaliando o que poderiam reconhecer como frases do idioma comum a todos.

É apenas perante esses falantes que o manejo do código partilhado tendente a expressar o que se possa dizer em favor da *parte* se apresenta como *rappresentazione*. Em contrapartida, o que eles notam na voz do advogado é o timbre da

parte, que constitui para o direito algo *novum*, um *augere* em relação ao que antes havia.

Esse *augere* preenche o aspecto do relato de sua fala e remete ao cometimento a *auctoritas* derivada do emprego da *lingua franca*; mas a operação desta e a efetividade de que o advogado dota sua fala conduzem o discurso *da parte* à esfera de consideração obrigatória por parte **do juiz**, levando-o a argumentar em pé de igualdade com os demais falantes – ou a ingressar em uma relação na qual, sem lançar mão de poderes de magistrado, tem de avaliar como *judex* as questões que lhe são dirigidas.

Antes de exercer sua *rappresentanza*, o juiz se abre à *rappresentazione* das partes; e ao fazê-lo, tem acesso a todo o repertório do sistema normativo e a todo o fluxo de mensagens emitidas e recebidas pelos falantes do sistema, incumbindo-se de haurir força, nesses domínios e na mais ampla porção da vida social que, perpassando-o, pode ser traduzida em *lingua franca*, para a sua resposta ao problema – que se incorpora como tal ao sistema, e poderá ser acessado ulteriormente por outros falantes em toda a sua riqueza – e não apenas em vista do aspecto resumido na solução que lhe foi dada.

Nesse plano, finalmente, identificamos *as partes* como manifestações do *representado*, que na defesa de seus interesses cobram soluções dos representantes jurídicos, avaliando seu desempenho como intérpretes da legislação. O processo pode ser visto como uma sede de exercício do *poder negativo* de que o *populus* dispõe; e a efetividade de que esse exercício se vê dotado – por força da advocacia – chega a se comunicar com as regras de calibração do sistema, a que os juízes têm de recorrer se o caso se mostra ensejador do risco de insucesso na resposta a ser proferida de acordo com as vias ordinárias de imunização, isto é, se pelo que se depreende do conjunto da situação comunicativa, a resposta pragmaticamente válida corre o risco de ser desconfirmada como resposta – malogrando portanto como comunicação normativa.

O ato de *potestas* que a sentença é mostra-se portanto fundado essencialmente em *auctoritas*; e o exercício desta confere ao pólo normativo da comunicação jurídica as feições e a polifonia de um *tribunal*, em cujas *câmaras* a contínua atividade de tradução do sentido das normas resulta no fortalecimento de plúrimas séries de coerência narrativa, e no reforço da capacidade do sistema de responder convincentemente às demandas que lhe são endereçadas.

A garantia da imperatividade do sistema pelo conjunto articulado dessas séries, em que é uma constante a possibilidade de disputa entre elas pelo sentido de uma dada norma, nos leva ao exame do tema do vigor da norma, que se estabelece de forma igualmente plural. Propusemos desdobrá-lo em três aspectos: associada ao plano do cometimento, uma dimensão negativa, que corresponde à percepção de que a norma possui um sentido obrigatório (*normativo*) que requer uma atitude de assentimento, simetricamente oposta à desconfirmação; e ligadas ao plano do cometimento, em que a norma é um *dubium*, duas dimensões: antes de ser uma diretriz a requerer obediência – ou seja, antes de seu vigor lhe emprestar um caráter irrecorrivelmente prescritivo –, a norma se desdobra em um *convite à participação* na definição de seu teor.

O sucesso pragmático da norma se estende afinal ao que podemos chamar de *desarmamento* dos *cives*, e tem um momento crucial no êxito correspondente à aceitação desse convite, que confere estabilidade ao sistema jurídico e desestimula a busca de soluções em outras instâncias (formais ou políticas, informais ou mesmo conflitivas). Não se pode equiparar portanto o vigor positivo-prescritivo da norma à obediência a uma única de suas interpretações: as formas de seguir uma norma não são

dadas de antemão, mas se revelam na própria (e plural) atividade de traduzi-la, e nos vários resultados a que se chega ao cabo desse processo. A redução dessa pluralidade por um esforço de poder desautoriza o sistema e dele desinteressa os *cives* – que podem passar a se valer de outros meios para resolver suas diferenças.

