

## ECOS DA JUSTIÇA: ENTRE A ESCRITA E A ORALIDADE

SEBASTIÁN RODRÍGUEZ CÁRDENAS<sup>1</sup>

TRADUÇÃO DE HENRIETE KARAM

**RESUMO:** Em razão da tendência à unificação de um sistema processual oral e acusatório na Colômbia – relativamente recente se comparado com o consolidado em sua história processual –, este ensaio busca destacar as bases filosóficas e literárias que subjazem ao aparente conflito entre a escrita e a oralidade, desvelando a pergunta sub-reptícia pela validade das normas jurídicas, assim como suas manifestações como modelos de coerção social. Para tanto, examinam-se alguns relatos fundadores da vivência da lei como prescrição escrita e como prescrição oral a fim de analisar, posteriormente e sob a perspectiva de Foucault, o sistema jurídico da antiga Grécia e o nascimento de uma oralidade contemporânea estruturada a partir do texto escrito.

**PALAVRAS-CHAVE:** oralidade primária; oralidade secundária; *nomos*; *thesmós*; leis não escritas; direito colombiano.

### PROÊMIO

Houve um tempo em que a humanidade não sabia escrever. Houve também um tempo em que o Direito pareceu esquecer essa verdade, a tal ponto que só as palavras escritas governaram o mundo das relações jurídicas. Esse tempo parece estar terminando.

O advento da oralidade na justiça civil se vincula às incursões feitas nesse campo pelas jurisdições trabalhista e penal. O direito avança (ou retorna?) para o mundo da palavra falada e, com esse deslocamento, recria os problemas intrínsecos ao direito ritual, o qual não pode entender a lei como simples pronunciamento escrito, mas como um ente vivo dotado de transcendência que, através da linguagem, modifica o mundo.

---

<sup>1</sup> Advogado da Universidad de Caldas (UCaldas), Manizales, Colômbia. Mestrando em Legal and Political Theory, na University College London (UCL), Londres, Reino Unido. E-mail: [sebastian.rodriquezcar@gmail.com](mailto:sebastian.rodriquezcar@gmail.com)

Minha intenção, com este escrito, é mostrar, acima de tudo, que a tensão entre escrita e oralidade não se resume à simples oposição direta entre os dois sistemas e que, sob ela, movem-se sub-repticiamente inúmeras circunstâncias que contribuem para aumentar o caos que constitui a conceituação do Direito. Além disso, eu gostaria de mostrar que a questão não é realmente nova e que se podem encontrar, a partir de seu estudo, razões de peso para assumir posturas relativas aos problemas da vigência da lei e da sua interpretação

### **TÁBUAS DA LEI E LEIS NÃO-ESCRITAS**

A atual tensão entre oralidade e escrita manifesta-se no mundo jurídico através da intrincada oposição que existe entre leis escritas e leis não-escritas. Porém, esse conflito não é recente, e o problema já se fazia presente na Grécia antiga, assim como na tradição judaico-cristã, impregnada de paradoxos que se movem entre a palavra falada e a palavra escrita. Será necessário começar por essas manifestações do problema para compreender o que subjaz à aparente luta que surge, na atualidade, em torno da implementação de um sistema oral num ordenamento que, até pouco tempo, caracterizava-se pela veneração do sistema escrito.

O relato judaico dos dez testamentos é um bom ponto para se começar.

Moisés, após retirar seu povo do Egito, chega ao monte Sinai, onde se dispõe a escutar as leis que deus vai proferir em virtude do pacto de aliança. A promulgação das leis, em forma de decálogo, realiza-se, a princípio, de forma oral: “Em seguida, pronunciou o Senhor todas estas palavras” (Êxodo 20, 1).

No entanto, concluído o ritual de promulgação do decálogo, deus se dirige exclusivamente a Moisés e prescreve grande número de normas sobre os crimes, a justiça e as celebrações religiosas, que, posteriormente, deverão ser repetidas e escritas por Moisés para todo o povo. Feito isso, deus ordena

a Moisés que suba sozinho ao monte Sinai, onde as tábuas da lei são escritas "pelo dedo de Deus" (Êxodo 31, 18)<sup>2</sup>.

O poder de ditar as leis cabe à divindade, no entanto, a forma como tais leis emanam do poder supremo sofre uma mutação substancial. A transição da oralidade para a escrita pode ser justificada com base em argumentos puramente pragmáticos: de um lado, a lei escrita é visível para todos, de modo que ninguém pode alegar sua ignorância; por outro lado, a lei escrita não pode ser excluída, e suas prescrições devem perdurar ao longo do tempo. Essas justificativas serão mais do que suficientes para manter o sistema legal escrito em grande número de ordenamentos, mas não explicam o porquê da presença oral primígena.

Com efeito, se a lei escrita não pode ser excluída e está à vista de todos, a promulgação oral nada mais é do que um ritual supérfluo que pode ser dispensado, mas, no entanto, o deus judeu não renuncia a ele.

Na verdade, o ritual não é contingente, pois o fato de que é deus, e não Moisés, quem pronuncia as palavras da lei revela-se uma justificativa adequada para o papel subjugante implícito na imposição da lei.

Isso é evidente, uma vez que as palavras pronunciadas diretamente pela boca de deus são assustadoras para o povo, a ponto de ser necessário que Moisés assuma a posição de intermediário entre a lei e os seus destinatários, as palavras de deus são tão terríveis que os homens temem que, ao ouvi-las, a morte cairá sobre eles (Êxodo 20: 18-19). Embora deus acate, indiretamente, tal pedido e, depois, chame Moisés para subir o monte Sinai e testemunhar, por si mesmo, o ato de escrita das tábuas, a justificativa permanece imperturbável no relato bíblico: "Moisés respondeu ao povo: Não tenham medo, pois Deus veio prová-los, para que o temor de Deus esteja em vocês e os livre de pecar" (Êxodo 20, 20). E mais adiante: "O Senhor disse a Moisés: Isto dirás aos filhos de Israel: Vocês viram por si mesmos que do céu lhes falei" (Êxodo 20, 22).

O que se esconde por trás da lei pronunciada oralmente nada mais é do que a autoridade real com que deus exerce sua soberania, demonstrando

---

<sup>2</sup> O tema se repete no Êxodo 32, 15-16: "Então Moisés desceu da montanha, levando nas mãos as duas tábuas da lei escrita; estavam escritas em ambos os lados, frente e verso. As tábuas tinham sido feitas por Deus; o que nelas estava gravado fora escrito por Deus".

seu poder supremo de outorgar leis e, diga-se de passagem, de dispor da vida do povo que ele emancipou. A partir dessa perspectiva, a escrita é simplesmente a técnica através da qual as palavras pronunciadas por deus, que constituem normas por si mesmas, inscrevem-se na consciência do povo que deve obedecê-las. A escrita facilita a introjeção da lei, mas não configura condição *sine qua non* para que a lei seja aplicada, para que produza seus efeitos. Tanto é assim que as tábuas contendo os mandamentos foram destruídas por Moisés – ao ver o povo adorando o bezerro de ouro –, e deus lhe entregou novas tábuas com a reiteração do decálogo (Êxodo 34, 28)<sup>3</sup>, sem que isso implicasse a derrogação das prescrições pronunciadas oralmente.

Pois bem, a tensão entre a escrita e a oralidade não culmina nesse ponto. George Steiner aponta que o ato de escrever a lei define os judeus como o povo do livro, que, na ausência de um território firme sobre o qual se assentar, sobrevive através dos comentários talmúdicos:

[A] reescrita do segundo conjunto de tábuas faz da lei do judaísmo uma textualidade, um ato, um escrito e um prescrito que é preciso venerar, interpretar, comentar e aplicar no constante diálogo entre a letra escrita e seus leitores. É verdadeiramente lei, se a etimologia nos permite unir, aqui, *lex a legere*. [...] Nossa verdadeira pátria não é um pedaço de terra circundado por cercas ou defendido pelo direito das armas; toda terra desse tipo é perecível e precisa da injustiça para sobreviver, NOSSA VERDADEIRA PÁTRIA sempre foi, é e sempre será um texto (Steiner, 2007, p. 67-68).

