

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

LUÍZ GUSTAVO ROSA DA SILVA

**A INFLAÇÃO LEGISLATIVA E A MÁ QUALIDADE DAS LEIS NO
BRASIL**

VOLTA REDONDA

2019

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**A INFLAÇÃO LEGISLATIVA E A MÁ QUALIDADE DAS LEIS NO
BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UNIFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Luíz Gustavo Rosa da silva

Professora Orientadora:

Claudia Regina Robert de Jesus Chaves

VOLTA REDONDA

2019



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

A Inflação legislativa e a Qualidade das Leis no Brasil

Elaborado por *Luís Gustavo Rosa da Silva* apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em *23* de *maio* de *2019*.

Banca Avaliadora:

Audilio Regina Robal de J. Jr

Professor Orientador - Unifoa

Arcindo Yurkin Santos

Professor Avaliador - Unifoa

PP

Professor Avaliador - Unifoa

Ao Deus que nos sustenta...

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus exatamente por tudo, desde o começo!

A minha mãe, por todo o esforço direcionado a mim, meu muito obrigado.

A minha orientadora “Tia Claudinha” por seus inúmeros conselhos e crédito no meu potencial.

A tão querida e gentil ex-professora Gianelli Rodrigues, a qual me deu a luz para o tema a discutir.

Por fim pelo Unifoa, por todo o suporte técnico de pesquisa que tanto nos auxilia durante a toda nossa formação acadêmica...

...a todos meu muito obrigado!

RESUMO

A monografia em questão tem por objetivo analisar o fenômeno conhecido como inflação legislativa, que consiste no exagerado número de leis dentro de um sistema jurídico. Ainda propõe-se a analisar o notório problema da má qualidade das Leis dentro do ordenamento jurídico brasileiro, dando ênfase na clara ligação que tem este fato com o fenômeno acima citado. Através de uma perspectiva histórica busca-se também fazer um exame acerca das civilizações antigas tidas hoje como berço do direito moderno, buscando, através da análise político-social, traçar um paralelo entre as suas antigas formas de legislação e o que hoje se entende sobre a estrutura que compõe a Lei. Nesse sentido, para explicar a composição moderna da Lei, utiliza-se os estudos de Norberto Bobbio - e seus três critérios de valoração (fato, valor e norma) - e Miguel Reale, que em sua teoria tridimensionalista os junta, os quais oferecerão um caminho para se tentar descobrir: a melhor forma de construir uma lei justa e eficaz, por que no Brasil há muitas Leis e o motivo destas serem de má qualidade.

Palavras-chave: normatividade; teoria da norma; inflação legislativa; processo legislativo; ordenamento jurídico:

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O DIREITO PRIMITIVO E SEUS INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE NORMATIVA.....	11
2.1 Os povos sem escritas e seus mecanismos de prática do direito	11
2.2 As primeiras manifestações legislativas codificadas	13
3 A EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS DE ESTADO COMO ELEMENTO PARA A IDENTIFICAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA	18
3.1 A historicidade da democracia.....	19
3.2 A participação popular na construção das leis.....	26
3.3 Aspectos Jurídicos na República Romana.....	31
4 O PENSAMENTO JURÍDICO DAS LEIS E A TEORIA DA NORMA.....	37
4.1 Características do Ordenamento Jurídico.....	37
4.2 A Lei e Sua evolução no Pensamento Jurídico e Contemporâneo.....	40
4.2.1 A Escola Jusnaturalista e o Critério Valorativo da Lei.....	40
4.2.2 As Leis e o Realismo Jurídico.....	44
4.2.3 As Leis e a Teoria Pura do Direito.....	49
4.3 As Leis e a problemática da produção normativa.....	52
5 O EXCESSO DE LEGISLAÇÃO NO BRASIL: CAUSAS E CASOS.....	58
5.1 O Processo Legislativo e a Falta de Técnica na Produção Normativa..	59
5.2 A Perspectiva Social Acerca das Leis.....	69
5.3 A Corrupção como Causa Moral.....	71
6 CONCLUSÃO.....	74
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

O Direito é para o homem assim como a água é para o peixe. Necessário. Em torno do conceito de Justiça a equidade é o maior parâmetro a ser observado para a construção de um sistema jurídico justo mas principalmente eficaz. Tal forma de pensar vem de encontro a todos, como seres humanos, há tempos. Afinal, o Direito acompanha a sociedade, da mais primitiva à mais moderna, todo ser humano precisa de uma ordem, de um equilíbrio.

Tal organização, porém deve ser feita em cima de padrões práticos reais. Deve haver compatibilidade entre o que nos rege como norma e o modo de vida de toda uma “civilização”- se pode-se dizer desse modo - afinal o direito é feito pelo homem, para o homem. Assim caminha-se juntamente com o pensamento de que “O Direito pressupõe, necessariamente, a existência daquele ser e daquela atividade, tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é o próprio homem (RÁO *apud* CASTRO, 2013. p. 2).

No interregno da sociedade primitiva e a atual, já se estabelece os primeiros aspectos a se ter em mente para uma boa organização jurídica, a sociedade (os homens) e suas atividades (aquilo que será objeto da norma).

O Estado, como o “grande” representante da vontade da coletividade, e que é o responsável justamente por manter a ordem social, se utiliza de certos mecanismos para tal feito. A Lei vem como um instrumento que auxiliará a estrutura estatal nesse penoso trabalho, fazendo com que a norma, em seu sentido mais amplo, de organização, vinda diretamente deste, seja eficaz no seu objetivo de garantir da ordem.

No entanto, trata-se de um trabalho difícil e minucioso – ou pelo menos deveria ser – pois deve-se ter um intenso acompanhamento do que se passa no âmago social a fim de, justamente, ter “base” nas atividades que ocorrem através das relações sociais, as quais são o princípio para a formação do direito. Afinal, se não existe motivo – requisito principal - para uma norma, esta já não existe, ou sequer deve ser produzida.

Tal pensamento trata-se da basilar atribuição de justiça, validade e eficácia a uma norma, que seguindo a fala de Paulo Nader indica que “o raciocínio há de ser lógico, como lógica é a conclusão de que um objeto deixa de existir como tal no momento em que lhe venha a faltar um componente essencial” (NADER, 1991).

O perigo que uma Lei vazia traz a uma comunidade civilmente estruturada é muito grande. Diz-se assim pois a eficácia é um requisito essencial sendo que “A Lei eficaz é a que provoca as consequências sociais almeçadas por seu autor ao elaborá-la” (NADER, 1991).

Para alcançar tais consequências almeçadas pela Lei, é preciso, como já dito, que a regra esteja condizente com uma determinada realidade social, pois caso contrário poderá ter efeito reverso do esperado atrapalhando a regular fruição das relações sociais, desestabilizando assim a estrutura normativa de toda uma sociedade.

O Direito do Brasil têm suas principais raízes no Direito Romano. O Direito Romano, por sua vez, põe a ‘Lei’ com uma suma tal, que a codificação e o direito escrito tomam uma importância muito grande para a formação da ordem a que se busca levando todos a uma espécie de dependência para estabelecer qualquer tipo de relação social.

Porém, dar causa dos problemas da Lei no Brasil simplesmente pela tradição do sistema jurídico a que o país é adepto, como no exemplo brasileiro, o “Civil Law”, não nos traz discussões novas, visto que se cai na armadilha de pensar que o país, possui a mesmas características de legislações que a séculos tem tradição romana como as européias, quando na verdade as leis no Brasil refletem exatamente a sua gente, numa mistura de fontes e tradições jurídicas que torna o nosso direito tão peculiar quanto seu povo. É o “Brazilian Law” (DIDIER JR, 2017).

Trata-se de uma dependência “legislativa” de causas muito mais complexas, mas que pode ter como um ponto a ser considerado a herança trazida desde a época da aplicação do “*Jus*” Romano que acabou por colaborar para a formação de um sistema baseado justamente na Lei. Daqui, pode-se entender tal sistema “codificatório” como uma forma de representação formal da soberania estatal

perante todos, o qual possui o dever concedido de zelar pela mais completa ordem social.

Ocorre que o Brasil, um país que segue a divisão harmônica dos chamados três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário - se encontra num sistema de formação de leis em massa. O Estado, refletido, nesse caso, principalmente no Legislador, parece não levar mais em conta os fundamentos sociológicos intrínsecos no processo legislativo, limitando-se tão somente no aspecto solucionatório jurídico que a Lei traz.

Tais vícios presentes no âmbito estatal levam a formação de um fenômeno no qual a quantidade de leis sem possibilidade de concretude no país são exageradas. Fenômeno que não só atrapalham as normais relações sociais como também favorecem o sentimento de instabilidade jurídica dentro da sociedade. É a chamada Inflação Legislativa.

A Inflação Legislativa é um excesso de leis. E apesar de não se ter uma causa concreta para esse fenômeno, pode-se afirmar que seus sintomas estão sendo sentidos há tempos na sociedade brasileira.

Por dentre aspectos sociais e políticos busca-se descobrir a origem do problema do exagero legislativo no Brasil, visto que seu nascimento parece ocorrer de uma crescente problemática existente no âmbito social que vão desde aspectos morais e recorrentes– no sentido de atingir o povo também nos dias de hoje – como a corrupção, quanto aspectos econômicos e destinos históricos que o direito brasileiro tomou ao longo dos anos.

Diante de tudo isso, torna-se dificultoso o trabalho de ultrapassar as barreiras do mecanicismo existente atualmente em todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente num país em que pouco se fala sobre o tema. Difícil mais não menos importante. Aliás, se trata de uma sociedade em busca da ordem e se existe alguns aspectos a serem apresentados sobre o tema para que se possa o conhecer melhor, mesmo pouco falados, tais também necessitam ser postos em pauta.

2 O DIREITO PRIMITIVO E SEUS INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE NORMATIVA

Não se discute a afirmativa de que o homem em seu atuar é ou não um ser independente. Ser totalmente independente não faz parte da estrutura humana. O ser humano precisa se associar, necessita estabelecer relações sociais. Trata-se de um processo vital.

Não é a toa que Aristóteles, filósofo grego, baseava a sua ampla teoria filosófica na ideia do homem como um “animal político” (ARISTÓTELES *apud* BETIOLI,2013). A ideia do ser humano como um ser interdependente de relações com outros seres humanos é vista a todo tempo, pois o homem não vive de modo saudável sem estar em contato com outras pessoas.

A expressão dessa dependência que o ser humano tem pode ser demonstrada ainda mais fortemente com a formação de grupos. Sendo eles primitivos ou atuais, todo o tipo de coletividade tem uma ideia de ordem intrínseca a si que é justificada a princípio com a ideia não só de sobreviver, mas também de “viver bem”, objetivo que é visto como mais fácil de ser alcançado quando se vive em coletivo.

Tal estrutura social, baseada na ordem pode, desse modo, ser visualizada nas mais inúmeras exemplificações de povos ao longo dos séculos e o estudo de todas essas formas de organização pode ajudar a entender não só a formação da estrutura jurídica moderna, como também a origem de vícios que acometem a mesma até os dias de hoje.

2.1 Os povos sem escritas e seus mecanismos de pratica do direito

Muitos estudiosos do tema declaram ser difícil realizar um concreto estudo histórico acerca do tipo jurídico existente no meio dos povos chamados “Ágrafos” ou “Sem escrita”. Diz-se assim justamente pelo fato de que no meio de povos

considerados primitivos a escrita não é desenvolvida, e sem registros o estudo por perspectiva histórica pode se passar à frágil (CASTRO, 2013).

Ocorre que como já dito, a tendência do homem é a formação de grupos, estes são formados por indivíduos com interesses distintos os quais interagem entre si, dessas diferentes formas de pensar nascem conflitos, e estes precisam ser mediados por algum tipo de ordem coletiva que se expressará na forma de regras de organização daquela comunidade. Daí se forma o “Direito” dos povos primitivos.

O estudo do direito de tais povos não deve considerar, no entanto, somente os grupos formados em épocas mais remotas da história do ser humano, a dizer na Antiguidade e em “tempos de caverna”. Em diapasão de tal pensamento Rodrigo Freitas Palma deixa claro que:

Os Direitos primitivos não podem, obrigatoriamente, ser qualificados como “antigos”. A razão para tanto é deveras simples: muitas sociedades, até hoje, organizam-se longe dos auspícios do Estado, ainda que, oficialmente, estejam submetidas ao seu império. É o caso dos povos indígenas, que normalmente se encontram protegidos em reservas legais, ali observando, em maior ou menor grau, um Direito ancestral (PALMA, 2011, p. 32).

As relações “jurídicas” existentes entre os povos primitivos são muito práticas. Aduzem no sentido de que representam uma composição baseada no cotidiano daquela determinada comunidade, que leva em conta suas tradições para a partir delas estabelecer as regras que devem ser seguidas por todos dentro do grupo. Vê-se assim um Direito mais costumeiro e menos sistemático, mas que, ao menos neste contexto primitivo, demonstra funcionamento.

O fato de os estudos sócio e antropológicos de tais civilizações primitivas ter mais sucesso do que o estudo histórico na elucidação de como houve a formação do Direito primitivo dos povos ágrafos, explica-se pelo simples fato de que as relações sociais, para ocorrer, independem de regras escritas, bastando tão somente o “animus” do indivíduo e as condições materiais para determinada prática (PALMA, 2011).

Pode-se afirmar, a partir disto, que o Direito vai além da escrita, muito além de processos formais de formação de regras. É o contato com o outro, as relações sociais, a vivência que cria as mais variadas e melhores formas de organização.

Para Flavia Lages de Castro, em âmbito do Direito primitivo:

Essa riqueza pode ser comprovada pelo fato de as sociedades, ao se utilizarem pela primeira vez da escrita (e do direito escrito), já terem instituições que dependem muito de conceitos jurídicos, como casamento, poder paternal ou maternal, a propriedade, contratos(ainda que verbais), hierarquia no poder público etc.(CASTRO, 2013, p. 8).

De todo modo e diante de tudo isso o caráter consuetudinário das normas primitivas era evidente. Costumes considerados fortes, práticos e relevantes para a vivência de tal população eram passados para frente para que todos obedecessem (CASTRO, 2013).

É fato que muito da religião – a qual possui muitas origens dentro de um povo as quais não são objeto de tal estudo – influencia na formação das regras existentes entre os indivíduos pertencentes a tal grupo. Tanto que “na maior parte das vezes, a distinção entre regra religiosa e regra jurídica, torna-se impossível” (CASTRO, 2013 p. 8).

Porém o desenvolvimento da civilização baseado justamente em tais moldes, antigos mais ao mesmo tempo atuais, mostra que todo o montante jurídico formado naquela época - referindo-se agora as civilizações antigas - em que a escrita não tinha alcance, foi a base para a formação da estrutura complexa que hoje compõe-se no Estado moderno (CASTRO, 2013).

O fato de os povos serem ágrafos nem por isso diminui a força de seus costumes. Muitos que prevalecem até os dias de hoje. Alguns indo ao encontro e validando o texto jurídico escrito, outros indo contra a norma positiva demonstrando se não a sua invalidade, sua mais completa ineficácia.

2.2 As primeiras manifestações legislativas codificadas

Quase tudo o que se descreve hoje a respeito das origens da escrita, da formação e da codificação do Direito parece ter suas origens desembocadas sempre num mesmo local, o Crescente Fértil. Esse território, que representava bacia da Mesopotâmia, local que ficava entre o Rio Tigres e Eufrates e onde hoje é localizado

alguns países como o Iraque, era um território muito rico e produtivo (CASTRO, 2013).

Lá é onde as primeiras atividades humanas se formaram. A agricultura, a edificação de grandes construções, conhecimentos matemáticos e geográficos diversos, tudo isso parece ter começado pelo ajuntamento desse povo numa espécie de “sociedade civil” (CASTRO, 2013).