Pudemos enfim avaliar em referência aos *cives* o que do ponto de vista da norma se mostra como vigor, refletindo sobre a liberdade; e nesse aspecto observamos que o vigor positivo-prescritivo interfere na esfera de liberdade negativa, enquanto que o vigor negativo restringe a liberdade positiva. A procura de especificação do modo pelo qual o vigor positivo-participativo se relaciona à liberdade nos conduziu ao exame da liberdade republicana, conceituada como não-dominação por Philip Pettit e Quentin Skinner; mas apenas conseguimos sair do registro negativo dessa idéia e nela abrangermos a atividade positiva de precisar o sentido de uma lei, a partir da idéia arendtiana da liberdade como ação, resultante do não-confinamento do homem às dimensões do trabalho e do labor, e da interrupção dos automatismos característicos dessas duas condições.

Apenas na ação, em que o homem se encontra diante da possibilidade de se *inspirar* em *princípios* desvelados em ações pretéritas, ele tem ocasião de se mostrar à altura delas, e de deixar sua própria marca na memória coletiva. É justamente na *futilidade* desse empreendimento que reside a sua grandeza: sem ser necessário, sem imposição, cada um dos *cives* que se veja em um conflito pode se voltar ao direito e interpelá-lo; e nesse plano alargado, a própria derrota pode não ser experimentada apenas como perda – havendo possibilidade de ser reformulada como parte de uma *gesta* –, e há sempre a possibilidade de encontro com vozes que se aliem a uma dada tese, tornando-a vitoriosa.

Para resumir em poucas palavras nossas conclusões, poderíamos nos valer, desde que nos fosse assegurado retraduzi-la, da conhecida máxima hobbesiana: *auctoritas, non veritas, facit legem*. Os resultados a que se chega em direito não têm, jamais, a força compulsória da verdade definitiva, e não se empresta a eles semelhante potência sem violentar o delicado equilíbrio entre sua autoridade, a *auctoritas* que provém da língua comum do legislador racional, e o reconhecimento que esta logra obter, pelo virtuoso desempenho de seus falantes.

De outra parte, *auctoritas* não é *potestas*, e menos ainda *imperium*: se o direito possui uma imprescindível dimensão de verticalidade, na complexa articulação da vida da *civitas* em que ele e a política se diferenciam, se entrelaçam e – esperamos havê-lo mostrado – se complementam, e na temporalidade dilatada em que lhe cabe também oferecer respostas duradouras para questões fundamentais, por vezes mais duradouras do que as que surgem da competição política, a vocação nem sempre enfatizada de suas instâncias é antes de fundar novas bases do agir conjunto do que de consumir as já existentes; e antes de se oferecer como espaço para o encontro de pessoas que julgam, agem, e por isso são capazes de *inspirar* umas às outras, do que de tentar substituí-las por ícones de granito – em desolada uniformidade.

