



V. LEIS EM EXCESSO, DIREITOS EM RECESSO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EFETIVIDADE DO REGIME DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

V. LAWS IN EXCESS, RIGHTS IN RECESSION: CONSIDERATIONS ABOUT THE EFFECTIVENESS OF THE BRAZILIAN DEMOCRATIC REGIME

Cesar Augusto Cavazzola Junior¹

Recebido em: 29/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito de apresentar algumas considerações acerca da efetividade do regime democrático brasileiro de acordo com os dispositivos da Constituição Federal de 1988, levando em conta a função social do direito e o papel do Estado perante as promessas constitucionais. Fica-se evidente que o número de leis não implica na concretização dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Estado – Democracia – Sociedade.

ABSTRACT: The present paper intends to present some considerations about the effectiveness of the brazilian democratic regime in accordance with the provisions of the Federal Constitution of 1988, taking into account the social function of law and the role of the State in the face of constitutional promises. It is clear that the number of laws does not imply the realization of rights.

KEY-WORDS: State - Democracy - Rights – Society.

INTRODUÇÃO

Não são raras as situações nas quais se discute qual é o papel do Estado² diante das demandas sociais cada vez mais exigentes. Mesmo possuindo uma série de funções que

¹ Advogado (OAB/RS 83.859). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2009), MBA em Business Law pela Fundação Getúlio Vargas (2011) e Pós-MBA em Negociação, também pela FGV. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos - 2015). Atualmente cursa especialização em Droit Comparé et Européen des Contrats et de la Consommation (UFRGS/Savoie Mont Blanc). Membro da Comissão de Seleção e Inscrição da OAB/RS. Colunista e Editor da Mídia Locus. Autor dos livros “Manual de Direito Desportivo” (EDIPRO, 2014), “Bacamarte” (Giotri, 2016) e coautor da obra “Ensino Jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios” (OABRS, 2017). Contato: cesar.cavazzola@gmail.com. Porto Alegre (RS), Brasil.

² Segundo Antenor Nascentes: “ESTADO – Do lat. *statu*; esp. estado, do it. *stato*, fr. *état*.” In: NASCENTES, Antenor. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro, 1955. p. 194. Segundo o eminente filólogo e escritor português Candido de Figueiredo, a etimologia da palavra representa: “Situação, modo de ser, de uma pessoa ou coisa. Disposição, em que está uma pessoa ou coisa. Condição. Posição social. Nação, politicamente organizada, e dirigida por leis próprias. Conjunto dos poderes políticos de uma nação. Governo.

variam ao longo da história, é possível notar que houve um fortalecimento, sobretudo com os eventos do século XX, como as Grandes Guerras e demais crises políticas e econômicas. À medida que é chamado, suas funções vão expandindo, o que, conseqüentemente, amplia seus poderes. Como se isso não bastasse, a Constituição Federal Brasileira aponta uma série de *direitos* sem que sequer se tenha ciência de quem são os responsáveis pelas *obrigações* correspondentes.

Por isso, o que se tem visto é o fortalecimento do Estado, que descobriu o Direito para sufocar o indivíduo perante a sociedade. Conforme os professores Lenio Streck e José Luiz Bolzan afirmam: “Percebe-se que o grau zero de intervenção é ideal nunca alcançado, pois sempre houve políticas estatais de algum tipo [...]”³

Ao longo deste trabalho serão feitas algumas considerações acerca da efetividade do regime democrático dentro de um mundo de promessas, muitas das quais ainda não vislumbram o horizonte no qual reside de fato a sua concretização.

Considerações acerca da efetividade do regime democrático brasileiro

— *O senhor acredita nisso? perguntou João Nogueira.*

— *Em quê?*

— *Eleições, deputados, senadores.*

Retraí-me, indeciso, porque não tenho ideias seguras a respeito dessas coisas.

— *A gente se acostuma com o que vê. E eu, desde que me entendo, vejo eleitores e urnas. Às vezes suprimem os eleitores e as urnas: bastam livros. Mas é bom um cidadão pensar que tem influência no governo, embora não tenha nenhuma. Lá na fazenda o trabalhador mais desgraçado está convencido de que, se deixar a peroba, o serviço emperra. Eu cultivo a ilusão. E todos se interessam.*⁴ (Graciliano Ramos)

Ostentação, magnificência. Registo. Inventário. Representação, em Côrtes, de alguma classe social, no antigo regime: *clero, nobreza e povo eram os três Estados do Reino*. Des. Estatura ordinária de um homem. * Prov. trasm. A cerimônia funebre, chamada offício de defuntos. Estado *interessante*, estado da mulher grávida. Tomar estado ou mudar de estado, casar-se. Pl. Terras ou países, sujeitos á mesma autoridade ou jurisdição. (Do lat. *status*)” (*sic*) (FIGUEIREDO, Candido de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Lisboa, 1913. p. 804-805)

³ STRECK, L. L., MORAIS, J. L. B. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 58-59.

⁴ RAMOS, Graciliano. **São Bernardo**. 82. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005. p. 77.

O Direito é uma luta.⁵ E não há senão assim outra forma de o ser: quando um vizinho se sente perturbado com o barulho de outro; quando um agricultor vê suas terras serem invadidas; quando alguém se vê em apertos em função de um contrato assinado.

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo-, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos. Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar os ataques daqueles a que eles se opunham; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disputa ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples ideia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.⁶

A função social do direito pode estar relacionada ao aspecto da orientação social e na resolução de conflitos⁷. Há necessidade de haver direito sem que haja conflito? O direito, em última instância, é sempre decisão de conflitos de interesses.⁸ Se inexistissem conflitos na sociedade⁹, o direito seria de todo descartável.¹⁰ Para Calmon de Passos,

⁵ Para o professor Darci Guimarães Ribeiro: “A existência de conflitos dentro de uma sociedade é algo natural, pois existindo necessidades ilimitadas e bens limitados sua aparição é inevitável, salvo se pudermos limitar as necessidades dos homens ou ampliarmos os bens limitados, do contrário o conflito é um produto natural da evolução da sociedade. Pois, o que não é natural nem saudável é a permanência do conflito dentro da sociedade e não sua aparição. Todo conflito dentro de uma sociedade tem seu aspecto positivo e negativo. O positivo é que dinamiza a sociedade e a faz evoluir, enquanto negativo se concretiza no fato de provocar tensão e gerar insegurança entre seus membros, podendo gerar uma situação violenta no momento de sua composição.” RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27.

⁶ JHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 27.