A textualidade a que se refere o autor não é outra coisa senão o domínio da escrita, que se torna o elemento definidor da essência judaica. A consulta e glosas constantes à *Torá* permitem o reconhecimento e a unidade de um povo que, durante a maior parte de sua história, foi sinônimo de diáspora. Assim, a autoridade, representada pelas palavras originárias, só pode existir pelo registro escrito em que consta tal autoridade<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Mais revelador ainda é o fato de que o povo eleito pecasse ao adorar o bezerro, quando ainda não tinha as leis escritas, mas apenas o primeiro mandamento, que deus havia pronunciado de viva voz: "Não terás outros deuses além de mim" (Êxodo 20, 3).

<sup>4</sup> Aqui reside, de acordo com Steiner, a diferença que distingue o cristianismo do judaísmo e do islamismo. Ver Steiner (2007, p. 71 e 82).

A lei renova sua vigência através da releitura de cada geração, o que implica que o texto escrito deve existir na ausência de um renovado pronunciamento divino, caso contrário, a autoridade da lei se perderia numa narração vaga e instável, carente de força vinculante. Isso força o povo judeu a, onde quer que esteja, dirigir-se completamente para a escrita como a única forma de identidade nacional, que se institui como o único ordenamento possível diante da verdade da dispersão. Se a prevalência fosse oral, como o foi originalmente dada a autoridade que emanava de deus, a disseminação haveria destruído a comunidade religiosa já na sua criação. A lei, por estar escrita, manteve o povo judeu no seio de um ordenamento coerente, mas, como efeito secundário, instaurou um regime de tradições que dificultam as mudanças que possibilitariam à comunidade adaptar-se a novas situações.

A pergunta inevitável nesse momento é esta: qual dos dois – escrita ou oralidade – deve prevalecer?; e a ela subjaz outra pergunta importante: deveria alguma prevalecer? Para responder a essas perguntas não é suficiente o referido exemplo do povo judeu, impõe-se estender o estudo a outras áreas.

A tragédia de Antígona constitui outra ilustração da inevitável tensão entre as leis escritas e as leis não-escritas. Na tragédia de Sófocles, Antígona quer enterrar seu irmão Polinices que lutou contra Tebas, mas, para fazê-lo, será forçada a violar o edito de Creonte – novo rei de Tebas –, que proíbe sepultar os traidores. A proibição é estendida a toda a cidade e é punível com a morte.

Antígona, apesar da proibição, inicia os ritos fúnebres de Polinices, sendo capturada e levada diante do rei. Questionada por Creonte sobre a veracidade dos atos que lhe são imputados, Antígona aceita plenamente a acusação e, quando lhe é perguntado se sabia do edito, Antígona confirma ter dele conhecimento, pois tinha sido anunciado publicamente. A justificativa que ela oferece para as suas ações, diante da insistência de Creonte, abarca uma luta que vai além das barreiras da escrita, adentrando no campo de batalha entre o direito positivo e o direito natural:

CREONTE. – ¿Y a pesar de ello, te atreviste a transgredir estos decretos?

ANTÍGONA. – No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia (*Diké*) que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas (*ágraphous nómous*) e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron (Sófocles, 2000, p. 93)<sup>5</sup>.

*Ágraphous nómous*: leis não-escritas. A proibição de enterrar um homem<sup>6</sup> contraria as leis divinas que, apesar de não estarem escritas, parecem ser de conhecimento geral, não só porque Antígona as invoca em seu favor, mas porque o coro reage favoravelmente às palavras da jovem, apesar do silêncio que mantém na presença do tirano (Sófocles, 2000, p. 95).

A tragédia termina com a morte de Antígona, ao lado de Hêmon – seu noivo e filho de Creonte –, que empunha a espada contra si mesmo, razão pela qual Eurídice, esposa de Creonte, também se mata. Tudo isso apesar de o rei ter reconhecido seu erro e proclamado que “lo mejor [será] cumplir las leyes establecidas por los dioses mientras dure la vida” (Sófocles, 2000, p. 118)<sup>7</sup>.

As leis não-escritas promulgadas pelos deuses superam as prescrições dos homens, e, com elas, nutre-se um jusnaturalismo precoce que advoga em defesa da prevalência da justiça, evidenciando ser moralmente a correta a decisão de sepultar Polínicês (quem não agiria como Antígona e enterraria ao seu irmão morto?). Esse tema daria outro artigo, razão pela qual não pode ser aprofundado aqui.

No entanto, deve-se notar que, nesse caso, as leis não-escritas (*ágraphous nómous*) não foram pronunciadas oralmente (!), diferente do

---

<sup>5</sup> Remetemos à tradução da edição brasileira: “CREONTE –E te atreveste a desobedecer à lei? | ANTÍGONA – Mas Zeus não foi o arauto delas para mim, | Nem essas leis são ditadas entre os homens | Pela Justiça [*Diké*], companheira de morada | Dos deuses infernais; e não me pareceu | Que tuas determinações tivessem força | Para impor aos mortais até a obrigação | De transgredir normas divinas, não escritas [*ágraphous nómous*], | Inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, | é desde os tempos mais remotos que elas vigem” (SÓFOCLES. *Antígona*. In: SÓFOCLES. *A trilogia tebana*. Trad. de Gama Kury. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1989, v. 510-517). (N. do T.)

<sup>6</sup> De fato, o relato não indica explicitamente que Creonte proclamou seu edital por escrito, mas se pode supor que o fosse, pois as palavras de Antígona assim o sugerem.

<sup>7</sup> Na edição brasileira (ver, acima, nota 5): “é melhor chegar ao fim | da vida obedecendo às leis inabaláveis” (v. 1238-1239). (N. do T.)

que ocorre com as tábuas da lei judaica. A suposta luta entre oralidade e escrita se desvanece, e o que fica é a proclamação escrita e o desígnio impreciso, que carece de fundamento e que, por mais paradoxal que seja, prevalece sobre o ordenamento escrito e conflagra a tragédia de Creonte.

De acordo com o exposto, o que subjaz à questão da oralidade e da escrita é o problema da vigência normativa que, de fato, não se resolve em prol de nenhum dos dois sistemas. É, acima de tudo, a expressão fundamental da luta não dirimida que não pode ser decidida por nenhuma das duas facções, visto que de ambas resultam benefícios e prejuízos: as leis pronunciadas oralmente estão inscritas no coração dos homens, mas exigem um intermediário entre seu emissor e seus destinatários – retomarei isso a seguir –, já as leis escritas estão acessíveis a todos, mas não sustentam uma relação de imperatividade, o que fica evidenciado na medida em que suas prescrições podem ser quebradas tanto fisicamente (como ocorre com as tábuas de Moisés) quanto apelando para uma ordem superior (*ágraphous nómous*). Não surpreende, assim, que o problema da vigência continue preocupando o direito mesmo milênios depois, e talvez aqui se encontre um germe inexplorado que pode nutrir a rivalidade entre o direito positivo e o direito natural.

Mas isso não é tudo. O problema da vigência normativa vem acompanhado pelo problema da intermediação ou da interpretação.

Assim, em *Antígona*, a lei divina não pode ser conhecida porque "ninguém sabe de onde veio" e porque nunca foi pronunciada, nem por escrito nem oralmente, exigindo, portanto, um intermediário para atingir seu destino, papel que é exercido pelo vidente cego, Tirésias. Numa das cenas da tragédia, Tirésias adverte o rei sobre o grave erro que ele está cometendo ao condenar Polínicos a uma morte sem sepultura e Antígona a uma morte lenta. Sua cegueira não é fortuita, Tirésias é incapaz, como todos, de ler as prescrições dos deuses, porque elas não são escritas, mas, em compensação, é capaz de decifrar, nos gritos estridentes das aves e nos sacrifícios frustrados, os presságios da tragédia que atingirá Creonte. Nesse caso, os deuses não proferem palavras, mas enviam seus desígnios para que sejam interpretados pelo adivinho, que se sente na obrigação de comunicá-los ao rei.

