

A Lei É a Causa da Corrupção?

Luiz Fabião Guasque*

Sumário

1. Introdução. 2. O Conceito de Liberdade e Cidadania. 3. Liberdade e Cidadania no Mundo Antigo. 4. Na Idade Média. 5. No Renascimento. 6. Direito Divino dos Reis. 7. A Liberdade e Igualdade no Século XIX. 8. A Liberdade no Século XX. 9. Direitos e Garantias. 10. A Liberdade no Século XXI. 11. O Confronto Atual entre a Norma e o Justo. 12. A Lei É a Causa da Corrupção?

1. Introdução

A concepção de Estado, o Estado por definição, se assenta basicamente na ideia de segurança, desde a regulamentação normativa até a proteção prática, e na fiscalização da liberdade, ele usa de sua autoridade. Esta realidade decorre da natureza dos seres a que busca conferir esta segurança, pois, se a história da humanidade é a da dominação do homem pelo homem, a ordem jurídica é concebida para proteger e possibilitar a convivência. Esta verdade é facilmente percebida quando vemos o fundamento da imutabilidade da coisa julgada, do devido processo legal, de não haver pena sem lei anterior que a defina e as outras inúmeras garantias que procuram efetivar esta finalidade. Todas têm como objeto a segurança.

Mas a concepção de Estado ou a legitimidade que o embasa, pelo menos nos regimes que se dizem democráticos (*demos* = povo; *cracia* = governo), se funda na soberania popular. É lugar comum as Constituições de países democráticos dizerem em seu texto que todo o poder que legitima a sua Lei Magna provém do povo.

Mas as relações jurídicas que se formam entre as pessoas ou em relação ao Estado, ou seja, os vínculos que se formam com força impositiva de comportamento, podem ou não respeitar a liberdade individual, desde que considerem o homem nesta relação como sujeito ou objeto de direitos. Se o consideram como sujeito de direitos, conferem-lhe o poder de autodeterminação, de perfazer-se, realizar-se. Se o consideram como objeto de direitos, conferem-lhe apenas garantias que devem ser observadas pelo Estado.

Isto ocorre, independentemente de estarmos nos referindo a um modelo liberal ou republicano de liberdades públicas, pois, no modelo liberal, se concebe a ação política como soma de interesses, mediante preferências individuais previamente dadas, e o republicano vê na política um papel criador de preferências.¹ Em qualquer deles, entretanto, não são conferidos espaços de liberdade jurídica que possam

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ NAVARRO, Mac. *La necesidad de reinventar la democracia o cuando la representación deja de representar*, p.2.

expressar esta soberania popular, pois, desde a invenção democrática dos gregos, que definiam os caminhos da sociedade pela regra básica da vontade da maioria (democracia direta), até a concepção de Montesquieu de que os Poderes ou funções essenciais do Estado deviam vigiar-se mutuamente de forma a evitar o arbítrio e a prepotência dos poderosos, a verdade é que nunca se chegou a uma fórmula perfeita de controle da natureza humana que possibilitasse a efetividade de direitos ou a assunção pelos seres sociais da responsabilidade de construir a própria felicidade.

2. O Conceito de Liberdade e Cidadania

A definição do conceito de liberdade e cidadania nos fará compreender melhor a extensão e a importância, no momento atual do nosso processo civilizatório, das responsabilidades decorrentes da relação estado-indivíduos e da concepção hodierna do verdadeiro conceito de cidadania.

A ideia de liberdade pode ser enunciada de maneira positiva ou de maneira negativa. Positivamente, a liberdade é o poder de autodeterminação; negativamente, é a ausência de constrangimento. Livre é quem pode agir sem coação – nem externa (como a exercida por outrem ou por um acontecimento qualquer) nem interna (como, *verbi gratia*, uma tendência invencível); no primeiro caso, liberdade exterior (*libertas a coactione*); no segundo, liberdade interior (*libertas arbitri*).

Liberdade, no plural, ou franquias eram as prerrogativas ou até os privilégios de que gozavam certas comunas. É errado traduzir o inglês *liberty* sempre por liberdade. A palavra é frequentemente usada no sentido de prerrogativa, no de privilégio, no de garantia. Das “Quatro liberdades” de que falou o Presidente Franklin Roosevelt em seu famoso discurso de 6 de janeiro de 1941, perante o Congresso dos Estados Unidos, pelo menos as duas últimas (“liberdade” de viver ao abrigo da necessidade e “liberdade” de viver sem temor) nada têm que ver com o que chamamos *liberdade*. São, antes e mais propriamente, *garantias*.