⁷ Para leitura: JHERING, Rudolf von. **A Evolução do Direito**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand - JOSÉ BASTOS & C.a – Editores, 1963. p. 290-293.

⁸ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Processo e Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 27-39.

⁹ “Portanto, nem o sangue nem o idioma fazem o Estado nacional; pelo contrário, é o Estado nacional quem nivela as diferenças originárias de glóbulo vermelho e som articulado. E sempre aconteceu assim. Poucas vezes, para não dizer nunca, terá o Estado coincido com uma identidade prévia de sangue ou idioma. [...] Há muito tempo que isto consta, e é muito estranha a obstinação com que, entretanto, se persiste em dar à nacionalidade como fundamentos o sangue e o idioma. Nisso eu vejo tanta ingratidão como incongruência. Porque o francês deve sua França atual, e o espanhol sua atual Espanha, a um princípio X, cujo impulso consistiu precisamente em

Pressuposto necessário do Direito é o conflito. Inexistissem conflitos na convivência social e o Direito seria descartável. [...] A escassez dos bens, a interdependência dos homens, a indeterminação dos desejos e sua insaciabilidade são fatores que se casam para determinar ocorram permanentemente conflitos na convivência social, cuja solução se faz necessária, em nome da própria sobrevivência coletiva.¹¹

Conflito implica colisão ou confronto de vontades. Além disso, pode-se dizer que viver é experimentar necessidades, que podem ser tanto um estado de carência quanto a de falta de algo¹² que impulsiona os seres vivos na direção do bem capaz de eliminá-la.¹³ Assim, frisa-se que, no mundo dos desejos, cada homem é o seu próprio limite.¹⁴ E ainda,

[...] o Direito é produzido pelos homens, inexistindo um Direito previamente dado por forças externas ou circunstâncias inelutáveis que aos homens se imponham, apenas lhes cumprindo identifica-las e submeterem-se ao seu império. Esta produção do Direito se dá socialmente, sempre como resultado do efetivo confronto e cooperação dos agentes sociais (indivíduos, grupos, instituições), mediante o processo político institucionalizado. O Direito posto, por conseguinte, traduz, sempre e necessariamente, o resultado desse confronto e dessa cooperação.¹⁵

superar a estreita comunidade de sangue e de idioma. De sorte que a França e a Espanha consistiriam hoje no contrário do que as tornou possíveis.” GASSET, José Ortega y. **A Rebelião das Massas**. Tradução de Herrera Filho. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. p. 256.

¹⁰ “Repito uma vez mais: a realidade que chamamos Estado não é a espontânea convivência de homens que a consanguinidade uniu. O Estado começa quando se obriga a conviver a grupos nativamente separados. Esta obrigação não é desnuda violência, mas que supõe um processo incitativo, uma tarefa comum que se propõe aos grupos dispersos. Antes que nada é o Estado projeto de um fazer e programa de colaboração. Chama-se às pessoas para que juntas façam algo. O Estado não é consanguinidade, nem unidade linguística, nem unidade territorial, nem contiguidade de habitação. Não é nada material, inerte, dado e limitado. É um puro dinamismo - a vontade do fazer algo em comum -, e mercê a isso a ideia estatal não está por nenhum termo físico (78).”

GASSET, José Ortega y. **A Rebelião das Massas**. Tradução de Herrera Filho. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. p. 251.

¹¹ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Processo e Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 38-39.

¹² “O ‘modo consumista’ requer que a satisfação precise ser, deva ser, seja de qualquer forma instantânea, enquanto o valor exclusivo, a única ‘utilidade’, dos objetos é a sua capacidade de proporcionar satisfação. Uma vez interrompida a satisfação (em função do desgaste dos objetos, de sua familiaridade excessiva e cada vez mais monótona ou porque substitutos manos familiares, não-testados, e assim mais estimulantes, estejam disponíveis), não há motivo para entulhar a casa com esses objetos inúteis.” BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 70. E ainda: “Animais ou humanos, parceiros ou de estimação – será que importa? Todos eles estão aqui pelo mesmo motivo: satisfazer (pelo menos é para isso que o mantemos). Se não o fizerem, não têm finalidade alguma e portanto nenhuma razão para estarem aqui.” BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 71.

¹³ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Processo e Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 29.

¹⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Processo e Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 38.

¹⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Processo e Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 81.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Nesse sentido, sem a condução da efetividade dos direitos pelo Poder Executivo, o Direito só existe após uma sentença¹⁶. Aqui, justifica-se a ideia de que só há Direito através do devido processo legal¹⁷.¹⁸ O que ocorre, infelizmente, é que há indiretamente um estímulo ao litígio, pois não há outra forma de ser.

De fato, poderia fazer melhor uso do Direito para que possa atender às demandas das pessoas, das comunidades, de situações específicas. Como afirma Paolo Grossi, o “*hombre de la calle*” tem uma desconfiança em relação ao Direito por causa da sua convicção de que o direito não é sinônimo de justiça: é algo que se identifica com a lei.¹⁹

O Estado mostra, nesse sentido, que, através da Constituição, dá suporte à população numa amostra imensa acerca de seus direitos elencados. Contudo, *lei* não é sinônimo de *direito*, ideia que começou a ser construída a partir da *Idade Moderna*²⁰ e foi

¹⁶ “A relação entre o processo de produção do Direito e o direito produzido, seja como enunciado, seja como decisão (dizer o Direito e aplicar o Direito) não é de caráter instrumental, meio-fim, sim de natureza substancial, integrativa. O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isto nos adverte que nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja aplicação é possível, mediante simples utilização de determinadas técnicas e instrumentos, com segura previsão das consequências. O Direito, em verdade, é produzido a cada ato de sua produção, caracteriza-se com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.” CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Processo e Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 68.

¹⁷ “Se o Direito é apenas depois de produzido, o *produzir* tem caráter integrativo, antes que instrumental e faz-se tão essencial quanto o próprio dizer o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de produção, que sobre ele influi em termos de resultado. *O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito*. O processo, no âmbito do jurídico, não é, portanto, algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação *meio/fim*, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do presságio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial.” CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Processo e Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 68. Para melhor entendimento, consultar entre as páginas 67-80.

¹⁸ O processo medieval era o *indicium*; para a modernidade, o *processus*. O primeiro representava um diálogo persuasivo, cuja finalidade era formar opinião e consenso, enquanto o segundo é um legado da lógica científica e matemática que começava a se estabelecer. Ver: PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organização e revisão técnica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46.

¹⁹ GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003. p. 21. Para maior compreensão do assunto, ler o capítulo I (“¿Justicia como ley o ley como justicia? Anotaciones de um historiador del Derecho”, p. 21-38).

