

Os Juristas da Tradição Ocidental: discursos e arquétipos fundamentais

Vladimir de Carvalho Luz¹

Resumo: O presente artigo analisa a construção histórica dos discursos e a simbologia típica dos peritos do campo legal durante períodos específicos da tradição ocidental. Nessa perspectiva, utilizando-se da categoria “arquétipo”, são destacadas as características dos experts na lei e a produção de seus ritos e papéis sociais próprios. Neste processo de análise histórica é evidenciada a simbologia peculiar decorrente da fala destes atores sociais ao longo de formações históricas pré-modernas e modernas. O trabalho ressalta que a percepção da articulação histórica entre discurso, simbologia profissional e poder é fundamental para se avaliar o campo do direito e seus atores fundamentais. Dessa forma, para se avaliar criticamente as teorias jurídicas contemporâneas, é preciso que haja uma compreensão mínima desse complexo processo social em que os juristas, em cada momento histórico, tendem a assumir certas representações simbólicas necessárias à legitimação de estruturas do poder vigente.

Palavras-chave: Juristas. Arquétipos. Discurso. Tradição Jurídica Ocidental.

Abstract: This article aims to analyze the historical constructions of discourses as well as the typical symbolism of the experts of the legal field during some specific periods of the Western tradition. From that perspective, under the “archetype” category, both the characteristics of such law experts and the production of their own rites and social roles are highlighted. This process of historical analysis emphasizes the peculiar symbolism resulting from the discourse of such social actors throughout pre-modern and modern historical formations. This work points to the fact that the perception of the historical articulation amid discourse, symbolism and power training is essential to evaluate the law area and its key players. Thus, critically evaluating contemporary law theories requires a minimal understanding of the complex social process in which jurists, in each historical moment, tend to assume certain symbolic representations so as to legitimate existing power structures.

Key words: Jurists. Archetypes. Discourse. Western Legal Tradition.

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor do curso de graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense e professor convidado da Universidade de Passo Fundo. *E-mail:* vladimirluz@gmail.com.

Recebido em: 06/01/2012.

Revisado em: 06/03/2012.

Aprovado em: 10/03/2012.

1 Introdução

Os juristas mantêm, há séculos, uma peculiar relação com a “verdade” oriunda do seu labor. Talvez nenhum outro campo do conhecimento, no mundo ocidental, tenha se empenhado tanto em produzir, na sua luta pelo reconhecimento social de suas “verdades próprias”, construtos teóricos tão diversificados, simbologias e máscaras sociais tão complexas e paradoxais. Mas, sejam quais forem suas “verdades”, bem como as teorias que lhe deram suporte – do passado e do presente –, como compreender, à luz de uma abordagem precária e pontual, os processos históricos de construção simbólica desses atores sociais e de suas falas singulares?

Mesmo inseridos no âmbito das profissões historicamente tradicionais, como as engenharias e a medicina, os saberes dos doutos nas leis se consolidaram, *grosso modo*, no mundo ocidental, e mais precisamente nos países de formação romano-germânica, em vários ramos de abordagem tão ricos e variados sobre as respostas possíveis à pergunta que sempre embarçou os juristas: afinal, o que é o direito? No campo jurídico, talvez mais do que nas áreas “irmãs” (aspas propositais) das ciências sociais, há uma miríade de filosofias do direito, teorias do direito, dogmática jurídica, doutrinas regionais, sociologia do direito, história do direito, “ciências auxiliares” e disciplinas “autônomas”, as quais disputam um pedaço do latifúndio (às vezes improdutivo) que busca a resposta à pergunta essencial sobre o que é e para que serve o direito. Essa aparente e falsa interdisciplinaridade que marca profundamente, e *ab ovo*, o campo da reflexão jurídica, como será visto, não é por acaso. Alguns motivos podem ser desde já colacionados.

O campo do direito, da normatividade humana, é, de fato, uma encruzilhada de significações, sejam elas morais, políticas, filosóficas e técnicas, para as quais os juristas são instados a dar resposta e fundamento. Por isso, num primeiro e precário esforço de compreensão, sempre há de se falar em “juristas”, no plural, pois parece ser impossível traçar, ao certo, quem é esse personagem de atuação tão diversificada criado no interior das instituições ocidentais: sacerdote, juiz, douto, professor, parecerista, filósofo, cientista, político ou sociólogo? Dirão alguns: esse é um paradoxo apenas para os puristas do passado positivista, ansiosos pela au-

tonomia da “ciência do direito”, o que já deveria ter sido superado quando se fala, no século XXI, em transdisciplinaridade e multidisciplinaridade. Em face de tal objeção, porém, resiste o fato observável de que, no direito, esse “mal-estar”, essa crise de identidade epistemológica, está muito longe de cessar seus efeitos. O problema vai além do escopo meramente classificatório, e transcende o objetivo nutrido pela epistemologia jurídica de encontrar espaço no amplo terreno conquistado pelas ciências duras. É algo que possui dimensões maiores. Pois, ao final e ao cabo, o que sobra da atividade intelectual dos juristas, sejam eles quem forem, façam o que façam, pensem o que pensem, são puros atos de poder. A interpretação e a decisão são, no campo do direito, mais que posturas puramente gnosiológicas, mas atos de poder, de violência legitimada. No presente artigo, busca-se, pois, colocar em evidência a relação estreita entre as diversas simbologias construídas acerca do papel social dos juristas e suas falas de poder a partir da análise de alguns contextos pontuais da tradição ocidental.

2 Juristas e Arquétipos

Muitas imagens ou mesmo tipos ideais se ligam ao que hoje se chama indiscriminadamente de jurista. Para cumprir o desiderato deste breve trabalho, insere-se como referência de análise a categoria “arquétipo”. Ou seja, a verdade dos juristas, bem como a sua estrutura discursiva não emerge fora da extensa simbologia social à qual se vincula indelevelmente a fala dos *experts*. Expressam eles, os especialistas do campo normativo, arquétipos de um tipo muito especial de fala autorizada. Daí que, mais que um sujeito abstrato do conhecimento, o jurista ocidental se mostrou como um símbolo social poderoso, e uma proposta de análise histórica que aspire compreender criticamente a emergência de seu discurso deve considerar a relevância deste campo simbólico, antes mesmo de se apropriar, *ex extra*, deste mesmo discurso. Nessa linha, a ideia de arquétipo é tomada apenas como inspiração das reflexões originárias de Carl Jung. Mesmo considerando que o presente artigo não segue uma abordagem psicanalítica, o sentido junguiano do termo serve de quadro de referência para o objetivo anunciado.

Apropriando-se da ideia freudiana inicial de “inconsciente” como uma dimensão simbólica pessoal da *psique* humana, Jung entende ser possível ampliar essa categoria para o âmbito coletivo, ao inconsciente coletivo², como sendo este um “[...] substrato psíquico comum da natureza psíquica suprapessoal que existe em cada indivíduo.” (JUNG, 2000, p. 15). O conteúdo próprio desse substrato comum seria justamente os arquétipos. O termo “arquétipo” foi utilizado por vários autores, desde Platão a Santo Agostinho, sempre associada às noções de ideias arcaicas ou imagens universais, ou mesmo com *représentations collectives*, em Lévi-Bruhl, as quais serviriam de inspiração para a proposta junguiana. Todavia, não se pode confundir “ideias arquetípicas” com “arquétipo”, pois este, para Jung, é mais do que uma “ideia”, é uma representação de um modelo hipotético e abstrato. (JUNG, 2000, 16-17)

Tal abordagem não é, ademais, expediente novo no campo da história do pensamento jurídico. Seguindo essa linha de análise, da busca dos fundamentos simbólicos dos *experts* da lei, tem-se, por exemplo, o trabalho de referência de Walter Benett acerca do mito do advogado, à luz de suas figuras arquetípicas no cenário estadunidense³. Nessa linha, os arquétipos a serem aqui rascunhados esboçam um tipo simbólico de especialista, representados por imagem multiformes, nem sempre comuns a certas formações culturais, mas que são fartamente retratados pela história tradicional do pensamento como “juristas”. Tem-se, então, guardados os limites da análise, uma tarefa de cariz genealógico, ou seja, perceber as condições de emergência de certos arquétipos que se vinculam historicamente a um tipo muito especial de verdade, a verdade da lei; uma espécie

² Alertando que o “inconsciente coletivo” foi um dos seus conceitos mais incompreendidos, anota Jung: “O inconsciente coletivo é uma parte da psique que pode distinguir-se de um inconsciente pessoal pelo fato de que não deve sua existência à experiência pessoal, não sendo, portanto, uma aquisição pessoal. Enquanto o inconsciente pessoal é constituído essencialmente de conteúdos que já foram conscientes e, no entanto, desaparecem da consciência por terem sido esquecidos ou reprimidos, os conteúdos do inconsciente coletivo nunca estiveram na consciência e, portanto, não foram adquiridos individualmente, mas devem sua existência apenas à hereditariedade. Enquanto o inconsciente pessoal consiste em sua maior parte em *complexos*, o conteúdo do inconsciente coletivo é constituído essencialmente de arquétipos”. (JUNG, 2000, p. 53)

³ Ver Benett (2005).

de Hermes jurídico que liga o campo normativo inacessível ao homem comum à esfera sagrada dos interditos no mundo pré-moderno, e das vedações racionais no campo moderno.