Coloca-se já neste ponto a ideia de sociedade, pelo simples fato de que começou-se a se ter noção nesta época de que era preciso ser realizada uma organização mais sistemática do que a primitiva que se tinha anteriormente. Afinal, eram mais pessoas vivendo em conjunto, mais atividades, mais relações sociais se formando e conseqüentemente mais problemas, que para não recaírem no caos precisavam ser solucionados de alguma forma.

É nesse ponto que parece ter havido o surgimento da escrita. As “letras” criadas por esse povo foram uma forma de “passar para uma superfície símbolos que expressavam ideias”. Tais ideias eram variadas, mas as mais importantes tinham como objetivo manter a ordem social (CASTRO, 2013).

Quando se fala em direito moderno os estudos sempre citam um dos povos que transformou a forma de pensar Direito da humanidade até os dias de hoje, os Babilônicos. O “Código de Hamurabi” é até então um dos conjuntos de Leis escritas mais antigas a que se tem descoberto na humanidade. As leis, dispostas em uma pedra negra, representam 282 artigos cunhados de maneira organizada, que tratavam dos mais variados temas relativos aos costumes cotidianos daquele povo (CASTRO, 2013).

A independência do povo babilônico perante a exploração de povos vizinhos foi fator fundamental para a criação de uma cultura própria e a formação de seus próprios conceitos jurídicos de Justiça e Sociedade, visto que já em toda antiga Suméria, existiam direitos considerados fundamentais para cada indivíduo, os quais desde aquela época entendiam o poder de se manter uma organização social. Assim, preconiza Mário C. Giordani:

A lei e a Justiça eram conceitos fundamentais da antiga Suméria, que impregnaram a vida social e econômica sumeriana tanto na teoria como na prática. No decurso do século passado[séc. XIX d.C] os arqueólogos revelaram, á luz do dia, milhares de tabuinhas de argila representando toda a espécie de documentos de ordem jurídica: contratos, atos, testamentos, notas promissórias, recibos, acórdãos dos tribunais. Entre os sumérios a estudante mais adiantado consagrava uma grande parte do seu tempo ao estudo das leis e exercitava-se regularmente na prática de uma terminologia altamente especializada, bem como na transcrição de códigos legais e dos julgamentos que tinham formado jurisprudência (GIORDANI *apud* CASTRO 2013, p.13)

A tradição e as atividades práticas que levavam à formação das normas de conduta escritas eram fortes. Porém o ser humano, tendente ao egoísmo, poderia vir - dado a sua própria conveniência - a não respeitar os costumes nem tampouco as “Leis” o que favorecia o surgimento de abusos e injustiças dentro daquela sociedade.

A partir desse ponto começou-se a fortalecer a ideia de Estado. Pois apesar de se ter uma gama de símbolos que garantiam a ordem a eficácia, se tais não tivessem um “poder” de coação por trás não teriam nenhuma eficácia e cada indivíduo faria o que bem entendesse perante o povo (PALMA, 2011).

Segundo tal pensamento e ainda na Babilônia, segundo Flávia Lages de Castro “Hammurabi não apenas ordenou a feitura do Código. Para uma melhor utilização do Direito como ferramenta de controle, também reorganizou a Justiça (em moldes muito próximos ao que hoje utilizamos) (CASTRO, 2013. p.14).”

Ilustrando tal organização, Emanuel Bouzon preceitua:

O poder judiciário, na Caldéia anterior ao reinado de Hammurabi, era exercido nos templos pelos sacerdotes em nome dos deuses. Na babilônia, desde o início da I dinastia, começaram a ser organizados, à imitação do que já existia em Sumer, tribunais civis dependentes diretamente do soberano. Hammurabi conferiu a justiça real supremacia sobre a justiça sacerdotal; deu-lhe uniformidade de organização e regulamentou cuidadosamente o processamento das ações, compreendendo nessa regulamentação a propositura, o recebimento ou não pelo Juíz, a instrução completada pelo depoimento de testemunhas e diligências ‘in loco’ e, finalmente, a sentença. Foi estabelecida então uma organização judiciária que incluía até o ministério público e um direito processual” (BOUZON *apud* CASTRO, 2013, p. 14)

Especificamente dentro do Código de Hammurabi pode-se ver a intrínseca relação da Lei com a preocupação de existir uma regulação para determinados

temas. Muitas das atividades que eram feitas neste tempo eram fruto do desenvolvimento social que estava a ocorrer naquela época, portanto, o comércio, a agricultura, a posse, tudo isso crescia de tal forma que era como se a cidade pedisse uma estrutura jurídica mais formal e organizada para que os indivíduos pertencentes aquela comunidade pudessem seguir (CASTRO, 2013).

Contudo vê-se na construção do próprio Código de Hammurabi que as normas codificadas eram simples e tinham uma finalidade muito prática. Hoje, em tempos de legislações complexa, a máxima “Olho por olho, Dente por dente” aparenta até mesmo ser uma ideia diabólica, mas áquela época parecia essencial que assim fosse. Fácil de entender, fácil de aplicar (CASTRO, 2013).

Dentro do próprio Código pode-se citar a simplicidade e praticidade da exposição dos temas em alguns artigos, como os existentes acerca das prestações de serviços a um *awillum* (homem livre):

Se um barqueiro calafetou um barco para um *awillum* e não executou o seu trabalho com cuidado e naquele mesmo ano esse barco adernou ou sofreu avaria, o barqueiro desmontará esse barco reforça-lo-á com seus próprios recursos e entregará o barco reforçado ao proprietário do barco (HAMMURABI, §235 *apud* CASTRO, 2013 p. 25).

Já eram bem maduros também alguns conceitos acerca de família, principalmente acerca das obrigações dentro do casamento:

Se um *awillum* tomou uma esposa e não redigiu o seu contrato, essa mulher não é esposa (HAMMURABI, §128 *apud* CASTRO, 2013 p. 20).

Se, depois que a mulher entrou na casa de um *awillum*, recaiu sobre eles uma dívida, ambos deverão pagar ao mercador (HAMMURABI, §152 *apud* CASTRO, 2013 p. 20).

Vê-se que além de já reconhecerem a instituição familiar entre marido e mulher o Código de Hammurabi através do artigo supramencionado demonstra que mesmo antes do firmamento da norma escrita era vigente costumes jurídicos relativamente complexos acerca do Direito de Família moderno, a comunhão de bens, que funcionava seguindo o reconhecimento já existente acerca dos vínculos obrigacionais existentes nas relações de matrimônio (CASTRO, 2013).

Porém não é só em conceitos civis e de família que o Código se aprofundava, mas também em questões penais. Um exemplo é acerca do próprio critério babilônico do “Olho por olho, Dente por dente” usado nada mais nada menos para se ter um parâmetro para medição da pena do eventual delito praticado dentro da comunidade (CASTRO, 2013).

É o que se entende ao observar-se, por exemplo, as penas acerca do Roubo e do Estupro dentro do Código:

Se um awillum cometeu um assalto e foi preso: esse awillum será morto (HAMMURABI §22 *apud* CASTRO, 2013 p. 19).

Se um awillum amarrou a esposa de um(outro) awillum, que(ainda) não conheceu um homem e mora na casa de seu pai, dormiu em seu seio, e o surpreenderam, esse awillum será morto, mas a mulher será libertada (HAMMURABI § 130 *apud* CASTRO, 2013 p. 19).

Contudo não se pode esquecer que quando se fala de civilizações antigas tem de se ter em mente toda a sua cultura e principalmente a sua religião. Dessa forma há que se falar que, por muitas vezes, as leis dessas épocas se mesclavam também com o que era considerado sagrado, levando a criação de muitas normas totalmente disparatadas ligadas a religião (CASTRO, 2013).

Um exemplo era a norma contra a feitiçaria, que ao regular sobre uma temática irracional, criou um artigo mais ilógico ainda atribuindo o dever de julgar a um rio.

Se um awillum lançou contra um(outro) awillum(uma acusação de) feitiçaria, mas não pode comprovar: aquele contra quem foi lançada(a acusação de) feitiçaria irá ao rio e mergulhará no rio. Se o rio purificar aquele awillum e ele sair ileso: aquele que lançou sobre ele(a acusação de) feitiçaria será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa de seu acusador (HAMMURABI §02 *apud* CASTRO, 2013 p. 23).

Tal exemplificação, do próprio código, serve para demonstrar que mesmo na antiguidade tinha-se a ideia de equivalência onde uma força aleatória da natureza julgaria outra força desconhecida no mundo racional. Não parece grande coisa, mas ajuda a sustentar a explicação do fato do Código de Hammurabi mesmo sendo conciso conseguir ser eficaz para manter o desenvolvimento de sua metrópole. A regulação era mínima e direta.

3 A EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS DE ESTADO COMO ELEMENTO PARA A IDENTIFICAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Ao se tratar de conceitos jurídicos e suas evoluções através dos séculos pode se perceber que estes se moldavam ao desenvolvimento da sociedade. Dessa percepção é possível entender o Direito como algo que definitivamente cresce na proporção da estrutura organizacional que se busca aplicar em determinado contexto grupal.

Esse crescimento é feito sem deixar de lado os principais fundamentos ligados àquela sociedade. Os que são vitais, como a vida, segurança, liberdade, estarão sempre permeando a vida social e com base nestes se criarão novos conceitos conforme a civilização avança em ideais.

É o que apresenta-nos Paulo Nader quando deixa claro que:

O Direito não é um fenômeno transitório, pois corresponde a necessidades sociais permanentes. Transitória e cambiável pode ser a forma com que se apresenta seu campo normativo, que deve acompanhar a evolução dos fatos sociais (NADER, 2011, p.46).

Deste modo, seguindo naturalmente tal raciocínio, pode-se inferir que: o crescimento de normas jurídicas, garantidoras da ordem social, justifica-se unicamente quando acompanhadas do crescimento de fatores sociais. Estes tais que, por sua vez, serão regulados por tais regras.

Contudo, quem cria as regras de conduta também deve se submeter a ela afinal, faz parte da mesma conjuntura coletiva que todos os demais indivíduos. Parece simples, mas a história nos mostra que determinados fatores sociais, que muitas vezes privilegiam um grupo sobre outro, podem ser determinadores para a formação de uma estrutura normativa caótica e tendente a desvalorização.

3.1 A historicidade da democracia

É forte a afirmação de muitos quando concluem que a democracia contemporânea teve suas origens principais na estrutura social que existia na Antiga Grécia. Os poucos relatos que tem-se sobre a cultura grega levam a crer que esta civilização possuía um ideal de busca pelo conhecimento tão forte que formou os primeiros princípios políticos elementares de participação social (CASTRO, 2013).

Porém, apesar de ser tratada como civilização, os gregos não eram um contingente único de população. Os povos que se auto intitulavam de “helenos”, pois viviam na região chamada de Hélade, se dividiam em diversos grupos os quais se alastravam por todo aquele território (PALMA, 2011).

Por volta de 2200 a.C, nasceu, na Ilha de Creta, a civilização cretense ou chamada minoica (CASTRO, 2013).

Apesar da Geografia de toda aquela região não ser propícia a uma intensa atividade agrícola os cretenses desenvolveram intensas atividades comerciais marítimas com outros povos continentais o que acabou por fortalecer tanto os grupos que existiam na localidade de Creta quanto não-minóicos que se formavam fora da ilha (CASTRO, 2013).

Cretenses ou não, como já dito, os helenos se dividiam em grupos. Pequenos contingentes de indivíduos que, seguindo os moldes antigos de agrupamento, eram formados por familiares. Assim, cada grupo existente em hélade tinha seus próprios costumes e identidade. E isso se refletia também no Direito local (CASTRO, 2013).

Conforme preceitua Rodrigo Freitas Palmas:

Quando se trata de estudar o “Direito grego”, não se pode jamais perder de vista o fato de que inúmeras cidades-estados helênicas eram regidas por um ordenamento jurídico próprio, uma vez que elas gozavam de plena soberania. O “universo grego”, pois, contava com unidades políticas completamente independentes umas das outras (PALMA, 2011. p 150).

Ocorre que juntos, porém, formavam o mundo grego antigo, principalmente por serem estes costumes parecidos além de falarem um mesmo idioma (CASTRO, 2013).

O fortalecimento das atividades comerciais com outros povos continentais junto com o crescimento populacional grego foi fator decisivo para a formação posterior da “Pólis”, cidades-Estado. Mas a princípio as terras desenvolvidas eram governadas oligarquicamente por uma aristocracia, a minoria a qual representaria os anseios de toda a comunidade (PALMA, 2011).

Com as decisões sendo tomadas por um pequeno grupo de pessoas, inicia um modelo representativo, que pode ser visto como a gênese do conceito que hoje conhece-se como democracia. Ainda, é claro, bem simplista e sem forma mas fortalecendo a condição cosmopolita da população grega que ali se inter-relacionava (PALMA, 2011).

Contudo, nem tudo eram flores nesse contexto social. Aliás, os únicos que tinham direitos possessórios nas cidades aristocráticas eram os grandes proprietários de terra. Muitos ofereciam empréstimos de subsistência para os grupos de pequenos proprietários que ali se encontrava, estes se endividavam com os aristocratas e é a partir daí há o crescimento da escravidão por dívidas na vida de indivíduos que antes se viam como agregados comuns (PALMA, 2011).

Os privilégios gozados pela elite aristocrática grega começou a discontentar a população local e a causar tensões sociais na região. A forma tradicional com a qual os aristocratas governavam não agradava aos menos favorecidos e as normas consuetudinárias existentes além de preservar os velhos costumes cuidavam de manter a estrutura vigente (PALMA, 2011).

É exatamente nesse contexto de desestabilização da ordem política e aristocrática da época que surgiram as primeiras leis escritas. Tais vieram – contracorrente ao direito costumeiro tradicional vigente – como uma solução para o eminente caos social. É aqui, nesse contexto que desponta a cidade de Atenas (PALMA, 2011).

Atenas era uma cidade que, geograficamente, se destacava na região grega por ser separada do restante da Grécia por uma extensa cadeia de montanhas. Tal fato favoreceu a evolução de uma identidade política forte que dava a população uma consciência mais hegemônica, diferentemente do que ocorria com outros povos espalhados no mundo grego antigo (PALMA, 2011).

A crise oligárquica atingiu também a população ateniense. Porém, os indivíduos, descontentes com a situação, trataram de expressar sua insatisfação através de revoltas armadas contra a aristocracia local. Esta, tomada como os responsável pelo caos, se viu portanto obrigada a oferecer a todo povo, “reformas” ao sistema social (PALMA, 2011).

Basicamente este foi o motivo para o surgimento do direito escrito na Grécia. A necessidade de se controlar as dissensões sociais e dar segurança jurídica a população. Um direito sistemático cuidaria tanto de conter os privilégios existentes da minoria aristocrática quanto estabelecer uma maior participação dos indivíduos que formavam a “Pólis” de Atenas (PALMA, 2011).

Por óbvio, normas escritas, precisam de legisladores. Provavelmente devido a pouca experiência legislativa, Atenas instituiu como legislador um aristocrata influente da época chamado Drácon, o qual ficou conhecido principalmente por suas leis severas e que mantinham os privilégios da “alta casta” ateniense a qual o próprio pertencia.

Quanto aos reflexos de suas leis no meio social, muito bem ilustra Flávia Lages de Castro:

Em não tendo criado nenhuma novidade, Drácon reproduziu o direito antigo, ditado por uma religião implacável que via em todo erro uma ofensa às divindades e em toda ofensa às divindades um crime odioso. Assim, quase todos os crimes eram passíveis de pena de morte (CASTRO, 2013, p.74.).

Ora, Drácon parecia não ter nenhuma intenção de fazer alguma reforma social para o povo. A ordem política ateniense pouco foi influenciada por suas leis, afinal, as mesmas não tinham qualquer relação com o novo contexto social da época e como já foi explicado, o fundamento das leis é a realidade social (CASTRO, 2013).