A liberdade exterior pode apresentar-se sob inúmeras roupagens e, entre elas: a liberdade civil, que é o poder de agir dentro da coletividade, nos limites e nas garantias da lei; a de liberdade política, que é o poder de colaborar no governo do Estado, na gestão da coisa pública.

Para os homens antigos, especialmente para os da Antiguidade Clássica, a liberdade consistia, sobretudo, em poder participar efetivamente do governo e da administração. Ao revés, em sua vida privada, o indivíduo ficava muito submisso ao Estado (à *Civitas*).

3. Liberdade e Cidadania no Mundo Antigo

Na festejada obra *La cité antique*, Fustel de Coulanges dedica um capítulo inteiro (o XVIII do Liv. III) à onipotência do Estado entre Gregos e Romanos. (*De l'omnipotence de l'État; les anciens n'ont pas connu la liberté individuelle*). Mostra como a Cidade greco-romana, baseada na religião, era, por isso mesmo, toda poderosa. O

cidadão lhe estava submetido inteiramente e sem reservas: o corpo era destinado à defesa do Estado, os bens ficavam permanentemente sujeitos à requisição. Nem a vida privada escapava. Em muitos estados gregos, era vedado ficar solteiro. Esparta punia até quem se casava tarde.

Na Lórida, era vedado aos homens beber vinho puro; igual proibição existia em Marselha, Roma e Mileto para as mulheres. Cada cidade dispunha sobre a maneira de vestir (a esse respeito, há, nos tempos modernos, uma ditadura talvez mais tirânica: a da moda...). A legislação de Esparta regulava o penteado das mulheres. A de Atenas impedia de levar, em viagem, mais de três vestidos. Em Rodes, não era permitido rapar a barba. Em Bizâncio, era punido quem possuísse navalha. Em Esparta, ninguém podia usar bigode. Ainda em Esparta e, da mesma forma em Roma, nos primeiros tempos, o pai devia matar o filho que nascesse aleijado e essa norma foi inscrita por Platão e Aristóteles em suas legislações ideais.

Quando os espartanos sofreram a derrota de Leuctres (imposta por Epaminondas, tebano, em 371 a.C.), as mães que perderam filhos receberam ordens de se apresentar em público com semblante alegre. E as que viram voltar os seus tiveram de mostrar-se compungidas. O Estado não admitia que alguém ficasse indiferente aos seus interesses. Se havia discórdia entre facções, cada qual tinha de definir-se por alguma, sob pena de perder a cidadania. Em Esparta, os pais não tinham ingerência na educação dos filhos, a qual pertencia ao Estado. E o próprio Platão pregava que os filhos pertencem menos aos pais que à Cidade.

Não havia sequer liberdade de religião ou, pelo menos, de culto (porque a liberdade interior é intangível). O Estado podia votar ao ostracismo quem se tornasse suspeito de poder molestá-lo. Não havia necessidade de ter sido praticado qualquer ato ilícito. O ostracismo não era punição, era providência acautelatória, tomada no puro interesse do Estado e sem atenção a qualquer princípio de justiça. A segurança da Cidade era a suprema lei; diante dela, deviam ceder o direito e a moral.

No mundo antigo, o homem não só não gozava da liberdade, mas até não tinha dela a menor ideia. Não lhe passava pela cabeça que pudesse ter direitos contra o Estado. A forma de governo mudou frequentemente, mas o Estado não perdeu sua onipotência por ser governo monárquico, aristocrático ou democrático; nenhuma dessas mudanças deu ao homem a verdadeira liberdade, que é a liberdade individual.

Liberdade significava para os antigos o poder de votar, de ser arconte, magistrado; mas nem por ter esses poderes o homem ficava menos submisso ao Estado.

4. Na Idade Média

Esse absolutismo do Estado, que fazia tragar o indivíduo, teria que desaparecer, como realmente aconteceu na Idade Média por influência das ideias bárbaras e do regime feudal. A própria noção de Estado se dissolveu para ceder lugar à de Senhoria, dividida, fragmentada, pulverizada em mãos de muitos e concebida como decorrência de uma relação de Direito privado entre proprietário do solo e o arrendatário ou entre esse e o subarrendatário.

Surge aí, embora rudimentar e embrionário, um direito individual, contra o superior, mas que ainda não se pode dizer aparentado com os atuais direitos subjetivos públicos, pois era de índole privada.