3 A Figura Simbólica do Sacerdote

Um dos primeiros discursos socialmente autorizado como verdade que emerge em certas condições específicas de poder é a fala do sacerdote. Sem cair nas armadilhas da historiografia causalista e linear, não se pode deixar de perceber algo de sacerdotal no campo da experiência jurídica humana. O arquétipo de sacerdote em suas múltiplas expressões culturais – do Xamã, do Pagé, do curandeiro, ou mesmo do exemplo modelar do jurista romano – pode ser colocada como a primeira figura a ser problematizada pela genealogia proposta, posto que simbolicamente serve como registro histórico-social que vinculará o campo do normativo, mágico e sacro, a uma esfera de tradução e resposta, enfim, de modelo de verdade legitimada. Esse arquétipo, como um símbolo cultural que é, está na emergência do jurídico como discurso de verdade, e remonta aos contextos diversos, de sociedades tradicionais e indiferenciadas, que ligam a ideia do direito à sacralidade do dever como mandamento coercitivo. Mesmo no mundo romanizado, como se verá, influenciado pelo racionalismo grego, a função arquetípica do jurista é, na origem, sacerdotal.

Mas o que é essa esfera do sagrado que cria as condições de emergência desta fala? A figura arquetípica do sacerdote se liga indelévelmente ao campo do prognóstico em face do imprevisível. O imprevisível está no campo do segredo, da ordem do não dito, da ordem sagrada da natureza ou das divindades. O acesso a essa ordem, contudo, é possível. Em meio a um universo “desconhecido e caprichoso” e com aparatos racionais incipientes, grupamentos pré-modernos vinculavam acontecimentos naturais, como catástrofes, às forças supra-humanas, invisíveis, cuja força misteriosa se atribuía a uma vontade superior a que se orientava ora para punição, ora para premiação (PHILIPPI, 2001, p. 29). A prognose se insere, em tais contextos, como *medium* que liga o acontecimento imprevisto (desejado ou indesejado) à revelação da vontade que lhe origina

(da natureza ou das divindades), na maior parte das vezes uma vontade punitiva. O ritual, assim, passa a ser o elo de invocação de uma vontade revelada. Com efeito, se o que institui o *ethos* do social, para a antropologia, é justamente o ritual e seus símbolos, essas dimensões coercitivas demandavam meios de predição, uma tradução para sua circulação, legitimação e sedimentação em instituições. Dessa forma, no mundo primitivo⁴, a ordem da natureza e a ordem moral-jurídica precisavam mais que explicações racionais ou lógico-causais⁵ para a sua devida inscrição no rito social, necessitavam, sobretudo, de regulares traduções simbólicas para os reiterados usos grupais. A relação estreita, perceptível nas sociedades arcaicas, entre a imprevisibilidade do mundo natural, expectativas sociais e um ritual é bem ilustrada por Luhmann. Na sua obra *Rechtssoziologie*, marcante de sua primeira fase intelectual, Luhmann entende o direito como uma estrutura de estabilização congruente de expectativas. A questão, então, das expectativas está no centro de sua explicação sociológica do direito, e que também foi utilizada para a compreensão do direito arcaico e suas formas jurídicas iniciais. Para compreensão de tal leitura do direito arcaico, alguns pressupostos precisam ser elucidados.

Para Luhmann, o ser humano percebe o mundo como um mosaico de informações sensoriais que o remete a um número imenso de possibilidades de julgamento. Porém, a percepção destas informações será sempre assimilada a partir do potencial limitado de sua cognição. Sensorialmente, sempre será difícil julgar todas as múltiplas possibilidades de desdobramentos dos eventos possíveis ou prováveis. A partir desta constatação, colocada como axioma de sua sociologia, Luhmann indica o problema social-existencial fundamental, qual seja, que toda convivência humana estável demandará por níveis congruentes de possibilidade de julgamento dos seus membros; porém essa necessidade convive com o paradoxo de a convivência humana estar imersa na complexidade. Complexidade, nesse contexto, significa que “[...] sempre existem mais possibilidades do que

⁴ O termo primitivo é usado como designativo de sociedade com baixa complexidade, do tipo arcaico, ou seja, indiferenciada, tendo em vista que o termo denota certo tom pejorativo de caráter evolucionista.

⁵ Ver, em Kelsen, como inicialmente a ideia de imputação, para os primitivos, nasce inicialmente da ordem causal da natureza. Conferir em: Kelsen (1998, p. 91-94).

se pode realizar” (LUHMANN, 1983, p. 45). Ao lado da complexidade existe a contingência, que se consubstancia no “fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (LUHMANN, 1983, p. 45). Isso faz com que existam sempre inúmeras possibilidades de julgamento tendo por contrapartida grandes possibilidades de errar, de se desapontar. A construção da sociedade, então, parte da possibilidade de serem desenvolvidas estruturas capazes de assimilar, absorver e minimizar o problema da complexidade e da contingência. O fundamento da gregaridade partiria do pressuposto de estabilização mínima de expectativas. As estruturas sociais, com efeito, estabilizam expectativas em relação aos riscos de julgamento em face da complexidade de alternativas oferecidas, não só no sentido de evitar erros ou desapontamentos, mas no sentido de igualmente evitar ser necessário experimentar sempre uma circunstância para direcionar o julgamento de uma expectativa.

O direito, como estrutura social, para Luhmann, trata de um campo de contingência mais complexo, pois envolve o julgamento sobre o comportamento do outro, ou seja, uma dupla contingência, em que se insere a necessidade de se ter expectativas de expectativas⁶. Não haveria sociedade sem que existissem estruturas capazes de estabilizar minimamente tais expectativas normativas. É assim que o direito se colocaria como mais uma estrutura social que participaria do processo geral de redução congruente da complexidade, já oferecendo um sentido dado para que se evite ou se minimize o risco de desapontamento, por isso a constituição dessas estruturas (como é o caso do direito) é, para Luhmann, uma necessidade vital. (LUHMANN, 1983, p. 66)

O sacro no mundo arcaico, nessa perspectiva, corresponde à representação de um contexto de baixa complexidade, de poucas alternativas,

⁶ Importante diferença entre expectativas normativas de expectativas cognitivas. Ao nível normativo, o desapontamento é adaptado ou assimilado ao resultado oriundo dos fatos, enquanto na esfera normativa, o desapontamento não muda a expectativa inicial. Dessa diferença entre as expectativas cognitivas e normativas deriva a conclusão de que o direito é um estabilizador de expectativas que se opera contrafaticamente, ou seja, o sentido da norma vige mesmo quando o desapontamento ocorre no mundo dos fatos. Conferir em: Luhmann (1983, p. 57).

no qual o presente se mostra como único horizonte, fazendo emergir, como elemento de contato com as expectativas, o ritual que ativa o sentimento normativo para a situação imediata e concreta. A predição, nessa linha, teria a ver com o sentido do presente constantemente instabilizado, e não com um futuro. É nessa perspectiva que Luhmann entende a inserção do ritual e do sagrado num contexto de direito arcaico. A vontade divina não cria o direito em tais sociedades. A ideia da criação do direito geraria, a *contrario sensu*, mais complexidade, sendo que o direito deveria ser revelado. Num mundo arcaico, então:

As forças sobrenaturais protegem o direito, elas penalizam e restituem, mas não geram nem modificam o direito. O direito vincula os deuses da mesma forma que os homens. (LUHMANN, 1983, p. 188)

O caráter sacro, portanto, é a forma estruturalmente congruente com que o direito arcaico estabiliza as expectativas num contexto em que a pobreza de horizontes se estabelece em face da ameaça contínua de desapontamentos iminentes. Com efeito, o direito não é algo à disposição, daí que o ritual, a palavra, o gesto, o juramento ou a maldição reafirmam o fato de que

[...] o procedimento jurídico parece um ritual, como procedimento presente, como presença concreta de afirmação do direito – e não como esclarecimento de um passado em disputa, ou como seleção de um futuro preferido. (LUHMANN, 1983, p. 188)