RESUMO

Examinando-se a idéia romana da *auctoritas*, encontra-se nela o registro, em linguagem mítica, da experiência de superação do conflito de vontades antagônicas e da instalação de um espaço horizontal em que se torna possível, graças ao julgamento e à ação, fundar as bases de um novo *agir conjunto*. Tal perspectiva permite analisar em chave distinta as relações entre direito e poder, abrindo espaço para a compreensão do direito como um fenômeno plural e dotado de *dramaticidade*, em cujo centro a figura do *legislador racional*, forjada a partir da experiência jurídica, não comunica *potestas* aos interlocutores jurídicos, mas sim a *auctoritas* de uma linguagem em que as mensagens de uns a outros podem ser traduzidas, nenhuma delas pode ser ignorada, e mesmo aquelas que não se traduzem em decisões prosseguem dotadas de força comunicativa. Investiga-se em seguida o direito como palco de representação, confronto, reformulação e ajuste de interesses, identificando-se o processo como órgão de que a *civitas* se vale para captar o político, e o *populus* representado para expressar o seu julgamento a respeito dos resultados globais da representação jurídica e política – eventualmente ensejador da mobilização de *regras de calibração* para a emissão, pelos comunicadores normativos, de respostas dotadas de *auctoritas*, e afinadas com os problemas apresentados pelas *partes*. Passa-se então ao exame da relação entre o vigor das normas jurídicas e a liberdade dos *cives*, mostrando-se que o êxito pragmático da comunicação normativa não se relaciona à imposição potestativa de um sentido único, mas à manutenção de um espaço em que se oferece aos *cives*, como alternativa aos riscos de violência e dominação do campo político, a possibilidade – e a liberdade – da ação dentro do sistema jurídico.

En examinant l'idée romaine d'auctoritas, on y trouve le rapport, en langage mythique, de l'expérience du dépassement du conflit des volontés antagoniques et de l'établissement d'un espace horizontal où il devient possible, grâce au jugement et à l'action, fonder les bases d'un nouveau agir conjoint. Cela rend possible une analyse distincte des relations entre le droit et le pouvoir, et la compréhension du premier comme un phénomène pluriel et doué de la dynamique d'un drame, au cœur duquel la figure du législateur rationnel, bâti au sein de l'expérience juridique, ne communique point de potestas aux interlocuteurs juridiques, mais si l'auctoritas d'un langage où les uns peuvent traduire ce que les autres leur disent, où aucune message ne peut pas être ignorée et où même celles qui ne réussissent pas à fonder des décisions conservent leur force communicative. On examine ensuite le droit comme scène de représentation, confrontation, reformulation et ajustement d'intérêts, et l'on réussit à identifier le procès comme organe dont la civitas se sert pour saisir le champ politique, et dont le populus représenté se vaut pour exprimer son jugement sur les résultats de l'activité des représentants des champs juridique et politique. Ce jugement peut, à la limite, mettre en mouvement des règles de calibrage, qui assurent l'auctoritas des réponses des communicateurs normatifs et leur consonance avec les problèmes soulevés par les parts du procès. L'on reflète ensuite sur la relation entre la vigueur des règles de droit et la liberté des cives, et l'on voit

que le succès pragmatique de la communication normative n'équivaut pas à l'imposition potestative d'un sens unique, mais plutôt à la manutention d'un espace où les cives jouissent de la possibilité et de la liberté de l'action dans le système juridique, comme voie alternative aux risques de violence et de domination du champ politique.

When examining the Roman idea of auctoritas, it is found, in her, the register, on a mythical language, of an experience of overcoming a conflict between antagonistic ideas and also the installation of a horizontal space in which it becomes possible, thanks to judgment and action, to establish the bases of a new act together. This perspective allows one to analyze in another way the relations between the law and the power and to understand the law as a plural phenomenon, endowed of a dramatic aspect, in the center of which the figure of the rational legislator, forged from the legal experience, does not communicate potestas to the legal speakers, but the auctoritas of a language in which the messages from ones to the others can be translated, none can be ignored, and even the messages that do not evolve to decisions retain a communicative force. It is investigated afterwards the law as a stage of representation, confrontation, reformulation and adjustment of interests, identifying the legal proceedings as an organ of which the civitas makes use to seize the politic field, and which the populus represented uses to express his judgment about the global results of legal and political representation – sometimes providing the mobilization of shift rules to the emission, by the normative communicators, of answers endowed with auctoritas, and consonant with the problems presented by the litigants. One examines then the relation between the biding force of legal norms and the cives' liberty, revealing that the pragmatic success of normative communication is not related to the imposition by potestas of a unique sense, but to the maintenance of a space in which it is offered to the cives, as an alternative to the risks of violence and domination on the politic field, the possibility – and the liberty – of the action inside the legal system.