5. No Renascimento

No século XVI, os juristas que se preocupavam com os problemas do Estado iniciaram verdadeira revolução nesse terreno. Entre todos, de maneira especial, Bodin. O Conselheiro de Henrique III, com sua doutrina de soberania, contribuiu poderosamente para pôr fim ao sistema feudal e para concentrar nas mãos do Rei o poder soberano. Mas entendia que esse poder encontrava limitações, quer no Direito divino, quer no Direito natural: “as leis dos príncipes soberanos não podem alterar nem trocar as leis de Deus e da Natureza (...)”.

6. Direito Divino dos Reis

Com o advento das monarquias absolutas, a soberania renasceu e, dessa vez, em mãos do Príncipe. Na teoria do direito divino dos reis, o poder do monarca não sofria nenhuma restrição: o soberano somente dobrava o joelho diante de Deus. O próprio despotismo, embora inconveniente (pois era considerado resquício de barbárie), em nada era tido como ilegítimo. Contudo, o soberano devia guiar-se pela razão, jamais pelo capricho.

Não há dúvida de que a Teoria do direito divino dos reis já se deveria considerar superada após a obra de Bodin, se não no que toca à origem do poder, pelo menos no que diz respeito às suas limitações. Mas, na realidade, até aqueles que sustentavam as restrições do poder soberano não viam nelas uma decorrência de direitos do indivíduo.

A concepção de direitos do homem proveio das noções dos enciclopedistas e dos jusnaturalistas sobre o estado de natureza e o contrato social: o homem, independente de qualquer sociedade, consente em renunciar a alguns de seus direitos, mas não a todos, para unir-se aos outros por um contrato social.

Abandonada a ideia do contrato social, não se desprezou, entretanto, a dos direitos do indivíduo, para os quais outro fundamento foi apontado: a origem dos direitos está no homem, único que tem existência real, é livre e responsável. A sociedade política não é um ser real, palpável e não se guia inteiramente a seu bel-prazer. Sua evolução rege-se por leis inexoráveis que somente podem ser mudadas pela vontade dos indivíduos. Elas existem e atuam para eles.

O primeiro direito de toda pessoa é o de desenvolver-se e dar expansão a seus talentos, suas virtualidades. Todo homem tem o direito de perfazer-se, de realizar-se. Para isso ele deve exercer livremente suas faculdades, tomar iniciativas, agir a seu modo, de acordo com sua maneira de ser, que é singular, inconfundível. Os direitos individuais têm por objeto assegurar esse livre desenvolvimento, essa liberdade de realização. O Estado falha em sua missão, fraudata sua finalidade e perde sua razão de ser quando desprezita a liberdade individual.

Os direitos individuais são direitos potestativos: eles colocam o Estado à mercê do indivíduo; mas não criam para aquele, isto é, para o Estado, nenhum dever jurídico de fazer. Como direitos individuais aparecem, por vezes, nas Constituições, nas declarações de direitos, também meras faculdades.

7. A Liberdade e Igualdade no Século XIX

O século XIX caracterizou-se pela coletivização e pela concretização da liberdade.

A igualdade perante a lei, proclamada em 1789, já não bastava. Era preciso acabar com a tremenda desigualdade econômica que reduzia milhões de homens à condição de párias. Além da igualdade jurídica, procurou-se a econômica, entendida como igual possibilidade material de viver digna e despreocupadamente.

A Revolução Francesa havia sido eminentemente individualista. Os movimentos de opinião que se operaram a partir da segunda metade do século XVIII foram, ao contrário, agrupadores, corporativistas, congregacionistas. Todos sentiram a necessidade de se unir em torno de interesses, espirituais ou materiais. Surgiram os sindicatos e os órgãos de classe; as sociedades anônimas proliferaram. A liberdade insulada era impotente; unida a outras liberdades conseguiria pressionar o poder político e econômico, impondo-se aos governos e aos poderosos.

Por outro lado, compreendeu-se que não basta proclamar os direitos e lhes dar garantias jurídicas, não é suficiente afirmar o gozo dos direitos e defendê-los contra a violação; o que é preciso é dar meios para exercê-los, para desfrutá-los. Em lugar de fórmulas abstratas, são necessárias providências concretas, materiais.²

8. A Liberdade no Século XX

A proteção da liberdade e, em geral, dos direitos do homem tem, no século XX, três fases nitidamente distintas.

A primeira vai até quase o fim da guerra de 1914-1918. As Constituições ainda se mantêm como no século XIX, mas o movimento de opinião em prol do reconhecimento dos direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, ao repouso, ao seguro etc.) a que o Ato Constitucional de 24 de junho de 1793 havia feito um aceno em França, faz-se sentir poderosamente.