Em sociedades ágrafas, o ritual e a figura do sacerdote entram nesse jogo simbólico. A escrita, longe de pôr fim a este esse processo mágico-simbólico, aumenta sua complexidade. O próprio autor em destaque, em *El derecho de la sociedad*, obra marcante de sua fase final, na qual introduz, dentre outras noções, o conceito de evolução, ressalta que o advento da escrita serviu para conservar o estilo de interpretação divinatória até chegar na sua etapa de fonetização na Mesopotâmia. Neste campo posterior das sociedades tribais-tradicionais, já nas civilizações do Médio Oriente, em que o social apresenta maior nível de complexidade, a fala

sobre o direito se liga não só ao presente, como ressaltado, mas também ao passado. Por isso, o advento da escrita, segundo Luhmann, se vinculou à racionalização e à profissionalização da antiga arte divinatória. A fala divinatória se manifestava pela fórmula “se isto, então aquilo”, o que, no caso jurídico, da *práxis* jurídica, também era útil, pois era uma fórmula capaz de resolver os casos (LUHMANN, 2002, p. 310). Daí surge uma questão relevante para a compreensão do surgimento das condições de possibilidade da fala autorizada do sacerdote, pois, mesmo antes de a escrita ser uma condição de validade do direito, como ocorrerá na modernidade, “[...] ya se había desarrollado, por la escritura, una cultura del derecho con sus correspondientes peritos.” (LUHMANN, 2002, p. 311)

O arquétipo do sacerdote, inicialmente marcado pelo imediatismo da fala e sua repetição ritualizada, mesmo em sociedades mais complexas, com o advento da escrita, conserva ainda uma simbologia muito poderosa, para além de mensageiro e tradutor. Como afirma Ost, o jurista passa a ser, acima de tudo, o guardião da memória social (OST, 2005, p. 50). Mesmo em Luhmann, em outro sentido, o efeito mais imediato da escrita no campo normativo foi o abandono dos testemunhos presenciais e a catalogação desta memória, saindo-se da coerência ritual para o da coerência textual. Em Ost, outrossim, a questão da memória tem um relevo singular. No símbolo sacerdotal, há o sentido de testemunha e formador da tradição, para além do sentido de tradutor de mundos. Essa missão a que os juristas atenderam, diz Ost, não se deu por força das funções que tradicionalmente exerceram e ficaram marcadas na experiência histórica do ocidente, como as de arquivistas, notários, “cérebros ciumentos das portas da legalidade”, servidores do Estado e dos príncipes; também essa missão específica igualmente não se dá pela já comentada ligação do *expert* com a religião e o sagrado. Há algo mais. Esse mandato do jurista embrionário é um mandato sem o qual a tradição histórica seria oca, porque a preservação do direito apresenta à consciência social o movimento de que o novo não se dá sem um instituído pretérito, a partir de uma ordem do passado, uma lei. Em suma: toda novidade parte de uma memória do passado. Como afirma Ost: “[...] que há sempre uma parte indisponível, na medida mesma em que nenhuma instituição é absolutamente nova.” (OST, 2005, p. 50). O normativo joga, então, com o tempo e com

a memória do mundo social, e é essa a dinâmica própria que o campo do direito se faz perceber pela fala do jurista, a revelação desta contradição ínsita do seu labor, de velar pela preservação do instituído *versus* a revelação do instituinte.

Adotando a hipótese de que os elementos centrais do arquétipo modelar do jurista ocidental parecem radicar-se no mundo latino, no contexto da sociedade arcaica e gentílica⁷, ainda assim, sua fala autorizada, ao contrário do que supõe a imagem de jurista moderno, tinha um cunho eminentemente sacerdotal. Nesse sentido, alerta Schiavone que a prescrição do *ius*, neste contexto, ligava-se igualmente à cognição mágico-sacral-religiosa do *fas*⁸, sendo que as poucas fontes do século IV que chegaram até o presente revelam uma estreita imbricação. Na raiz da constituição protocitadina do mundo romano, de formação primeva do seu espaço público, a pronúncia do *ius*⁹ era reservada a um grupo sacerdotal, dentre as três flâmines e os áugures, denominado colégio dos pontífices, aqueles que “fazem vias” ou “abrem caminhos” (SCHIAVONE, 1992. p. 76)

O sacerdote, espelhado inicialmente na figura do “jurista” sábio, encarnava os ideais tradicionais da sociedade gentílica e seu culto dos antepassados fundadores de Roma. Impõe-se esclarecer que na atividade sacerdotal romana não é o gesto, em si mesmo, que guarda a sacralidade, pois, como alerta Scheid, o sagrado é o gesto da autoridade, daí a origem

⁷ A expressão sociedade gentílica refere-se à *gens*, núcleo social fundamental do mundo romano arcaico, ao lado da clientela e da plebe. Alves retrata três teses sobre a *gens*: a) a teoria patriarcal (Vico e Summer Maine), de que a *gens* seria uma derivação da originária família patriarcal, b) a de que a tribo precederia a *gens* e a família (Meyer), sendo esta resultado do fracionamento da primeira e c) a teoria gentílica (Bonfante), de que a *gens* teria uma feição política, visto que objetivava a ordem e a proteção em face de inimigos. Conferir em: Alves (1997, p. 9).

⁸ Ainda que a dissociação entre *fas* e *ius* tenha apenas uma função tipológica, pode-se dizer que o *fas* se refere ao âmbito do sagrado e suas instituições, o *ius* se refere ao normativo “profano”, civil ou laico.

⁹ Em relação à relevância da pronúncia do *ius*, como ato constitutivo e não apenas declarativo, Supiot, lembrando Benveniste, anota: “Palavra de origem obscura, *ius* exprime em seu sentido mais geral um preceito de justiça, o que leva É. Benveniste a alegar que ‘não é o fazer, mas sempre o pronunciar que é constitutivo do ‘direito’”. (SUPIOT, 2007. p. 51)

do termo “sacerdote” como “aquele que faz o acto sagrado” (SCHEID, 1992, p. 66). Investidos de tal autoridade, os pontífices agiam de forma ritualística, dando objetividade a preceitos minuciosos que conferiam “certeza e força à comunidade”, porquanto a autopercepção desta mesma sociedade como romana se dava na possibilidade de se manter contato permanente com a memória ancestral dos antepassados. Nesse sentido, como alerta Ferraz Jr., a ação política estava ligada à preservação da fundação da cidade de Roma, disso se utiliza o próprio sentido da palavra “religião” como meio de religar dois planos (*religare*), fazendo viger, no presente, o passado dos fundadores na forma de *autorictas* (FERRAZ JR., 1988, p. 29). É sob esse “peso” dos ancestrais, uma *gravitas*, como bem define Arendt, que se constituirá o próprio *ethos* romano, no qual o sentido de crescimento se dava não rumo ao futuro, mas em direção ao passado. A autoridade do passado, contudo, não era manifesta em mera ação contemplativa; deveria se atualizar no presente, na vida concreta, e, assim, a autoridade, inicialmente *augere*, aumentava (e não criava) o ato fundador de Roma. (ARENDDT, 2005, p. 163)

O sacerdócio, materializado na tarefa de interpretar e prescrever as regras que encarnavam e reviviam essa memória, os *mores* originários, também conferia aos pontífices grande prestígio e poder, pois,

[...] que nas suas palavras e no seu talento interpretativo estava depositado por segredo da adesão da cidade ao mundo do sagrado e do mágico, que se imaginava empenhado em proteger e tornar invencível quem sabia entender a sua linguagem e conformar-se com a vontade dos deuses que o habitavam. (SCHIAVONE, 1992, p. 77)

Às perguntas dos *patres*, os pontífices exerciam a fala autorizada de dizer o *ius*. Iniciou-se, assim, o modelo ancestral com que a fala autorizada do campo jurídico se estabeleceu e se organizou: o *responsum*. Essa tarefa de responder às questões formuladas pelos *patres* tornou-se, então, a tarefa fundamental dos pontífices, esclarecendo o *ius* para casos relativos às condições específicas da sociedade gentílica, a posse da terra, questões matrimoniais, aquisição e perda de bens, parentesco e todas as questões que gravitavam na órbita de interesses deste núcleo de poder (SCHIAVO-

NE, 1992, p. 77). Nasce assim, com um grupo muito restrito de sábios (CAPELLA, 2002, p. 67), um modelo intelectual marcante na forma específica na qual o dizer o direito se revela: pela resposta casuística. Esse modelo de racionalidade persistirá, com algumas modificações, mesmo no contexto republicano e imperial. Neste contexto inicial, a memória arcaica e oral era modulada pelo *responsum*, e cada resposta se vinculava a um caso, sendo que uma nova pergunta fazia com que se invocasse o precedente anterior. Neste modelo, mais uma vez, vê-se a tensão a tensão em trocar a manutenção do passado pelo dizer o direito já instituído, pois, “[...] afastar-se do passado, para inovar, era uma opção traumática.” (SCHIAVONE, 1992, p. 79). Essa tensão, registre-se mais uma vez, entre autoridade e texto, será o campo de força próprio das experiências literárias que conformaram a tradição jurídica europeia até a Idade Média. (HESPANHA, 2006, p. 113)