²⁰ “O único legislador é o soberano em todos os Estados, seja este um homem, como numa monarquia, ou uma assembleia, como numa democracia ou numa aristocracia. O legislador é aquele que faz a lei. Só o Estado prescreve e ordena a observância das regras a que chamamos leis, então o Estado é o único legislador. O Estado só é uma pessoa, com capacidade para fazer seja o que for, por meio do representante - isto é, o soberano. O soberano é, portanto, o único legislador. Daí, ninguém pode revogar uma lei já feita a não ser o soberano, pois uma lei só pode ser revogada por outra lei, que profiba o cumprimento da anterior.” HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 197-198. Para melhor compreensão de suas ideias, recomenda-se a leitura do capítulo XXVI (“A respeito das leis civis”), p. 196-213.



solidificada com a *Revolução Francesa*²¹, diferentemente do que acontecia na *Idade Média*, cujas fontes de direito eram descentralizadas e vindas de uma série de ordenamentos, como o das guildas, dos feudos, das sociedades comerciais. Conforme Paolo Grossi, a Idade Média e a Idade Moderna, mesmo sendo ligadas cronologicamente, apresentam uma efetiva descontinuidade.²² E ainda, afirma que, no universo medieval, “el poder político no pretende controlar todos los ámbitos de la sociedad; se caracteriza por una substancial indiferencia hacia las zonas de la sociedad – amplias e incluso amplísimas – que no interfieren directamente con el gobierno de la cosa pública.”²³ ”

É preciso enfatizar que ao estimularmos os litígios está se deteriorando as bases de solidariedade da sociedade, com um Poder Executivo inerte, com o Poder Legislativo fazendo crer que trabalha de acordo com o número de leis que cria e com o Poder Judiciário – com seu trabalho gravemente afetado pela quantidade de processos – meramente reproduzindo essas leis²⁴.

É difícil precisar como o Direito irá atuar sobre as mudanças que têm acontecido, não só na sociedade, mas no conjunto das instituições que compõe o regime democrático. As leis não deixam de seguir no mesmo curso, evitando o costume e sobrevalorizando o que está escrito²⁵ – em desfavor, conseqüentemente, da oralidade.

²¹ “El poder político, que en el transcurso de la Edad Moderna se fue convirtiendo cada vez más en Estado – es decir, en una entidad totalizadora tendente a controlar todas las manifestaciones de lo social -, mostró un creciente interés por el Derecho y, con extrema lucidez, lo reconoció como un pilar precioso de su misma estructura. Un interés que se incrementó tan considerablemente que, a finales del siglo XVIII, tras haber desmentido decisivamente las actitudes multiseculares que se habían conservado hasta la cláusula del Antiguo Régimen, logró conseguir el pleno monopolio de la dimensión jurídica.” GROSSI, Paolo. **La Primera Lección de Derecho**. Tradução de Clara Álvarez Alonso. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2006. p. 18-19.

²² GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003. p. 23.

²³ GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003. p. 24.

²⁴ Na opinião de Ovídio Baptista: “Certamente a alienação dos juristas e seu confinamento no ‘mundo jurídico’ foram determinados por interesses políticos e econômicos da maior relevância. Não se pode, por isso, pretender a superação do paradigma racionalista sem que as atuais estruturas políticas e econômicas também minimamente se transformem. A alienação dos juristas, a criação do ‘mundo jurídico’ – lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar p mundo social e seus gestores – impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre ‘fato’ e ‘direito’.” SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 301-302.

²⁵ Em contraponto, Paolo Grossi afirma que, no momento atual, o direito da globalização evita a textualidade: “Demonstra-se evidente a comparação-oposição com os comportamentos globalizadores: nestes, não existe nenhum espasmo textual, melhor, o direito se distingue aqui por uma acentuada oralidade. Evita-se, desde o momento do seu aparecimento, o objetivo primeiro do direito estatal: a rigidez.” E ainda: “Falando do formalismo, considera-se a flexibilidade uma virtude da regra jurídica aqui tratada, ou seja, a sua capacidade de

Quien se reconoce en la democracia debería afirmar: para defender la, actuamos con espíritu de concordia, combatimos la prepotencia y la plutocracia, nos respetamos mutuamente, cultivamos la legalidad, promovemos la solidaridad, damos seguridad a los más débiles y moderamos la competición social. Es decir, no renunciamos a nosotros mismos, a lo que somos y aquello en lo creemos, intentamos corregir sus defectos y combatimos lo que la desfigura. En una palabra: cuidamos la democracia.²⁶

Sem contar que, devido ao excesso de leis que vêm sendo promulgadas nos últimos tempos, não há de se negar isso gera um descrédito ao sistema como um todo – e não só do jurídico, como fundamento de um país corroído em suas bases. Talvez pudesse reproduzir o brocado latino que afirma “*Corruptissima republica plurimae leges*”²⁷. Na lição de Picardi,

A característica da chamada inflação legislativa não consiste só na multiplicação das leis, mas também na desvalorização das leis. Antes de tudo, multiplicação das disposições legislativas, não apenas e não tanto quantitativa, mas sobretudo qualitativa. Penso, de um lado, na pluralidade dos centros de produção normativa, sejam nacionais (Estado, Regiões, outros níveis de autonomia, autoridades independentes de regulação, autonomia privada), sejam supranacionais (especialmente, a União Europeia). De outro, no fenômeno pelo qual frequentemente a fonte secundária toma vantagem sobre a fonte primária, e a disciplina organizadora dos aparelhos públicos em sua integridade é transferida ao instrumento mais flexível do regulamento. A pluralidade das regulações normativas termina, pois, por provocar uma redução da efetividade. Foi salientado como também a atividade jurídica consiste numa *ars combinatoria* de leibniziana memória; o aumento do número de regras comporta, assim, um desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinações: quanto mais regras, maior a possibilidade de antinomias e de contradições internas do ordenamento. Além disso, a aceleração progressiva do *ius superveniens* termina por transferir para a jurisprudência

adaptação às mais diversas situações. É uma práxis que cria direito, e que o cria para as suas necessidades, as quais, restritamente conectadas ao mercado e ao seu desenvolvimento, conectadas estreitamente às novas técnicas já insubstituíveis para o mercado global e em rapidíssima e contínua inovação, são extremamente mutáveis. Aqui, o caráter fixo, o Código como emblema máximo de um caráter fixo indefinido, é algo negativo a ser evitado a qualquer preço.” GROSSI, Paolo. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 81-82.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contra la ética de la verdad**. Tradução de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Trotta, 2010. p.14.