Diferentemente, Moisés acaba sendo o intermediário porque as palavras de deus haviam inspirado, nos homens, os sentimentos de temor e de submissão. Disso resulta um contraste surpreendente: enquanto no relato do Êxodo a lei é duplamente proclamada – verbalmente, pela voz de deus; e por escrito, nas tábuas –, no caso de *Antígona*, ela é duplamente ocultada – os deuses mantêm silêncio e só se comunicam por meio de manifestações obscuras que exigem um intérprete. A intermediação, no entanto, permanece intacta, independentemente de as leis estarem ou não à vista de todos.

Seria difícil, se não impossível, estabelecer uma comparação entre os intermediários da lei divina (Moisés e Tirésias) e os juízes nos sistemas jurídicos contemporâneos, não só porque o legislador não usufrui atualmente de *status* divino, mas também porque, nesses relatos, a figura do juiz é difusa. No entanto, é possível aventurar-se, se não na semelhança, pelo menos na busca de um vínculo.

No caso de Moisés, ele escolhe, entre os homens capazes e tementes a deus, aqueles que serão juízes (Êxodo 18, 21), antes de escalar o Monte Sinai para receber as palavras da lei diretamente de deus<sup>8</sup>. Apesar da designação, Moisés reserva para si o poder de julgar em última instância: "as questões mais graves a ele serão submetidas, os juízes decidirão sozinhos as questões mais simples e fáceis" (Êxodo 18, 26). Esse lugar privilegiado será justificado pela confirmação de Moisés como o intermediário entre deus e seu povo, um papel que ele cumpria desde o início, mas que agora é revestido pelo bálsamo da legalidade, que lhe confere o poder de decidir sobre o destino dos homens, sem possibilidade de erro e em acordo com a vontade manifesta de deus.

Então, Moisés torna-se o juiz do povo, não por sua capacidade de ouvir diretamente deus, mas por ter as tábuas da lei em seu poder, bem como o poder de voltar a elas quando o povo assim o solicitar (Deuteronômio 5 e 10). Em outras palavras, uma vez que o povo como um todo se recusou a ouvir as palavras da lei, agora o privilégio de pronuncia-

---

<sup>8</sup> Para qualquer pessoa que conheça, medianamente, a nossa ideia contemporânea de direito, isso se mostrará absurdo: se as leis ainda não tinham sido promulgadas, com base em que esses homens seriam julgados? Não pretendo dizer que ambos os sistemas devam utilizar as mesmas bases de julgamento, mas é surpreendente, no plano simbólico, que a questão não pareça incomodar Moisés, muito menos a comunidade do povo eleito.

las se vê reduzido à pessoa de Moisés e a seus delegados. Isso significa que, assim como os juízes de hoje, Moisés desempenhava o papel de aproximação entre o texto jurídico e a vida real, entre a preciação formal e os fatos do mundo, convertendo-se em juiz pelo conhecimento e pela reprodução do texto legal.

Algo semelhante acontece com Tirésias. A lei de Creonte não deixa nenhuma dúvida, uma vez que está escrita e promulgada para o povo. Mas as leis divinas, que estão ocultas entre as camadas da natureza, devem ser interpretadas e pronunciadas por um homem em particular, pois os cidadãos somente conseguem intuir tais leis. Tirésias é um juiz, tendo em vista que revela o sentido da lei divina a Creonte e aos cidadãos de Tebas. Tirésias traduz as palavras subreptícias dos deuses em ordens concretas, sendo por isso, a partir de qualquer ponto de vista, um intérprete que, mesmo que não tenha a competência adequada, produz efeitos jurídico-trágicos na esfera política de Tebas.

Temos, então, duas visões de justiça: a abordagem e a interpretação. Ambas contêm conflitos linguísticos que envolvem tanto a sobrevivência da tradição oral ou escrita quanto a eventual existência de um direito para além do legislado. No entanto, existe nas duas visões um elemento comum: a imagem do juiz-profeta-vidente é uma figura de elite e de segregação. Mesmo que o decreto de Creonte seja visível para todas as pessoas, mesmo quando deus fala diretamente ao seu povo para dar-lhe o decálogo e, inclusive, mesmo quando as leis não escritas podem ser intuídas, existem apenas alguns que são chamados a conhecer plenamente a lei, seja para o ato de dominação, que envolve o ensino e a proximidade (Moisés recorda o decálogo constantemente e exorta todos a cumprirem o pacto de aliança), seja para o ato de transformação, que implica a interpretação (Tirésias faz com que o rei reveja sua decisão de condenar Antígona, após haver extraído um significado trágico dos presságios) ou, ainda, seja simplesmente para a execução da pena que acompanha a norma (Antígona morre por descumprir um edito existente, e sequer os deuses vêm em seu auxílio, diante de tal infração).

Em todos esses exemplos, é visível como o direito está vedado para a esfera do profano, e é por essa exclusão que ele requer um tecido intersticial

que permita transmutar a força pura da lei em prescrições suscetíveis à obediência por parte de seus receptores. A relação que existe entre esses relatos que abordam a tensão entre escrita e oralidade, subjacente a todos os problemas atuais, residem no canal de comunicação que se encontra entre o ato de proclamação legal, a sua vigência normativa e a forma como essa proclamação atinge os cidadãos.

### UM VELHO PROBLEMA

Mais uma vez: houve um tempo em que a humanidade não sabia escrever: "O *homo sapiens* existe faz entre 30.000 e 50.000 anos. O registro mais antigo de escrita data de apenas 6.000 anos" (Ong, 2004, p. 12). Como se pode ver, a comunicação oral precede, em muito, a comunicação escrita, no entanto, o mundo de hoje não pode ser concebido senão através da palavra escrita e, além da palavra escrita, da palavra impressa e da palavra digital.

Parece que o atual sistema de comunicação aprendeu a sobreviver através da combinação dessas tecnologias da palavra (caligrafia, tipografia etc.) – que têm a mesma tradição caligráfica – com a comunicação oral, que ainda sobrevive, mesmo após tanto tempo. Seria incorrecto, no entanto, falar de absolutos nesse contexto. Embora a oralidade preceda cronologicamente a escrita, a sua adoção nos sistemas processuais não representa o abandono da palavra escrita; pelo contrário – e como será visto –, cada palavra pronunciada oralmente tem uma grande dívida para com a arte da escrita, e as lutas históricas que têm surgido entre essas duas formas de expressão enriquecem a linguagem como um todo e permitem que a linguagem adquira um cariz de elaboração comparável ao da música, mais antiga ainda.

O advento do sistema de justiça oral não pode ser entendido apenas a partir de princípios constitucionais e legais criados no seio da contemporaneidade. As suas origens remontam a longo do tempo e exigem a releitura dos andaimos normativos e de suas fontes, de modo que essa implementação da justiça seja uma verdadeira conquista, e não apenas a doce saudade de um passado que embriaga com seu aroma sedutor. Cabe, agora, recordar alguns exemplos desse passado repleto de significados.

### Oralidade, escrita e verdade

A distância que existe entre o grunhido selvagem pré-linguístico e os extensos tratados de direitos humanos parece intransponível. No entanto, é preciso compreender que as palavras, originalmente, eram reproduções sonoras das coisas do mundo. Basta pensar no som primitivo da água na língua francesa – *eau* – ou na designação linguística de certos fenômenos através do som que produzem, como é o caso do *Big Bang*, para entender que tal herança ainda não se perdeu e que persiste, literalmente, como um eco proveniente de longe. Esse legado diz respeito às culturas orais primárias, isto é, àquelas que não têm nenhum conhecimento da escrita (Ong, 2004, p. 38). É impossível imputar a essas culturas qualquer interpretação visual das palavras, porque, para elas, as palavras não são nada mais do que os sons pronunciados uma e outra vez, mas que se perdem na imensidão do espaço, não sendo retidas pela memória.