Eis um exemplo claro, no mundo antigo, do que ocorre quando as normas jurídicas de uma sociedade não correspondem às relações sociais existentes. Elas são ineficazes. E como a evolução das atividades humanas são inevitáveis, regras de conduta que travam tal crescimento, levam a uma total implosão social.

Tal caos se tornou o caso de Atenas na época de Drácon. Em poucos anos intensas revoltas de comerciantes locais - que mais e mais cresciam por entre o povo – voltaram a ocorrer, novamente exigindo reformas (CASTRO, 2013).

Foi com Sólon que as leis ganharam força. O aristocrata de nascimento era porém comerciante por profissão. Desse modo, o novo legislador conhecia de perto a realidade daqueles que não pertencia a elite aristocrática da época. A distância que existia entre aqueles que tinham grandes propriedades com os outros de baixo nascimento (PALMA, 2011).

Como não detinha força política criar normas, que interviriam radicalmente redistribuindo as propriedades entre a população ateniense, as leis escritas por Sólon buscavam modificar a conjuntura política local. Desta forma, as novas leis além de trazer medidas como a abolição da escravidão por dívidas em Atenas, reorganizou censitariamente a população de modo a fortalecer a participação política de todos os indivíduos (PALMA, 2011).

Essas modificações trouxeram um contexto social tão forte de apego a equidade que possivelmente o desenvolvimento dos ideais democráticos de Atenas a partir dali não poderiam mais voltar a serem os mesmos (PALMA, 2011).

Conforme preceitua Rodrigo Freitas Palma:

Por essas populares iniciativas, Sólon faria, a partir daí, seu nome ser sempre lembrado pelas gerações que seguiriam, tendo sua legislação sido festejada como sinônimo de justiça e equidade em diversas pólis helênicas, mesmo decorridos três séculos desde o ano de seu falecimento (PALMA, 2011, p. 156).

Essa consciência coletiva ateniense foi fator crucial para dar personalidade e identidade a comunidade ateniense. Tal ideal inclusive favoreceu as relações dos atenienses com outros povos e a constante difusão desses ideais por todo o mundo antigo (PALMA, 2011)

Assim preleciona Rodrigo Freitas Palma ao indicar a formação de relações internacionais entre os atenienses e outras cidades-Estados:

A Grécia Antiga conheceu largamente o desenvolvimento de uma espécie embrionária de Direito Internacional [...] É certo, pois, que o fato de cada cidade-estado ser completamente soberana contribuiu favoravelmente para a gradual construção de um efetivo ideal internacionalista entre os gregos (PALMA, 2011, p.165).

Ao ampliar a participação política do povo era muito mais fácil se ter uma noção de que tipo de interferência os governantes podiam ter no âmago social. A idéia da Pólis como um organismo vivo parece ter sido observada ao se atentar que o poder concentrado era perigoso – idéia que será rediscutida mais tarde por Maquiavel, em teoria do estado - , isso possivelmente levou a uma preocupação de se desconcentrar o quanto mais o poder.

Assim, deu-se corda para se estabelecer um sistema de representatividade máxima dentro da sociedade ateniense, um governo feito por todos os cidadãos. Era dada a instituição da democracia (PALMA, 2011).

A democracia de Atenas, hoje, é considerado um modelo na sociedade contemporânea. Porém realizar, nos moldes originais a participação política ateniense é uma tarefa um quanto inviável (PALMA, 2011).

Diz-se assim pelo fato de que a intervenção da população ateniense nas chamadas “Eclésias”, assembleias em que participavam ‘todos’ os cidadãos, era direta, o que quer dizer que cada um dos cidadãos de Atenas podiam ir lá e expressar as suas posições (PALMA, 2011).

Isso, no que tange ao processo legislativo foi um marco. As normas jurídicas agora deixam de atender unicamente interesses privados e passam a se dirigir a toda a Pólis. É aqui que se começa a entender como se formou o Direito Público do Estado (PALMA, 2011).

Nessa época as leis que regiam a população de Atenas tinham um aspecto universal muito grande. Aliás a formação do próprio Direito escrito tinha tal intenção. O estabelecimento de normas universais que eram válidas tanto para pobres quanto para

afortunados. E os ideais democráticos mostravam-se ainda mais fortes que a Lei (PALMA, 2011).

Assim nos ilustra Rodrigo Freitas de Palma ao mostrar que:

Os cidadãos, ao passearem pelas ruas, sabiam que aquelas regras registradas em placas de bronze e à vista de todos eram obra de meros homens. O espírito democrático a nortear a vida em sociedade impunha que as leis em extremo cruéis, como as de Drácon, deveriam ser revogadas por um novo arconte eleito pela assembleia (PALMA, 2011. p.163).

O ideal coletivo na época de Atenas era tão forte, que a simples projeção de uma sociedade sem leis já passou a causar estranheza nos membros da população. É o caso do filósofo Aristóteles comparando Atenas à comunidade cretense:

A dispensa da prestação de contas e a perpetuidade são prerrogativas muito acima de seus méritos. A falta de leis que possam servir-lhes de regra para julgar o caráter arbitrário de seus julgamentos não dá nenhuma segurança aos réus (ARISTÓTELES *apud* PALMA, 2011 p. 296).

É interessante Aristóteles insinuando-se sobre uma segurança jurídica existente na figura das leis. Na comunidade ateniense a importância legislativa parecia se desenvolver de tal forma que os cidadãos começaram a temer o fato de não estarem protegidos por uma norma jurídica.

Tal sensação de proteção não poderá advir de pequenos símbolos escritos num papel. Essa segurança jurídica que as normas estabelecidas traziam vinham pelo fato de que todo o ordenamento sistemático existente parecia espelhar a sociedade ateniense de tal forma que todos os cidadãos tinham a absoluta certeza de que as leis atenderiam o interesse da pólis.

Pode-se ver uma preocupação com a representação universal das leis na própria legislação ateniense a qual, desconsiderando o direito antigo, dá voz ao a sistemática jurídica:

| As autoridades não têm permissão para usar uma lei não escrita, em caso algum. Nenhum decreto do conselho ou da assembleia deve prevalecer sobre uma lei. Não é permitido fazer uma lei para um indivíduo se ela não se estender a todos os cidadãos atenienses e se

não for votada por seis mil pessoas, por voto secreto (ARNAOUTOUGLOU, Leis da Grécia Antiga *apud* PALMA, 2011 p. 104.).

O estímulo para a produção das leis ali, neste caso era, o fortalecimento da pólis, e conseqüentemente da democracia. Parecia-se entender – talvez pelo fato de todos os cidadãos terem voz – onde deveria se aplicar determinada norma, quais pontos seriam relevantes para atender a população ateniense e, é claro, de que maneira determinadas práticas más deviam ser proibidas.

Todas as normas tinham como base, é claro, a população ali existente. E como todos conheciam as particularidades de seus interesses e atividades, cada um podia estabelecer alguns instrumentos jurídicos para a efetividade dos direitos, isso, é claro, respeitando o direito de todos (PALMA, 2011).

É o que se pode perceber ao se examinar uma lei ateniense acerca das oliveiras:

| Quem quer que despoje uma oliveira em atenas, não sendo por algum propósito religioso do povo ateniense ou de seus demos, ou para uso próprio até o limite de duas por ano, ou com vista a atender as necessidades de uma pessoa falecida, será devedor ao tesouro de cem dracmas por cada oliveira, e um décimo dessa quantia caberá à deusa. Também deverá pagar cem dracmas por cada oliveira ao denunciante. E as acusações relativas a esta matéria serão levadas aos arcontes, de acordo com a instância pertinente. E o denunciante deverá pagar os emolumentos que lhe correspondem. E quando uma pessoa for considerada culpada, os magistrados aos quais foi levada a questão devem informar por escrito aos coletores (práktōres) o montante devido ao tesouro público e o devido ao tesouro da deusa. Se não fizerem, sobre eles recairá o débito (ARNAOUTOUGLOU, Ilias. *apud* PALMA, p. 40).

É uma norma com um caráter ambiental. Porém não é só isso. Olhando bem ao âmago da lei podemos perceber que a interferência de várias classes de pessoas existentes na comunidade ateniense.

Nesse íterim, entram os menos afortunados que se preocupam com o caráter de subsistência do fruto da oliveira, limitados a usar até “duas por ano”. Parece haver também uma certa intervenção sacerdotal, pondo desde logo a salvo o uso da árvore para “propósitos religiosos”. Por fim destaca-se a intensão comercial de

proteção as árvores. A oliveira é uma das árvores que se sustentam em solos pouco férteis e nessa época o azeite era um insumo de grande valia para a troca.

De uma forma ou de outra essa tal democracia começou a destacar Atenas no mundo antigo. Assim tendo em mente que a população grega crescia o povo grego ao redor tomava povos como os atenienses como um exemplo de sucesso político a ser seguido (PALMA, 2011).

É nesse sentido a fala de Rodrigo Freitas Palma ao afirmar que:

No campo da política, Atenas foi a responsável imediata por ter presenteado o mundo com o germe da democracia. O legado de pensadores gregos da estirpe de Sócrates, Platão e Aristóteles se tornaram, por assim ser, a referência intelectual para as gerações vindouras. Nesse sentido, deve-se desde logo admitir que a inquietação pelo saber marcou profundamente o espírito dessa civilização. A busca apaixonada pelo conhecimento assinalou sobremaneira a orientação cultural da nação helênica (PALMA, 2011, p.147).

É nesse sentido que a sistemática da produção de leis universais se forma e a ideia de soberania da Pólis evolui junto com tal condição da norma jurídica. É calcada nesse fundamento que mais tarde se desenvolveria uma nova forma de se estabelecer a ordem social, a criação do Estado.

3.2 A participação popular na construção das leis

Roma, em sua era de ouro, exercia domínio sobre boa parte da Europa. Cerca de 60 milhões de pessoas(o que no início da Era Cristã era quase 20% da população mundial) viviam em regiões sob seu controle e a supremacia de seu império atravessou gerações (PALMA, 2011).

É fato a influência de toda a civilização romana sobre vários aspectos da humanidade no mundo contemporâneo. As formas de governo existentes hoje, por exemplo, a muito se deve as estruturas políticas criadas para manter a dominação longeva de todos os variados territórios conquistados por Roma (PALMA, 2011).

Dentro desse aspecto o legado jurídico deixado pelos romanos também possui elevada importância na perpetuação do controle. Sem uma rica estrutura jurídica, Roma não teria tido condições de passar por todas as eras as quais

compreendeu-se a Monarquia, a República e o Império, sem sucumbir a outros povos (PALMA, 2011).

Ter um “direito romano” era importante. Se tornaria a principal forma de reger todos os territórios que cedessem as conquistas, seria um direito que lidaria com várias populações e de todo modo precisava ter sucesso nessa empreitada, para isso este precisava ser forte, sistemático, universal e até dotado de certa originalidade

E era. Tal individualidade se dava principalmente pela forma com que a natureza jurídica crescia no seio da civilização romana. O direito era peculiar porque Roma também o era, afinal, não eram muitas as civilizações que foram capazes de ampliar o seu domínio de forma tão grandiosa e mantê-lo de modo tão eficaz como este povo latino (PALMA, 2011).

Se hoje há um sistema Romano-Germânico isso se deve ao fato desse conjunto de formas de pensar. A diversidade era o contexto daquela civilização e esta descobriu no direito a melhor maneira de organizar tal conjuntura, já que uma mistura dela poderia causar o caos em toda a civilização (PALMA, 2011).

No diapasão desse entendimento Rodrigo Freitas de Palma também compreende o fato de que:

Em Roma, pela primeira vez em toda a longa história da humanidade, a apreciação *sui generis* do fenômeno jurídico passou a ser redimensionada por completo, assumindo progressivamente contornos ou ares científicos (PALMA, 2013, p.167).

A civilização romana antiga, como já dito pode ser dividida politicamente em três momentos: a Monarquia, no período arcaico; a República, no período clássico; E o Império, no período pós-clássico (CASTRO, 2013).

A cultura grega pode ser vista muito importante no desenvolvimento da região. Como já pudemos ver sobre a Grécia antiga a cultura grega valorizava a política, a estrutura de suas instituições demonstrava isso. Eram mais cosmopolitas, tinham uma visão de mundo com mais identidade, era uma cultura “inteligente” (PALMA, 2011).

Podemos deste modo dizer então que, entre toda a identidade cultural existente em cada um desses povos, não houve uma simples sobreposição de uma cultura sobre a outra mas sim uma osmose cultural. Desta forma a parte mais frágil da cultura de um povo se fundiu com o outro e instituições políticas fortes ganharam ainda mais importância conforme a sociedade se desenvolvia (PALMA, 2011).

Um exemplo de instituição que permaneceu central desde o primeiro momento político de Roma foi a família. Flávia Lages de Castro enxerga isso de forma muito concreta ao observar que:

A família era o centro de tudo, mesmo do Direito. Os cidadãos romanos eram vistos como membros de uma unidade familiar antes mesmo do que como indivíduos. Mesmo a segurança dos cidadãos dependia muito mais do grupo a que pertenciam do que do Estado (CASTRO, 2013, p.84).

As leis e o Direito romano abarcaram esta instituição de uma forma tal que estabeleceu, inclusive, preceitos morais familiares dentro da sociedade romana. Ser cidadão era ter virtude. Tal virtude estava intimamente ligada a sua estrutura social na família e em seus costumes. Tais costumes importantes eram chamados pelos romanos de “consuetudo” e mais frequentemente de “mores.”(CASTRO, 2013). Daí deu-se a criação do “Mores Maiorum” romano.

Em tradução literal, mores maiorum, significa “costumes dos ancestrais” e além de ter sido uma fonte específica do direito, tratava-se também como adjetivos obrigatórios ao “bom romano”(CASTRO, 2013). O “Mores Maiorum” representava o suporte fundamental e o modelo de viver comum a tradição dos romanos, tal regra de conduta valorizava em si mesmo a observância dos costumes dos antepassados (PEREIRA *apud* CASTRO, 2013, p.345).

A Lei das Doze Tábuas, importante codificação ocorrida no período arcaico do Direito romano trouxe muito dos “mores”. Tratava-se de uma legislação de regras costumeiras e algumas de tais leis morais se mostram na tradição romana desde esta época (CASTRO, 2013).

A título de exemplo tem-se a “Pietas”, que segundo Flávia Lages de Castro:

A Pietas era o item do Mores Maiorum que justificava o poder do Pater Famílias, visto que ela se define como um sentimento de obrigação para

com aqueles a quem o homem está ligado, seja pelo sangue, pela política, seja através do dever para com os deuses, a pátria e a família (CASTRO, 2013. p.87).

Alguns exemplos introduziam-se até no meio processual como a “Gravitas”, que “era uma das qualidades mais utilizadas para a defesa de um indivíduo no tribunal. Era usada no sentido de indicar que um homem era sério, compenetrado (CASTRO, 2013. p. 87).”

Por fim podemos citar também a Dignitas, a Honor e a Gloria, todas ligadas ao modo como cada cidadão era visto perante a sociedade. Novamente cita-se Flávia Lages de Castro, que aponta e explica tais qualidades:

a Dignitas - que é relacionada com dignidade e com o exercício de cargos públicos, a Honor -, reconhecimento público de mérito, e a Gloria - usada na Defesa de Sestio, como só sendo possível a homens de bem porque somente estes podem alcançar tal reconhecimento (CASTRO, 2013. p.87).

Diante disto podemos ver que a cultura familiar era muito forte e que mesmo na Pólis romana, “ser” cidadão, era carregar um fardo de muita relevância. Por entre todos os costumes conservadores, aparentemente, ter “boa fama” era uma virtude e ser enxergado pela sociedade como um romano íntegro era vital para todos.