A segunda é compreendida entre as duas grandes guerras. Todas as correntes de opinião convergiram para o reconhecimento dos direitos sociais, cuja concepção não é privilégio de nenhuma escola. A Declaração do Governo Provisório russo de 1917; a Declaração dos Direitos dos Povos da Rússia, de novembro do mesmo

² “Uma Constituição compromissória em termos políticos e normativos, procurando traçar equilíbrios entre os interesses contraditórios que consagra, nunca pode deixar de refletir uma abertura interpretativa, tanto mais que se destina a ter a aplicabilidade numa sociedade plural e aberta: se uma Constituição compromissória ou própria de uma sociedade aberta e plural adotar uma postura fechada em matéria de interpretação, decididamente que terá um curto tempo de vigência.” *Sociedade aberta e interpretação da Constituição- O problema jurídico da abertura interpretativa da Constituição- Direito Constitucional Português- Identidade Constitucional*, Paulo Otero, vol. I. p.188.

ano, que aboliu a propriedade privada e os privilégios; a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, ratificado pelo Congresso Pan – Russo dos Sovietes, de 23 de janeiro de 1918; a Constituição da República Socialista e Federal dos Sovietes, de 10 de julho do mesmo ano, refundida em 11 de maio de 1925, apenas contribuíram para divulgar e apressar o reconhecimento dos direitos sociais referentes à segurança, ao trabalho, à sindicalização, à assistência, ao repouso, ao seguro contra infortúnio, os quais, diga-se de passagem, já se iam desenhando em toda parte, independentemente de qualquer ideologia, e terminariam por se impor sem necessidade das carnificinas que infelicitaram a Rússia, seus satélites e os povos por ela oprimidos. E, feita exceção da primeira (março de 1917), omitiram qualquer referência aos direitos consagrados nas constituições dos séculos XVIII e XIX.

Essa falha foi corrigida pela Constituição de 1936. As revisões de 1º de fevereiro de 1944 e de 25 de fevereiro de 1947 não alteraram, nesse ponto, o diploma revisto. Algumas afirmações da referida constituição têm sabor de pilhéria.

Enquanto isso, outras constituições e leis aparecidas entre as duas guerras consagraram ambos os tipos de garantias: as do modelo liberal – democrático e as sociais, começando pela de Weimar, de 1919.

Fora do mundo submetido à escravidão russa, as garantias têm aumentado. Até o que poderia parecer uma limitação às garantias de 1776, 1789 e 1791, como, por exemplo, o reconhecimento de que a propriedade tem função social, nada mais significa do que o aprimoramento de conceitos cujos contornos são agora mais claros. As definições consagram e protegem o uso de direitos, evitam e denunciam o que seria o abuso deles. Permitem a intervenção dos Estados não só no domínio econômico, para evitar o desmando no exercício do respectivo poder, mas também em várias relações outrora deixadas à vontade dos particulares.

A terceira fase é a que começa durante a última grande guerra (1939 a 1945). Nela, a proteção dos direitos do homem e, em particular, da liberdade, desloca-se para o campo do Direito Internacional; ou melhor; estende-se a esse campo. A liberdade passa a ter dupla tutela: a do Direito Interno e a do Internacional.

9. Direitos e Garantias

Os direitos do homem (civis) e do cidadão (políticos), objetos das declarações anteriormente referidas, são princípios filosóficos, éticos, jurídicos etc., extraídos do pensamento político dos séculos XVIII e XIX. Por vezes, como no caso da França, são mais propriamente afirmações teóricas, genéricas, abstratas, verdadeiros artigos de fé do que preceitos legais desde logo observáveis, executáveis sem mais nada.

Os constituintes que os consagraram tiveram em mente a formulação do credo, de um grupo de fórmulas singelas e precisas, destinado a divulgar entre o povo o pensamento dos publicistas. São uma afirmação dos dogmas da liberdade, já contidos nas obras de Locke, Hume, Rousseau, Sieyès, Blackstone e tantos outros. As declarações de direitos tinham por finalidade, não apenas nem principalmente, assegurar os indivíduos

contra a prepotência dos detentores do poder, mas, sobretudo, tornar conhecido, fazer entrar no domínio comum, na consciência popular, a noção clara dos direitos inerentes à pessoa ou ao cidadão, para que cada um, cômico de suas prerrogativas, fosse um escudo permanente contra as deturpações da força e os abusos da tirania.

A transformação que se operou no mundo, à medida que os homens se capacitaram de seus direitos em face do Estado e opuseram um dique às pretensões dos poderosos, foi realmente notável e fácil de perceber.