Assim, por exemplo, o vocábulo hebraico<sup>9</sup> para designar *palavra* e *acontecimento* é o mesmo: *dabar* (Ong, 2004, p. 39). Esse duplo significado, além de ser belo em si mesmo para quem tem interesse pela linguagem, demonstra claramente a origem das palavras como um evento do mundo, que ocorre em determinado momento e não pode perdurar. Desse modo, fica claro que a consciência sobre a natureza efêmera da palavra falada tem existido desde o início, sua temporalidade evanescente tem sido um problema antigo, disso resulta que a necessidade de permanência impulsionará inexoravelmente a consagração da escrita como arquétipo da sobrevivência da linguagem.

Enquanto isso, a única forma de conhecimento é a memória. Nas palavras de Ong: "Cada um sabe o que pode lembrar" (2004, p 40). Numa cultura oral primária, tudo aquilo que não possa ser recolhido na memória não constitui mais do que um passado vago, um evento inacessível já a partir do momento em que o esquecimento entra em jogo.

---

<sup>9</sup> Como já vimos, a cultura hebraica não é, sequer, uma cultura oral primária. No entanto, Walter Ong (2004) explica esse vínculo a partir da perspectiva do ensino da palavra sagrada, que é essencialmente oral e que correspondente ao rabbi ou professor.

Não é por acaso que a palavra grega para verdade seja *aletheia*. Segundo a mitologia grega *Lethe*<sup>10</sup> (Λήθη) é o nome de um dos rios que banha o Hades, o rio do esquecimento. Beber das águas do Lethe significava, para os mortos que atravessavam a caverna de Hypnos, esquecer a sua vida na terra (Falcón Martínez et al., 1986, p. 387). Em uma exibição extraordinária de coerência linguística, a verdade é, para os gregos, o oposto do esquecimento produzido pelo Lethe, *a-lêthés*, literalmente, a verdade é um não-esquecimento. Assim, a prática de buscar a verdade é, acima de tudo, a tentativa de levantar o véu que obscurece a possibilidade de recordar, o des-cobrimento feito através de memória. O evento, a palavra, que uma vez pronunciada é esquecida, resulta inexistente para o mundo oral, só existe o que é lembrado.

Em Platão, *aletheia* adquire enorme importância, não só porque, de acordo com a sua filosofia, o homem veio do mundo das ideias, que tinha esquecido, e a ele deveria retornar (des-esquecer, recordar, vencer o esquecimento para encontrar a verdade); mas também porque a escrita seria um obstáculo para a memória, uma forma de sucumbir diante do esquecimento e de recusar o conhecimento da verdade. Assim, no *Fedro*, Platão narra um suposto mito egípcio que merece ser transcrito parcialmente, porque consagra a sua opinião sobre a escrita:

Mas, quando chegou a vez da invenção da escrita, exclamou Thoth: “Eis, oh Rei, uma arte que tornará os egípcios mais sábios e os ajudará a fortalecer a memória, pois com a escrita descobri o remédio para a memória”. Diz o rei: “[...] Tu, neste momento e como inventor da escrita, esperas dela, e com entusiasmo, todo o contrário do que ela pode vir a fazer! Ela tornará os homens mais esquecidos, pois que, sabendo escrever, deixarão de exercitar a memória, confiando apenas nas escrituras, e só se lembrarão de um assunto por força de motivos exteriores, por meio de sinais, e não dos assuntos em si mesmos” (Platón, 1988, p. 403)

E Platão culmina referindo-se à falsa sabedoria que obnubila e impede de alcançar a verdade:

---

<sup>10</sup> De acordo com a *Teogonia* de Hesíodo, o Esquecimento (*Lehte*) é filho da odiosa *Eris*, que também deu à luz a Pena (*Ponos*), a Fome (*Limos*), a Dor (*Algos*), bem como às Disputas (*Hismínias*) às Batalhas (*Macas*), às Matanças (*Fonos*), aos Massacres (*Androctasias*), aos Ódios (*Neikea*), às Mentiras (*Pseudologos*), às Ambiguidades (*Anfilogías*), a Desordem (*Dysnomia*), a Ruína (*Ate*) e a Juramento (*Horcos*), "que maior desgraça causa aos homens sobre a terra, quando alguém voluntariamente comete perjúrio" (Hesíodo, 2005, p. 39-40).

Por isso, não inventaste um remédio para a memória, mas sim para a rememoração. Quanto à transmissão do ensino, transmites aos teus alunos, não a sabedoria em si mesma, mas apenas a aparência de sabedoria, pois passarão a receber uma soma de informações sem a respectiva educação! Hão-de parecer homens de saber, embora não passem de ignorantes em muitas matérias e tornar-se-ão, por consequência, sábios imaginários, em vez de sábios verdadeiros (Platón, 1988, p. 404).

De acordo com essas passagens, a escrita impede a concretização do projeto platônico da verdade. No entanto, um paradoxo indelével se ergue no julgamento platônico contra a escrita: suas palavras só chegam até nós através da escrita; e, mais, as palavras de seu mestre, Sócrates, teria sido perdidas para sempre se não fosse por sua reprodução caligráfica. A tensão entre oralidade e escrita se configura como uma bifurcação com sacrifícios equivalentes: preferir a palavra falada implica o sacrifício da permanência, que é favorável à verdade; enquanto que preferir a escrita implica a renúncia da verdade para favorecer a imutabilidade das palavras.

O que tudo isso tem a ver com o mundo do Direito? Pois bem, o problema da *aletheia*, que é discutido no limiar entre escrita e oralidade, tem duas implicações jurídicas óbvias que, curiosamente, são decididas por cada um dos caminhos anteriormente mencionados.

Em primeiro lugar, o problema da lei. A lei não pode ser o acontecimento da palavra que se evapora fugazmente se não for mantida na memória. A *aletheia*, no seu sentido mais literal, deve estar a serviço da lei para que esta não caia no esquecimento, para que suas palavras se reiterem quando necessário. Posteriormente, a escrita vai superar essa posição, e a lei será escrita como mecanismo de conservação e como sinal físico de sua imortalidade.

Em segundo lugar, o problema do testemunho. A percepção de um fato requer o mais alto grau de *a-letheia* possível para ser posteriormente apresentado em juízo. O valor do testemunho é medido quase que exclusivamente pela capacidade da testemunha de se lembrar das circunstâncias concretas daquilo que presenciou. Em seu discurso, os fatos devem converter-se em palavras, e, com base na sua verdade/*aletheia*, irá se fundar o julgamento para o qual contribuem. Nas palavras de Ong:

As testemunhas eram *prima facie* mais críveis do que os textos, porque era possível questioná-las e obrigá-las a defenderem suas afirmações, o que não podia ser feito com os textos (2004, p. 98).

A tradição jurídica do testemunho relaciona-se, ainda hoje – e especialmente no direito penal –, com a capacidade da transmissão oral de ter maior valor probatório e de lhe ser intrínseca essa possibilidade de confrontação<sup>11</sup>.

Na seções seguintes, retornarei a primeira dessas questões, a questão da lei. A segunda questão, sobre o testemunho, fica para mais tarde.

### ***Thesmós***

De acordo com o abordado até agora, a lei representa um problema importante quando se trata da escrita e da oralidade.

Assim, uma sociedade exclusivamente oral terá que confiar na memória para desvendar o significado jurídico das relações que surgem em seu interior. A esse respeito, afirma Ong:

Nas culturas orais, a lei em si encontra-se circunscrita a ditos e provérbios, fórmulas que não são meros ornamentos da jurisprudência, pois constituem a lei. Muitas vezes, recorre-se ao juiz de uma cultura oral para que ele repita os provérbios pertinentes a partir dos quais se podem deduzir decisões justas para os casos submetidos ao processo judicial formal (2004, p. 42).