²⁷ Em tradução: “*Estado corrupto, múltiplas leis*”. “Essa expressão, bem conhecida e sem dúvida ainda atual, significa que o número exorbitante de leis contraria os princípios básicos de um Estado civil que funcione bem, ou seja, a certeza do direito. Deriva de Tácito (*Anais*, 3,27,3). O fato de as leis inúteis enfraquecerem as leis necessárias é, finalmente, uma tese de Montesquieu em *O Espírito das Leis*.” TOSI, Renzo. **Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 511.

tarefas consideradas próprias da legislação: da determinação dos efeitos da lei no tempo (ab-rogativos e retroativos) à própria organização das fontes do direito.²⁸

Tal fenômeno legislativo²⁹ se dá em setores nos quais a própria sociedade poderia ser capaz de gerir, como a família, por exemplo. Se a lei quer se inserir num campo no qual não é de sua competência, não há de se negar que está procurando modificar comportamentos³⁰:

²⁸ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5-6.

²⁹ “En este fin de siglo, si nuestra mirada es objetiva, estamos en condiciones de contemplar los riesgos (y también los daños) del normativismo que nos ha conquistado, de un derecho reducido a normas, sanciones, formas. Pensar el derecho como norma (y, por ello, obviamente, como sanción) significa continuar concibiéndolo como poder, porque significa cristalizar y agotar toda la atención sobre el ordenamiento en el momento en el que el mandato se produce y se manifiesta. Para una visión normativa lo que importa es quién ‘manda’ y su voluntad imperativa (o, si queremos, quiénes ‘mandan’ y sus voluntades imperativas), mientras contamos bastante poco los usuarios de la norma y la vida de la norma en su utilización por la comunidad de ciudadanos. El problema interpretativo de la norma, en esta estrecha óptica, se reduce a un procedimiento de reconstrucción – procedimiento previsto con aritmética precisión – de la voluntad imperativa en el momento en que ella se separó del ‘ordenante’ (siempre antropomórficamente pensado) y cristalizó en un texto inmovilizándose en él hasta que prorrumpa una nueva, contraria o distinta manifestación de voluntad. En suma, remitirse a la norma, se quiera o no, significa siempre y en todo caso concebir el derecho de modo potestativo, ligarlo estrechamente al poder, aunque se trate de un poder en el que se percibe la rebeldía y que, por tanto, es una realidad difícil de controlar, orientar, contener. Remitirse a la norma y al sistema de normas significa también invocar el camino de una separación clara entre producción y aplicación del derecho, entre mandato y vida, entre un mandato que se concluye y se agota en un texto y con frecuencia más allá del texto y contra el texto: es el camino que conduce a un formalismo a veces agravado por su abstracción.” GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003. p. 47-48.

³⁰ Nunca na história do Brasil o povo foi responsável por fazer leis e por conquista social alguma – talvez muito pouco ao longo da história mundial. Qualquer análise feita com um pouco mais de seriedade pode contestar com maiores subsídios teóricos os fatos apresentados. Assim, e lamentavelmente, percebe-se que o papel aceita tudo. E, para a infelicidade dos “súditos”, acredita-se que a vontade do Poder Legislativo seja a vontade geral, conforme ideia que vem sendo pregada ao longo da história mundial, que mostra um tanto das falhas da democracia representativa. Para Calmon de Passos, o Brasil é um país que carece de povo, no sentido político da expressão, para o qual: “Os excluídos são capazes de revolta e depredação, mas incapazes de se organizarem de modo a obterem ganhos políticos na luta pela apropriação de maior parcela de bens, no conjunto de quantos são produzidos como fruto da divisão do trabalho social. E para sufocar a revolta e a depredação bastam a polícia, os presídios e os grupos de extermínio, fardados ou não, institucionalizados ou não, protegidos de modo explícito ou implícito pela minoria privilegiada, tanto do setor privado quanto do setor público. [...] Por força disso é que, em nosso Brasil, a ordem jurídica jamais teve a nossa cara.” CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 189. Para Paolo Grossi: “[En La Revolución de 1789] La ley – esto es, La expresión de La voluntad del poder soberano – se identifica axiomáticamente con la expresión de la voluntad general, convirtiéndose de este modo en el único instrumento productor de Derecho merecedor de respeto y reverencia y en objeto de culto por El hecho de ser ley y no por la respetabilidad de sus contenidos. De esta manera, una vez identificada la ley con la voluntad general, se consiguió la identificación del Derecho con la ley y se consiguió, así mismo, su completa estatalización.” GROSSI, Paolo. **La Primera Lección de Derecho**. Tradução de Clara Álvarez Alonso. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2006. p. 19. Para Rousseau: “As leis são, a rigor, as condições da associação civil; o povo submetido às leis deve ser o autor delas; só àqueles que se associam compete regular as condições da sociedade: como, porém, eles as regularão? Será de acordo comum, por súbita inspiração? Tem o corpo político um órgão que anuncia as suas vontades? Quem lhe dará a providência

O Direito, como ciência, não pode deixar de considerar as leis que enunciam a estrutura e o desenvolvimento da experiência jurídica, ou seja, aqueles nexos que, com certa constância e uniformidade, ligam entre si e governam os elementos da realidade jurídica, como *fato social*. A palavra *lei*, porém, tem, entre os juristas, outro sentido mais usual. É a lei como espécie de *regra* ou de *norma*. Os juristas desenvolvem doutrinas sobre as leis, ou seja, sobre regras jurídicas formuladas pelos órgãos do Estado, diferenciando-as das regras elaboradas pela própria sociedade, através dos usos e costumes: não se trata mais de juízos enunciativos de realidade, mas de *juízos normativos de conduta*.³¹

Para Jean Bodin, “*existe muita diferença entre direito e a lei, o primeiro registra fielmente a equidade; a lei, pelo contrário, é apenas o mando de um soberano que exercita seu poder*”³². Trata-se, assim, de uma amostra de como as relações de poder com a sociedade foram completamente modificadas da atualidade com o Medievo³³, pois quando o direito se baseia unicamente na lei, acaba dando suporte para um projeto de poder, perdendo

necessária para formar os seus atos e de antemão os publicar, ou como os há de pronunciar no instante urgente? Como há uma cega multidão, que não sabe muitas vezes o que quer, porque raramente sabe o que é bom, como há ela mesma executar tão difícil e grande projeto, qual seja o sistema de uma legislação? O povo quer de si mesmo sempre o bem, mas nem sempre o vê por si mesmo; a vontade geral é sempre reta, mas não é sempre claro o raciocínio que a dirige; cumpre mostrar-lhe os objetos como eles são, às vezes tais como lhe deveriam parecer, apontar-lhe o caminho certo que procura, defende-la da sedução das vontades particulares, aproximar a seus olhos os lugares e tempos, contrabalançar os atrativos das vantagens presentes e sensíveis, com o perigo dos males remotos e ocultos. Os particulares veem o bem que rejeitam, o público quer o bem que não vê, todos carecem igualmente de guias; cumpre obrigar um a conformar sua vontade com a razão, cumpre ensinar ao outro a conhecer o que quer. No corpo social as luzes do público unem então o entendimento à vontade, daí vem o exato concurso das partes, e enfim a maior força do todo; eis donde nasce a precisão do legislador.”

