

MARCO ANTONIO DA SILVA LEMOS

DIREITO, MITO E IDEOLOGIA

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

2007

MARCO ANTONIO DA SILVA LEMOS

DIREITO, MITO E IDEOLOGIA

2007

DEDICATÓRIA

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

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

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

AGRADECIMENTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

Brasília, 29 de junho de 2007.

Não há verdades, apenas interpretações.

Nietzche

A letra mata, o espírito vivifica.

Paulo, II, Coríntios, 3:6.

RESUMO

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

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

ABSTRACT

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

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

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO7

1 DIREITO E JUSTIÇA.....ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

1 Conceitos, peculiaridades e distinçõesErro! Indicador não definido.

*1. 1 Da fusão gnosiológica inicial à distinção e conflito dos conceitos***Erro! Indicador não definido.**

1. 2. A contribuição de elementos de Psicologia na solução da dicotomia direito/Justiça
.....**Erro! Indicador não definido.**

*1. 3. A importância do mito e da religião na esfera do direito e Justiça***Erro! Indicador não definido.**

1. 4. Os mitos de Têmis e Diké**Erro! Indicador não definido.**

1. 5. O mito de Atená.....**Erro! Indicador não definido.**

*1. 6. O início da jurisdição humana: o mito do julgamento de Orestes***Erro! Indicador não definido.**

1. 7. O mito como justiça e componente ideológico.....**Erro! Indicador não definido.**

2. A evolução histórica do direito e da Justiça na Grécia e em Roma**Erro! Indicador não definido.**

2 O ESTADO MODERNO E A JURISDIÇÃO ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

1 Carta Magna: a jurisdição se emancipaErro! Indicador não definido.

2 O Iluminismo e a lei como fonte do direitoErro! Indicador não definido.

3 O juiz como mero enunciador da vontade da leiErro! Indicador não definido.

4 A jurisdição volta ao controle judicialErro! Indicador não definido.

3 O ADVENTO DA IDEOLOGIA E A SUA INFLUÊNCIA NA JURISDIÇÃOERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

1 Ideologia: um termo em busca de um conceito.....Erro! Indicador não definido.

2 O social como passível de enquadramento científico.....Erro! Indicador não definido.

3 A utopia da permuta da razão pela ciência.....Erro! Indicador não definido.

4 Mannheim e a quebra de paradigma no campo social....Erro! Indicador não definido.

5 O fracasso da concepção científica de ideologiaErro! Indicador não definido.

6 A política e a economia se apropriam da ideologia.....Erro! Indicador não definido.

7 O “flash ontológico” de MannheimErro! Indicador não definido.

8 O direito, o Judiciário e a questão ideológicaErro! Indicador não definido.

4 O JUIZ COMO ATOR PRIVILEGIADO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

.....ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

1 O juiz perante a ideologia e sua visão peculiar de mundo Erro! Indicador não definido.

2 O juiz perante o sentimento de justiçaErro! Indicador não definido.

CONCLUSÃOERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado na presente dissertação de mestrado versa sobre **uma atividade** (a jurisdição, entendida aqui como a função ou atribuição de aplicar o direito, ressaltado-se, em seu exercício, seu compromisso implícito com uma expectativa, a de por ela se alcançar a realização ou dicção de justiça – *juris-dicere*) e **um agente** (o juiz, atuando quer monocrática quer colegiadamente¹).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A concepção e a realização de uma norma⁵, é conveniente insistir, são sempre presididas por um caráter de vontade e de funcionalidade. Ainda assim, independentemente dos objetivos que fizeram com que ela fosse criada, todo regramento de índole jurídica traz em si, ôntica, teleológica e inafastavelmente, uma idéia **ética**, um substrato de **correção**, de **medida** e de **proporção**. Uma norma, seja qual for, não é cogitada nem criada para existir despida de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em seguida, o estudo abrangerá uma incursão sobre o que é ideologia e sua influência no pensamento do juiz e no ato jurisdicional, no sentido de se buscar saber até que ponto este opera efetivamente, ou pode atuar – conscientemente ou mesmo inconscientemente –, sob o efeito de uma ideologia⁸. Em se admitindo como positiva a resposta, novas indagações reclamariam resposta, uma delas a de saber se e até que ponto as cogitações para alterações de paradigma no campo jurídico, e mesmo suas modificações efetivas, são influenciadas ou ditadas por razões ideológicas, formulações que ultrapassam as forças do presente trabalho, mas que podem servir como ponto de partida para novos estudos e avaliações.

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

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

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

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

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

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

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

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

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