Da osmose cultural advinda pela povoação dos vários povos da região do Lácio nasce a “Pólis” de Roma. Toma-se a liberdade de se pegar emprestado o termo – pólis - advindo da filosofia grega pelo fato de que as estruturas da ainda nova “cidade” seguiam basicamente os mesmos padrões dos helênicos tanto nas instituições como na ordem classista, além de influenciar também na pensamento filosófico e artístico romano (SUPERINTERESSANTE, 2016).

Na monarquia, a sociedade romana se dividia basicamente entre plebeus, clientes e patrícios, sendo esses últimos, a princípio, grandes proprietários de terra e líderes familiares. No que tange a ordem política, os “comícios curiais” e o “Senado”, representava instituições muito importantes, tendo em vista que ambos representavam a voz do povo perante a Realeza (PALMA, 2011).

Os comícios curiais eram assembleias populares que tinham como funções principais eleger os reis e votar questões legislativas. Eram divididas em tribos e tinham

participação em massa de todos os indivíduos romanos de classe, isso é, os escravos e plebeus ficavam de fora (CASTRO, 2013).

O Senado, por sua vez era uma ordem política com muito mais força. Formados principalmente por grandes pater famílias proprietários de terra, eram os que estavam mais perto do rei, de modo que aparentemente era função deles escolhê-lo e leva-lo para a aceitação formal popular nas cúrias. Eram considerados por si próprios como conselheiros do rei, o qual apesar de poder rejeitá-los, não poderia seguir uma Lei, por exemplo, sem antes fazer-lhes consulta (PALMA, 2011)

É interessante notar a preocupação dos romanos em não centralizar absolutamente um poder. O direito dos cidadãos ali era tamanho que isso se refletia até na legislação local, de modo que a posse (propriedade) de uma determinada terra por uma família, por exemplo, caracterizava o direito dessa áquele espaço por longas gerações (PALMA, 2011)

Rodrigo Freitas Pauma, em referência a Fustel de Coulanges em sua obra “A Cidade Antiga”, nesse sentido exemplifica:

Eis portanto uma porção de terra que, em nome da religião, tornou-se objeto de propriedade perpetua de cada família. A família tomou posse da terra colocando nela seus mortos, e fixando-se aí para sempre. O descendente vivo dessa família pode dizer legitimamente: essa terra é minha. E de tal modo lhe pertence que lhe é inseparável, e nem mesmo tem o direito de renunciar sua posse. O solo onde repousam os mortos converte-se em propriedade inalienável e imprescritível; a lei romana exige que, se uma família vender o campo onde está o seu túmulo, continue sua proprietária e conserve o direito de poder atravessar sempre o terreno, para nele cumprir as cerimônia de culto (Fustel de COULANGES *apud* PALMA, 2011, p. 184).

Não é a toa que pouco a pouco a realeza se tornou “odiosa” aos olhos dos Romanos. É quase ilógico, por exemplo, a ideia de um soberano compactuar com um forte exercício de propriedade como este demonstrado na Lei. Naquela época os plebeus já se viam menos beneficiados que os patrícios e clientes como classe – as rebeliões frequentes demonstravam isso - a figura de um rei só representaria mais um entrave a mobilidade social (PALMA, 2011).

É por isso que mais ou menos no séc., VI ac., ao Tarquinio, o soberbo, como rei de roma, tentar diminuir a representação da classe dos patrícios da época e

consequentemente o poder político do Senado e Cúrias, este foi deposto e considerado o último Rei de Roma onde instaurava-se, a partir daquele momento, uma República.

Atestando tal fato, Rodrigo Freitas Palma faz referência a Indro Montanelli. Este, ao representar o novo “momento romano”, indica uma lei, lei esta que parece de forma irônica destacar dois mundos, o povo e sua norma, trabalhando mutuamente em prol de um bem-estar social. Assim como deve ser. “E concedia-se a todos o direito de matar, até sem processo, quem tentasse proclamar-se rei” (Montanelli *apud* PALMA, 2011. p. 180).

3.3 Aspectos Jurídicos na República Romana

Mesmo após a queda de Tarquínio, a centralização do poder ainda preocupava os romanos. A cidade pouco a pouco se tornava mais militarizada e as várias disputas de territórios ocorridas nesta época faziam o poderio romano sobre as várias terras da região do Lácio crescer mais e mais.

Neste ínterim, trataram de criar um novo modelo político – na época ainda *sui generis* - na qual o poder executivo fosse dissipado “para as mãos de muitos, com mandatos curtos na maior parte dos casos, assim evitando que alguém pudesse ter um poder exacerbado nas mãos.”(CASTRO, 2013, p. 79.). Hoje conhecemos tal período como a República Romana.

Depois da queda da monarquia a política ficou por conta de magistrados eleitos, geralmente para um mandato de um ano. É interessante notar, porém, a permanência do Senado como instituição (CASTRO, 2013. p. 79.).

Conforme já foi falado, a maioria dos membros do Senado eram formados por grandes proprietários de terra de famílias poderosas da época. Pois foi justamente nesse período republicano que tal ordem política ganhou mais poder, deixando de lado a função meramente consultiva a que se dava no período monárquico e se introduzindo de vez como entidade-mor para a execução e julgamento da ordem jurídico-política de Roma (PALMA, 2011).

No entanto, a plebe continuava a ser mínima na política romana. O Senado, basicamente dominado por patrícios, não permitia ao povo o estudo das leis que se concentravam sempre nas mãos daqueles que eram mais “capazes de aplica-las”. Desse modo, essa elite, considerados “detentores do monopólio de interpretação normativa, não raro justificavam suas posições evocando como pretexto ‘costumes imemoriais’ ”(PALMA, 2011, p.187).

No período romano antigo a “Lei” tinha um significado muito mais amplo do que aquele o qual nos utilizamos contemporaneamente. O vocábulo *Lex*, àquela época, evocava muito mais um sentido de “deliberação de vontade com efeitos obrigatórios”(CASTRO, 2013, p. 89.).

Podemos alocar a *Lex*, desse modo, a um patamar de regra de conduta. Estas, no entanto deveriam vir precedidas de um caráter político e serviriam como expressões jurídicas que poderiam ter como fontes os fatos ocorridos entre as mais diversas classes sociais em Roma, um desses exemplos é a chamada Lei das XII Tábuas, codificação realizada ainda no período arcaico, “como resposta às revoltas da Plebe”(CASTRO, 2013, p. 84.)

Tal legislação representou a expressão do direito de uma classe, e apesar de representar uma codificação de regras costumeiras que rapidamente se tornariam antiquadas, principalmente com a evolução da República, desde já demonstravam a força popular na constituição de uma norma (CASTRO, 2013).

Nesse aspecto, assim ilustra Rodrigo Freitas Palma sobre a mudança de panorama social e político em Roma, após a supracitada codificação:

Sua importância tornou-se incontestável a partir da verificação de que o mencionado corpo de leis reflete uma das primeiras iniciativas no sentido de reduzir à forma escrita todo o Direito preexistente, fazendo com que este passasse a ser de conhecimento público.[...] A Lei das Doze Tábuas se perderam em meio à guerra contra os gauleses[...]Todavia, as leis já estavam tão inculcadas na memória coletiva popular que os escritores latinos não tiveram muita dificuldade para recompor seu conteúdo[...]Mais tarde, já na época de Justiniano, a lembrança das Doze Tábuas continuava tão viva no imaginário romano que se tornou uma das fontes primordiais à consolidação de leis posteriormente chamada de *Corpus Juris Civilis*.(PALMA, 2011, p. 189).

O poder da plebe na política se mostrava mais e mais e isso foi fato decisivo para a mudança de pensamento político na história romana. A partir deste momento o Senado romano começa a ceder ao apelo popular e o povo passa a ter mais direitos de influenciar na política do que até então (PALMA, 2011).

Curiosamente, o modo como faziam isso passou a ser não mais pelo uso da força mas sim através das Leis.

O Tribuno da Plebe, parece ser uma das primeiras instituições romanas ligada exclusivamente ao acesso da Plebe a política local. Tratava-se de indivíduos responsáveis por proteger a plebe contra decisões de magistrados, convocar, quando preciso fosse, os membros do senado e vetar as ações dos magistrados e do Senado que fossem prejudiciais a classe popular (MENEZES, 2012).

Porém, os magistrados do Tribunato da Plebe por si só não instituíam uma democracia entre a sociedade romana. Diz-se assim pelo fato destes serem próximos demais do Senado. Somente plebeus podiam ser tribunos. Dessa forma as ambições de vários deles eram mais voltados ao fato de poder estar mais perto da estrutura senatorial o que acabava pondo a maioria de suas ações harmonicamente a mercê das intenções dos membros do Senado (MENEZES, 2012).

Contudo, as intervenções da plebe, o povo, na política local seria cada vez mais reconhecida. A questão agrária de Roma ainda perturbava muito dos plebeus. A conquista dos territórios romanos crescia a ritmos violentos. Seu exército e sua estratégia bélica eram os grandes responsáveis (PALMA, 2011).

Muitas dos plebeus, ao chegar a época de grandes campanhas militares eram obrigados a deixar suas terras para travar as guerras de conquista. Nesse interregno sua terra parada gerava dívidas de propriedade e ao voltarem das batalhas (quando voltavam) eram obrigados a se escravizar ou a entregar suas terras para pagar os encargos contraídos (PALMA,2011).

Numa de suas revoltas agrárias a plebe ameaçava deixar a Cidade de Roma. No meio dessa crise civil, o ditador Quinto Hortêncio, propôs a Lei conhecida como “Lex Hortensia” a qual conferia aos plebiscitos, decisões votadas pela Plebe, força de lei, oposta *erga omnes* para todo o povo Romano e não só a plebe (PALMA, 2011).

Pode-se ver neste momento o uso da legislação ligado intimamente ao povo. A força de lei, garantida pela “Lex Hortensia”, às intenções populares tinham um caráter vinculativo realmente grande, o que primariamente aliviou as tensões que existiam entre patrícios e plebeus (PALMA, 2011).

A Lei, nesse contexto, era sinônimo de força. Os costumes ancestrais ainda eram respeitados mas o cotidiano cívico de Roma se transformava tanto que já era impossível conduzir a política local somente com o reconhecimento do poder de antigas instituições (PALMA, 2011)

A partir deste momento as leis de Roma não mais representavam somente as tradições, mas ganhavam um caráter adaptativo o que seria de grande valor para uma cultura que via-se cada vez mais em contato com outros povos.

O crescimento de Roma representou também o crescimento de seu “Direito”. Nesse caso, usa-se a palavra em sentido amplo, não somente indicando o aumento da legislação em si mas também os novos institutos que nasciam na sociedade romana, o que também abriria espaço para o surgimento de novos personagens com papéis jurídicos na política, além das instituições já vigentes (PALMA, 2011).

Como representação desses institutos tem-se o chamado “Status Civitatis”, a cidadania romana. O termo já vinha crescendo desde a época da República no seio político. A representatividade popular conquistada pelos plebeus a qual garantiu aos mesmos participação na construção da ordem jurídica local também repercutiu na esfera política (CASTRO, 2013).

Ser cidadão em Roma “era condição imprescindível para a capacidade jurídica plena” e essa capacidade jurídica era a aptidão do indivíduo para ser sujeito de direitos e obrigações” (CASTRO, 2013, p. 95). O cidadão romano era fruto de um direito que valorizava a política e pouco a pouco enxergava a participação do povo para a formulação de legislações que prezassem pela ordem política da cidade.

Nesse panorama histórico pode-se ver que o direito romano já não era próprio apenas de uma classe política mas sim de todos os cidadãos a que este tinha alcance. Os romanos já reconheciam seus direitos e logo no Império já decrescia a validade do

Senado para o controle político. A partir deste momento toda a Lei ou decisão política necessitaria de ser acompanhada pela chancela do apoio popular:

Nessa fase da crise da República ocorre também um aumento da influência da plebe urbana, inclusive dos cidadãos mais pobres e desfavorecidos. No século I a.C. não é difícil assistir à votação de uma lei sob ameaça de homens armados de bastões. A massa urbana de Roma no século I a.C. é composta, em boa parte, por novos cidadãos desenraizados e proletarizados, e por libertos que acabaram de receber a cidadania[...] Ela encontrou formas de se expressar de forma eficaz, mas não oficial, participando das manifestações nas ruas e praças (CORASSIN, 2006, p. 284).

A essa altura do campeonato o poder econômico dos patrícios não mais lhes garantiam total influência nas decisões políticas tomadas. Nisto os olhos da elite passaram a se voltar para o povo e o poderio que o reconhecimento dos direitos dava a estes (SCOPACASA, 2018).

Não se faz aqui alusão a uma luta de classes em que existia rivalidade entre uns contra os outros. Apenas se tratava de dois grupos com interesses distintos que buscavam a melhor forma de garantir a segurança jurídica e política de um Império. Afinal, as Leis passaram a ter base popular e a instabilidade dos anseios populares, a partir deste momento, representaria também a desordem de todo o Direito (SCOPACASA, 2018).

Cícero, em seus inscritos, ilustra esta preocupação da elite com a opinião pública, apresentando um panorama de instabilidade popular na tomada de decisões:

Pois qual mar, qual Euripus, você acha que seja tão suscetível a agitações grandes e numerosas como as assembleias o são. O intervalo de um dia – de uma só noite – já frequentemente lança tudo em confusão. As vezes a mais ligeira brisa de um rumor já basta para mudar a opinião das pessoas. Comumente são tomadas certas decisões com aspectos totalmente diferentes do que havia sido expressado até então, de modo que, as vezes, o povo até se espanta com o que foi feito, como se não tivesse sido ele próprio que o fizera [tradução nossa](SCOPACASA, 2018).

Essa novo alcance da cidadania colaborou para a difusão do Direito Romano por toda a região, o que favoreceu para o surgimento de modos diferentes de aplicação deste direito. Faz-se tal afirmação pois no início da era cristã do Império Roma já

ocupava boa parte da Europa Antiga e vários territórios africanos e o Senado romano - expressão política da época - era um só (SCOPACASA, 2018).

Desse modo, não haveria a possibilidade de aplicação de um mesmo tipo de legislação para todo o território. Um indivíduo que morava na capital de Roma estava em um contexto diferente daquele que provinha de território africano mas que também era romano.

Além do mais, com o advento do Édito de Caracala - legislação do período imperial de Roma a qual estendeu a cidadania a todos os indivíduos que viviam em território romano – o conceito de cidadania se expandiu e partir daí se distribuiu também os privilégios concedidos pela lei (GALLO, 2008).

Posteriormente, Justiniano, Imperador Romano Bizantino, já no início da era cristã, iria organizar toda a legislação Romana na construção do *Corpus Juris Civilis* e dentre elas consideraria todo o corpo jurisprudencial produzido pelos Jurisconsultos os quais traziam em seu bojo não só a tradição romana como Lei maior, mas também o cotidiano factual de todos os povos dominados (PALMA, 2011).

Pode-se dizer atualmente que tal fórmula adaptativa de aplicação da lei conquistou mais povos do que a própria Roma. Afinal, o Império teve seu fim mas seu Direito permaneceu e permanece no âmago das mais desenvolvidas legislações até o dia de hoje.

4 O PENSAMENTO JURÍDICO DAS LEIS E A TEORIA DA NORMA

Dentro de uma perspectiva filosófica, pode-se dizer que viver em sociedade traduz-se em uma experiência normativa. Esse modo analítico de ver o cotidiano social permite que se forme o entendimento de que existem variadas classes de normas e regras de conduta que regem a nossa vida mesmo que não se tenha total percepção disso (BOBBIO, 2005).

Dessa forma um indivíduo que mantém relações sociais certamente terá contato com muitos tipos de normas: as que prestam-se a manter a ordem política da sociedade, outras de ordem religiosa, ou outras de cunho moral, ou ainda algumas regras de conduta de boas maneiras as quais se prestam a melhorar o convívio entre pessoas.