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005. p. 49.

³¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 58.

³² Para maiores detalhes: BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Livro Primeiro. Tradução, introdução e notas de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Editora Ícone, 2011. p. 195-236.

³³ “En la civilización medieval el orden jurídico es, salvadas algunas delicadas zonas conexas al gobierno de la polis, una realidad óptica, es decir, escrita en la naturaleza de las cosas, realidad exquisitamente *radical*, ya que brota punjante en las raíces de la sociedad y por ello se identifica con la costumbre, con los hechos típicos que confieren su rostro peculiar a una civilización histórica; ciertamente, por esto, se presenta siempre bajo el lema de la complejidad; realidad que nace, vive, prospera, se transforma fuera de la influencia del poder político, el cual, gracias a su incompletud, no tiene excesivas pretensiones, respeta el pluralismo jurídico, respeta el consorcio de fuerzas que lo provocan. Dimensión histórica auténticamente medieval esta de la relativa indiferencia del Príncipe hacia el derecho pero que, por inercia que es con frecuencia componente primario de los contextos históricos, llega – aunque discutida, contestada, erosionada – hasta los grandes acontecimientos políticos y jurídicos de finales de siglo XVIII.” GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003. p. 29.

o sentido de sua finalidade, nascido das experiências da comunidade, buscando soluções mais equitativas.³⁴ Para Jean Cruet,

O direito, que era, nas suas origens, a própria sociedade na sua evolução espontânea, continua a apartar-se da vida. A formula jurídica, cujas raízes concretas deixam de perceber-se nitidamente, torna-se a pouco e pouco exterior á sociedade e pretende ser-lhe superior. Essa formula parece aos povos ainda pouco civilizados algo de tão alto e tão respeitável que a fazem brotar dos lábios dos deuses ou dos seus profetas. Os preceitos jurídicos são do mesmo passo' preceitos theologicos. O direito adquiriu uma espécie de autonomia: já não é, na expressão de não sei que sociólogo, o esqueleto aparente da sociedade, apresenta-se como o producto d'uma vontade omnipotente.³⁵ (sic)

Michel Montaigne já observou o mesmo fenômeno ao afirmar que *“as leis tem crédito não porque sejam justas, mas porque são leis: esse é o fundamento místico de sua autoridade.”*³⁶ Assim,

En este fin de siglo, si nuestra mirada es objetiva, estamos en condiciones de contemplar los riesgos (y también los daños) del normativismo que nos ha conquistado, de un derecho reducido a normas, sanciones, formas. Pensar el derecho como norma (y, por ello, obviamente, como sanción) significa continuar concibiéndolo como poder, porque significa cristalizar y agotar toda la atención sobre el ordenamiento en el momento en el que el mandato se produce y se manifiesta.³⁷

O Estado, conforme se apresenta, parece muito próximo de um Leviatã, responsável por direcionar a vida de seus súditos.³⁸ Em contraponto a isso:

³⁴ “As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, o homem possui suas leis.” MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 17.

³⁵ CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand-JOSÉ BASTOS & C.^a- Livraria editora 73, 1908. p. 15.

³⁶ CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand-JOSÉ BASTOS & C.^a- Livraria editora 73, 1908. p. 12.

³⁷ GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003, p. 47.

³⁸ “O único legislador é o soberano em todos os Estados, seja este um homem, como numa monarquia, ou uma assembleia, como numa democracia ou numa aristocracia. O legislador é aquele que faz a lei. Só o Estado prescreve e ordena a observância das regras a que chamamos leis, então o Estado é o único legislador. O Estado só é uma pessoa, com capacidade para fazer seja o que for, por meio do representante - isto é, o soberano. O soberano é, portanto, o único legislador. Daí, ninguém pode revogar uma lei já feita a não ser o soberano, pois uma lei só pode ser revogada por outra lei, que profiba o cumprimento da anterior.” HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 197-198. Para melhor compreensão de suas ideias, recomenda-se a leitura do capítulo XXVI (“A respeito das leis civis”), p. 196-213.

[Pero el Estado] solamente es una cristalización de la sociedad. el Estado – incluso el así llamado Estado democrático – siempre es un aparato de poder, una organización autoritaria y una forja de mandatos donde el Derecho está obviamente predeterminado. Solidísima merced a la firme base del mito de la voluntad general, la creencia en la virtud de la ley se ha arrastrado hasta hoy mismo sostenida, por un lado, por la astuta estrategia del poder político, que no podía sino reconocere nella un eficaz medio de gobierno de la sociedad, y, por el otro, por la molicie intelectual de los mismos juristas, satisfechos con su función formal de sacerdotes del culto legislativo, aun cuando, en su caso, tal función no fuera más que un humilde plato de lentejas.³⁹

É preciso que se lute pela ideia de que a natureza humana deve ser devotada, não o Estado, pois inviabiliza o símbolo do Estado como um agente capaz de dar respostas às demandas da população.⁴⁰ Nesse sentido abordado, é possível perceber que o Direito se desumanizou, porque apenas estão se discutindo normas. O Direito deve recuperar a sua humanização, afinal:

De ningún modo podemos descubrir las necesidades de nuestros usuarios si no incorporamos en nuestra cultura de servicio, como elemento ético imprescindible, la decisión de escuchar. Nuestra mayor carencia, la gran dificultad de la justicia, es la falta de escucha. Se me podrá decir, no sin razón, que a través del procedimiento y a lo largo no sólo del tiempo previsible, sino del innecesariamente prolongado, hay suficientes momentos para decir por cada una de las partes lo que quiera decir. A ello tendré que contestar que no es cierto. Se puede escribir, pero no es garantía de haber escuchado. Para escuchar hay que prestar el oído, y el oído se presta a quien se escucha y no a quien escribe.⁴¹

O constitucionalista norte-americano Sartori, conforme relato de Calmon de Passos, certa vez disse: “*a Constituição brasileira é uma novela do tamanho do catálogo telefônico que promete o que não pode cumprir*”. É certo que o Brasil tornou-se legalmente ingovernável com a Constituição Federal de 1988, até porque o Constituinte de 1986

³⁹ GROSSI, Paolo. **La Primera Lección de Derecho**. Traducción de Clara Álvarez Alonso. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2006. p. 19.