Com o reforço da esfera pública, com início visível no final do século IV a.C., a influência das estruturas tradicionais gentílicas e da religião cedeu em face de uma cultura “civil”, configurada pela nova função que o campo jurídico teve com a ascensão política do segmento patrício-plebeu já plenamente visível no século III. O vínculo quase necessário entre o *fas* pontifício e a pronúncia do *ius* entra em ocaso, emergindo um novo arquétipo do sacerdote: sai de cena o jurista sábio e entra em cena o nobre sábio. Tal emergência, como aduz Schiavone, é estreitamente ligada à ascensão dessa nova oligarquia, a partir da qual dizer o direito migrou, da base arcaica e ancestral da fala mágica dos pontífices originários, para uma ampliação da base casuística¹⁰. Disso resultou, *a fortiori*, um modelo de resposta agora pautado em um “realismo empírico” e a um “cálculo distributivo”, processo que se tornou conhecido modernamente como a laicização da jurisprudência romana. Esse novo modelo de fala autorizada passou, paulatinamente, a ser definido por Cícero, no período

¹⁰ O jogo de forças que marca essa separação é bem descrito por Unger: “[...] o *ius civile* romano primeiro adquiriu a sua própria identidade libertando-se do *fas* pontifício e, em seguida, suplantando-o. E, no último império, uma separação ainda maior surgiu entre o direito propriamente dito (*ius civile*) e o arbítrio administrativo (a *cognitio extraordinaria* do imperador). Estas diferenças refletiam conflitos entre o clero, as autoridades governamentais e grupos de mercadores [...]”. (UNGER, 1979. p. 62)

republicano, a partir de suas três funções: i) *agere*, aconselhar as partes e os juízes nos processos; ii) *caure*, promover assistência na redação dos atos jurídicos; iii) *respondere*, dar respostas aos casos específicos, esta última sendo o germe de uma literatura especializada que se ligará ao cerne da atividade dos homens prudentes. (DUCOS, 2007, p. 41)

Se o homem sábio não é, exatamente, ainda com Schiavone, o que modernamente denomina-se jurista, seu estilo já é o estilo do perito. O perito não exerce uma função estritamente sacerdotal, radicada numa autoridade quase mágica, mas seu saber estava incluso no campo de uma *Paideia* oriunda dos ideais da educação aristocrática, e sua nota típica será o fato de que o perito exercia um saber civil, uma *ars* apoiada na escrita e em métodos próprios de saber. Esse movimento global de laicização via escrita, já iniciado com a Lei das XII Tábuas, resulta no acúmulo, mediante ação desse sábio da aristocracia, de fórmulas gerais e abstratas, compondo os elementos de um *logos* muito particular, de uma

[...] nova grande ciência, defendida por uma casta particularmente compacta que se convertia em seu intérprete zeloso e com a qual o poder dos príncipes não podia deixar de fazer aliança [...] (SCHIAVONE, 1992, p. 82)

Que *logos* é esse que se liga à figura arquetípica posterior da vida romana, a do aristocrata sábio? Essa crescente abstração da fala autorizada do jurista pós-período arcaico, abstrata, laica, esquematizada em forma de catálogos compostos por conceitos dicotômicos remonta, em certa medida, à influência grega no âmbito latino, notadamente a recepção de certas figuras da gramática e da filosofia prática helênica. Essa nova *ratio scripta* que marcará os domínios da jurisprudência romana obterá do pensamento de Aristóteles, notadamente a autonomia do saber ético, estreita relação com a decisão jurídica e o discurso do perito que lhe sustenta.

Inspirada pela ideia de “ciência” causal aristotélica, de feição indutiva, a forma de manifestação da fala dos juristas romanos do período da “revolução científica” (século I) (DUCOS, 2007, p. 42) foi marcada fortemente pela ideia de *phrónesis*, ou prudência, um saber prático-moral autonomizado do saber metafísico, e que servia de guia decisório para o

agir moral (FERRAZ JR., 1980, p. 20). Dessa influência claramente aristotélica, surge a pergunta central: fizeram os juristas romanos *scientia* ou *prudencia*? Nesse ponto se encontra, em suas raízes ocidentais, o germe (ou primeira matriz histórica) do saber que posteriormente foi denominado “dogmática jurídica [...]”¹¹, ou seja, um saber típico dos juristas ordinários, uma *thené*, no sentido de ser um saber que orienta, moral e não matematicamente, um fazer (GADAMER, 1997. p. 468). Foi vital, então, para o pensamento prudencial romano, assimilado em suas linhas fundamentais pela tradição estoica-ciceroniana, a ideia da *tópica* em Aristóteles. Para o filósofo estagirita, determinados raciocínios, como o dialético e o sofístico, utilizavam-se dos *topoi* para a sua obtenção da “verdade”; tais *topoi* nada mais são que “lugares comuns” do discurso que passam a ser utilizados como premissas de raciocínio não matemático. Ou seja, eram “[...] pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda a parte, que se empregam e que podem conduzir à verdade.” (VIEHWEG, 1979, p. 27). O saber moral-jurídico, dentro da divisão da *tópica* aristotélica, não tinha o sentido matemático, *apodítico*, mas estava no campo das disputas retóricas e dialéticas, ligadas à arte da discussão, sendo que os *topoi* formariam catálogos utilizados na prática para obtenção da verdade-moral-prática no campo do saber tipicamente jurídico (VIEHWEG, 1979. p. 31). Essa acepção aristotélica, base da jurisprudência romana desse período de laicização, dava muito mais operacionalidade às relações concretas de poder, o que foi assimilado muito facilmente no *corpus* conceitual que marcou o jurista romano no seu contexto específico de atuação.

Se, do ponto de vista estrutural, o discurso do homem sábio, do prudente, do perito no ius era composto por um catálogo de “lugares comuns” conceituais, de uma *tópica*, a maneira de pensar global aproximava-se de uma disciplina ou manifestação do pensamento que Aristóteles denominava, dentre as quatro formas de discurso humano, como dialética. Há quem perceba nos quatro discursos aristotélicos uma “escala de credibilidade”, sendo que o discurso poético (CARVALHO, 1997) trata do

¹¹ Fala-se em três matrizes ou heranças formadoras das notas típicas do saber dogmático, jurisprudência tradicional ou dogmática jurídica, qual sejam: a herança jurisprudencial romana, a exegética medieval e a sistemática (jusnaturalismo racionalista moderno). Conferir em: Andrade (1996).

possível e da imaginação, o retórico refere-se ao verossímil, pautado pela persuasão, e o dialético, dado o seu movimento de ida e vinda de argumentos, busca a prova a partir das opiniões¹², e, por fim, o discurso lógico (teórico) que busca o apodítico, expressão de uma verdade lógica indestrutível. Esse estilo dialético, marcante da abertura do discurso do perito no século I, teria marco inicial com a figura emblemática de Q. Mucius Scaevola (DUCOS, 2007, p. 42), marcando a transição da fala autoritária para a fala dialética como instrumento manejado pelo homem prudente. A literatura problemática, então, foi a grande invenção da mentalidade romana que emerge, ao lado dos comentários¹³, em tais condições.

Essas breves imagens da função sacerdotal e pericial como componentes da figura simbólica do *homo juridicus* ocidental apenas serve como caricatura. Nessa perspectiva, o que se chamou de processo de laicização da fala do jurista romano pode ser visto como o processo mesmo de contração de forças, em que a verdade oriunda dos mitos e da função pontifícia ligada ao campo das relações gentílicas passa a ser a verdade do *jus civile*, abstrato, referente à correlação de forças de novo ideal de verdade que não se radica apenas na memória sacra e ancestral dos fundadores.

4 A Figura do Doutor e do Glosador

Um modelo clássico de jurista, como ator de uma fala autorizada socialmente, emerge também no contexto da Europa continental com a fi-

¹² Nem toda proposição corresponderia a um silogismo dialético, pois “[...] nenhum homem sensato formularia como proposição aquilo que não constitui opinião de ninguém, nem como problema aquilo que é evidente para todos ou para a maioria, pois se este último não suscita questionamento algum, o primeiro não seria aceito por ninguém. Ora, uma proposição é uma questão em consonância com a opinião sustentada por todos, ou pela maioria, ou pelos sábios (todos os sábios, a maioria destes ou os mais afamados entre estes) e que não é paradoxal, pois a opinião dos sábios seria aceita se não se opusesse aos pontos de vista da maioria”. (ARISTÓTELES, 2005, p. 357-358)

¹³ O exemplo clássico da literatura prudencial na forma de comentário é a *Tripertita de Sex Aelius Paetus Catus*, no século II a.C., que tinha por objeto a Lei das XII Tábuas. (DUCOS, 2007, p. 42)

gura simbólica do glosador medieval. Do ponto de vista do saber jurídico ocidental, o feudalismo foi um momento extremo de pluralismo de fontes e de sistemas jurídicos. A desagregação de uma ordem jurídica e administrativa e formalmente unitária do império romano foi substituída por ordens jurídicas plurais, condensadas nos direitos consuetudinários locais de fonte germana, no direito canônico do papado e no direito romano inicialmente eclipsado num contexto em que as referências clássicas tardias estavam restritas ao monopólio da fala eclesiástica. Dessa forma:

O direito medieval do continente estava sob a influência tripla das formas corporativas germânicas, do direito canônico e da forma como o direito romano era adotado pela prática jurídica. (WEBER, 1999, p. 55)

Relativizando a visão negativa que os modernos impingiram a tal período, Paolo Grossi destaca que se tratou, antes de tudo, de um momento jurídico singular, no qual a ideia de direito precedia a própria noção de poder político, o que foi invertido no monismo jurídico iluminista e burguês. (GROSSI, 2004)

Uma das consequências históricas mais importantes da glosa medieval foi que

[...] esta nova exigência dos juristas racionalizou e jurisdicionalizou para sempre a vida pública na Europa; em virtude da sua influência, de todas as culturas do mundo é a européia a única que se tornou legalista. (WIEACKER, 1979, p. 65)

Nesse campo de ideias, a vinculação entre verdade, autoridade e texto, mediante o artifício doutoral da glosa, formou a simbiose dos elementos nucleares de um tipo muito peculiar de discurso: o dogmatismo. Para Legendre:

[...] organiza-se, então, verdadeiramente, o discurso canônico inseparável de sua matéria primeira, um texto, e de uma técnica da exegese manejada com a destreza do formalismo pelo glosador. (LEGENDRE, 1983, p. 72)

A tradição da glosa, e mais posteriormente da pós-glosa, formou as linhas gerais do *modus operandi* do jurista como exegeta do mundo dos negócios ordinários. Essa imagem simbólica consolidará um perfil marcante do modo de ser do homem dos negócios políticos e do saber jurídico.

Emerge, então, o arquétipo do Doutor, o detentor da fala dogmática, que condensa em sua simbologia social as figuras históricas dos glosadores e comentadores subsequentes. A profissionalização do universo jurídico, do *metier* próprio dos homens da lei, ao lado do surto mercantil citado no ambiente italiano, acompanhou um processo de racionalização das profissões tradicionais que mantinham antigas liturgias¹⁴. Legendre e Weber oferecem preciosas contribuições para a percepção desse arquétipo, partindo, evidentemente, de perspectivas conceituais diferentes; o primeiro, à luz de uma abordagem psicanalítica do discurso do autor, do discurso dogmático no medievo; e o segundo, tendo por base sua sociologia compreensiva do processo racional legal de dominação moderna.

A evocação do passado romano, sua memória magistral, estava também vinculada ao saber dogmático como expressão própria do discurso jurídico tipicamente medieval. Que discurso é esse? Trata-se do discurso do mestre imiscuído no seio da instituição, e que se reproduz como Escola, a partir da fusão do sistema escolástico de pensamento aplicado ao campo de atuação dos juristas. A simbiose desta fala do mestre (doutor), reveladora do discurso dogmático, terá por laboratório a vida universitária, dominada pelos clérigos, pelos canonistas, e seus três elementos fundamentais foram assim designados por Legendre: i) “a segurança legendária do jurista”; ii) “o poder de manter a dúvida”; e iii) “o discurso

¹⁴ É o que bem anota Weber: “Las profesiones individuales fueron originalmente de carácter carismático (mágico), determinándose luego el resto de la articulación profesional por obra de la tradición – y esto naturalmente en la medida en que existieran, en general, comienzos de una articulación semejante. Las cualidades que no tenían un carácter específicamente personal y carismático eran objeto de enseñanza tradicional en asociaciones cerradas, o materia de la tradición hereditaria. Las profesiones individuales de carácter rigurosamente carismático se crearon – liturgias – por las grandes haciendas de los príncipes y de los señores territoriales, y después – en economía de cambio – por las ciudades. Al lado de éstas se dieron siempre las formas educativas *literarias*, que tenían por estatalmente distinguida y que nacieron en conexión con la formación profesional mágica, ritual y sacerdotal”. (WEBER, 2002. p. 112-113)

do Mestre na Escola institui o simulacro”. É possível observar mais de perto o que Legendre entende por tais elementos. (LEGENDRE, 1983, p. 88-101)

Existe uma lógica universal das leis e os romanos foram os primeiros a revelá-las, portanto, “[...] qualquer jurista é um Romano e o descendente dos Gigantes.” (LEGENDRE, 1983, p. 91). Dessa fonte, mais do que um mito das origens, existe uma estreita vinculação do mítico mundo romano reativado, assimilado pelo mundo sacro cristão, pois tanto a concepção romana como a teologia cristã “[...] colocam o lugar do Poder no mesmo nível”. Disso resulta a percepção de Legendre de uma simbiose perfeita entre os campos discursivos do direito romano com o discurso canônico no centro do que ele denominou de censuras ocidentais, das quais a religião tem papel importantíssimo. Essa presença mitológica da figura do jurista como legatário dos romanos, cujo corolário é a evocação do mestre, para Legendre, constrói algo fundamental, que é a memória secular dos doutores, o “saber magistral”, cujos argumentos de autoridade legitimaram diversos campos jurídicos do mundo europeu mesmo antes da clivagem de sistemas jurídicos diversos¹⁵. Essa força simbólica não pode ser desprezada. Para Legendre, até mesmo o discurso do *Aufklärung* teve que descer até “[...] a velha fachada romana das coisas.” (LEGENDRE, 1983, p. 92)

O discurso canônico, como parte do discurso de censura ocidental, para esse autor, utiliza não só o mito pontifício do discurso do mestre, de inspiração romana, mas também se materializa sob determinadas técnicas que são operadas por um intérprete autorizado e um comentário. É preciso entender um ponto que para Legendre é o mais negligenciado quando se investiga o campo jurídico, mormente o fato de que o comentário só nasce se há incerteza. O discurso dogmático parte desta premissa. Assim, é preciso entender o “[...] enraizamento da Lei no universo da dúvida.” (LEGENDRE, 1983, p. 93). Na perspectiva freudiana utilizada, qual a estratégia de se fazer, sob o aparato do monopólio da fala, a repressão do desejo? A estratégia estaria radicada não em acabar com a dúvida (o dese-

¹⁵ Legendre não especifica textualmente quais seriam estes sistemas, mas tal clivagem deve se referir aos sistemas da *Common Law* e *Civil Law*.

jo se realiza pela falta), mas sempre chegar na fronteira do Poder; deslocar sempre o Poder, mesmo que ele signifique a censura do desejo, sendo desse movimento particular que a incerteza opera no campo institucional; desse movimento plasmado na instituição formam-se o seu Direito e o jurista com seu campo casuístico. A espera dessa Palavra do pontífice parte do mito ancestral da Europa latinizada, cujo porta-voz será a figura do mestre, do doutor. Essa é a função simbólica do mestre, a de, na enunciação da palavra sacra do direito, formar a casuística modelar que, mediante as técnicas escolares, fará ligar abstratamente o conflito à forma unitária da Lei que se faz pelos procedimentos verbais do comentário, via enunciação erudita da Palavra. (LEGENDRE, 1983, p. 93)

A atitude do doutor, de ligar o sentido prévio, universal e mítico da Lei ao texto, via comentário, mediante uma série de procedimentos narrativos, valia-se de cenas exemplares, das mais banais e cotidianas, utilizado amiúde de exemplos fantasiosos, a partir dos quais se instituía verdadeiro “simulacro”. Então surgem coleções de cenas retratadas ficcionalmente como temas de comentário, as quais eram problematizadas pelas *questiones disputatae*. Todo ato humano, então, poderia ficcionalmente ser subsumido a este modelo abstrato criado pela prática escolar. O doutor, então, é a essa figura, concreta e fundamentalmente simbólica, que maneja e faz ligar a Lei (do seu universo mítico) e Palavra enunciada. Seu caminho é texto, procedimento meticuloso que se materializa na estrutura dicotômica entre questões e respostas, sempre às voltas com um catálogo casuístico abstratamente simulado. Dessa estrutura ficcional, o doutor, o mestre medieval, é o grande artífice que marcou a tradição jurídica ocidental. Há, não se pode deixar de anotar, uma observação de Legendre digna de registro: o discurso dogmático da instituição garante uma dupla tarefa, ser, ao mesmo tempo, garantida pelo mito e por uma “lógica” que é o procedimento (LEGENDRE, 1983, p. 97). Essa duplicidade é o cerne do que, de certa forma, o senso comum teórico significa no plano linguístico e epistêmico.