BIBLIOGRAFIA:

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. V. 1, 5ª ed. rev. aum., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- APEL, Karl-Otto. *Estudios éticos*. Trad. Carlos de Santiago. México: Fontamara, 1999.
- _____. *Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.
- _____. *Transformação da filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.
- ARAUJO, Cicero. Representação, retrato e drama. *Lua Nova*. São Paulo: Cedec, nº 67, 229-260, 2006.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- _____. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Trad. Antônio Abranches, Cesar Augusto R. de Almeida e Helena Martins. 5ª ed., Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- _____. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. 5ª ed., São Paulo: Cultrix, 2000.
- _____. *Sobre la violencia*. Trad. Guillermo Solana. Madrid: Alianza, 2006 (reimpr.).
- ARISTÓTELES. *Éthique a Nicomaque*. Trad. J. Tricot. Paris: Vrin, 1959.
- AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Trad. Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003.
- BARROW, R. H. *Los Romanos*. Trad. Margarita Villegas de Róbles. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 2006 (reimpr.).
- BAZIOU, Jean-Yves. *Les fondements de l'autorité*. Paris: Les Éditions de l'Atelier, 2005.

- BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Trad. Luiz João Baraúna. In: *Bentham – Stuart Mill*. São Paulo: Nova Cultural, 1989, pp. 03-68. (col. Os Pensadores).
- BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 226-272.
- _____. O Contra-Iluminismo. In: _____. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 273-298.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato*. 3ª ed. rev. at., São Paulo: Leud, 1988.
- _____. *O juiz*. 3ª ed. rev. at., Campinas: Millenium, 2002.
- BLUMENBERG, Hans. *The legitimacy of the modern age*. Trad. Robert M. Wallace. Cambridge and London: The MIT Press, 1983.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.
- _____. *Direito e poder*. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- _____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.
- BOUDON, Raymond. *Essais sur la théorie générale de la rationalité*. Paris: P.U.F., 2007.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 7ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

- BROWN, Peter. *Authority and the sacred – aspects of the Christianisation of the roman world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- _____. *Power and persuasion in late antiquity – towards a christian empire*. Madison: The University of Wisconsin Press, 1992.
- BURDEAU, Georges. *L'État*. Paris: Éditions du Seuil, 1992.
- CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 4ª ed., Lisboa: Verbo, 2000.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- CASSIRER, Ernst. *Linguagem e mito*. Trad. J. Guinsburg e Miriam Schneiderman. 4ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2000.
- _____. *O mito do estado*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo, Codex, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CÍCERO. *De re publica*. Centreville: The Latin Library, 2008. Disponível em <<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/repub.shtml>> Acesso em 11 ago. 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COING, Helmut. *Elementos fundamentais da Filosofia do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- CONDORCET. *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano y otros textos*. Trad. Francisco González Aramburo. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- CURTIUS, Ernst Robert. *Literatura Européia e Idade Média Latina*. Trad. Paulo Rónai e Teodoro Cabral. São Paulo: Edusp; Hucitec, 1996.
- DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. Trad. Marcia Heloisa Lima da Rocha. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. Arendt's theory of judgement. In: DANA VILLA (ed.), *The Cambridge companion to Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005 (reimpr.), pp. 245-260.

- DURKHEIM, Émile. Como Montesquieu classifica as sociedades por tipos e por espécies. Trad. Elizabeth de Vargas e Silva. In: QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Teresa (org.). *O pensamento político clássico – Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 279/292.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. Trad. Pola Civelli. 6ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2004.
- ELLUL, Jacques. *Histoire des institutions – l'Antiquité*. Paris: P.U.F., 1999. (Quadrige).
- FASSÒ, Guido. *La filosofia del diritto dell'ottocento e del novecento*. Ed. aggiornata a cura di Carla Faralli e Gianfrancesco Zanetti. Bologna: Il Mulino, 1994.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FOUCAULT, Didier; PAYEN, Pascal. *Les Autorités – dynamiques et mutations d'une figure de référence à l'Antiquité*. Grenoble: Jérôme Millon, 2007.
- GAUDEMET, Jean. Le miracle romain. In: BRAUDEL, Fernand; DUBY, Georges. *La Méditerranée – les hommes et l'héritage*. Paris: Flammarion, 1986, pp. 45/79.
- _____. *Les institutions de l'Antiquité*. 7ª ed., Paris: Montchrestien, 2002.