Ao contrário do que acontece com os direitos, as garantias decorrem, em todos os países, de verdadeiras normas jurídicas, de leis positivas, de preceitos constitucionais que asseguram o gozo de direitos e preservam o indivíduo contra o arbítrio.

10. A Liberdade no Século XXI

O nosso século tem se caracterizado pelo fenômeno da globalização e da sociedade em rede. A proteção dos direitos do homem e, em particular, da liberdade, que já havia se estendido para o campo do Direito Internacional, sedimentou-se em sua dupla tutela: a do Direito Interno e a do Internacional, através de movimentos de opinião e da ação de organizações sociais das mais diferentes nacionalidades. Ações humanitárias são desenvolvidas pelas empresas por todo o planeta. As culturas são confrontadas através da internet e as pressões de grupos, classes, categorias são feitas pelas chamadas “mídias sociais”.

Iniciativas legislativas e movimentos globais de defesa de interesses das mais diferentes naturezas são veiculadas em rede, com velocidade quase instantânea.

Neste cenário, a luta por liberdade se apresenta real e eficaz e a democracia ganha uma convergência através da comunicação e veiculação de interesses entre as pessoas.

Neste início de século XXI, uma visão atenta do nosso processo civilizatório vai concluir que todos os povos que se consideram inseridos em regimes “democráticos” (*demos* = povo; *cracia* = governo) conseguiram apenas construir garantias, não liberdades. A maior prova disso é a falência da democracia representativa em todo o mundo e o descrédito da classe política. A república, *res publica*, coisa do povo, na verdade, nunca pertenceu a ele!

A garantia da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, de não ser punido por crime sem lei anterior que o defina etc. conferiram à sociedade apenas garantias que deitam as bases para a construção da nossa verdadeira liberdade nesse terceiro milênio. Se o século XIX caracterizou-se pela coletivização, pela necessidade de se unir em torno de interesses espirituais ou materiais, com o surgimento dos sindicatos, dos órgãos de classe, das sociedades anônimas, decorrente do sentimento de que a liberdade insulada era impotente, mas unida a outras conseguia pressionar o poder político e econômico, impondo-se aos governos e aos poderosos. O século XX foi o da consciência de que a origem dos direitos está no homem, único que tem existência real, é livre e responsável. A consequência foi o surgimento dos denominados “corpos sociais” através das ONGs, intermediando o interesse de grupos, classes, categorias.

Nesse começo de século XXI, a crise da democracia no mundo expressa essa evolução, pois traz à tona o sentimento de que a sociedade deve reger-se por leis que somente podem ser mudadas pela vontade dos indivíduos, pois elas existem e atuam para eles. A reiterada abstenção dos cidadãos ao direito de escolher seus representantes expressa bem esta realidade. A grande maioria não quer se sentir responsável pelo resultado desta escolha “democrática”.

Com a era da sociedade em rede, uma infinidade de questões ligadas ao batido tema “transparência” vai surgir, mas, uma coisa é certa, a política não é mais uma “versão oficial” a ser transmitida ao povo e a liberdade ganha dimensões nunca antes vistas dentro das garantias até aqui conquistadas. O resultado será uma sociedade mais igual, pois, respeitando as garantias e expressando seus valores através da rede, a sociedade globalizada está mostrando ao mundo que é o melhor juízo da sua própria felicidade.

11. O Confronto Atual entre a Norma e o Justo

Mas a liberdade em si não é uma criação do Direito nem do Estado. Absolutamente certos estão os jusnaturalistas quando afirmam que as liberdades fundamentais são anteriores ao Estado e mesmo inatas. Trata-se de uma anterioridade lógica, não cronológica: posso conceber a Liberdade anteriormente a qualquer cogitação de Estado. Esse não cria a Liberdade, mas, ao contrário, limita-a e lhe regula o uso.

Claro que a Liberdade só é jurídica quando regulada pelo Direito. Mas que a matéria dela, o suporte de fato (o *Tatbestand*), é anterior ao Direito, é inegável. No conceito de Liberdade jurídica (Liberdade no Direito e no Estado), a substância é a Liberdade e a qualidade, o acidente é a juridicidade. Numa apreciação alta, o Filósofo do Direito encontra a Liberdade pura antes mesmo de ela se haver tornado liberdade jurídica.