Difícil divisar, apesar de a literatura indicar elementos distintivos, os juristas-canonistas daqueles formados na pós-glosa e no ambiente humanista, já no contexto de exaltação do denominado direito natural racional. O uso de estilos literários comuns parece acompanhar o estilo

dos juristas medievais, tendo como exemplo o uso da “brocardia”, termo latinizado de “Buchard”, clérigo alemão do século XI que elaborou uma ampla compilação de máximas jurídicas, a *Regulae Ecclesiasticae*. O comentador, legista e o pós-glosador encerram as características gerais dos seus pais fundadores da primeira geração, obtendo, em adendo, uma simbologia menos escolar e mais ligada aos assuntos citadinos. Esse será o arquétipo do jurista dos negócios humanos, mesmo que sua atuação engendre uma literatura, ou seja, um modelo escolar próprio de extrema difusão na Europa continental, à luz, por exemplo, do que significou o bartolismo.

Da figura sempre citada de Bártolo de Sassoferato, século XIV, importa captar de seu discurso duas variáveis: uma, de sua relação não apenas doutoral com os assuntos da tradição, mas certa influência nos negócios da vida pública, bem como a estrutura lógica do seu discurso, captada essencialmente da linguagem canônica, à luz, por exemplo, de Tomás de Aquino. No seu *Tratado sobre o tirano*, Bártolo trata de uma controvérsia tipicamente do período, referente aos conflitos envolvendo o Papa Clemente VI, Imperador Carlos IV e Cardeal Egídio Albornoz. Seguida à enumeração exaustiva dos temas, a técnica do comentarista continuava pelo padrão escolar em que cada tópico era marcado pela distinção da dualidade da questão e da resposta:

I – Em primeiro lugar pergunto por que se chama tirano.

Respondo: do grego *tyro*, que em latim se diz ‘forte’ ou ‘angústia’, de onde ‘os reis fortes chamavam-se tiranos. Depois, ‘tiranos’ passaram a ser chamados de reis péssimos e ímprobos, que exerciam uma cupidez de domínio e uma dominação cruel sobre o povo’ (cf. Isidoro, Etimol. 20, 9); de *tyro*, que é angústia, porque angustia e atormenta os seus’, como diz Huguncio (*De verborum derivatione*). E que *tyrus* se interpreta como ‘angústia, ou atribulação, ou força’, já que tudo o que há de mal converge para o tirano.

E por estas coisas são úteis para indagar da condição do tirano e do modo de prová-la. (SASSOFERATO *apud* LOPES, 2006, p. 69)

Como visto rapidamente, o arquétipo de glosador tinha uma estreita relação com os símbolos da tradição pontifical, e, portanto, revelava

uma clara reverência ao texto romano originário. O pós-glosador encarna a imagem do jurista negocial, notarial, registrador, parecerista, um modelo que o capitalismo soube reordenar no arquétipo ideal de bacharel liberal, advogado e membro da elite dirigente do Estado¹⁶. Esta certa partilha de estilos e a presença da imagem doutoral acompanharam o modelo de jurista às portas da modernidade, tendo, por exemplo clássico Francisco Suárez, o qual, como alerta Villey, tem, na sua expressão discursiva, a presença intensa do dogmatismo, o *pedantismo* e o *ecletismo* à luz do formalismo ainda escolástico, apesar das influências múltiplas em seu pensamento, como Aristóteles.

5 O Detentor da Fala Dogmática

Como elemento já decadente da antiga escolástica, o estilo doutoral de Suárez, o *dogmatismo* pode ser concebido como uma forma de busca da verdade que se valia da ideia de certo raciocínio dedutivo, um encadeamento de razões que levam à prova da verdade, já a partir da ideia de sistema (herança da matriz do jusnaturalismo racionalista); na raiz do discurso de verdade dos vários modelos de juristas que remontam à tradição romana, está o recurso ao argumento da autoridade. Não será por acaso que a raiz etimológica do termo “pedante” se vincula ao mestre-escola, à ação do pedagogo ou do professor, ou seja, nasce sob o símbolo da fala autorizada de quem ensina, o mestre. O sufixo “ismo” indica o exagero linguístico dessa fala do *pedante*, a qual se utiliza como meio retórico o argumento da autoridade doutoral, que passou a ter a conotação negativa de fala rebuscada, formalista, erudita e que despreza os saberes comuns. No caso de Suarez, Villey aponta o recurso extremo do pedantismo, indo além do próprio estilo de Tomás de Aquino, com uma enumeração de uma lista enorme de pedantes com nome latinizado na cadeia de suas fundamentações e desmensuradas notas bibliográficas. Esse estilo, como bem anota Villey, não desapareceu do uso, do imaginário e das deformações das universidades contemporâneas, “[...] que consiste em se se interessar,

¹⁶ No caso brasileiro, acerca da formação do bacharel no século XIX como um membro orgânico da elite política dirigente, mormente aqueles formados pela Escola sediada em São Paulo, ver o clássico *Os aprendizes do poder*. (ADORNO, 1988)

mais que pelo tema, pelo que escreveram os pontífices universitários e pela bibliografia [...]” (VILLEY, 2005, p. 398-401), sendo, *mutatis mutandis*, uma reprodução do culto aos “autores da moda” tão em voga em tempos atuais. O ecletismo foi o outro elemento que a figura do doutor, mormente a do estilo dos *salmanticenses* do século XVII, que Suárez encarna muito bem, e que fechará o ciclo do discurso desta fala autorizada. Como dito, há certa discussão se o estilo de Suárez segue a bula tomista ou não, controvérsia bem retratada por Villey. No seu ecletismo, Suárez trata de conciliar diversas autoridades no intuito dogmático da busca da resposta, numa tentativa de combinação e reunião de opiniões, evitando, assim, o conflito e os paradoxos de visões diversas. (VILLEY, 2005, p. 401)

Opondo-se ao padrão gremial-profissional da *Common Law*, que criou um tipo muito peculiar de desenvolvimento do pensamento jurídico, forjou-se o ensino universitário, dentro da lógica e dos procedimentos que remontam às origens dos glosadores medievais já mencionados. Weber observa, neste modelo, uma emancipação racional dos estritos vínculos imediatos e empíricos do ofício. Nasce aí, reforçando as observações feitas, de uma vinculação ao direito sacerdotal, sacro, a fonte de um direito formal-racional, sendo que sua casuística só tem valor enquanto casuística formal. Esse contexto forjou o jurista como notável, diferente dos advogados ingleses com finalidades profissionais específicas. A figura do notário, como ator da pós-glosa, no contexto do humanismo italiano, vai ser a figura de massificação do uso comum do direito (*usus modernus*). Diferentemente dos advogados ingleses, os notários da pós-glosa não rivalizaram com o esquema abstrato já instituído pelo ensino escolar universitário, pois careciam da unidade que os juristas da *Common Law* desfrutavam em razão da sua presença interna no tribunal do rei. (VILLEY, 2005, p. 595)

Os reduzidamente mencionados arquétipos históricos das figuras dos juristas e seu relacionamento com a legalidade marcaram um tipo de fala, a do *expert*, e não propriamente a do filósofo ou do cientista, conforme uma representação mais contemporânea destes últimos. Como infere Luhmann, o mundo do direito sempre demandou esforços teóricos, primeiramente em função da necessidade própria de sua *práxis* aplicativa;

depois, em razão do ensino das técnicas jurídicas que demandavam fórmulas generalizantes que permitissem o repasse de tais construtos para a solução de casos similares (LUHMANN, 2002, p. 301). Tal fato não pode ser de maneira alguma desconsiderado, tampouco menosprezado ao se avaliar a longa sedimentação do saber dos juristas ocidentais. Essa referida demanda “teórica” – inicialmente concebida pela necessidade de um aparato de inscrição social dos interditos, mas, posteriormente distendida num quadro conceitual tópico-retórico ou exegetico dos textos romanos – está na raiz do mandato social que fez nascer no ocidente a figura histórica do jurista. Há, portanto, uma história da verdade que acompanha os juristas antes e depois das noções antigas e modernas de *episteme*, bastando observar como a ideia de verdade (como a descoberta de uma realidade fática) tem estreita vinculação, no mundo ocidental, com as formas jurídicas de inquérito, como demonstrou Foucault. Dessa forma:

O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas verdadeiras e de as transmitir. (FOUCAULT, 1999, p. 78)

Eis os precários esboços genealógicos da emergência simbólica dos juristas e seus discursos de poder, da tradição que se fala e de onde se fala, que nada mais são, além de nomes do passado, e de pessoas que existiram e viveram em mundos aparentemente distantes, arquétipos fixados pacientemente na memória das instituições e nas engrenagens que fundaram os modos de vida do ocidente, símbolos sociais que refletem, desde sua origem, uma gestão da verdade, a verdade das leis. Sacerdote, sábio, mestre, conselheiro, doutor, notário, advogado são as denominações pelas quais, no ocidente, e mais de perto a tradição jurídica aqui implicada, a continental, nominou-se esses atores que se estenderam ao longo de inúmeros contextos do pensamento até a maturação do paradigma moderno de ciência.