Todas essas formas normativas, no entanto, possuem algo em comum, uma finalidade. Qual seja, de maior ou menor importância, ajustam-se mutuamente de forma a que cada uma cumpra o seu objetivo sem atrapalhar a outra, dando a todo o homem, segurança de vida e bem estar nas relações sociais.

Dessa forma, pode-se dizer que “a história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucede, se sobrepõem se contrapõem, [e] se integram” (BOBBIO, 2005, p. 63).

Dentro dessas várias formas, porém, existe ainda a normatividade jurídica.

A norma jurídica será aquela que cuidará da ordem concreta e positiva do meio social. Ela terá um papel de construir a estrutura organizada de um ordenamento jurídico, sendo que as normas advindas deste, tomarão forma de regras institucionalizadas postas diretamente pelo estado e que vinculam a toda sociedade na formação de um Estado de Direito.

4.1 Características do Ordenamento Jurídico

A Lei é uma das formas de expressão do Direito. O Direito por sua vez é composto de normas jurídicas, as quais podem ser de várias formas e tratar de

variados aspectos sociais. Estas normas são aquelas específicas consideradas tão importantes que precisariam integrar-se e fazer parte de um sistema ordenado. Juntamente com regras de conduta válidas, aquelas deveriam reger determinada sociedade, a qual agiria de acordo, portanto, com este 'ordenamento jurídico'.

Quando se fala sobre ordenamento jurídico tem-se em mente um conjunto de normas jurídicas responsáveis por manter a ordem em um determinado contexto social. Para este sistema ser funcional no entanto, precisa que suas normas trabalhem em conjunto para trazer a tona certas características que tornem toda a estrutura jurídica firme.

Norberto Bobbio, afirma que todo o ordenamento jurídico composto de muitas normas passa por problemas estruturais que caso não resolvidos podem tornar todo o sistema instável e em constante declínio. Estes problemas são relativos a unidade, a coerência e a completude que devem existir no ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995).

A *unidade* pressupõe a existência de várias normas vindas de variadas fontes. Tais fontes do direito são aquelas que criam e fazem nascer um novo elemento jurídico a ser implementado no ordenamento. Ocorre que essas fontes cada uma possui uma hierarquia dentro da norma jurídica, que pode ser superior ou inferior a outra (BOBBIO, 1995).

Para manter a unidade de todo esse complexo de normas seria necessário existir uma limitação interna de modo a manter cada uma das fontes submetida a uma fonte jurídica una, a qual seria a base para a formação de todas as outras. Dessa forma, seguindo o caminho de uma hierarquia jurídica no ordenamento, ao final teríamos uma norma fundamental dotada de um valor tal que justificaria toda a expressão jurídica abaixo dela, que deveriam seguir a unicidade do valor primário para ser legítima (BOBBIO, 1995).

O problema da *coerência* se forma ao visualizar-se o ordenamento jurídico como uma "unidade sistemática". Tomando como base de que o sistema é uma totalidade ordenada, ou seja um conjunto de elementos em ordem, há de se preocupar de que cada partícula deste sistema esteja em total congruência com o todo, assim como também cada uma consigo mesmo, afinal "para que se possa falar

de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si” (BOBBIO, 1995, p.71).

Assim como na unidade, a coerência se preocupa com a existência de um elemento base. Essa base, porém, nesse caso, serviria não para atribuir um aspecto valorativo a norma (como supracitado) mas cuidaria para definir a compatibilidade entre cada uma das normas de modo a justificar a validade da estrutura formada e evitar eventuais antinomias dentro de um sistema jurídico.

Por fim além do ordenamento ter unidade e coerência é necessário que este também tenha *completude*. Este aspecto é factual. Ou seja, ligado ao cotidiano das relações sociais e a aplicação das normas jurídicas do ordenamento dentro desse meio. “Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso” (BOBBIO, 1995, p.115).

Nesse aspecto tem-se o problema das lacunas no direito. Estas se dão na medida em que uma norma jurídica não consegue atingir a realidade social de uma forma satisfatória. Geralmente esse aspecto fomenta a produção de mais normas jurídicas a fim de que o direito alcance a completude em sua incidência. Essa mobilidade é justamente o que permite que o direito mude de modo que não se exima de sua função de garantir a ordem.

A partir deste fato pode-se começar entender o Direito e conseqüentemente a Lei como inserido dentro de um contexto que gira em torno de três critérios durante toda a sua formação. Um critério valorativo, admitido na relação do Direito e da Lei com a “ideia” do Justo; outro critério factual, que relaciona os dois elementos trazendo a tona a realidade social em que estão inseridos; e por último um critério formal, na qual o Direito e principalmente a Lei possui uma função positiva e objetiva.

4.2 A Lei e sua Evolução no Pensamento Jurídico Antigo e Contemporâneo

4.2.1 A Escola Jusnaturalista e o Critério Valorativo da Lei

De Sócrates a Aristóteles, a Lei era vista como um instrumento para alcançar a justiça e o bem comum. Esses valores tidos como ideais eram reflexo do apego metafísico existente nos tempos antigos em que os sentimentos humanos e os acontecimentos da natureza eram traduzidos como tendo alguma relação com o divino (BETIOLI, 2013).

O Divino, aliás, representou um papel muito importante no começo dos tempos para estabelecer as regras de conduta comum entre o povo. Os fenômenos naturais, por exemplo, eram vistos como manifestações dos deuses, que em si mesmos representavam a perfeição existente naquilo que era transcendental.

Dessa forma, os elementos platônicos de um mundo ideal começam a vir a tona e podem ser utilizados para explicar o fenômeno chamado de direito natural, o qual justifica-se por estabelecer a existência de uma Lei também natural, que é “imutável em seus primeiros princípios” (DINIZ, 2013, p.52).

No início, conforme vê-se, o justo, bom e perfeito, eram conceitos reservados unicamente ao divino o que punha os homens em uma situação de subordinação perante a suas leis. É por isso que é difícil desvencilhar o Direito da Religião nos tempos primitivos já que uma era tida como a outra na amálgama da misteriosa experiência social existente no mundo antigo, tempo em que nem esses próprios conceitos eram conhecidos pelo homem.

De qualquer maneira é possível constatar que o Direito naquele momento se preocupava não só com a relações do homem com o divino mas também cuidava da relação do homem com seus semelhantes. Afinal, se as Leis cuidassem unicamente da relação do homem com Deus tratariam de ser manifestações unicamente religiosas e não efetivamente jurídicas o que permitiria a separação de Direito e Religião.

Assim, toma-se a exemplo, o período bíblico em que se instituiu os ‘Dez Mandamentos’, do povo israelita. Nessa primitiva codificação tem-se a primeira Lei: “Não terás outros deuses diante de mim” (Bíblia Sagrada).

É uma Lei com cunho unicamente religioso. Cuida da relação do homem com o divino. Não se tem aqui qualquer menção a relação social. Somente cuida de reforçar a subordinação do homem ao ser o qual acredita. Porém indo mais adiante nos mandamentos tem-se, da sexta à nona Lei, os seguintes imperativos: “Não matarás. Não adulterarás. Não furtarás. Não darás falso testemunho contra o teu próximo” (Bíblia Sagrada).

Tem-se aqui outra expressão dos mandamentos israelitas, uma expressão humanista. Aqui, inicia-se outra parte da codificação, dedicada ao tratamento do homem com o homem, ou melhor dizendo, das relações sociais existentes entre eles. Quando tais leis dizem: não mate ou não minta, estão cuidando do bem-estar do povo, prezando pela paz social, ou seja, estão legislando especificamente para regular relações humanas.

Aqui vemos uma troca de panorama. O exemplo dado pelos Dez Mandamentos, serve apenas para identificar que existia, mesmo antigamente, duas formas de expressão daquilo que era transcendental. Uma era essencialmente ligada ao divino, e posteriormente evoluiria para o conceito de religião, a outra era ligada diretamente as relações entre os homens e pouco a pouco evoluiria para o conceito de moral.

Seguindo o caminho da moral, á sua época, Sócrates foi o responsável por estender a filosofia basicamente para a estrutura da moral humana. O interior do homem, seria o palco para a estruturação da reflexão sobre seu desempenho social. A partir daqui todo o estudo do homem se concentraria na base da sua alma, ao fazer isso, “Sócrates promoveu a guinada para o interior do homem no âmbito da reflexão sobre o comportamento e a normatividade (COELHO, 2012).

Para Aristóteles o homem justo é aquele que tem virtudes. Esta vem através do exercício da razão, que aqui podemos ter como a “sensatez”. Essa forma de pensar liga-se principalmente a moralidade existente em cada indivíduo e acaba que

“redescobre-se o homem como autor do mundo, como criador da ordem e de si mesmo, no exercício da razão prática” (COELHO, 2012, p. 23).

Agir moralmente é exercer suas virtudes, o que por si só promoveria a Justiça. Dessa forma, Aristóteles põe que:

Todas as virtudes éticas são formas de justiça, e a justiça está em questão em todo agir. À medida que a sensatez orienta todo agir verdadeiro, o exercício da sensatez é sempre uma forma de realização da justiça – especialmente da justiça como equidade que realça o caráter sempre situado, sempre circunstancial, de toda decisão prática, e a imperiosidade de sua adequação e contemporaneidade (COELHO, 2012, p. 27).

Pode-se visualizar, assim que o Direito, seguindo, tal pensamento possui um caráter que valoriza a Justiça como um dos aspectos a ser observado na sua formação.

Em diapasão a esse pensamento, Maria Helena Diniz, aduz:

Deveras, os primeiros princípios da moralidade correspondem ao que há de permanente e universal na natureza humana, por isso perceptíveis, de imediato, pela razão comum da generalidade dos homens, independente da sua cultura e civilização. Abrangem tais princípios os deveres dos homens para consigo mesmos[...]O princípio fundamental é o “bem deve ser feito” e portanto, o mal evitado. O homem há de querer o bem pela sua vontade, que é iluminada pela razão (DINIZ, 2013, p.53).

De acordo com esse pensamento tem-se que a Lei nesse contexto seguiria uma fonte unicamente valorativa. A Lei gerada através da racionalidade seria aquela que preza por alcançar um ideal transcendental, qual seja, a busca pela Justiça.

Seguindo o raciocínio, Bobbio, remetendo-se a Hans Kelsen explica a existência de um sistema no qual as Leis estariam ligadas umas as outras por seu conteúdo, chamado de “sistema estático”. Sendo mais claro, no sistema estático o conjunto de normas estaria ligado a uma “ideia maior”, que pode ser traduzida como a Lei fundamental na qual todas as outras se baseiam na sua construção (BOBBIO, 1995).

Nesse caso, tal Lei representa um poder, ou melhor, um domínio sobre o comportamento humano. Para ter tamanha autoridade, essa norma primária teria de

se materializar como perfeita, imutável, e é provavelmente por isso que primariamente tal autoridade era atribuída ao divino, aos deuses. A materialização da perfeição.

Posteriormente, no entanto, com a humanização do pensamento filosófico. Tem-se a transferência dessa autoridade para a moral. Num estágio também inicial visualiza-se a existência de um conceito transcendental mais ligado ao homem, que nesse estado, poderia – agora um pouco mais afastado dos deuses – agir ativamente para a construção de uma sociedade moldada de acordo com a justiça.

A Justiça, por si só, já representa um conceito abstrato, é um ideal mais ligado a um fim a ser alcançado do que algo que possa a ser praticado. Aqui conserva-se a ideia do “dever ser”, no qual se firma um juízo de valor perante um objeto a ser considerado. Nesse pensamento, aquilo que a sociedade é (ser) deverá ser trabalhado para que se atinja aquilo que ela efetivamente deve ser (dever ser) (BETIOLI, 2013).

No caso da Lei, este juízo de valor representaria aquilo que traz inspiração a criação normativa. A Justiça seria o “dever ser”, o valor que “deve” ser perseguido. Há um caráter de obrigatoriedade conferido ao valor que se quer preservar ou efetivar, e, por isso, da tomada de posição axiológica resulta a “normatividade”, ou seja pautas obrigatórias de comportamento.

A Justiça, então, nesse caso, pauta-se na reminiscência do direito natural no mundo jurídico. Para Norberto Bobbio, a norma jurídica possui uma finalidade ao entrar no ordenamento. Na Lei, trata-se de uma tentativa de se fazer uma correspondência formal entre o que é real e o que é ideal. Dessa forma o autor assevera:

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. Não tocamos aqui na questão se existe um ideal de bem comum idêntico para todos os tempos e para todos os lugares. Para nós, basta constatar que todo ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir sobre o fato de que estes fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra (BOBBIO, 2005, p. 46).

Bobbio põe a Justiça como um dos critérios de valoração da norma jurídica. E seguindo todo o pensamento exposto até então pode-se dizer que a evolução deste conceito ideal foi o que deu a Lei o seu caráter material, tão importante nos dias de hoje. Afinal, a *unidade* no ordenamento jurídico vem do respeito que se têm pelos valores humanos primários (BOBBIO, 2005).

Posteriormente, essa forma natural de pensar o Direito influenciaria o pensamento constitucionalista da época que acabaria pondo as cartas constitucionais como Lei Maior como a representação de preceitos naturais que representariam a Justiça e os direitos fundamentais do homem.

Como é o caso do conceito de Dignidade da Pessoa Humana. Uma máxima tão respeitado nos dias de hoje, formalmente normatizado, mas com características tão ideais quanto o conceito de Justiça, o que acaba por estender a amplitude do seu alcance a todos os indivíduos e serve como base ideal para o legislador na construção de Leis calcadas num objeto real, afim de que se possa atingir aquilo que é ideal.

4.2.2 As Leis e o Realismo Jurídico

Há uma relação muito grande entre o fato e o direito. Desde a época dos romanos já se tinha em mente que este nascia daquele. A máxima “*ex facto oritur jus*”(O Direito Nasce dos Fatos), já nos traz uma idéia de que aquilo que acontecia na sociedade, as chamadas relações sociais, tinham íntima influência com aquilo que o povo tinha como legislação (BETIOLI, 2013).

O fato, porém, que se trata aqui é aquele pois que possui relevância jurídica, não é mera manifestação fenomenológica da realidade ou do mundo exterior.

O fato jurídico ganha peso, na construção de uma Lei, justamente pois vêm em conjunto com uma valoração, afinal as Leis jurídicas” assinalam sempre uma tomada de posição valorativa do homem perante o fato, culminando no reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento (BETIOLI, 2013).

Portanto, desde já, pode-se considerar um segundo critério de valoração na construção de uma norma jurídica, o fato jurídico, tomado como sendo “todo o acontecimento natural ou humano, que por corresponder ao modelo configurado pela norma jurídica implica consequências de direito” (BETIOLI, 2013, p.319).

Essas consequências foram sentidas já na Roma Antiga. Conforme foi visto, desde sempre Roma tinha uma tradição moral muito relevante ligada aos antepassados. As ideias de virtude que tem-se em Aristóteles, por exemplo advinham de uma intensa cultura experimentada por ele ligada a moral, que posteriormente será manifestada nos seus próprios estudos de formação do conceito de Ética.

Podemos raciocinar que desde sempre, ligados aos ideais morais de Justiça, os romanos não tiveram problemas em construir uma infinidade de conceitos normativos jurídicos, para aplicação prática. A experiência vivida em sociedade pedia leis que se adequassem ao tipo de relações sociais que ali estavam acontecendo, os fatos.

A partir desde momento, convenientemente, os conceitos práticos utilizados pelo direito romano nas suas Leis traziam em seu bojo valores morais que acompanhavam a sociedade tradicionalmente. O que permitia a melhor aceitação de uma conduta imposta pelo Estado, visto que tais normas não tinham só um motivo prático para estar ali, mas também um motivo moral. Isso obtinha uma melhor compreensão dos indivíduos pois tinham em mente que ao obedecer a lei, estavam colaborando para a Justiça.