Respeitando a liberdade, o Estado não está, condescendentemente, criando para si limitações que poderia não criar (Teoria da autolimitação do Estado). O que ele faz é ficar onde deve estar: a noção de Estado, o Estado por definição, tem certos limites lógicos. Se o Estado se contém dentro desses lindes, ele está se realizando em sua plenitude, apenas sem procurar ser mais do que é e mais do que deve ser. O Estado que não respeita os limites do seu Ser já não é apenas Estado, isto é, organização jurídica, passa a ser organização da força e da violência, vai além do Direito e contra o Direito.³

Mas as sociedades atuais se caracterizam por serem altamente cambiantes, pelo que requerem atuações rápidas. Sobre essas circunstâncias, torna-se quase impossível que um programa de governo seja igual ao programa eleitoral que votamos (supondo que alguma vez tenha sido o mesmo, o que é muito supor). Por isso, faz-se necessário a construção de novos espaços participativos durante a legislatura, para que tudo aquilo que não pode ser reconhecido no programa eleitoral e necessite de uma atuação legislativa possa ser elaborado juntamente com a cidadania.

³ TORNAGHI, Hélio. *Manual de Processo Penal*. Vol. I, p.29/29.

Mas esta participação não pode ser outra vez a soma de interesses individuais. Fazem falta estruturas que democratizem a democracia, criando espaços que ampliem o conceito de cidadania. A vida política não deve encaminhar-se exclusivamente à eleição, senão também à interpretação, recuperando o caráter criador e transformador de concepções da vida e o mundo da mesma. (Máiz, 2001)

Portanto, a tutela da liberdade pelo Direito Constitucional e pelos demais ramos do Direito pode influir na ordenação da liberdade, especialmente pela concepção de que adotem do homem. Depende tudo de como o encarem, ao considerá-lo como sujeito ou como objeto de direitos. A questão da liberdade está ligada à capacidade e às noções de pessoa e de coisa.

Desta forma, a extensão da liberdade e cidadania, dentro de um juízo ético, de não submissão do interesse público ao privado ou como expressão de vinculação ao justo, ético, moral, deve basear-se no conceito de liberdade que hoje temos a ventura de conhecer e vinculado às necessidades e realidades de uma sociedade cada vez mais complexa, onde os interesses se apresentam como de grupos, classes, categorias, e na constatação de que o Estado é incapaz de atender a todas as necessidades da coletividade, sem a participação dos envolvidos, ou seja, sem o exercício pleno do dever de cidadania, dando aos operadores do Direito e à própria sociedade civil os meios para combater a corrupção, ou seja, o desvio do conceito legal, não apenas como não observância do comando normativo, mas como expressão de tutela da vontade da maioria na busca do interesse público.

Ensina o Prof. Vera-Cruz que o Direito Romano está na origem da juridicidade das regras de Direito, na justeza das regras, a racionalidade/adequabilidade das interpretações dos jurisprudentes e na justiça concretizada nas soluções que dão juridicidade às regras.⁴

Afirma o mestre que continua válido como preceito jurídico universal procurar viver honestamente. Isso implica seguir três regras: não abusar dos seus direitos (*honesto vivere*); não prejudicar ninguém (*alterum non laedere*); dar a cada um aquilo que é seu (*suum cuique tribuere*).

Estas são as regras fundamentais em que se assenta o corpo do Direito: proibir a cada pessoa o abuso do Direito; limitar o exercício ou uso do Direito sempre que isso prejudica sem motivo um outro; respeitar o direito da outra pessoa. Por estas, podemos aferir a juridicidade de todas as outras regras.⁵

O Direito na história nos demonstra que a Lei das XII Tábuas (*lex XII tabularum*), embora corresponda a uma tentativa de positivação de regras jurídicas, não tinha caráter normativo nem se pode comparar à Constituição ou ao Código Civil. Foi uma primeira tentativa para fazer aplicar de forma universal e igualitária regras jurídicas a patrícios e plebeus (*aequatio iuris*).

⁴ Apontamentos... p. 11.

⁵ Apontamentos... p. 13.