6 Conclusões

O que se pode dizer, então, da figura simbólica do jurista moderno? Hespanha, concordando com as reflexões de Bauman, entende que o legislador seria o intelectual típico do século XIX em diante, em contraste com o padrão do jurista medieval e daqueles formados nos início do período humanista-renascentista. Nessa perspectiva, a modernidade teria fixado o legislador como um modelo intelectual diverso do jurista, tal como fora concebido no medievo. Assim sendo, Hespanha entende que os juristas, no modelo estruturado no mundo pré-moderno, espelhava-se na figura do “coiteiro”¹⁷, a partir metáfora utilizada por Bauman, que diferencia “culturas selvagens” de “culturas-jardins”.

A “cultura selvagem” se reproduz espontaneamente, “[...] sem intenção consciente, supervisão, vigilância ou especial nutrição [...]” (BAUMAN *apud* HESPANHA, 2002, p. 1.185), em certa analogia com aquilo que Clastres indicou, ao contrário do evolucionismo de cariz marxista, de que existem sociedades contra o Estado, cujo *ethos* está em justamente em se oporem à concentração do poder (CLASTRES, 1990). Mas, no sentido específico que Bauman recupera, essas sociedades representadas como “culturas selvagens” opõem-se às “culturas-jardins”, pois estas necessitam de intervenção especializada para se autorreproduzir, ou seja, de uma consciente intenção e de supervisão, pois o jardim não se faz, na sua simétrica artificialidade, sem essa ação pensada que vigia, planeja e retira as ervas daninhas. Sem a figura do jardineiro as “culturas-jardins” não seriam possíveis. Assim que, para Bauman, a modernidade exigiu a transformação de culturas selvagens em “culturas-jardins”, e esse processo ampliou-se no século XVIII, tornando-se hegemônico na península eu-

¹⁷ Apenas como referência inicial, é importante registrar o sentido lexicográfico do termo “coiteiro”, o que não quer dizer que se trata exatamente do sentido conferido pelos autores em foco, os quais usam o termo de forma metafórica. “**Coiteiro** s.m. (1439 IVPM) indivíduo que guardava a coutada [...]”. “**Coutada** s.f. (1289 IVPM) 1. ant. terra onde se criava caça para a família real e/ou para pessoas da fidalguia e na qual era vedada a caça aos demais; 2. p. ext. terra comum, reservada para a pastagem do gado de uma localidade; 3. p. ext. local destinado à pastagem de eqüinos e bovinos [...]”. (HOUAISS; VILLAR, 2001. p. 857)

ropeia no século XIX, passando a ser um modelo a ser imposto ao “resto do mundo”.

A figura do jardineiro, central nessa transição paradigmática, nasce como um novo papel do intelectual, reformulando a função simbólica do intelectual anterior, bem representado pela figura do coureiro. Afirmo Bauman:

Os coureiros não alimentam a vegetação e os animais que habitam o território entregue aos seus cuidados, tal como não têm também qualquer intenção de transformarem o estado desse território, de modo a aproximarem-no de um «estado ideal» imaginado. Em vez disso, procuram garantir que as plantas e animais se auto-reproduzam sem serem perturbados – os coureiros confiam no engenho dos seus protegidos. (BAUMAN *apud* HESPANHA, 2002, p. 1.186)

Aproveitando-se dessas representações simbólicas, Hespanha identifica dois modelos, dois arquétipos de juristas que se alinham com essa análise de Bauman. Os juristas medievais eram mais próximos à figura do “coureiro”, como homens prudentes, pois eram:

- i) Peritos no escrutínio de ordens diferentes e quase entrelaçadas (*diviniarum atque humanarum rerum notantes*);
- ii) Derivando a ordem de arranjos «naturais» existentes (*ius naturale est quod natura [isto é, Deus] omnia animalia docuit*);
- iii) Assumindo a natureza derivada, local e limitada das suas arbitragens (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*);
- iv) Reivindicando um papel de mediadores (tradutores, intérpretes) entre diferentes sistemas normativos (religião, piedade, graça, amizade, usos comunitários, vontade régia) através de conceitos-ponte (como *pietas, natura, gratia, utilitas, usus, potestas absoluta, debitum quasi legalis*) que permitem o diálogo bilateral entre as ordens locais. (HESPANHA, 2002, p. 1.187)

A imagem do legislador emerge, pois, paradoxalmente, como um modelo intelectual diferente do modelo de jurista da tradição pré-moderna. Assim, o legislador seria um tipo de intelectual que apresenta as se-

guintes características caras à modernidade em seu estágio de maturidade, pois seria

- i) Um intelectual autoconfiante e autoritário;
- ii) Proprietário exclusivo de um conhecimento verdadeiro e geral [tanto supra-empírico como extraterritorial (ou extracomunal)] sobre a natureza e a moral;
- iii) Agressivamente cego a acordos normativos preexistentes ou a abordagens alternativas (nomeadamente enraizadas, tradicionais, comunitárias) à ordem social;
- iv) Capaz de reafirmar a ordem das coisas (ou melhor, capaz de impor uma ordem às coisas);
- v) Capaz de decidir controvérsias de acordo com padrões monótonos;
- vi) Capaz de ultrapassar aporias empíricas por meio de novos arranjos intra-sistêmicos e coerentes (tais como interpretação, analogia, equidade). (HESPANHA, 2002, p. 1.186)

Essa distinção é preciosa, porque, simbolicamente, a figura do legislador, nas “culturas-jardins”, marcadas pela secularização, pelo racionalismo e pelo paradigma liberal-legal monista, gerou uma nova *episteme* política, o que fica claro desde o advento do quadro jurídico colonial. Esses fatores, notadamente na tradição jurídica continental, expurgaram da órbita do *ius* as realidades particulares em nome do universalismo abstrato do direito, fenômeno este cujo ápice foi o processo de codificação do século XIX, que, nas palavras de Hespanha (2002, p. 1.204), foi “[...] a derradeira vingança do legalismo.”

Desse quadro analítico-simbólico, Hespanha retira algumas conclusões relevantes acerca do papel do jurista, como um intelectual inserto nas tramas da modernidade ocidental. Primeiro, a hegemonia do intelectual do tipo legislador destituiu o jurista do seu papel anterior, de um coureiro, zeloso pelas preservações das ordens plurais, de um mundo auto-ordenado, passando a ser, doravante, um funcionário menor, pois tal modelo de cultura e de juristas “[...] não representava mais do que uma instância local do princípio geral do primado da razão [...]” e, também, a razão

“[...] não necessita da força da lei (Estado) para se tornar convincente.” (HESPANHA, 2002, p. 1.206). Aderindo mais elementos para enriquecer esta simbologia do arquétipo do jurista moderno a partir do padrão do legislador, é possível perceber também uma transição perceptível das “temporalidades jurídicas”, conforme sustenta Ost. No processo de formação do jurista romano, por exemplo, a dimensão temporal estava nitidamente vinculada ao “tempo mítico” de fundação. De outra forma, na formação dos Estados modernos a temporalidade se relaciona dinamicamente com setores da sociedade, à luz de sua cadência e demandas próprias. Na modernidade, de outra forma, enquanto a temporalidade jurídica do administrador é o presente, a do legislador é o futuro. A temporalidade futura, que também está ligada a essa imagem do legislador, forte na tradição continental, será marcada pela dimensão temporal do futuro. Para Ost,

[...] le temps du législateur est celui du futur. Pour le législateur, l’avenir est ouvert; Il peut, par des règles générales, modifier les comportements sociaux et ainsi modeler la société future. (OST, 1985, p. 41)

Outra importante consideração sobre o papel intelectual e simbólico do jurista nesse cenário moderno é o efeito moral. O jurista, subjugado pelo predomínio intelectual da figura do legislador, não é mais responsável pelo terreno que antes habitava, está, agora, protegido, pois nada mais é do que um guardião neutro de um código cuja autoridade não lhe pertence; o normativismo que se sedimentou após o advento do direito natural racionalista até o positivismo-legalista do século XIX retirou do juiz¹⁸ a ansiedade moral de ser um árbitro concreto, eliminado o decisimismo e o casuísmo que antes eram os terrenos ancestrais de sua *práxis*. (HESPANHA, 2002, p. 1.206)

¹⁸ Importante registro é feito sobre a visão do juiz que se tem na contemporaneidade: “A idéia de que o juiz é forçosamente um delegado do poder político central não tem mais de dois séculos, constituindo um reflexo do pensamento político que, pela primeira vez, separa radicalmente a sociedade civil do Estado, reservando a este monopólio do poder político, sobretudo do poder de criar o direito (por via legislativa ou judicial)”. (HESPANHA, 2005, p. 85)