Bobbio (2005) em sua explicação sobre os critérios de valoração da norma põe em pauta um movimento que despontou no século XIX, cunhado como realismo jurídico. Não se trata de um só seguimento de estudo, mas de um a forma de pensar que deu origem a variados pensamentos que levavam em conta a experiência social para a construção normativa.

Para Bobbio a principal forma de pensar do realismo punha que:

o direito não se deduz dos princípios racionais, mas é um fenômeno histórico e social que nasce espontaneamente do povo: o seu fundamento é, para usar uma expressão que se tornou famosa, não a natureza universal, mas o espírito do povo (Volksgeist), daí a consequência de

existirem tantos direitos diversos quanto diversos são os povos com suas inúmeras características e em suas várias fases de desenvolvimento (BOBBIO, 2005, p. 63).

Essa perspectiva diferenciada do direito entra na medida em que cresce o sentimento jurídico popular. Em Roma a força do povo, foi despontando a medida em que os grandes aristocratas e o Senado tinha a necessidade de estarem continuamente recebendo apoio dos indivíduos de classe mais baixas, para a construção de suas leis conforme foi visto.

A partir deste momento a Lei passou a corresponder mais com a realidade política, jurídica e social dos romanos. E o direito romano pouco a pouco foi adquirindo uma identidade própria. A Lei, calcada na realidade social, ganhava a face do povo. A sigla da república romana muito bem traduz toda essa situação ao por junto os dois principais pilares de Roma, “SPQR” (*Senatus Populusque Romanus* – O Senado e o Povo Romano).

Assim, observa-se que os fenômenos factuais do cotidiano do homem passam a ser considerados como fonte primária do direito, “isto porque ele surge imediatamente da sociedade e é a expressão genuína do sentimento jurídico popular em confronto com o direito imposto pela vontade do grupo dominante” (BOBBIO, 2005. p. 64).

Em corolário, as definições do realismo, Maria Helena Diniz, explica:

O realismo jurídico abrange as correntes jusfilosóficas de ordem metafísica ou ideológica, negando todo fundamento absoluto à ideia do direito, considerando tão somente a realidade jurídica, isto é, o direito efetivamente existente ou os fatos sociais e históricos que lhe deram origem (DINIZ, 2013, p.91).

O exemplo prático de Roma, porém, nos parece muito mais completo do que aquele que nos apresenta a teoria das escolas do realismo jurídico puro, firmados unicamente na realidade fática para a construção jurídica. Diz-se assim, pois conforme dito, Roma tinha um histórico cultural de respeito a moral muito forte, a moral é um conceito ideal, pois tem haver com valores.

Dessa forma pode-se dizer que as Leis de Roma tentavam ser justas, segundo a moral, mas também eficazes, visto que levavam em conta a realidade social e tinham o objetivo de dar segurança jurídica a todo o povo, e também, é claro as suas autoridades.

Dentro desse aspectos, chega-se justamente ao mesmo ponto que Bobbio chegou nos seus estudos sobre a teoria da norma. A questão da eficácia da Lei. Por qual motivo uma lei é considerada eficaz e a outra não? Teria alguma fórmula mágica que faria uma norma capaz de cair nas graças do povo?

A questão valorativa da Justiça é bem mais fácil de ser visualizada numa norma jurídica. Se ela atender aos princípios e valores morais da sociedade, tem-se uma lei considerada justa, se ela desrespeitar o ideal fundamental naturalmente será repulsiva a natureza humana. É o exemplo da escravidão, que em toda a história foi vista como um castigo desumano, pois desrespeitava a integridade física e moral(dignidade) do homem (BOBBIO, 2005).

Então por qual motivo, por exemplo, o escravismo era tão tolerado no mundo antigo? Por que era eficaz. É estranho pensar desse modo, mas para a realidade daquela época, a escravidão era congruente com a política local e a economia girava basicamente em torno de escravos, o que apesar de injusto era necessário.

Seguindo ainda o exemplo de Roma, apesar dos esforços para o mantimento da legislação em total acordo com o regime escravista, gradualmente este foi perdendo espaço na sociedade romana. A exemplo temos, a plebe clamando pelo fim da escravidão por dívidas, uma ação que gerou leis, baseadas tanto na injustiça (valor) praticada contra a plebe como também na ingerência da nova realidade (fato) da força popular.

Ainda com Bobbio, temos a eficácia como um elemento representativo da ordem social. Basicamente ela será a medida que indicará se uma Lei funciona ou não funciona no meio social.

Nesse sentido Norberto Bobbio assevera:

O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos

pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida (BOBBIO, 2005, p. 47).

Trata-se de uma verdade. São muitas as Leis existentes no mundo jurídico as quais são formalmente aptas a produzir efeito, mas que não atingem o objetivo concreto para que foram feitas. Assim como existem várias normas fundamentalmente justas, que não são eficazes, no sentido de que, quando se tornam Leis vê-se que não são viáveis a atingir objetivo proposto, mesmo que esse seja justo.

Bobbio ainda confirma a existência de alguns tipos de “níveis” de eficácia. Esses são ilustrados pela existência de normas, as quais: são seguidas espontaneamente de modo universal (muito eficazes), são seguidas mas somente mediante coação (pouco eficazes), não são seguidas mesmo mediante coação(ineficazes) e outras que são violadas (muito ineficazes) (BOBBIO, 2005).

Seguindo a consideração de norma jurídica como Lei, pode-se pensar que a norma mais eficaz é aquela que se adequa perfeitamente a sociedade que representa enquanto, do contrário, a norma mais ineficaz é aquela a qual é tão fora da realidade da sociedade em que está que chega ao ponto de não ser considerada. Afinal, (conforme já dito) se não existe motivo para uma norma, esta já não existe.

Neste aspecto pode-se perceber que se uma norma não existe - formal ou materialmente falando – o objeto a que ela se propôs a tutelar continua sem segurança jurídica.

Nesse aspecto, ainda em Bobbio, percebemos o acometimento de mais uma das estruturas que devem existir no ordenamento jurídico, a completude. Em diapasão do plano sociológico em que se encontra o realismo jurídico e sua valorização da experiência, Bobbio também explica que o Direito “precisa” ter soluções para todos os conflitos sociais que existirem.

Segundo o autor:

Em outras palavras, um ordenamento jurídico é completo quando um juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe

apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema (BOBBIO, 1995, p.115).

Essas soluções são encontradas nas Leis. As normas que Norberto Bobbio põe como responsáveis pela regulação dos conflitos existentes dentro de cada caso concreto são normas jurídicas. E para essas normas serem consideradas saudáveis elas devem ter uma relação de completude com a sociedade, assim como uma relação de coerência com o próprio ordenamento jurídico interno.

A partir daqui temos outro aspecto de valoração das Leis, o aspecto formal.

Ligado ao positivismo jurídico, o apego a Lei codificada passou-se a ser considerado tecnicismo para muitos, enquanto para outros seria o fator que traria a validade a uma norma jurídica. No entanto, aconselha-se a guardar na memória os conceitos de eficácia e completude, os quais posteriormente serão muito úteis para a montagem do quebra cabeça em que figura o problema do exagero e da qualidade das leis.

4.2.3 As Leis e a Teoria Pura do Direito

Conforme dito no início do capítulo, a Lei é uma das formas de expressão do Direito. Ela não deve ser considerada como fonte material do direito, pois elas próprias constituem este, de uma forma objetivo-positiva (BETIOLI, 2013).

Segundo algumas de suas definições clássicas, tem-se que “Lei é o preceito da razão dirigido ao bem comum e promulgado por aquele que dirige comunidade”. Também afirma-se que “Lei é o preceito comum, justo, estável, suficiente promulgado”. Ainda “Lei é o pensamento jurídico deliberado e consciente, expresso por órgãos adequados que representam a vontade preponderante” (TOMÁS DE AQUINO, SUAREZ, DEL VECHIO *apud* BETIOLI, 2013, p. 215).

Pode-se notar que em cada uma das definições os autores denotam um aspecto formal da Lei (promulgada por órgãos adequados). Ao identificar essa autoridade responsável por trazer a lei até o mundo jurídico, os autores talvez

inconscientemente mostraram a existência de mais um aspecto de valoração da norma jurídica legal, a validade.

Nesse sentido, Norberto Bobbio, inicia seu estudo sobre o aspecto formalista da norma jurídica dizendo:

A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor, dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da validade, para outros, a validade é a confirmação da justiça. Chamamos esta doutrina de positivismo jurídico (BOBBIO, 2005, p. 58).

Bobbio aqui põe sentido na validade dizendo que, para os seguidores do pensamento positivista, a norma justa é aquela a qual é positivada, ou seja, a norma expressa dentro de um ordenamento jurídico. Essa positivação pressupõe a existência de uma autoridade da qual a Lei positivada emane. No positivismo é essa autoridade que valida a Lei (BOBBIO, 2005).

Thomas Hobbes em sua teoria contratualista da sociedade civil trouxe um aspecto objetivo a Lei. Abandonando a ideia da Lei como fruto da razão, o contratualista afirma que a Lei é a expressão da autoridade daqueles que tem comando sobre todo o povo (BETIOLI, 2013).

Ao escrever a obra *Leviatã*, em que firma a sua teoria de que no início dos tempos o “homem era o lobo do homem” num total estado de “guerra de todos contra todos”, Hobbes descreve a saída deste pandemônio como a formação da sociedade civil, onde o homem entregou toda a sua liberdade nas mãos de uma só autoridade responsável por manter a paz social (BETIOLI, 2013).

Assim, o poder dado pelos homens, a autoridade, é o que torna uma Lei válida. Comparando esse entendimento com os pensamentos de Hans Kelsen acerca dos ordenamentos normativos, ele estabelece a existência de um sistema ligado justamente por delegações de poder, o chamado sistema dinâmico do ordenamento (BOBBIO, 1995).

De acordo com Kelsen, o sistema dinâmico interliga as normas com base em um aspecto formal de hierarquia. A existência de uma norma fundamental dada por uma autoridade máxima faz derivar delas outras normas de caráter inferior, sendo porém válidas pois são representativas do poder passado pela Lei maior (BOBBIO, 1995).

Diferentemente do já mostrado sistema estático, no qual as normas são justificadas por respeitarem um princípio transcendental e se ligam umas as outras com base num aspecto material, o sistema estático relaciona as normas com base em um aspecto formal.

Norberto Bobbio em sugestiva ilustração, coloca:

A distinção entre os dois tipos de relação entre normas, a material e a formal, é constatável na experiência diária, quando, encontrando-nos na situação de ter que justificar uma ordem (e a justificação é feita inserindo-a num sistema), abrimos dois caminhos, ou seja, o de justifica-la deduzindo-a de uma ordem de abrangência mais geral ou de atribuí-la a uma autoridade indiscutível. Por exemplo, um pai ordena ao filho que faça a lição, e o filho pergunta: “Porquê?” Se o pai responde: “Porque deves aprender”, a justificação tende à construção de um sistema estático; se responder: “Porque deves obedecer a teu pai, a justificação tende à construção de um sistema dinâmico.[...]Observem-se, no exemplo, os dois diferentes tipos de relação para passar de uma norma a outra: no primeiro caso, através do conteúdo da prescrição; no segundo caso, através da autoridade que a colocou (BOBBIO, 1995, p. 72).

Apesar de Kelsen não extremar seus estudos demais para um caminho tecnicista, esse pensamento de justificação da validade da norma pela autoridade de quem a emana – seja qual for – influenciou vários movimentos históricos. Como é o caso da Revolução Francesa, onde retirou-se a autoridade das mãos de um soberano e a pôs a princípio sobre o Parlamento, o qual seria responsável pela manifestação das liberdades exigidas pela burguesia.

Assim como a Revolução Francesa e seus ideais influenciaram todo o pensamento – mesmo jurídico – contemporâneo, isso pode explicar o intenso apego do povo a necessidade de cada vez mais normas positivadas. “O prestígio do Parlamento explica as características quase místicas reconhecidas ao instrumento característico de expressão da sua vontade, a lei (MENDES *apud* URBANO, 2014).

De todo modo, voltando a Bobbio este ainda assevera da necessidade de um ordenamento jurídico ter coerência. Trata-se de um aspecto em que se olha internamente o conjunto na busca de incompatibilidades normativas, de modo que o sistema todo se mantenha saudável continuamente (BOBBIO, 1995).

Sem muita delonga, Bobbio diz que um ordenamento jurídico coerente é aquele o qual evita incompatibilidades. Aqui já não se fala mais de completude, numa visão exterior ao ordenamento, mas sim entre incongruências entre as próprias normas, como é o caso das antinomias jurídicas, que se dão quando o conteúdo de uma norma entra em conflito com outra (BOBBIO, 1995).

4.3 As Leis e a problemática da produção normativa

Na concepção da norma jurídica legal - a Lei – conforme viu-se Norberto Bobbio admite a existência de três critérios de valoração para a construção normativa, a Justiça, a Validade e a Eficácia, cada uma ligada a um aspecto do pensamento contemporâneo, a saber, naquilo que é ideal (ligado ao aspecto valorativo), o que é considerado factual (ligado ao seu aspecto sociológico), e aquilo que valoriza o aspecto formal (ligado basicamente ao ordenamento positivo) (BOBBIO, 2005).

Bobbio, porém, explica que esses três critérios são independentes entre si, sendo cada um tem uma característica própria dentro duma norma. Pelo motivo de cada aspecto ser autônomo é que, segundo seu pensamento, podem existir normas justas mas não válidas, válidas mas não justas, normas justas mas não eficazes, ainda outras que são válidas mais não eficazes e assim sucessivamente.

Deixando claro essa relação de dependência, Bobbio diz:

Estes três critérios de valoração de uma norma dão origem a três ordens distintas de problemas, e são independentes um do outro, no sentido em que a justiça não depende nem da validade nem da eficácia, a eficácia não depende nem da justiça nem da validade (BOBBIO, 2005, p. 48).

Dentro de sua pesquisa, no entanto, Bobbio apresenta algumas proposições dando exemplo do funcionamento das normas de modo independente, ou seja, sustentadas apenas sob a égide única de cada um dos aspectos valorativos. Através da análise das proposições, no entanto, pode-se ver que existe uma intensa necessidade de completude para a formação normativa.

Conforme ele apresenta suas proposições é fácil identificar que uma norma em que esteja presente somente um dos aspectos de valoração (Justiça, Validade e Eficácia) não se sustenta para ser capaz de adentrar objetivamente dentro de um ordenamento jurídico.

Para entender melhor essa linha de raciocínio, apresenta-se uma de suas proposições de dependência dos critérios, o fato de uma norma ser justa mas nem sempre eficaz:

Uma norma pode ser justa sem ser eficaz(...) Não devemos deixar de acrescentar que pode ser justa sem ser eficaz. Quando a sabedoria popular diz que "não há justiça neste mundo", refere-se ao fato de que muitos são aqueles que exaltam a justiça com palavras, poucos são os que a transformam em ato. Em geral, uma norma para ser eficaz deve também ser válida. Se é verdade que muitas normas de justiça não são válidas, com maior razão não são nem mesmo eficazes (BOBBIO, 2005, p. 50).

O direito natural apresenta-nos princípios transcendentais que devem ser respeitados por todos, visto que são inerentes ao homem. A Justiça aparece como um desses conceitos ideais que basicamente deveria nortear todo o mundo jurídico, afinal trata-se daquilo que se busca pelo direito dos homens.

Sabendo disso, no que tange a produção legislativa, por muitas vezes é difícil aplicar conceitos ideais na prática, pois nem tudo é preto no branco.

É o caso, por exemplo, dos ideais coletivistas. Sempre se bate numa mesma tecla dizendo que todos os homens tem direito a vida, direito a saúde, a dignidade. Vê-se a pobreza como um dos males que assolam toda a sociedade, já que existem pessoas que não gozam das mesmas liberdade que outras pelo fato de estarem inseridas num conceito de miséria, fome, solidão.