Só da *regula* vem o *Derectum*. Logo, da norma (*esquadro*) vêm a organização e cânone, a medida. As regras, fixando princípios em relação à justiça entre as pessoas numa sociedade e à pessoa como sujeito dessas regras, hierarquizam os valores protegidos pelo Direito e garantem a Justiça.⁶

Nesse sentido, a conclusão do Prof. Vera-Cruz de que, por esta razão, os Romanos que inventaram o Direito como *ius* separaram-no da lei, entregando o Direito aos jurisperitos e deixando a lei para os políticos. O *ius* é composto por regras que permitem o *Derectum* na sociedade humana. Regras estão no tempo sendo alteradas, pela interpretação dos jurisperitos, para se adaptarem à realidade existente e permitirem fundamentar soluções justas para cada caso. E justifica a ausência do ensino do Direito Romano com esta ênfase criadora do justo como expressão do Direito e não da Lei, por uma opção ideológica, uma vez que os regimes totalitários e os totalitarismos legalistas de regimes políticos que se consideram democráticos sempre impedissem (ou por lei, ou por “opção política do governo”, ou por “exigência do mercado”, ou por “condicionamento administrativo”, ou por “deficiência de financiamento”, ou por “utilitarismo pedagógico”) o estudo jurídico do Direito Romano, preferindo sempre o seu ensino pela história sem mais e não pela criatividade jurisprudencial.⁷

Mas é a forma de operar dos jurisperitos romanos que nos interessa por constituir um instrumento metodológico de referência e orientação para o jurista de hoje, pois o nosso grande desafio decorrente da complexidade da sociedade contemporânea e da velocidade das transformações sociais é fugir da “legolatria”⁸, fazendo com que as lacunas propositais do sistema jurídico ou mesmo as situações de comandos normativos contrários ao sentimento do justo, do ético, do moral possam ser fundadas na *sapientia iuris* criada pelos Romanos.

Se, como afirmam as cartas políticas nos regimes democráticos que todo o poder emana do povo, nada mais lógico, axiomático, evidente por si mesmo, que as funções essenciais da soberania do povo como o Judiciário e o Ministério Público sejam capazes de sair da rigidez da abstração das regras gerais positivadas e aproximem-se da censura da comunidade, ingressando na análise da relação custo-benefício do atuar dos governantes, ou melhor, avaliando os motivos expressos nos atos pelos mesmos como objeto de juízo de valoração sobre o interesse público em contraste com o particular do governante.

Só a assunção do Poder Judiciário como expressão da soberania popular lhe confere legitimidade (*auctoritas*) para tornar jurídica a solução do mau administrador da coisa pública. Se afastamos o Direito desta sua natureza essencial de *ius*, justo, Direito, o transformamos em instrumento de poder e não norma da comunidade como expressão de sua soberania.

⁶ Apontamentos de *Direito Romano*, p. 14.

⁷ Apontamentos de *Direito Romano*, p. 16/17.

⁸ A expressão é do Prof. Eduardo Vera-Cruz.

A lei como simples comando impositivo, geral e abstrato expressa apenas a superioridade do Estado em face do cidadão destinatário, mas não a expressão da soberania popular nos assuntos da *polis*.

Não podemos nos deixar aprisionar pela chamada legitimidade democrática do legislador, abstrato e imaculado no mito da “soberania popular de base constitucional”, tendo em vista que a história presente tenha nos demonstrado que a mesma é invocada para excluir a análise jurídica justa aos intérpretes e aplicadores do Direito enquanto ciência na busca do justo, do legítimo, do moral.

Calamandrei, em notável estudo sobre *O Significado constitucional das jurisdições de equidade*⁹, lembra a existência de dois sistemas de manifestação do Direito. O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao Legislativo e a de aplicá-la, ao Judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses, de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o “sistema da formulação do Direito”. Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciários encarregados de julgar por equidade. Nesse caso, diz o mestre italiano:

O juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria, mas encontra já existentes.

Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir as necessidades e fielmente seguir a evolução.

Se na jurisdição legal o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. Ocorre que o Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência, pois não podemos negar que direito vivo é o que os tribunais consagram.

⁹ Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul processo civile*. Vol. II, p.1 e ss.

12. A Lei É a Causa da Corrupção?

Em uma sociedade complexa e altamente cambiante como a nossa, é oportuna a afirmação do Professor Hélio Tornaghi de que:

Em matéria jurídica, o labor nunca está terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos. As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não para. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos. Esse tem sido o papel da equidade social, que fez a grandeza do Direito Romano.¹⁰

Nesse sentido, os atos, fatos e negócios jurídicos relevantes à ordem jurídica no Estado, em face desta realidade de transformação rápida e constante, podem colocar a lei como a maior causadora da corrupção, pois o comando da norma poderá criar o injusto, pelo descompasso entre a realidade e o comando normativo e, como consequência, a sua não observância pelos cidadãos, o que demonstra que na sociedade contemporânea, para se vincular ao justo, ético, moral, nos devemos afastar da restrita aplicação da lei e nos aproximar do compromisso com o *ius*, como faziam os Romanos.