⁴⁰ “O Estado-nação [...] já não é mais o depositário natural da confiança pública. A confiança foi exilada do lar em que viveu durante a maior parte da história moderna. Agora está flutuando à deriva em busca de abrigos alternativos – mas nenhuma das alternativas oferecidas conseguiu até agora equiparar-se, como porto de escala, à solidez e aparente “naturalidade” do Estado-nação.” BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Tradução, Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 51.

⁴¹ TOMÁS Y TÍO, José Maria. *Judicatura*. In CONILL, J., CORTINA, A., Directores. **10 palabras clave en ética de las profesiones**. Estella, España: Editorial Verbo Divino, 2000. p. 205. Para maiores detalhes, p. 175-212.

conseguiu constitucionalizar tudo.⁴² Para Calmon, “ a Constituição de 1988 já nasceu incapaz de realizar quanto promete por absoluta falta de condições materiais para isto”.⁴³ Para Lenio Streck,

Não esqueçamos o que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se estende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade e seu acentuado grau de autonomia. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas. A toda evidência, não se está, com isso, abrindo mão das lutas políticas, via Executivo e Legislativo, e dos movimentos sociais. Aliás, as lutas políticas somente são legítimas se estiverem em conformidade com o Direito. É importante observar, no meio de tudo isso, que, em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que – por vezes – nem sequer está é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, mesmo passadas mais de duas décadas desde a instalação da nova ordem constitucional.⁴⁴

A verdadeira ilusão reside no fato de que o que está escrito gera segurança jurídica. Se fosse por isso, os ingleses, os norte-americanos e os demais que vivem sob o sistema da *Common Law* estariam perdidos. A Revolução Francesa, conforme mostrado, vendeu ao mundo ocidental essa ilusão, pois prende o juiz cada vez mais a lei, mesmo que inegavelmente a realidade seja muito mais poderosa do que o texto. Lei é meio, não o fim. Assim como também a Constituição é um meio, e não um fim. A matriz do direito, portanto, é o caso concreto e o fato, e não a Constituição. O juiz, assim, cria o direito a partir da lei. *Civil Law*, juntamente com o seu universo de bilhões de leis, só existe em função da

⁴² “Fizemos da nossa Constituição um código do trabalho, um estatuto do servidor público, uma lei orgânica da previdência social, um código tributário, uma lei orgânica da magistratura e do ministério público, um mini-direito de família, nem esquecemos os silvícolas, os idosos, os deficientes físicos, as mulheres, os infantes. Só deixamos de fora os mortos, por não termos tido a suficiente fé de que nosso poder constituinte seria capaz de ressuscitá-los.” CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 193.

⁴³ CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 195.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 48.

desconfiança do Poder Judiciário.⁴⁵ Seria então, baseado na realidade do sistema brasileiro, que o Congresso Nacional está apto para conduzir a sociedade – já que esta é baseada predominantemente nas leis? Nesse sentido,

Daí nossa ousadia legislativa. Podemos tudo formalizar em termos de lei, pois sempre haverá uma distância quilométrica entre o que ela diz na sua forma e a aplicação que dela se fará nas relações sociais efetivamente travadas na sociedade. De há muitos anos venho afirmando que, no Brasil, um dos nossos maiores males talvez seja o da nossa paranoia ou artimanha institucional. Desde que fomos descobertos, nossas instituições formais nunca reproduziram a imagem das relações materiais que efetivamente disciplinam nossa convivência social. Sempre nos impuseram, de fora para dentro e de cima para baixo, um sistema jurídico formal que nada tem a ver com a cara dos brasileiros, a esmagadora maioria dos que não habitam a antiga casa grande, nem residiram nos sobrados, nem vivem hoje no que qualificamos de zonas nobres da cidade.⁴⁶

Aos dominados resta uma incessante luta pela concretização de suas demandas, até porque os direitos concretizados devem ser fruto de conquistas, pois assim faz com que as pessoas sintam que participaram para a sua concretização. Os direitos só se efetivam quando conquistados. Assim, se algo ou alguém tentar tirar o que foi resultado de lutas e conquistas, não será por vias pacíficas.

Para o professor Darci Guimarães Ribeiro, a hierarquia dos interesses em sociedade que são realizados pelo direito objetivo apresenta uma dupla função: psicológica e judicial. A primeira acontece quando o Estado hierarquiza interesses das pessoas para que elas possam adequar sua conduta diante desses valores protegidos, podendo orientar o comportamento humano; a segunda tem a finalidade de dar uma diretriz ao trabalho do juiz na aplicação os valores então estabelecidos como essenciais, podendo assim, conseqüentemente, criar o direito no caso concreto.⁴⁷

⁴⁵ “[...] Nosso sistema mantém-se próximo a Thomas Hobbes, para quem o problema da justiça seria uma atribuição do soberano, não do “juiz subordinado”, cuja missão deveria ficar limitada à aplicação da lei – necessariamente justa, segundo ele -, produzida pelo legislador.” SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 297.

⁴⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 190.

⁴⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-34.



Nessa perspectiva, deve-se efetivar (concretizar) os direitos que já existem, e não criar novos, cada vez mais aumentando o número de leis existentes. No Brasil e em grande parte do mundo não foram efetivados os direitos de primeira geração e já se está falando em direitos de quarta e quinta geração. Seria o mesmo que querer construir uma casa e começar pela piscina, sem que as coisas realmente necessárias, como quartos e banheiros, fossem deixados para depois. Para Zagrebelsky,

No se puede pensar en imponer autoritariamente los vínculos sociales bajo forma de ideologías o sistemas de valores establecidos desde arriba, porque así el Estado liberal se destruiría a sí mismo y la libertad de sus ciudadanos. Pero el Estado basado en la libertad, que no pueda confiar en las fuerzas vinculantes interiores de sus miembros, se ve estimulado a aumentar de manera utópica e ilusoria las promesas de bienestar para garantizar su propia base de legitimidad, enredándose de este modo a sí mismo en una espiral de expectativas de todo género que más allá de un cierto límite no podrá mantener y lo estrangularán.⁴⁸

O Estado, a fim de acalmar os ânimos e as demandas de seu povo, chama o legislador para que construa um texto que atenda àquela demanda específica. Quando é, contudo, chamado para resolver um problema da sociedade, abre o texto normativo e mostra que já criou uma lei específica para aquilo. Para o Digesto Romano, “*hominum causa omne jus constitutum est*”⁴⁹, ou seja, “*por causa do homem é que se constitui todo o Direito*”. Contudo, na prática, é apenas uma forma de “lavar as mãos”, mostrando que o seu dever foi cumprido⁵⁰.