No entanto, parando para uma reflexão, mesmo sendo justo e belo todo esse ideal de Justiça, dentro do contexto atual de vida é realmente possível isso na

prática? Será que existe alguma Lei capaz de somente com base na Justiça, fazer com que a pobreza acabe ou que a fome seja erradicada? É fato que não.

A Lei deve possuir mecanismos funcionais, técnicos e práticos para que se atinja determinado objetivo dentro de uma ordem social. Com isso, apenas visualizar a Lei numa perspectiva ideal, representativa de uma solução para um problema tal, sem estudar outros aspectos que influenciam e influenciarão na sua vigência, não tornará a mesma eficaz, mas nula.

Em corolário a todo esse pensamento, Miguel Reale, nota justamente essa necessidade de completude das Leis na formação de sua Teoria Tridimensionalista. Para ele, o Direito seria a expressão do “bem comum” (REALE, 2002, p. 59).

O bem comum, porém, não seria aquele que é dado como a soma dos bens individuais ou então a média entre o bem de cada um dos homens mas seria visto como uma estrutura social que permita a convivência ordenada e harmônica do bem de cada um com o bem de todos (REALE, 2002).

Cabe aqui a contemplação de um dito popular que diz que “o seu direito começa onde termina o do outro”. Pode-se pôr dessa forma o pensamento de Miguel Reale, já que segundo seu raciocínio, tudo no direito deve ser proporcional. Repetidamente a proporção é citada em seus estudos como aquilo que dá o caráter completo do direito.

Em citação direta ao poeta Dante, Miguel Reale firma tal pensamento pondo que “O Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que conservada, conserva a sociedade, corrompida, corrompe-a (DANTE *apud* REALE, 2002, p.59)”. Essa ideia de proporcionalidade pode ser trazida pra dentro do sistema do ordenamento jurídico.

Um ordenamento jurídico sadio, completo, portanto, seria aquele no qual é possível ver proporcionalidade entre suas Leis. Não somente entre suas Leis mas também em cada uma delas, já que como são cada norma representativa da Lei Maior e fundamental, cada um dos seus mandamentos, na infinidade de finalidades que cada uma tem também de obedecer certa proporcionalidade em sua construção para que não corrompa, portanto, o todo.

Nisto, Miguel Reale (2002) continua seu pensamento num paralelo entre o raciocínio de seu contemporâneo Norberto Bobbio. Ele atribui a completude de um sistema jurídico á proporção existente entre três aspectos estruturais: um aspecto normativo (ligado ao ordenamento positivado), um aspecto fático (ligado a sua efetividade social), e um aspecto axiológico (que se refere ao direito como valor de justiça).

Sem chover no molhado, basicamente, os três aspectos têm a mesmas características das atribuídas a eles por Bobbio, já que claramente pode-se tê-los como os mesmos elementos do Fato, Valor e Norma, apresentados por Bobbio em sua “Teoria da Norma”.

Porém Miguel Reale (2002), diferentemente de Bobbio, põe mais ênfase na relação de dependência que existe entre esses elementos, dizendo que os três seriam os elementos que em proporção correta dariam completude a uma Lei (norma jurídica legal).

Nesse sentido Reale assevera:

Mais ainda, esses elementos não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram (REALE, 2002, p. 65).

Trazendo para o contexto da produção legislativa, Reale (2002) utiliza também a dimensão de conceitos filosóficos, o ser e o dever ser desde já mostrados, para indicar a gênese do direito assim como das Leis, trabalhando de modo que o ser é o cotidiano real sociológico e o dever ser é o fim que se almeja alcançar naquele contexto.

Nisto, Miguel Reale, confirma:

devemos concluir que a compreensão integral do Direito somente pode ser atingida graças à correlação unitária e dinâmica das três apontadas dimensões da experiência jurídica, que se confunde com a história mesma do homem na sua perene faina de harmonizar o que é com o que deve ser (REALE, 2002, p. 65).

Tendo em mente essa relação existente entre ser e deve ser, assim como a unidade, coerência e completude que deve existir no ordenamento jurídico e também a tridimensionalidade que deve existir na Lei, que leva em conta sua

dimensão fática(fato), axiológica(valor) e formal(norma), a partir disto pode-se traçar uma linha de raciocínio de que: a Lei é um instrumento utilizado pelo direito para alcançar um fim, devendo ser completa em si mesmo e também para qual todo o sistema na qual ela esteja inserida.

Nesse sentido, a produção legislativa deve levar em conta todo esse aspecto no momento da criação de uma norma. O legislador ao cumprir sua função deveria se atentar para o fato de que produz uma para o todo – já que a mesma estará inserida no todo - e não só num contexto individual.

A produção de Leis sofre no momento em que não se tem essa noção de complexidade do que é uma Lei e no meio que ela está. O que acaba por levar a formulação de normas jurídicas legais que não correspondem ao sistema além de estarem totalmente fora de contexto com a sociedade, e com o fim que se busca. É uma Lei que não deveria existir

Maria Helena Diniz já pondera que “O Direito não é lacunoso mas há lacunas”. Dessa frase pode-se retirar que muitas vezes os sistemas, o ordenamento jurídico em si não tem a norma correta para atingir determinado fim, mas o Direito por inteiro tem.

No âmbito legislativo temos que, pela falta de uma norma, uma Lei, para regular determinado caso, e se atingir determinado fim, haverá uma lacuna a ser considerada, tendo em vista que entre o ser e o deve ser existe um vácuo no qual o ordenamento jurídico positivo foi omissivo, incapaz de sanar. Nesse caso, considera-se uma lacuna por não haver uma Lei que garanta o fim a que se pretende.

Mas e se esta Lei existe.

E se, entre o ser e o deve ser, há uma norma para regular tal caso. E se essa norma não consegue atingir o fim a que se espera, ou pelo menos não satisfatoriamente. E se a composição dessa Lei de alguma forma falha na sua fórmula tridimensional, ou pior e se essa norma, existente dentro de um ordenamento jurídico, o torna incoerente, e mais atrapalha o seu sistema do que ajuda?

No Brasil, a hipótese desse fenômeno pode ser considerada como a gênese para o problema da Inflação Legislativa. Sendo este exagero da produção de Leis despontado principalmente pela falta de qualidade das Leis e pela carência de todo esse pensamento jurídico para a sua formação.

Tais fatos trazem o perigo para toda estrutura do Estado Democrático Brasileiro, já que tem entre suas principais consequências a criação desordenada de Leis que causa confusão e insegurança jurídica por parte do Estado na sociedade, assim como a produção de Leis cancerígenas no sistema jurídico brasileiro, as quais pouco a pouco acometem a estrutura estatal pondo em cheque os pilares jurídicos, econômicos e sociais que regem todo o país.

5 O EXCESSO DE LEGISLAÇÃO NO BRASIL: CAUSAS E CASOS

Através de todo o panorama mostrado até então pode-se inferir que o problema do exagero legislativo no Brasil está intrinsicamente ligado ao problema da má qualidade das Leis.

A Inflação Legislativa é um problema notório dentro do Brasil, tanto pela cúpula ocupada por aqueles juridicamente estudados quanto pelo mais leigo dos cidadãos brasileiros, todos sabem que o país é intenso na produção legislativa. Flávio Tartuce, em referência a Ricardo Lorenzetti põe que se trata de um “Big Bang Legislativo”, uma verdadeira “explosão de Leis” (TARTUCE, 2014).

O primeiro nome, porém, que deriva a expressão, ilustra bem a natureza do fenômeno, o qual se mostra como um verdadeiro processo inflacionário de criação de Leis. E assim como no processo de inflação monetária, o produto que gera a inflação não possui qualidade quando introduzida dentro do sistema, o que faz com que esses desempenhem um papel ínfimo num contexto prático social. No mundo econômico o “sistema” é representado pelo mercado, no de direito este equivale ao ordenamento jurídico.

Levanta-se a hipótese de que não basta apenas a grande quantidade de Leis para que o fenômeno mencionado tenha relevância prática no mundo. Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, tem-se vários institutos os quais não se esgotam com apenas um mínimo de legislação sobre eles. Não, é preciso que o produto legislativo esteja em total dissonância com o contexto jurídico ao que se insere, fazendo com que desse modo, se torne um elemento “cancerígeno”, no sentido de ser exagerado, para o sistema todo em geral.

Diferentemente, porém, do processo de inflação monetária, não podemos atribuir variáveis no que diz respeito a produção normativa. Diz-se assim pelo fato de que o sistema no qual as Leis estão inseridas – qual seja, o ordenamento jurídico - não coaduna com as oscilações a que estão sujeitas o mercado econômico no quesito de risco e previsibilidade.

Nesse caso, as causas do exagero de Leis não ser atribuídas a situações mais concretas, levando em conta que se está lidando com um direito positivado, no qual a mudança depende da atitude do legislador responsável por criar normas legais.

Dessa forma, vale a apresentação de algumas das possíveis causas do problema legislativo no Brasil, iniciando-se com uma perspectiva mais técnica no que tange ao Poder Legislativo, partindo para uma análise social e casuística e após apresentar uma hipótese mais ideológica, ligada a moral.

5.1 O Processo Legislativo e a Falta de Técnica na Produção Normativa

A inevitabilidade da produção legislativa advém principalmente da necessidade que o direito tem de se renovar e inovar. Como dito bem anteriormente, o direito é para o homem assim como a água é para o peixe. Basicamente, leis novas precisam ser criadas pois a evolução social não admite a “respiração” de leis velhas totalmente incongruentes com o momento que uma sociedade vive, a norma deixa de representar os indivíduos.

Nesse sentido, Bobbio assevera:

Na realidade os ordenamentos são compostos por uma infinidade de normas, que, como as estrelas no céu jamais alguém consegue contar. Quantas são as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico [...]? Ninguém sabe. Os juristas queixam-se que são muitas; mas assim mesmo criam-se sempre novas, e não se pode deixar de cri-las para satisfazer todas as necessidades da sempre mais variada e intrincada vida social. (BOBBIO, 1995, p. 37)

Não apenas os juristas, mas os cidadãos também se queixam de muitas leis (apesar de curiosamente pleitear por elas). Apenas os legisladores parecem carecer deste pensamento. Àqueles justamente incumbidos de criar as leis, parece faltar sensibilidade para se ater ao fato de que em qualquer Estado Democrático de Direito as Leis devem gerar ordem e não o caos.

É o caso da frase atribuída ao político e filósofo Montesquieu quando este informou: "Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se são

executadas as que existem, pois há boas normas por toda parte" (MONTESQUIEU apud TORQUATO, 2013). Tal citação ilustra bem a atividade do Poder Legislativo no Brasil.

Inculcados de sua tarefa de “produção de Leis”, os legisladores parecem não pensar a longo prazo se tais terão efetividade no meio social. Desse modo fazem do processo legislativo uma mera etapa formalista para produção normativa, não levando em conta o mérito de caracterização das leis no processo, sendo o intuito principal apenas o fazimento imediato de legislação.

De acordo com Freddie Didier Jr. Existe um conjunto de princípios fundamentais que regem o Direito Processual Geral brasileiro. Fundamental pelo fato que serve de norte para compreender todas as normas jurídicas processuais. Um deles é o famigerado princípio do “devido processo legal” (DIDIER JR, 2017).

A expressão “devido processo legal” vêm do termo “*due process of law*”, de origem inglesa, no qual a palavra “*Law*”, significa “Direito” em geral, e não simplesmente “Lei”. Nesse caso, o princípio do processo legal não é assegurado apenas ao sistema no qual está envolto as Leis, mas sim o Direito como um todo (DIDIER JR, 2017).

Nesse sentido, pode-se afirmar que todo o processo de produção normativa no qual se insere o processo legislativo brasileiro, deve também estar de acordo com o princípio do devido processo legal, afinal de acordo com Didier “processo é método de exercício de poder normativo” e apenas após todo um procedimento formal é que uma norma pode se ver vigente no ordenamento jurídico (DIDIER JR, 2017, p. 74).

A Lei é obrigatória pois passa por um procedimento capitaneado pelo Poder Legislativo, autoridade constitucionalmente competente para representar o povo nesse processo. Por esse motivo, muitas vezes, o valor atribuído a uma norma legal, vem pelo prestígio que se dá a autoridade que a instituiu, preponderando-se muitas vezes a sua origem da Lei em detrimento de seu conteúdo (URBANO, 2014).

É o que expõe Gaudêncio Torquato, num breve artigo da Revista Estado de São Paulo, no qual faz um paralelo entre a burocracia cartorialista do Brasil e o peso das autoridades no Brasil:

somos um país que ainda não cortou as amarras da secular árvore do carimbo, "preciosidade" trazida pelos colonizadores portugueses. [...] A autenticação e os selinhos de cartórios trazem obsoletos costumes ao nosso cotidiano, pavimentando os caminhos da burocracia. Explica-se o cartorialismo ainda pela capacidade de fortalecer a estrutura de autoridade; esta, por sua vez, se expande na esteira de leis que procuram impor a ordem do mundo ideal. Trata-se da visão platônica de plasmar a realidade por força da lei. A célebre pergunta "você sabe com quem está falando?" expressa a ideia de que o poder deriva do cargo de quem o detém. O brasileiro, mais que outros povos, exhibe essa bandeira (TORQUATO, 2013).

Assim, o "prestígio do poder" parece mascarar muitas vezes a visão dos parlamentares acerca da criação de leis, afinal, já que a norma é obrigatória somente por estar formalmente instituída por autoridade isso seria o suficiente para torná-la eficaz no meio social. Felizmente, a experiência mostra que não.

O simples procedimento formal, o simples poder vinculativo da norma, não a torna efetiva no seu objetivo. O processo legislativo se encontrará maculado caso não seja dada a devida importância que deve existir no momento da criação das Leis. Nesse sentido, estaria se desrespeitando o já aludido princípio do devido processo legal.

Nesse ferrenho, mas visivelmente competente, paralelo ao direito processual, pode-se pontuar a existência de dois princípios derivados do devido processo legal, qual seja, o da efetividade e o da adequação, sendo que, a correta aplicação destes, figurando como caracterizadores do processo de criação de Leis, poderia significar uma mudança no panorama da qualidade da legislação do país, nos moldes que se mostra a seguir.

O princípio da efetividade visualiza-se no pensamento de que "os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados" (DIDIER JR, 2017, p. 128). Nesse sentido, tem-se novamente a incidência do "ser" e o "deve ser" como elementos que, neste caso, representariam, respectivamente, o direito material (o qual é reconhecido pois já existe) e a eficácia que se pretende (garantida após o processo legislativo).

Entre o “ser” e o “deve ser” neste caso específico, existe o processo legislativo. Didier, em referência a Calmon de Passos, informa que o direito material está intimamente ligado ao processo da lei que o enuncia, sendo que um não poderá dissociar-se do outro (DIDIER JR, 2017).

Isso quer dizer que, já desde o processo legislativo o direito material que se pretende deve ser pensado. Dessa forma se garantiria a efetividade do direito material.

Em corolário a este pensamento, o princípio da adequação entra em complementação. De acordo com o mesmo, o processo deve estar em total acordo com objeto a que ele se refere. O uso desse princípio no âmbito processualista é ilustrado, por exemplo, com a adoção de medidas processuais mais rápidas quando se trata de um direito material que exige urgência, neste caso aplicando-se as tutelas antecipadas.

No paralelo trabalhado até então, este princípio dá ainda mais força ao princípio da efetividade que deve existir no processo, devendo ter-se em mente que o processo legislativo deve ser adequado no sentido de que, muitas vezes é preciso uma outra abordagem legislativa, fora a tradicional, para se alcançar o objetivo proposto. Numa perspectiva processualista, por exemplo, as vezes a homologação de um acordo é mais recomendada do que a insistência no processo em questão.