Parece inadequado discutir, neste momento, a existência de uma *jurisprudência* na cultura oral primária. Na verdade, o autor citado não é um jurista e insere-se num sistema jurídico anglo-saxónico, que não possui a mesma acepção de *jurisprudência* que os sistemas do direito continental europeu. O que realmente importa neste ponto é entender o papel da memória num direito que constitui a si mesmo, repetidamente, como ritual. O juiz, como portador dos provérbios da lei, adquire estatuto equivalente ao

---

<sup>11</sup> A discussão que ainda não surgiu entre os especialistas em direito probatório é a da verdadeira validade do testemunho, em contraste com a real capacidade de percepção dos indivíduos. O direito parece desprezar todas as comprovações científicas de que o cérebro pode facilmente ser enganado (ilusões de ótica, por exemplo) e continua a considerar o testemunho a fonte mais confiável de prova, apesar da enorme possibilidade de engano e de autoengano a que a percepção é suscetível.

do padre que, para invocar seu deus, deve pronunciar fórmulas precisas. A deusa da justiça exige um ritual de invocação que só os juízes conhecem e mantêm em seu peito como um tesouro cujo guardião é a memória. Falhar no pronunciamento das palavras da lei é, em última análise, falhar na concretização da justiça.

No direito da Grécia arcaica, essas fórmulas rituais a serem pronunciadas para se ter acesso à justiça são designadas pelo termo *thesmós* (θεσμός). De acordo com Michel Foucault, o *thesmós* era uma regra que não fora escrita – o que não significa que era puramente oral – e que "se conserva na memória e é necessário recordá-lo em determinadas situações ou momentos, quando o evento ou a circunstância o exigem" (Foucault, 2012, p. 170). Naturalmente, a Grécia não era uma sociedade oral primária, mas chegou a utilizar esse tipo de procedimento jurídico, que dependia da memória e se instituiu como uma *alehteia* no seu duplo sentido, de verdade e de não-esquecimento.

Segundo Foucault, o *thesmós* como palavra não funcionava senão pela circunstância em que devia ser pronunciado, o que acentuava seu caráter essencialmente ritual, porque, se enunciado em momento inadequado, a regra simplesmente não teria nenhum efeito. Tal processo é semelhante à sentença de um juiz sem competência jurisdicional. Suas palavras podem estar de acordo com a lei, mas todo o seu discurso é desprovido do *locus* em que deve ser pronunciado e, portanto, também é desprovido do poder necessário para modificar as relações jurídicas às quais se aplicaria. Em ambos os casos, as palavras sofrem de *nulidade*, ou seja, de inexistência jurídica.

Contudo, o fato de o *thesmós* não ter sido escrito e de que deveria ser mantido zelosamente na memória, tinha implicações na esfera do poder: "Os titulares do discurso eram também os detentores do poder e da riqueza" (Foucault, 2012, p. 171). Essas implicações são tais que o exercício da memória exigia a existência de indivíduos encarregados de dizer quais as situações em que cabia pronunciar a regra não-escrita. Esses indivíduos eram chamados *exegetas* e pertenciam à propriedade familiar, da mesma forma que o *thesmós*, sendo um legado *inter familias* (Foucault, 2012, p. 171).

Foucault, com razão, chama a atenção para um fato que é extraordinário para os conhecedores das escolas de interpretação jurídica, especialmente aqueles que são devotos da escola da exegese: "Note-se, de passagem, essa forma arcaica da exegese: que não se vincula à escrita, à busca do significado que ela encerra, à sua reatualização no *λογος* (logos)" (2012, p. 171).

Uma exegese não escrita! O paradoxo é incrível e, ainda, parece que a própria existência do exegeta não está ligada de forma alguma à grafia, mas à interpretação da circunstância que justifica a aplicação de uma regra ritual. Os exegetas estão, inicialmente, mais próximos de Tirésias do que de Moisés, ao interpretar o mundo que solicita o pronunciamento das palavras da lei.

No entanto, o fato de que a regra do *thesmós* possa ser interpretada, ainda que o seja a partir de suas circunstâncias, implica a possibilidade – me atrevera, inclusive, a dizer, a tentação<sup>12</sup> – de a norma ser modificada. A sucessão de relatos orais não se constitui com base num referente estrito, ela pode ser alterada conforme a conveniência de quem transmite a regra oral ou, até mesmo, por descuido do guardião da palavra que, involuntariamente, mergulha nas águas do Lethe.

A fixação exclusivamente oral acarreta grandes danos para um sistema jurídico destinado a ser permanente, e essa talvez seja a mais pura e mais pragmática razão pela qual o direito contemporâneo é principalmente escrito e não oral: os homens podem mudar suas palavras, enquanto os textos, o que quer que digam, o disseram para sempre (Ong, 2004, p. 81).

Isso não altera o fato de que nos sistemas jurídicos contemporâneos sobreviva algum elemento que tenha sua origem no rito oral do *thesmós*, com seu forte componente circunstancial. O juramento é um bom exemplo. Originalmente, o juramento não era uma formalidade prévia à apresentação do testemunho, porque constituía, de fato, uma prova plena, pela qual "se

---

<sup>12</sup> É o drama que enfrenta Raimundo Silva no romance intitulado *História do cerco de Lisboa*, de José Saramago. A personagem, um revisor editorial, sucumbe à tentação de inserir um *não* num relato histórico bem conhecido: "os cruzados *não* irão ajudar os portugueses a conquistar Lisboa". Toda a história muda com essa decisão, e se a história pode ser alterada caprichosamente, o que se pode esperar de leis ocultas no jogo entre o esquecimento e a memória?

demonstrava a solidariedade social que um indivíduo era capaz de reunir, seu peso, sua influência, a importância do grupo a que pertencia e as pessoas dispostas a apoiá-lo numa batalha ou conflito" (Foucault, 2003, p. 71-72). O juramento era, acima de tudo, uma invocação verbal da sociedade, que o acusado efetuava em juízo e que devia pronunciar-se ritualmente de forma tal que produziria algum efeito a seu favor. Hoje, o juramento não é nada mais do que a possibilidade de atribuir responsabilidade penal a quem deixar de cumprir o seu dever de contribuir para a justiça, no entanto mantém o seu carácter predominantemente oral, além de carregar seu inegável legado histórico, que parece remeter o juízo a um direito além da lei, que não se localiza em máximas jusnaturalistas de nenhum tipo, mas na herança indiscutível da história que paira sobre o exercício da justiça.

Na mesma linha, os brocardos – designação correta para as expressões usadas no discurso jurídico atual e provenientes do latim – são resquícios do já mencionado ritual. O hábito que os juristas têm de empregar a nomenclatura latina para figuras que estão totalmente reguladas pelo direito colombiano – naturalmente em espanhol – remete a um saber privado que se transmite fora da lei, estritamente falando, e que constitui direito pela força da repetição. Tal é o caso de *bona fide*, que pertence ao jargão dos civilistas e parece querer diferenciar-se da boa-fé, termo consagrado na Constituição, tão bem redigida em espanhol; o caso de *capitis diminutio* – expressão que, suponho, seja empregada somente para referir um passado já distante –; *causa petendi*, no direito processual; o imperativo de *exequatur*, em matéria de direito internacional; assim como *obiter dicta* e *ratio descidenti* na jurisprudência. Como esquecer e não incluir na lista, princípios como o do *pacta sunt servanda*, claramente expresso em espanhol, no art. 1602 do Código Civil colombiano, ou a maquiavélica fórmula *dura lex sed lex* – que, espero, também só seja utilizada para referir uma concepção de direito há muito superada.

Todas essas expressões são exemplos de uma linguagem que se esconde na sombra das leis vigentes e que comunicam, de um passado remoto, o carácter místico do direito que nos coube.

### **Nomos**

A palavra grega para lei é *nomos* (νόμος) e costuma apresentar-se como a superação do *thesmós* por força da inscrição caligráfica. Em outras palavras, *nomos* é sinônimo de lei escrita.

No entanto, antes de equiparar *nomos* e lei, é necessário apontar algumas nuances importantes para que se compreenda a carga semântica do vocábulo *nomos*. Na verdade, traduzir *nomos* como lei é muito simplista, por isso, nesta seção, buscarei introduzir o conceito para, depois, vinculá-lo com o problema da escrita.