Bourdieu, por fim, oferece uma reflexão importante, a do jurista como guardião da hipocrisia coletiva. Esse modelo de jurista parte da constatação próxima da discussão proposta neste trabalho, mormente a de que o direito trabalha com uma longa sistematização e elaboração social que se estabeleceu num campo muito específico em relação às profissões tradicionais. Essa racionalidade muito peculiar ao campo jurídico, que não é a racionalidade das ciências em geral, seria como um “jogo”, e para poder jogar esse jogo típico do campo jurídico é preciso obter a competência da cultura jurídica, uma disposição para jogar e uma crença de que o jogo vale a pena. Tais condições geradas pela cultura jurídica são denominadas *illusio* (BOURDIEU, 2003, p. 4). Essa condição, de guardiães da crença pelo universal gera, além do poder social considerável, também um paradoxo:

Los juristas, en que guardianes tanto ‘hipócritas’ de la creencia en lo universal, detentan una fuerza social extremadamente grande. Pero están atrapados en su propio juego, y construyen, con la ambición de la universalidad, un espacio de posibilidades, y por tanto también imposibilidades, que se les impone a ellos mismos, lo quieran o no, en la medida en que pretendan permanecer en el seno del campo jurídico. (BOURDIEU, 2003, p. 5)

Esse arquétipo do jurista retratado por Bourdieu faz pensar o preço que os juristas tiveram que pagar historicamente para sua autoafirmação no conjunto dos papéis sociais tradicionais, o que, na modernidade, se fez sentir mais agudamente. O bônus de ser o pastor da ilusão de universalidade necessária à coesão do campo social, no sentido de garantir o equilíbrio das expectativas normativas mais proeminentes, refere-se a um poder fantástico que emerge dessa função que, como visto, nunca se separou do seu caráter quase mágico, mesmo em meio à laicidade moderna. Essa tarefa tornou-se peculiarmente viável e cresceu de importância quando o sentido da lei passa a ser universalmente o de uma regra impessoal, genérica e abstrata. Quando o paradigma do direito natural sofre, assim, sua fratura decisiva, a justificação desta universalidade entra no campo de legitimação da racionalidade metafísica moderna que deverão os juristas dar conta de sustentar. Se saber é poder, conforme assertiva de Bacon, ser

jurista corresponde em duplicar esse poder, o poder da verdade que só o *expert* compreende e domina, uma linguagem quase sagrada, e o poder da política que se releva como a decisão, a violência legitimada. Tem-se, assim, no mandato do jurista, a presença única de uma dupla coerção: a da razão e a da política em sentido amplo. Quando a filosofia, conforme Arendt, foi separada dos negócios humanos, coube ao filósofo apenas o espaço restrito da verdade fora da caverna, por isso a solução platônica para equacionar essas demandas (verdade e poder) foi estabelecer a volta do filósofo como governante. A política, assim percebida, separada da coerção racional da verdade, seria pura violência, pura contingência de quem detém o poder. Por outro lado, o filósofo sem a coerção da política é um estranho no campo das coisas humanas, um estrangeiro. Talvez para romper com esse alheamento é que a história do pensamento mostra a quase unânime tentação dos grandes filósofos por regimes políticos tirânicos, à exceção de Kant (ARENDDT, 2001, p. 140). Tanto Platão e seu frustrado projeto com o Tirano de Siracusa quanto Heidegger e sua vinculação com o *Reich* servem como ilustrações históricas dessa sedução¹⁹.

Poder da razão e poder político são dispostos de maneira imbricada no campo do direito. Com efeito, o jurista em nossa tradição reordena essa equação problemática entre os arquétipos do político e o do filósofo, pois seu mandato se estabelece no centro destes dois campos cruciais para o modelo civilizatório do ocidente. O jurista só é jurista porque consegue afirmar e manter uma verdade, a da lei, fixando a crença da universalidade

¹⁹ Aqui se faz referência, no caso de Platão, à sua “aventura” na corte de Dionísio I de Siracusa, em que o filósofo tentaria convencer o tirano a implantar o modelo de sua “República”, o que gerou um conflito que resultaria na sua venda como escravo, sendo, por sorte do destino, resgatado por Aníceres no mercado de Egina. Cfe. Heischberger (1969, p. 88). Em relação a Heidegger, tem-se a sua sempre tratada vinculação com o regime nazista. Essa vinculação gerou uma série de polêmicas no pós-guerra em torno do “silêncio” de Heidegger. A percepção do pensamento heideggeriano, na presente tese, mormente no Capítulo 3, não se situa a partir deste debate, sem com isso deixar de considerá-lo relevante. De qualquer modo, uma atitude voltada a desconsiderar todo o pensamento heideggeriano a partir dessa variável se mostra inadequada. Assim, acerca das muitas impropriedades lançadas, notadamente por Victor Farias em seu famoso libelo – *vide* Farias (1988) – adota-se uma perspectiva produtiva não limitante em relação a esse tema, sem deixar de ser crítica. Nesse sentido, válidas são as considerações de Loparic, como contraponto à posição de Farias. Ver Loparic (1990).

de e da validade e, de outra forma, porque possui a força típica da política, a ingerência nas coisas humanas, nos modos de vida, por decorrência do poder não apenas cognoscitivo que se estabelece com sua argumentação e decisão. É um pensamento que se faz valer legitimamente sob o manto de uma racionalidade simbólica e efetiva.

Em contrapartida, o ônus mais evidente deste mandato poderoso está na maldição que acompanha todos os juristas, qual seja, a necessidade quase inconsciente de terem que acreditar na solidez de sua ilusão. O preço de tudo isso é a visível autorreferência extrema de suas verdades. Para sobreviver como juristas, e não como “Estrangeiros”, os *experts* modernos da lei assumem o fardo de se isolar dos domínios mais criativos do pensamento como um todo, e, igualmente, tendem a se apartar do mundo vivido e das coisas humanas que orientam e regulam.

O que se pode, enfim, ressaltar, à guisa de conclusão, é a extrema relevância da percepção histórica e simbólica desses papéis socialmente produzidos por nossa tradição ocidental. Sem a percepção mínima dessa trajetória, mormente da articulação visceral entre os arquétipos dos juristas com as tramas próprias de suas falas contextuais, com os saberes-poderes que os constituíram e os constituem socialmente, será difícil consolidar uma crítica desses mesmos discursos. Pois, se não há discurso sem sujeito, não existem sujeitos fora da história. Tem-se, assim, uma possível conclusão para o mundo dos práticos do direito: a decisão jurídica ordinária, de ontem e de hoje, bem como os discursos e teorias que lhe deram e dão suporte no cotidiano, não pairam acima nem fora destes quadros imprecisos e simbólicos da tradição, os quais, aos poucos, e precariamente, podemos tentar observar (ou auto-observar) cada vez mais e, quem sabe, sem nutrir ilusões sobre a existência de teorias e discursos alheios aos jogos de poder da história.

Referências

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ARENDT, Hannah; LUDZ, Ursula (Org.). **Martin Heidegger**: correspondência 1925/1975. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

ARISTÓTELES. **Órganon**: tópicos. Bauru: Edipro, 2005.

BAUMAN, Zigmunt, *apud* HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna. **Análise Social**, n. 161, p. 1.185, 2002.

BENETT, Walter. **O mito do advogado**: reavivando ideais da profissão de advogado. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. **Jueces para la democracia**, n. 47, p. 3-5, Jul., 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles**: os quatro discursos. Capítulo I de Aristóteles em Nova Perspectiva: introdução à teoria dos quatro discursos. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/livros/4discursos.htm>>. Acesso em: 13 maio 2009.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**: pesquisas de antropologia política. 5. ed. [S.l.]: Francisco Alves, 1990.

FARIAS, Victor. **Heidegger e o nazismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1988.

- _____. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais da hermenêutica filosófica**. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.
- HEISCHBERGER, Joannes. **História da filosofia na antiguidade**. 2. ed. São Paulo: Herder, 1969.
- HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- _____. As fronteiras do poder: o mundo dos rústicos. **Seqüência**, Florianópolis, ano XXV, n. 51, p. 85, dez. 2005.
- _____. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna. **Análise Social**, Lisboa, n. 161, 2002.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Petrópolis: Vozes, 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Rio de Janeiro: Forense Universitária/Colégio Freudiano, 1983.
- LOPARIC, Zeljko. **Heidegger réu: um ensaio sobre a periculosidade da filosofia**. Campinas: Papyrus, 1990.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de história do direito**. São Paulo: Método, 2006.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

_____. François. Multilicité et discontinuité du temps juridique. Quelques observations critiques. **Contradogmáticas**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 4/5, p. 41, 1985.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei**: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHIAVONE, Aldo. O jurista. *In*: GIARDINA, Andrea (Dir.). **O homem romano**. Lisboa: Editorial Presença, 1992.

SCHEID, John. O sacerdote. *In*: GIARDINA, Andrea (Dir.). **O homem romano**. Lisboa: Editorial Presença, 1992.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Crise dogmática. Manuais de direito apresentam profundo déficit de realidade**. [2009]. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10>. Acesso em: 10 maio 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Direito e sociedade moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1)

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 1999.

_____. **Economia y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979.