Se em geral as campanhas políticas são dominadas por candidatos que se vangloriam de ser o criador de determinada lei é porque, de fato, isso é um pretexto para ser

⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contra la ética de la verdad**. Tradução de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Trotta, 2010. p.17.

⁴⁹ “*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.*” Em tradução: “Como, portanto, todo direito é constituído por causa dos homens, nós declaramos ter seguido a ordem do edito perpétuo, primeiramente com o status das pessoas e depois os outros, aplicando os títulos próximos e os conjugados a estes conforme comporte a matéria.” **Digesto de Justiniano**. Liber Primus. Introdução ao Direito Romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. Edição bilíngue Latim-Português. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

⁵⁰ Gustavo Zagrebelsky, no livro “*La Crucifixión y la Democracia*”, faz o seguinte questionamento: “*Quién sirve a la democracia y quién se sirve de ella?*”. Nesse sentido, ele analisa o “processo” de Jesus Cristo quando Pilatos questiona o povo para decidir se quem deveria ser solto era Jesus ou Barrabás. Trata-se de um episódio no qual se recorre à democracia apenas para se servir dela, livrando-se de ser vinculado a uma situação sobre a qual não queria tomar qualquer decisão. ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Crucifixión y la Democracia**. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1996.

votado, como se seu único papel fosse colocar mais letras no papel⁵¹. E o Estado segue vivendo de promessas que é incapaz de cumprir. Para Zagrebelsky, “*la relación entre Estado y ciudadanos se nutre de promesas cada vez más amplias, eludidas con el paso del tiempo. Elusión de la que derivan desilusión y crisis.*”⁵²

Portanto, fica-se evidente que o número de leis não implica na realização e efetividade dos direitos, pois há instrumentos que evitam que a Constituição seja concretizada. Quem deve concretizar é o Poder Executivo, ou seja, precisamos dirigir menos as críticas aos Poderes Legislativo e Judiciário. No governo brasileiro, de fato, a propaganda acaba sendo sempre muito superior ao resultado alcançado.

O Direito é uma luta diária realizada por todos aqueles que procuram trabalhar para fortalecer a sua moral, progredir em todos os campos da vida e dar condições para que o próximo encontre uma situação de vida melhor que a sua. Para isso, é necessário que todas as pessoas ajam e denunciem toda e qualquer forma de subversão aos valores que procurem enfraquecer as bases morais da sociedade em que vive. Deve-se, assim, abrir os olhos para a realidade em que o homem está envolvido, afinal: “*felix qui potuit rerum cognoscere causas*”⁵³.

⁵¹ De fato, não se pode negar que no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, o sentido atribuído ao poder dos legisladores permaneceu irretocável: “**Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” [grifo nosso] Para Montesquieu: “A grande vantagem dos representantes é que estes são capazes de discutir as questões públicas. O povo não é, de modo algum, apto para isso, fato que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia. [...] O povo [...] só deve tomar parte no governo para escolher seus representantes, e isso é tudo o que pode fazer.” MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 168.

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contra la ética de la verdad**. Tradução de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Trotta, 2010, p. 45.

⁵³ Em tradução: “*feliz de quem pôde conhecer a causa das coisas*”. Buscando a origem do termo, Renzo Tosi destaca que: “Num famoso trecho (*Geórgicas*, 2,490) Virgílio fala do filósofo epicurista que é feliz porque, conhecendo as verdadeiras causas dos fenômenos, não é atormentado por tolos temores supersticiosos (vv. 491 s.: *atque metus omnis et inexorable fatum/ subiecit pedibus strepitumque Acherontis avari*, ‘e pôs sob os pés todos os temores, o inexorável destino e o estrépito do ávido Aqueronte’). Já na Idade Média esse verso é encontrado como sentença extrapolada de seu contexto (Walther 8970), inclusive com variações marginais (Walther 8959,1; 8967; 8969), e assumiu significado diferente, indicando a aspiração pelo conhecimento e a inveja de quem já o obteve. É retomado por Pascal (*Pensées*, 405), Bacon (*Of the Advancement of Learnings*, 18,1) e Voltaire (*Dicionário filosófico*, ver “Ídolo”), e ainda é usado, também com o sentido irônico.” TOSI, Renzo. **Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 149.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

O direito não pode viver à margem da história⁵⁴: “o Direito não é obra do acaso, também não é produto espontâneo da razão”⁵⁵. O mundo é a realidade social sobre a qual o jurista efetua seu trabalho e análise.⁵⁶ E a realidade de cada indivíduo é construída a partir do momento histórico vivido⁵⁷, sem retirar os olhos dos propósitos formadores de sua

⁵⁴ Para Bobbio: “Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento. Se não estivéssemos convencidos da irresistível pluralidade das concepções últimas, e se, ao contrário, estivéssemos convencidos de que asserções religiosas, éticas e políticas são demonstráveis como teoremas (e essa era, mais uma vez, a ilusão dos jusnaturalistas, de um Hobbes, por exemplo, que chamava as leis naturais de ‘teoremas’), então os direitos à liberdade religiosa ou à liberdade de pensamento político perderiam sua razão de ser, ou, pelo menos, adquiririam um outro significado: seriam não o direito de ter a própria religião pessoal ou de expressar o próprio pensamento político, mas sim o direito de não ser dissuadido pela força de empreender a busca da única verdade religiosa e do único bem político. Reflita-se sobre a profunda diferença que existe entre o direito à liberdade religiosa e o direito à liberdade científica. O direito à liberdade religiosa consiste no direito a professar qualquer religião ou a não professar nenhuma. O direito à liberdade científica consiste não no direito a professar qualquer verdade científica ou a não professar nenhuma, mas essencialmente no direito a não sofrer empecilhos no processo da investigação científica.” BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13-14.

⁵⁵ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. p. 9.