Uma leitura interessante da palavra é oferecida por Carl Schmitt, que, em seu livro *El nomos de la tierra*, aborda o *nomos* como um conceito anterior à lei: "O *nomos*, em seu sentido original, no entanto, é precisamente a plena imediação de uma força legal não atribuída por lei; é um evento histórico constitutivo, um ato da *legitimidade*, que é o que dá sentido à legalidade da simples lei" (Schmitt, 2002, p. 39).

De acordo com Schmitt, a palavra grega que originou o vocábulo *lei* contemplava uma relação jurídica anterior – e muito mais profunda – à proclamação de uma norma de natureza legal. Trata-se do ato primordial de ordenação que acontece antes do direito. Isto é, antes de qualquer regra jurídica ser possível, era preciso que houvesse a constituição de uma área em que essas regras pudessem ser produzidas. O ato de ordenar o mundo a fim de torná-lo disponível para o direito é o que, para Schmitt, constitui o *nomos*. É um "*nomos da terra*", na medida em que o âmbito no qual se exerce o direito requer um ato original que transforma o lugar puramente habitável num lugar suscetível a normas e a relações jurídicas.

Até essa altura, o *nomos* é uma manifestação que difere da lei – do mesmo modo que a causa difere da consequência – e compreende um significado que remete à ordenação primordial, cuja dimensão espacial é determinada pelo assentamento físico de uma população em certo solo, de tal forma que possa governar sobre o território e criar as leis que nele irão vigorar.

Para entender essa dimensão espacial do *nomos*, seria possível estabelecer a analogia entre o *nomos* e a figura da ocupação, própria do

direito civil. De acordo com a definição do Código Civil colombiano, a ocupação é o ato por meio do qual (artigo 685) "se adquire o domínio das coisas que não pertencem a ninguém". Pois bem, o que Schmitt pretende destacar é que, em algum momento na história, o mundo inteiro era um território absolutamente vazio de direito, um terreno baldio onde os imperativos legais não se encaixavam, nem mesmo na imaginação. Nesse ponto da história, um ato soberano de ocupação permitiria que os homens se apropriassem da terra e exercessem o direito de domínio sobre ela, de tal modo que, a partir desse ato, houvesse o desdobramento de inúmeros direitos e deveres correlativos ao ato que reivindica o domínio. Estritamente falando, antes de ocorrer o fenômeno da ocupação, o sentimento de domínio não existiria em ninguém. Da mesma forma, para Schmitt, não há nenhuma ordem normativa anterior ao *nomos*, nenhuma vocação anormativa antecede o estabelecimento da ordem originária.

Deixando de lado as analogias, é possível identificar nessa concepção de *nomos* o estabelecimento da *polis* grega, que, naturalmente, não pôde ser criado por meio de decreto, mas todo decreto surge a partir de sua criação. A rigor, não existe nenhuma lei grega que seja desvinculada da polis. Em sentido semelhante, Kelsen entende a diferença entre o direito subjetivo (aquele que se possui) e o direito objetivo (o ordenamento jurídico) exatamente do modo como figura na língua inglesa, pela diferença existente entre os termos *right* e *law* (Kelsen, 1986 p. 139)<sup>13</sup>.

É claro que, para Schmitt, o *nomos* não pode ser equivalente à lei escrita. É, de fato, sua condição de possibilidade, a sua matriz ou, se quiserem, o ato que obriga, para sempre, através do direito.

Foucault estabelece perspectiva distinta no que se refere à compreensão do *nomos*. Na verdade, trata-se da lei escrita que se opõe a *thesmós* e que, de fato, mais do que escrita, está *inscrita* publicamente, encontra-se incrustada na pedra para que todos possam vê-la (2012, p. 171). Mas não é só isso. Foucault argumenta que o *nomos* também expressa a lei não-escrita, que é transmitida através da educação, como o são – afirma Foucault com base em Heródoto – as leis espartanas do exemplo e das

<sup>13</sup> Seria possível argumentar que se trata, ao final, do fato de que o estabelecimento do Estado precede à lei. Creio que se pode concordar com tal argumento, apesar de algumas reservas que não é preciso discutir aqui; no entanto, devemos evitar, a todo custo, cair no jogo da galinha e do ovo.

condutas de honra (2012, p. 172). Pode-se pensar, neste ponto, que o *nomos* foi se aproximando do *thesmós*, através do processo de aprendizagem e internalização das normas, no entanto, a diferença resulta do fato de que a aprendizagem é comum a todos, enquanto o *thesmós* é transmitido como uma forma de propriedade, literalmente, como um legado.

Mas isso não é tudo. Foucault estende o significado de *nomos* a uma terceira área<sup>14</sup>: o *logos* (λόγος). Nesse sentido, a lei, apesar de ser intangível, pois gravada na pedra, pode ser modificada através de discussões e votações (trata-se, afinal, da democracia ateniense) que são realizadas pelos cidadãos por meio de discursos públicos. Isso significa que "a lei está exposta ao discurso" (2012, p. 172) ou – o que dá no mesmo – que a lei está contida na palavra e que sua inscrição não impede que ela venha a ser modificada<sup>15</sup>.

A questão desloca-se, então, para o problema do domínio. Enquanto o *thesmós* era, como vimos, uma forma de propriedade que significava, paralelamente, uma forma de poder; o *nomos* é apresentado como uma propriedade coletiva, o que equivale a dizer que não pertence a ninguém – o mesmo acontece com cada uma das formas apresentadas. Vale a pena transcrever todo o trecho:

Inscrito na pedra, presente no meio de todos, sem que ninguém tenha que o formular, o νόμος (*nomos*) já não é proferido por ninguém em particular, fala como que por si mesmo, em seu próprio nome [...] Contido no embate ou no jogo do λόγος (*logos*) do discurso público, do debate, mesmo nesse âmbito não pertence a ninguém; mas todos podem apropriar-se dele, submeter-se a ele ou modificá-lo. Transmitido pela pedagogia, imposto por exemplos que se perdem nas noites do tempo, também nessa esfera não pertence a ninguém (Foucault, 2012, p. 173).

Observa-se, portanto, que a oposição entre *nomos* e *thesmós* ocorre tanto no nível ontológico e quanto no nível epistemológico, na medida em

---

<sup>14</sup> Existe, ainda, uma quarta esfera, na qual o *nomos* se vincula à natureza. Deixo de examiná-la na medida em que não apresenta total coerência com as questões e temáticas que Foucault desenvolve.

<sup>15</sup> Tanto é assim que, de acordo com Foucault, quando os gregos queriam falar de uma lei intangível referiam-se a ela como *thesmós*, e não como *nomos*, uma vez que este poderia mudar através do sistema democrático. Isso ocorre apesar da possibilidade, mencionada acima, de modificar a palavra falada. Embora eu mantenha minha posição a esse respeito, considero necessário que o leitor tenha conhecimento dessa forma de compreensão do *thesmós*.

que se compreende que as distintas manifestações do *nomos* participam da composição de um só conceito. Assim, o *nomos* é a lei escrita que sobrevive à passagem do tempo sem alterações involuntárias e, simultaneamente, constitui um domínio público irrefutável quanto às suas consequências. Por outro lado, o *thesmós* pertence a certa família, e a sua substância, que adquire estatuto de verdade, encontra-se na memória, exigindo intérpretes qualificados e circunstâncias adequadas para que produza efeitos. No nível epistemológico, o *thesmós* só pode ser conhecido através do legado da família, é uma forma de herança que, assim como o domínio de bens tangíveis, dá poder a quem o possui e não deve ser evocado senão em determinadas situações. O *nomos*, ao contrário, está aberto para aqueles que sabem ler e escrever (o que já é uma exclusão, mas representa um avanço, em contraste com a figura do legado familiar), está à vista de todos e as suas palavras pronunciam, em todos os momentos e para sempre, o que constitui a lei: as prescrições são perenes, e a dúvida é esclarecida sem a intercorrência da memória.