- _____. *Les naissances du droit – le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. Paris: Montchrestien, 1997.
- GARAPON, Antoine; PERDRIOLLE, Silvy (dir.). *Quelle autorité?* Paris: Hachette, 2003.
- GÉLY, Suzanne. *Le pouvoir et l'autorité – avatars italiens de la notion d'auctoritas d'Auguste à Domitien (27 a. C. – 96 p. C.)*. Louvain; Paris: Peeters, 1995
- GIARDINA, Andrea (dir.). *O homem romano*. Trad. Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Presença, 2002.
- GROSSI, Paulo. *El orden juridico medieval*. Trad. Francisco Tomás y Valiente e Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge*. Torino: G. Giapichelli, 1995
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade II*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997
- _____. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HARRIES, Jill. *Law and empire in late antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HAURIOU, Maurice. *La teoria de la institución y de la fundación – ensaio de vitalismo social*. Trad. Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968
- HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed., São Paulo: Landy, 2004.
- _____. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3ª ed., São Paulo: Abril, 1983 (col. Os Pensadores).

- JOSSERAND, Louis. La evolución de la responsabilidad. In: JOSSERAND, Louis. *Del abuso de derecho y otros ensayos*. Bogotá: Themis, 1999, pp. 59-87.
- JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano – liber primus: introdução ao direito romano*. Trad. Hécio Maciel França Madeira. 3ª ed., rev., São Paulo; Osasco: Revista dos Tribunais; Centro Universitário FIEO –UNIFIEO, 2005 (reimpr.).
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes. Parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.
- KANTOROWICZ, Ernst H.. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KELLEY, Donald R.. Civil Science in the Renaissance: Jurisprudence Italian Style. *The Historical Journal*. Cambridge: Cambridge University Press. Vol. 22, No. 4, pp. 777-794, Dec. 1979 (consultado em <http://www.jstor.org/stable/2638687>).
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001
- _____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- _____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- KERÉNYI, Karl. *Os deuses gregos*. Trad. Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1993.
- KOJÈVE, Alexandre. *La notion de l'autorité*. Paris: Gallimard, 2004.
- LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. Trad. Laymert Garcia dos Santos. 4ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1999 (reimpr.).

- LADRIÈRE, Jean. *A articulação do sentido*. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: EPU; Edusp, 1977.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003 (reimpr.).
- _____. *Hannah Arendt – pensamento, persuasão e poder*. 2ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- LEBRUN, Gérard. *O que é poder*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Silvia Lara. 15ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1995.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34: EDESP, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MAINGUENAU, Dominique. *Pragmática para o discurso literário*. Trad. Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement représentatif*. Paris: Flammarion, 1996.
- MAQUIAVEL. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (tradução da Editora).
- MARMOR, Andrei (org.). *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- MENDEL, Gérard. *Une histoire de l'autorité – permanences et variations*. Paris: La Découverte, 2003.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *Signes*. Paris: Gallimard, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- MOMMSEN, Theodor. *Compendio del derecho público romano*. Trad. P. Dorado. Pamplona: Analecta, 1999 (reimpr).
- MONTESQUIEU. *Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002
- _____. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2ª ed., Brasília: UNB, 1995.
- MORA, Francisco Javier Casinos. *La noción romana de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*. Granada: Comares, 2000.
- MOREIRA, Luiz (org.) *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. (dos ensaios de Karl Otto Apel) Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 9ª ed., Barcelona: Ariel, 1999.
- OAKESHOTT, Michael. *Lectures in the history of political thought*. Charlottesville: Imprint Academic, 2006.
- _____. *On human conduct*. London: Clarendon; Oxford, 1975.
- PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Romana: antologia da cultura latina*. 3ª ed., Coimbra: Universidade de Coimbra, 1994.
- PETTIT, Philip. Keeping republican freedom simple: on a difference with Quentin Skinner. *Political Theory*. Thousand Oaks: Sage, Vol. 30, n. 3, p. 339-356, Jun. 2002.
- _____. Republican liberty and its constitutional significance. *Australian Journal of Legal Philosophy*. Canberra: Australian Society of Legal Philosophy, Vol. 25, n. 2, p. 237-256, 2000.
- _____. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- PITKIN, Hannah Fenichel. *The concept of representation*. First paperback edition. Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 1972.