A crise do Estado, que é a crise da lei e da confiança nos políticos eleitos para representar as pessoas num sistema esgotado e falido dominado por grupos de interesses fechados sobre si próprios e controlados por oligarquias corrompidas e dependentes de poderes empresariais – designados como *partidos políticos do arco da governação* – obriga-nos a repensar o modo de concretizar a justiça nas nossas sociedades.¹¹

Ampliar o controle da jurisdição sobre os atos dos governantes e agentes públicos não expressa jurisdicionalização do Estado, mas sim a operacionalidade da doutrina dos freios e contrapesos no aperfeiçoamento do regime democrático em uma sociedade complexa e carente de controles que representem a soberania popular.

Dá ensejo a que o Poder de dizer o Direito (*jurisdicere*) ou efetivá-lo (*jurisdictio*) não seja uma manifestação de juízes burocráticos, na defesa dos interesses de quem manda pela lei e de quem enriquece com as sentenças baseadas nela; na impunidade garantida por quem legitima o torto através da norma legal ou no ostracismo de quem lembra outra forma de ser do Direito, seja pelo uso da equidade social ou individual para analisar os motivos dos atos que deram causa à busca do interesse público, seja pela ignorância de quem afasta e rejeita tudo o que desconhece, por, na maioria das vezes, ausência de coragem de se posicionar contra o sistema dominante que garante os que têm contra os que não têm.

¹⁰ TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista do Ministério Público*. Vol. I, p.54.

¹¹ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Apontamentos de Direito Romano*. p.11/12.

O método jurisprudencial pleno aplicado ao ensino universitário do Direito Romano é capaz de formar juristas preparados para juntar, na prática judiciária atual, *regula e mores maiorum* na *sententia*, a partir da concepção do conjunto normativo como ordenamento substantivo, não enquanto sistema legal estrito.

O ensino do Direito Romano pelo método jurisprudencial pleno deita por terra os mitos fundadores de um Direito que só vive na deliberação da maioria parlamentar ou na decisão do Conselho de Ministros.

A mumificação das soluções “jurídicas” na textualidade de leis e sentenças, mais preocupadas com a exibição de apuro técnico do que com a justiça material, presas ao momento da sua feitura e imóveis, afastou o Direito da comunidade e da experiência histórica que o sustenta. A jurisprudência criadora na perenidade da *ars inveniendi* reaproxima-o das pessoas e dessacraliza o legislador-político e o juiz-funcionário.¹²

Parece oportuno, agora, lembrar a lição do sociólogo Bertran Russel, que afirma: “O advogado da transformação tem uma tarefa bem mais difícil que o advogado da conservação e da ordem. Mas, quando aquilo que se quer conservar não responde mais às novas e inderrogáveis necessidades sociais, então a conservação não é mais ordem”.¹³

O momento atual do nosso processo civilizatório nas sociedades que se dizem democráticas demanda o exercício da liberdade jurídica de todos os integrantes da *polis*, como legítima expressão da soberania popular, possibilitando a todos os atores sociais a busca do justo, do moral, do ético, dentro do âmbito de aplicação da norma jurídica em contraste com os valores históricos, sociais, culturais, de senso comum, religiosos etc., que representam a legítima expressão desta mesma comunidade.

Somente com a adequação do fato jurídico, em sentido lato, aos valores da sociedade onde a norma é aplicada poderemos realmente assegurar a liberdade jurídica ao cidadão, pois continua válido como preceito jurídico universal procurar viver honestamente. Isso implica, como referimos, seguir três regras: não abusar dos seus direitos (*honesto vivere*); não prejudicar ninguém (*alterum non laedere*); dar a cada um aquilo que é seu (*suum cuique tribuere*). Do contrário, na sociedade do conhecimento, onde as mudanças são rápidas e constantes, a lei será injusta sempre com a grande maioria, protegendo os que têm contra os que não têm ou impedindo sua aplicação aos que, designados como representantes do povo, tendo em vista que foram eleitos legitimamente pelo processo político de democracia representativa nas sociedades contemporâneas, representem sempre o interesse econômico, em detrimento dos legítimos interesses do povo.

¹² “O ‘método jurisprudencial pleno’, tal como foi caracterizado no âmbito da *iurisprudencia* romana, adotado no ensino da disciplina de Direito Romano, não pode ser confundido com a opção de alguns docentes de Direito Romano de ensinarem por um sistema casuístico de tipo *case law*, a que, erradamente, chamam jurisprudencial.” *Apontamentos*, p.34.

¹³ RUSSEL, Bertrand. *Education and Social Order*. London, Allen & Unwin, 7ª impressão, 1967, p.13.