A questão que se coloca neste momento é: como fica a definição de Schmitt em tudo isso? Para respondê-la, temos que introduzir novo conceito que complementa a definição de *nomos* em Foucault. O conceito de *eunomia* (εὐνομία), que trata, a princípio, da boa lei, ou seja, do conjunto de leis justas, conhecidas e respeitadas por todos. No entanto, essa definição mostra-se insuficiente na medida em que, segundo Foucault, a *eunomia* é muito anterior ao *nomos*. Trata-se, de fato, da "justa divisão dos bens, da boa distribuição dos custos, das restituições e dos ganhos" (Foucault, 2012, p. 177)<sup>16</sup>.

Essa justa divisão representa o momento prévio da construção da lei e constitui, pode-se dizer, o que o *nomos* é em Schmitt: a ordem anterior da qual a lei surge. Enquanto em Schmitt, o *nomos* é a ordem estabelecida que permite a determinação da soberania (2009, p. 13); em Foucault, o *nomos* é o resultado de *eunomia*, a distribuição de riquezas que viabilizou a distribuição de poder político, sem prejudicar a sistema econômico (2012,

---

<sup>16</sup> Neste ponto, Foucault explora considerável número de elementos que possibilitam entender o *nomos* como entidade próxima à *nómisma* (moeda), o que tem implicações políticas e econômicas que não podem ser analisados no momento. Para isso, remeto à leitura das *Lições sobre a vontade de saber*, onde o tema se estende em torno do problema da verdade e da dominação.

p. 175-182), e que leva ao conceito de lei que, além de ser escrito e à vista de todos, permite o acesso generalizado ao poder político<sup>17</sup>.

O extraordinário arcabouço conceitual sobre o qual se constrói o *nomos* possibilita nos aproximarmos, agora, do problema da escrita. Embora em Schmitt não se possa falar de um *nomos* escrito, é possível compreender que, para existir, a escrita necessita da ordem pré-estabelecida que dá vigência às palavras da lei, de tal modo que elas possam ser ou bem faladas ou bem escritas. A partir daí, é viável perceber que a superação do *thesmós* – enquanto fórmula jurídica que envolve a propriedade privada e a memória – mostra-se possível através da criação do *nomos* escrito, que cumpre a função democrática (entendo que não se trata de uma qualidade louvável, mas que esconde interesses econômicos velados) na inscrição da lei em pedra, posteriormente em bronze e em papel, para que todos os cidadãos a ela tenham acesso. Essa inscrição, que promoveu a grande ruptura entre o direito ritual e o direito processual, possibilitou prescindir da memória para encontrar a verdade. O problema da vigência, como vimos acima, permanece, apesar de tudo.

O dom de permanência outorgado pela escrita pode ser expresso do seguinte modo: "Não há nenhuma maneira de refutar o texto diretamente. Após uma impugnação generalizada e devastadora, ele diz exatamente a mesmo que antes [...] Um texto que afirme o que o mundo inteiro sabe que é falso expressará a falsidade desde que o texto existe e para sempre. Os escritos são inerentemente irrefutáveis" (Ong, 2004, p. 81).

A lei que proíbe o homicídio permanecerá intacta ainda que um homem atente contra a vida de outro. O mesmo se aplica aos requisitos solenes de compra e venda de bens imóveis ou aos acordos que contrariam os direitos trabalhistas inalienáveis: a norma mantém-se incólume<sup>18</sup>. A virtude mais elevada da escrita é ela impedir que as palavras sejam apagadas, e a quem, senão ao Direito, compete exigir que as coisas se conservem imperturbáveis, como se tivessem sido esculpidas em pedra?

---

<sup>17</sup> "Νόμος [*nomos*] é o nome dado ao princípio de distribuição do poder que serve para manter (mas ocultar) os princípios de atribuição das riquezas" (Foucault, 2012, p. 181).

<sup>18</sup> Sobre a impossibilidade de uma refutação real da lei, consulte Ferrajoli (2008).

Seria impensável o ordenamento jurídico atual se qualquer pessoa pudesse distorcer o conteúdo de uma lei ou de uma sentença, ou mesmo de um contrato ou da Constituição.

A escrita elimina tais dificuldades. O *nomos* exerce sua máxima potência quando as pedras, e não os homens, cantam seus imperativos.

### **Desmitificação da escritura e oralidade secundária**

Até este ponto, seria necessário reconhecer que o triunfo da lei escrita é indiscutível e que – se quisermos garantir a estruturação de um sistema jurídico aberto, para proporcionar segurança normativa, sem que ele possa ser alterado caprichosamente – deve-se evitar, a todo custo, qualquer manifestação oral no mundo jurídico.

Eu gostaria de refutar tal pensamento através de dois argumentos. O primeiro visa a demonstrar que a permanência da lei não é aplicada em todos os casos, e o segundo procura defender que a adoção do sistema oral não implica o abandono da escrita.

O fato de que o *nomos* está intimamente ligado à fala e possa ser alterado por meio dela implica, já em si, a interferência nos desejos de permanência que nutrem a consagração da lei escrita. Tal contexto, naturalmente, acarreta grande número de benefícios: o Direito deve mudar e, para que isso ocorra, a escrita não pode ser realmente perpétua.

No entanto, há casos em que se mostra desejável que a palavra escrita permaneça o mais intacta possível. O exemplo mais claro provém do direito constitucional. Na verdade, pode-se dizer que a Constituição é o reflexo mais puro do que originalmente se pretendia com a consagração de leis na pedra<sup>19</sup>. Como é sabido, a Constituição é uma compilação de máximas e princípios que, em algum momento, emanaram – pelo menos no constitucionalismo contemporâneo – diretamente do povo e cuja função é proteger os cidadãos das arbitrariedades do Estado.

Em vista de sua importância, grande número de constituições contém procedimentos específicos que devem ser estritamente seguidos para que se

---

<sup>19</sup> Esse é, literalmente, o significado das chamadas *cláusulas pétreas*.

façam reformas no seu conteúdo. O que a grande maioria dos constituintes tenciona, com isso, é estabelecer certa rigidez constitucional que preserve e garanta um núcleo imutável de direitos e liberdades de eventuais tentativas dos governos de limitá-los. O que também se busca é determinar problemas limítrofes, como um ato de soberania, ou fornecer estabilidade estrutural ao Estado para que não existam poderes com maiores atribuições do que outros.

Mais do que a questão de se deve ou não existir rigidez quanto à reforma constitucional<sup>20</sup>, o que me interessa é mostrar que a escrita não assegura que tais direitos e liberdades sejam mantidos, tampouco garante os limites ou a estrutura do Estado. Afinal, trata-se de um ato de previsão e simbólico que não se encontra respaldado por uma imutabilidade real.

Antes de evocar exemplos concretos, gostaria de utilizar um pequeno exemplo literário.

Bastante conhecido é o livro de George Orwell intitulado *A revolução dos bichos* (*Animal Farm*). Nele, os animais da fazenda se insurgem contra a exploração humana e estabelecem sete mandamentos que "seriam inscritos na parede [e] formariam uma lei inalterável à qual deveriam se submeter, a partir de então, todos os animais" (2008, p. 68). Os mandamentos foram orientados para proibir que os animais adotassem qualquer comportamento humano, tais como consumir álcool, vestir-se ou andar sobre dois pés, entre outros. Os mandamentos se concluem assim: "Todos os animais são iguais" (2008, p 68).

À medida que a história avança, os porcos, que não por acaso são os líderes da revolução dos bichos, começam a adotar os comportamentos que eles próprios tinham proibido nos sete mandamentos, incluindo o consumo de álcool e o andar sobre dois pés. Vendo essas atitudes, os outros animais se dirigem à parede onde se encontra inscrita a lei *inalterável* que governa *todos os animais*, e o que eles encontram é a evidência mais clara da genialidade de Orwell:

TODOS OS ANIMAIS SÃO IGUAIS  
MAS ALGUNS ANIMAIS SÃO MAIS IGUAIS DO QUE  
OUTROS (2008, p. 171).