- PLATÃO. *Teeteto – Crátilo*. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. rev., Belém: Edufpa, 2001.
- POCOCK, J. G. A.. *Linguagens do ideário político*. Trad. Fabio Fernandez. São Paulo: Edusp, 2003.
- POLIBIOS. *História*. Trad. Mário da Gama Coury. 2ª ed., Brasília: UNB, 1996.
- PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. Trad. Wenceslao Roches. México; Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed., São Paulo: Ática, 2000.
- RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República – a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton (org.). *Pensar a república*. Belo Horizonte: Ed. Ufmg, 2002 (reimpr.), pp. 13-25.
- RICŒUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Éditions du Seuil, 2000.
- _____. *Le juste*. Paris: Éditions Esprit, 1995.
- _____. *Le juste 2*. Paris: Éditions Esprit, 2001.
- RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: L.G.D.J., 1936.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 3ª ed., São Paulo: Abril, 1983. (Col. Os Pensadores).
- SCHILD, Wolfgang. *Las teorías puras del derecho – reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter*. Trad. Ernesto Volkening. Bogotá: Temis, 1983.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SKINNER, Quentin. A third concept of liberty. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip, *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. 2nd ed. Malden; Oxford; Victoria: Blackwell, 2006.

- _____. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006
- _____. *Liberdade antes do liberalismo*. Trad. Raul Filker. São Paulo: Editora Unesp; Cambridge University Press, 1999.
- SMITH, Julia M. H. *Europe after Rome – a new cultural history – 500-1000*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- STEIN, Peter G.. *El derecho romano en la historia de Europa – historia de una cultura jurídica*. Trad. César Hornero e Armando Romanos. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.
- TAYLOR, Charles. What's wrong with negative freedom. In: GOODIN, Robert E; PETTIT, Philip (ed.). *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. 2nd ed. Malden; Oxford; Victoria: Blackwell, 2006
- TILLY, Charles. *Coerção, capital e estados europeus*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Edusp, 1996.
- TITO LÍVIO. *História de Roma*. Trad. Paulo Matos Peixoto. São Paulo: Paumape, 1989, 1^o vol.
- _____. *Ab urbe condita liberi*. Centreville: The Latin Library, 2008. Disponível em <<http://www.thelatinlibrary.com/liv.html>> Acesso em 11 ago. 2008.
- TODOROV, Tzvetan. *Théories du symbole*. Paris: Éditions du Seuil, 1996.
- URBINATI, Nadia. *Representative democracy; principles & genalogy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2006.
- VEYNE, Paul. *Sexo e poder em Roma*. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- _____, *et alii*. *Indivíduo e poder*. Trad. Isabel Dias Braga. Lisboa: Edições 70, 1988.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. Kelly Susane Afllen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

- _____. *Tópica y filosofía del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2ª ed., Barcelona: Gedisa, 1997.
- VILLEY, Michel. *Direito romano*. Trad. Fernando Couto. Porto: Resjuridica, s/d.
- _____. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1957.
- _____. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2001.
- _____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VOEGELIN, Eric. *A nova ciência da política*. Trad. José Viegas Filho. 2ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Col. Os Pensadores).
- _____. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EDUSP, 2001.