⁵⁶ “Foi Tobias Barreto quem disse que — ‘o direito não é só uma coisa que se conhece, é também uma coisa que se sente’. E acrescentou — ‘o senso jurídico individual é um fato psicológico de observação quotidiana. Ele se manifesta de dois modos: — pelo sentimento do próprio e pelo sentimento do direito alheio. O primeiro é uma das bases do caráter, o segundo é uma das fontes da virtude. Ser justo não é mais do que sentir o direito dos outros e proceder de acordo com tal sentimento. Mas, este sentimento que, aliás, pode elevar-se até a paixão e o entusiasmo, não existe isolado. Verdadeira ou falsa, clara ou obscura, há sempre uma ideia que o acompanha’. Este sentimento do Direito ninguém teve, até hoje, em grau tão elevado como os romanos. Mas, ao mesmo tempo, também, ninguém, como eles, deu ao Direito um cunho tão acentuado de utilidade prática, mesmo em meio a todas as divergências de concepções e de maneiras de resolver aquelas célebres controvérsias, que determinaram a criação das escolas dos sabinianos eproculeianos.” LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. p. 9.

⁵⁷ Embora tenha-se tratado ao longo do trabalho a questão educacional como projeto de vida – e não exclusivamente como fonte do saber, vale destacar o trabalho de Werner Jaeger sobre a formação do homem grego. Trata-se de uma obra fundamental para compreensão do fenômeno sistemático da formação do homem

personalidade e os motivos pelos quais se mantém ativo no curso de sua realização vocacional. Para Calmon,

[...] aos paradoxos que me desafiaram, reagi sempre exorcizando-os. Diante das interpelações que me fizeram, respondi com determinação: “Sou um sujeito, tenho nome e individualidade, sou alguém que sabe que é, está vivo, carregando sentimentos e deixando-os florescer como florescem as árvores antes de proporcionar os frutos. Sinto-me livre, perplexo e assustado, às vezes, mas livre até mesmo para renunciar à minha liberdade. E creio no tempo, sinto-o no corpo e no coração, na mente e nos ossos. Se for uma ilusão, não o é para mim. Ele está presente e poderoso na minha trajetória biográfica, na saudade da criança de ontem que já fui e convive com a fragilidade da velhice de hoje, anunciadora do fim do apoteótico acontecer que foi o início de minha aventura humana”.⁵⁸

Assim, o direito é uma realidade histórico-cultural que se constitui e se desenvolve em função das exigências contidas da vida humana, para o qual cabe indagar se está suscetível de estudo empírico e de "experiência" e quais são as condições não apenas lógicas, mas éticas e históricas que tornam essa experiência possível.⁵⁹ O Direito jamais

grego. É valiosa a consulta para aprofundar o tema. JAEGER, Werner Wilhelm. **Paideia: a formação do homem grego**. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

⁵⁸ CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 302. Para Bauman, “Não se acredita mais que a ‘sociedade’ seja um arbítrio das tentativas e erros dos seres humanos – um arbítrio severo e intransigente, por vezes rígido e impiedoso, mas de quem se espera ser justo e de princípios. Ela nos lembra, em vez disso, um jogador particularmente astuto, artilheiro e dissimulado, especializado no jogo da vida, trapaceando quando tem chance, zombando das regras quando possível – em suma, um perito em truques por baixo do pano que costuma apanhar todos os outros jogadores, ou a maioria deles, despreparados. Seu poder não se baseia mais na coerção direta: a sociedade não dá mais as ordens sobre como se viver – e, mesmo que desse, não lhe importaria muito que elas fossem obedecidas ou não. A ‘sociedade’ deseja apenas que você continue no jogo e tenha fichas suficientes para permanecer jogando.” BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Tradução, Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 58.

⁵⁹ REALE, Miguel. **O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 13. Vale também a lição de Bobbio: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O problema — sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer — do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem e um problema mal formulado: a liberdade religiosa e um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos. Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma

deve ser objeto de promessas impossíveis de serem cumpridas, nem sequer objeto de troca: trata-se de um instrumento no qual a sociedade faz valer a efetivação dos seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vale apontar, com o intuito de concluir, que:

a) Faz-se necessário que as fontes jurídicas possam dialogar com a realidade a fim de manter o seu sentido e sem se desprender das necessidades da sociedade. A função normativa das fontes não representa um mero elemento impositivo, mas dá atenção às demandas que se constituem a partir das relações sociais;

b) O Direito deve ser um instrumento para servir à sociedade, para que esta concretize seus objetivos; jamais a sociedade deve servir ao Direito. Se a sociedade quer algo, o Direito não pode impedir que a sua vontade seja concretizada: isso o faz nascer de “baixo para cima”, conforme a demanda e conforme a sua história. Talvez não seja possível eliminar o problema, mas, de fato, poderá resolvê-lo;

c) O Direito deve ser capaz de mediar e organizar a sociedade, mas não quer conduzir: a expressão da vida se manifesta na realidade. Ou seja: o Direito nasce em meio à sociedade, e não da lei.

d) O Direito não se desumanizou, pois sua origem ainda remete às demandas da sociedade, mas está enfraquecido diante do fenômeno das leis e do fortalecimento estatal. É

categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação? Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

preciso, portanto, que recupere sua função social e que retome suas bases vinculadas às pessoas;

e) Ainda, fica-se evidente que o número de leis não implica na realização e efetividade dos direitos, pois há instrumentos que evitam que a Constituição seja concretizada.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Livro Primeiro. Tradução, introdução e notas de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Editora Ícone, 2011.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Processo e Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**. Salvador: Juspodivm, 2012.

CONILL, J., CORTINA, A., Directores. **10 palabras clave en ética de las profesiones**. Estella, España: Editorial Verbo Divino, 2000.

CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand-JOSÉ BASTOS & C.^a- Livraria editora 73, 1908.

FIGUEIREDO, Candido de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Lisboa, 1913.

GASSET, José Ortega y. **A Rebelião das Massas**. Tradução de Herrera Filho. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores.

GROSSI, Paolo. **La Primera Lección de Derecho**. Trad. de Clara Álvarez Alonso. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2006.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003.

GROSSI, Paolo. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paideia: a formação do homem grego**. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JHERING, Rudolf von. **A Evolução do Direito**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand - JOSÉ BASTOS & C.a – Editores, 1963.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

JUSTINIANO. **Digesto de Justiniano**. Liber Primus. Introdução ao Direito Romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. Edição bilíngue Latim-Português. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro, 1955.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organização e revisão técnica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RAMOS, Graciliano. **São Bernardo**. 82. Ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, L. L., MORAIS, J. L. B. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TOSI, Renzo. **Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contra la ética de la verdad.** Tradução de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Trotta, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Crucifixión y la Democracia.** Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1996.