---

<sup>20</sup> Remeto a um interessante texto sobre esse tema: Laporta (2001).

A suposta segurança que a escrita oferece não é mais do que ilusão no mundo contemporâneo. Qualquer estipulação de direitos, mesmo que no texto constitucional, pode ser alterada ou, inclusive, subvertida num piscar de olhos, uma vez que as pedras da lei já não existem, e a sua materialidade foi perdida em favor da disseminação. Tão logo a pedra foi substituída pelo papel, a segurança da escrita perdeu consistência; isso porque o ato simbólico de esculpir a pedra implicava, em si mesmo, um ritual de mudança que exigia a presença dos cidadãos e o consenso popular. Essa perda de consistência se deve ao fato de que a sociedade de hoje não é uma sociedade caligráfica, como o foi na Grécia antiga, mas uma sociedade digital e tipográfica, na qual a modificação dos textos é a tarefa mais simples que existe<sup>21</sup>. Qualquer pessoa pode acessar a infinidade de leis, decretos, atos legislativos etc. Tudo isso é maravilhoso porque amplia o espectro do poder político, mas não consegue se sustentar na falaciosa ideia da escrita como fonte de segurança jurídica.

Felizmente, o núcleo duro das liberdades permanece quase intacto, graças ao trabalho da Corte Constitucional colombiana – que não é, de todo modo, livre de máculas –, mas, ainda assim, atos legislativos promovidos por diferentes governos conseguiram penetrar alguns artigos da Constituição que se pensava serem insubstituíveis.

A deformação do artigo 48 é um claro exemplo da imissão do governo em garantias que nem mesmo a Constituição, com a sua escrita protegida, pode violar: O Ato Legislativo n. 01 de 2005 introduziu 9 incisos, 2 parágrafos permanentes e 6 parágrafos transitórios no art. 48, originalmente sancionado pela Assembleia Nacional Constituinte (!), e ainda existe quem se julgue puristas em relação à Constituição Política de 1991.

Sequer é necessário que a reforma seja colossal, como o foi a do art. 48, acima mencionada. O art. 49, que consagrava originalmente o direito à saúde, acabou sendo, em conformidade com o Ato Legislativo n. 02 de 2009, uma limitação ao livre desenvolvimento da personalidade – jamais pensada pelo constituinte primário –, ao proibir a utilização ou o porte de

---

<sup>21</sup> Mais uma vez, a *tentação* de mudar as regras está presente, apesar do sistema escrito (ver nota 5).

substâncias entorpecentes. O problema, obviamente, não é o consumo em si, mas a inclusão de uma restrição à liberdade sem a aprovação popular.

Com esses exemplos, tanto o literário quanto o constitucional, eu quero evidenciar que a escrita já não é um sistema de segurança que mereça ser preservado a qualquer custo, trata-se, na verdade, de uma técnica que, embora ainda possa continuar sendo útil ao direito por muito tempo, não pode ser a técnica dominante em tudo o que tem a ver com as transformações jurídicas da contemporaneidade.

Isso me conduz ao segundo ponto. A oralidade que, atualmente, se propõe instituir na justiça corresponde a uma oralidade secundária, isto é, aquele que provém de uma sociedade em que a escrita foi tão internalizada que a maneira como se fala encontra-se determinada pela estrutura do texto escrito e não depende da memória ou do som. Assim,

As pessoas que interiorizaram a escrita são influenciadas por ela não apenas quando escrevem, mas também quando falam, o que significa que organizam, em diferentes medidas, até mesmo a sua expressão oral de acordo com marcas verbais e de pensamento que não conheceriam, caso não soubessem escrever (Ong, 2004, p. 61).

Todo o Direito que conhecemos se funda na palavra escrita. Isso não irá mudar com a adoção de um sistema de justiça oral, o que provavelmente ocorrerá é que o Direito será alimentado pelas duas correntes e poderá superar problemas como a lentidão e a pomposidade que assolam a administração da justiça, mesmo nos tempos atuais.

Trata-se, sim, de extirpar do sistema jurídico a ideia de escrita como uma espécie de revelação insuperável que constitui, *per se*, o Direito, como se antes da escrita o Direito não tivesse sido possível: há quem, ainda hoje, entende que positivismo e lei escrita são termos intercambiáveis. Esse equívoco persiste há muito tempo e deve cessar. Na verdade, a escrita não passa de uma tecnologia. É um sistema complexo de símbolos que tem sido empregado para conter e transmitir, entre outras coisas, as palavras da lei, uma vez que oferecia o máximo de segurança e confiabilidade. No entanto, essa tecnologia parece sucumbir com o advento da sociedade digital e midiaticizada. O *quid* da questão é reconhecer que tanto o vídeo quanto

gravação de áudio são *outras* tecnologias e desempenham a mesma função conservadora que a escrita, se adotadas por maior número de pessoas. É inegável que tal processo ocorreu velozmente, comparado com o tempo que levou a humanidade para aprender a ler e a escrever, e pode significar que essas duas tecnologias serão substituídas com muito mais rapidez do que está sendo substituída a escrita<sup>22</sup>. Ainda assim, a possibilidade de que o direito se estenda às esferas da palavra falada como nunca o fez não pode ser esmagada pela crença absurda numa lei escrita e imutável que, a rigor, não existe faz muito tempo.

Também não devemos entender que o retorno à oralidade implique o retorno ao reino do *thesmós*. Como já dito, o direito ritual perdeu sua força apesar de as estruturas linguísticas terem sido preservadas no cenário do juízo.

Pelo contrário, o *nomos* não renuncia à escrita, utiliza-a para se inscrever em um meio diferente, que lhe permite ser dinâmico. Cada passo em direção à oralidade secundária é um avanço que ocorre apenas graças à escrita, e por isso jamais pode abandoná-la. O fim do sistema escritural não implica, portanto, o fim do direito, mas sua renovação, no que diz respeito aos problemas de vigência e de interpretação acima indicados.

Com relação a esse novo avanço, gostaria de apresentar uma última reflexão: o quanto seria mais bonito se a nossa sociedade, na ausência de pedras onde esculpir suas leis, as inscrevesse no ar como os deuses gregos o fizeram na natureza.

### REFERÊNCIAS

FALCÓN MARTÍNEZ, C.; FERNÁNDEZ-GALIANO, E.; LÓPEZ MELERO, R. *Diccionario de mitología clásica*. Madrid: Alianza, 1986.

FERRAJOLI, L. *Epistemología jurídica y garantismo*. México D.F: Fontamara, 2008.

---

<sup>22</sup> Em nenhum momento eu defendo a extinção da escrita; pelo contrário, considero indispensável mantê-la como um tesouro que recebemos não só do direito e da filosofia, como também da literatura. Mesmo assim, é claro que a era digital não substitui as grafias em si mesmas, mas apenas a sua forma de notação. A nostalgia da palavra impressa, no entanto, sobrevive e sobreviverá para sempre.

- FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- FOUCAULT, M. *Lecciones sobre la voluntad de saber: curso en el Collège de France (1970-1971)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- HESÍODO. *Teogonía; Trabajos y días; Escudo; Certamen*. Madrid: Alianza, 2005.
- LAPORTA, F. *El ámbito de la constitución*. España: Doxa, 2001
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
- ONG, W. J. *Oralidad y escritura: tecnologías de la palabra*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- ORWELL, G. *Rebelión en la granja*. Barcelona: Destino, 2008.
- PLATÓN. *Diálogos*, III. Madrid: Gredos, 1988.
- SCHMITT, C. *El nomos de la tierra*. Granada: Comares, 2002.
- SCHMITT, C. *Teología política*. Madrid: Trotta, 2009.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Bogotá: Gredos, 2000.
- STEINER, G. *Los Logócratas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

**Idioma original: Espanhol**  
**Recebido: 08/05/16**  
**Aceito: 07/12/16**