No que tange ao processo legislativo a incidência destes princípios pode ser considerada avaliando a visão que os parlamentares tem acerca das Leis. É visível a predominância do mero aspecto solucionatório que as Leis possuem no Brasil. A intenção parece ser sempre “remediar”, para obter uma solução rápida. E os exemplos legislativos ajudam a fundamentar isso.

É o que nos ilustra, de forma jocosa, Gaudêncio Torquato em seu artigo quando informa que:

em Santa Maria (RS) um vereador propôs a lei do silêncio dos animais para evitar latidos de cachorros após as 22 horas; em Catanduva (SP) um projeto ditava que os doentes deveriam morrer em cidades vizinhas por causa da superlotação das sepulturas; em Sobral (CE) sugeriu-se construir Torres Gêmeas para abrigar a prefeitura e as secretarias; em Manaus um vereador queria instalar um neutralizador de odores nos caminhões de lixo; e em

Porto Alegre cavalos e burros teriam de usar fraldas, "com exceção dos que participarem de eventos" (TORQUATO, 2013).

Pode parecer forçoso tais exemplos, visto que são, em sua maioria, municipais, onde, geralmente, a demanda de menos vereadores para a aprovação de uma Lei é fato que auxilia a formação destes absurdos legislativos. Mas, analisando o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema, tais Leis são consideradas inadequadas ou incompatíveis com o todo. Assim, vê-se mais uma vez o aspecto solucionatório prejudicando a completude normativa brasileira.

Se tal exemplo, porém, é superficial, há outro um pouco mais forte. Na seara do Direito Penal, famosa por suas incongruências e falta de efetividade de direitos fundamentais constitucionalmente previstos. É o caso de um relatório elaborado pela ONU buscando analisar as condições das prisões brasileiras (ABRANTES, 2014).

Foram feitas visitas pela organização em presídios de vários estados do país. Nessa análise foi constatado a inabilidade do sistema penal brasileiro a instituir o acesso a justiça ao presidiário. A Lei no Brasil indica o Acesso à Justiça do preso. Caso este não tenha condições de pagar por consultoria jurídica, a justiça deve garantir um defensor público ou pagar por um advogado (ABRANTES, 2014).

Segundo o artigo, porém, apesar da Lei garantir o acesso aos profissionais, a demanda é muito maior que a oferta. Faltam defensores públicos no país, fazendo com que dessa forma ou se veja completamente impossível o atendimento ou, devido a demanda o profissional, não se consegue fazer um trabalho de qualidade. Mostra-se que no Brasil muitas vezes um único defensor pode ter de cuidar de 800 casos ao mesmo tempo (ABRANTES, 2014).

É um exemplo real muito claro de que o aspecto jurídico e solucionatório da Lei se sobressaindo sobre o sociológico e acautelatório. Parece ser mais conveniente tratar de um problema existente do que buscar conhecer a sua origem e legislar em cima de sua fonte. O problema é que essa conveniência prejudica a finalidade da norma uma vez que esta tem um motivo justo mais erra seu alvo direto.

Segundo Alexandre de Moraes, a visualização destes dois aspectos, no entanto, é o que se pretende (ou deveria pretender) com o processo legislativo (URBANO, 2014).

O primeiro, jurídico, se limitaria a atender todos os aspectos técnicos da norma, com vista a observância dos procedimentos para que a mesma entre em vigência e solucione o problema. O segundo, sociológico, se propõe na tarefa de “pensar” a norma no sentido de se buscar o “conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercerem sua tarefa” (URBANO, 2014).

Nesse sentido é o que preconiza o Doutor em Direito Hugo E. M. Corrêa Urbano, em seu artigo sobre o tema:

Com efeito, não basta apenas a legalidade do procedimento de elaboração das normas [...] é preciso ir um passo mais além: é necessário verificar se o ato legislativo era adequado e, em sendo, em que medida atendeu o escopo buscado, onde falhou e o porquê da falha. De nada adianta a edição de inúmeras leis se estas não têm condições fáticas de serem operacionalizadas ou não despertam o cumprimento espontâneo por parte do cidadão (URBANO, 2014).

Nesse sentido o autor acima põe em questão o fato de que "Antes de redigir a lei, é preciso pensá-la", numa direta referência aos estudos de Jean-Daniel Delley, professor de Direito da Universidade de Genebra, Suíça. Para ele (o professor), o processo legislativo é composto de fases. Essas funcionarão sucessivamente sendo que cada uma “não pode ser considerada por si mesma, isolada das outras fases e concluída definitivamente” (DELLEY, 2004).

De acordo com este pensamento denominado “legística material” a separação do processo legislativo metodicamente em fases ajuda a visualização da composição total da norma buscando uma melhor eficácia da legislação (DELLEY, 2004).

A primeira etapa consiste na *Definição do Problema*.

É aqui que se fará a ligação entre a situação ensejadora de legislação e a realidade que se busca com ela. Os legisladores são levados a atividade legiferante geralmente por demandas internas (iniciativas parlamentares) ou externas (moções populares ou iniciativas do governo) (DELLEY, 2004).

Essas demandas geralmente são trazidas até o conhecimento dos legisladores através dos mais diversos veículos. Grupos organizados, partidos políticos, a mídia todos colaboram para a externalizar as reivindicações advindas do meio social.) (DELLEY, 2004).

Ocorre que muitas vezes essas externalizações, acabam por mascarar outras reivindicações de grupos menos expressivos mas não menos importantes, como os hipossuficientes, os deficientes, os idosos, que acabam tendo sua demanda levada a tona no legislativo com menos intensidade do que se deveria (DELLEY, 2004).

Isso sem esquecer das demandas sociais com fundamentos ambientais ou científicos, como a destruição da camada de ozônio, a comercialização de produtos nocivos a saúde, que tendem a atingir a sociedade somente a longo prazo mas que necessitam de uma análise primariamente preventiva para que haja a devida intervenção (DELLEY, 2004).

Por haver tais ruídos nessa comunicação de demandas é que Jean Delley remonta ao pensamento de Peter Noll, jurista suíço, o qual propõe a criação de um “um órgão interno aos Parlamentos” o qual ficaria responsável por detectar e avaliar justamente as verdadeiras necessidades sociais, as quais precisariam de intervenção legislativa estatal. Vários países contam com corpos desse tipo (URBANO, 2014).

Nesse sentido, o legislador, numa posição criticista, analisará a fonte da problemática de modo a dar a solução mais satisfatória possível para o impasse. É o que preconiza Jean Delley, ao afirmar que:

o legislador deve se perguntar que razões o compelem a agir e, sem ignorar as demandas que lhe são dirigidas, ter uma ideia própria sobre o problema cuja solução é reclamada. Esse distanciamento crítico lhe permite manter o controle da situação, apreciar a natureza do problema em termos de gravidade e urgência e, caso constate a existência de um problema, julgar os meios de ação que ele deve empregar para resolvê-lo (DELLEY, 2004, p. 107).

É o caso de outro exemplo dado pelo próprio autor. As sucessivas demandas da população acerca da segurança pública. Aumentar o número de policiais nas ruas muitas vezes representa uma maneira de atender o anseio tardio do cidadão

pela sensação de paz, ao invés de realmente abaixar as taxas de criminalidade (DELLEY, 2004).

Esse estudo externo que o legislador há de ter sobre o problema, além de fornecer a solução eficaz, ajuda a fortalecer outra função relativa a Lei, qual seja, a de contribuir para a confiança dos cidadãos nas instituições (DELLEY, 2004).

No Brasil, tal disposição de prévia sondagem jurídica praticamente não existe. O exemplo do Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017, traz um resquício, porém, do pensamento de juristas como Peter Noll, supracitado, quando em seu Anexo estabelece “questões a serem analisadas quando da elaboração de atos normativos no âmbito do poder executivo federal”, visto que, é válida a preocupação com a autonomia legislativa do Poder Executivo para com o Legislativo.

Aponta-se para a Lei Complementar nº 95 de 1998, a que o próprio decreto em questão faz referência. A mesma complementa a legislação supracitada quando rege acerca da redação do texto normativo. Ocorre que, porém, muitas vezes não é observada. É exemplo o caso da famigerada expressão “Revogam-se as Disposições em Contrário”.

Trata-se de um modo preguiçoso de dar revogação as normas retroativas que entram em conflito com a legislação nova, visto que, ao não enumerar especificamente aquilo que se pretende, o legislador acaba por causar confusões e mais conflito acerca da incidência de determinada norma em uma situação tal.

O próprio Decreto 9.191 faz alusão a tal questão, onde em seu Art. 18, § 1, põe em total desuso a expressão admitindo somente as revogações expressas do texto legal. Mas como dito, muitas vezes não é observada tal peculiaridade que passa despercebido em inúmeros casos de produções normativas aumentando o número de conflitos existente entre as leis.

Tendo o legislador expandido os horizontes e identificado o problema, temos a segunda etapa, a da *Determinação dos Fins e Objetivos* (DELLEY, 2004).

Aqui o legislador terá de perseguir o fim concreto que ele quer dar. Não é tarefa fácil, pois muitas vezes o conteúdo da Lei feita atinge diretamente a apenas um setor social, desagradando o outro. Nessa disputa de interesses é tarefa do

legislador atender qual caminho ele deve adotar para atingir o objetivo do interesse público, sendo que se não for necessário, poderá até dispensar o uso de legislação (URBANO, 2014).

É o exemplo posto por Jean Delley, ao mostrar a situação do incentivo oferecido pelo Estado a empresas de construção civil, para a construção de moradias populares. No caso ilustrado empresas privadas evitaram os recursos e incentivos do governo pois viram que não obteriam demanda suficiente para auferir aluguéis posteriormente. Dessa forma optavam por construir moradias nas regiões que queriam, como queriam, visto que não teriam prejuízo financeiro depois (DELLEY, 2004).

Se o próprio mercado tem essa perspectiva futura porque não o Estado. Nesse caso, por exemplo, o mercado possuía meios mais estruturais que o governo de obter ganhos que não envolvessem construir em uma área onde teria prejuízo.

Muitas vezes, a situação problema apresenta meios alternativos de resolver a questão, sem necessariamente ser necessário legislar. No caso em questão, faltou um estudo estatal mais aprofundado para identificar que naquela específica situação, o mercado, teria melhores oportunidades de regular o problema das moradias. Construindo em regiões que favoreceriam tanto o menor preço quanto o lucro.

Em corolário a este pensamento, Hugo E. M. Corrêa Urbano, em referência a Gilmar Mendes, sabiamente complementa a questão, lembrando que:

embora a atividade legislativa seja relevante e, praticamente, não encontre limites para a edição de normas, ela é norteada pelo princípio da necessidade e, portanto, possui caráter subsidiário. A promulgação de leis supérfluas ou iterativas, no seu entender, seria verdadeiro abuso do poder de legislar (URBANO, 2014).

Essa necessidade do Estado em fazer perspectivas para o futuro nos leva para o terceiro e última etapa que aqui se analisará, a *Avaliação* (DELLEY, 2004).

A avaliação prospectiva visa uma avaliação macro da produção legislativa, no sentido que vai além da preocupação com os efeitos desejados de determinada Lei.

Cuida-se de levar em conta o “impacto previsível”, qual seja, “o conjunto dos efeitos possíveis sobre os destinatários diretos e os demais públicos atingidos.”

Nessa avaliação é necessário ter em mente fatores como “o custo das medidas, sua inserção no ordenamento jurídico, sua aceitação política, viabilidade operacional, tempo disponível para que esses objetivos sejam atingidos”, entre outras coisas, tudo isso com vista a dar maior precisão possível aos efeitos da medida normativa adotada (DELLEY, 2004).

Nisto Jean Delley, ainda formula a adoção de um método cunhado como a “Árvore da Decisão”, onde são propostas várias medidas normativas diferentes (A, B,C,D) postas lado a lado e analisadas com base em critérios de probabilidade entre vários aspectos como “adequação ao fim”, “efetividade provável” e “utilidade”. A medida que tiver maior probabilidade de se por eficaz, é a escolhida (DELLEY, 2004).

Trata-se de uma forma científica de pensar o processo legislativo. É válida, pois cada opção de medida representaria uma proposição a ser considerada, acerca de um determinado contexto em comum. No exemplo, em questão as medidas, representativas dessa opção teriam o condão de numa análise conjunta chegarem a uma conclusão final sobre a melhor forma de legislar (compara-se a figura do legislador com a de pesquisador).

É o que mostra Pablo Jiménez Serrano, Doutor em Direito, quando diz acerca do “comparativismo jurídico” como método científico:

cada pesquisador deverá definir seu objeto de estudo, o campo de ação e os objetivos específicos de suas pesquisas, sendo, no entanto, legítima a articulação de proposições e o confronto de contextos. Assim, falamos de comparativismo jurídico (Direito comparado) como uma forma de confrontar contextos, isto é, como um método excelente para as pesquisas jurídicas (SERRANO, 2007, p. 101).

Mesmo diante de toda essa pesquisa, de todos esses pensamentos, e de todas essas possibilidades acerca do processo legislativo, no Brasil muito pouco ainda é feito. A visão suprema da autoridade atribuída ao parlamento muitas, vezes ofusca a visão da Lei, como uma composição de aspectos sociológicos, axiológicos e formais.

Nesse aspecto é necessário, antes de tudo que se entenda o potencial normativo. Desse modo, a produção legiferante no Brasil tem mais possibilidades de ser contida, no sentido de ser concentrada a produção não de muitas leis mais leis de qualidade, leis pensadas, que efetivamente terão eficácia no meio social do contrário de serem, perigosamente, apenas figuras de paisagem no sistema jurídico.

5.2 A Perspectiva Social Acerca das Leis

O fato da Inflação Legislativa reverbera por todo o meio social, além de estritamente ligado a ele. Assim, pode-se pôr em pauta a questão do Princípio da Obrigatoriedade da Norma, presente no Art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual possui como fundamento a máxima de que ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando não a conhecer.

Pode parecer ilógico, ou talvez outro artigo sem eficácia dentro do ordenamento jurídico.

Segundo levantamento do IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação) o Brasil publicou mais de 5 milhões de Leis desde a promulgação da Constituição de 1988 pra cá, contando com a legislação da União, Estados e Municípios. Nesse ritmo, numa média geral, é quase uma norma para cerca de quarenta cidadãos brasileiros (PODER 360, 2017).

Com essa quantidade de normas é totalmente incompreensível o mandamento do princípio, visto que, não se há formas cabíveis dos indivíduos conhecerem todas as normas jurídicas vigentes no país.

Neste sentido, Tartuce ilustra a problemática principal do fenômeno quando aduz que “mesmo os aplicadores de direito mais experientes não conhecem sequer 10% das leis em vigor no nosso País. O que dizer, então, do cidadão comum, que não estuda as leis? (TARTUCE, 2014, p. 24).

O exagero de leis, dessa forma, compromete a própria estabilidade do sistema jurídico, totalmente pautado na consideração de que a lei vigente é conhecida por toda a sociedade. Só por esse motivo, já poderia se considerar o

excesso de legislação no Brasil como uma das principais causas da sensação de insegurança jurídica no país uma vez que pautado neste princípio comprometido, haveria prejuízo em toda completude do ordenamento.

Porém, não se trata meramente de um aspecto técnico de incoerência interna do sistema jurídico. O problema das Leis afeta também a aplicação da norma no meio social, uma vez em que o conflito existente no meio jurídico também prejudica o alcance de objetivos particulares.

É o que faz vir a tona outro fenômeno jurídico denominado Ativismo Judicial.

O famoso dizer “Dá-me os fatos e dar-te-ei o Direito” serve para ilustrar o estado atribuído ao poder judiciário, de subsunção a norma. É regra clássica da separação dos poderes de Montesquieu que o Judiciário cuide apenas de aplicar a Lei (COELHO, 2015).

Ocorre, porém, que quando a norma não se vê satisfatória a resolução de um problema o Juízo não pode se olvidar de aplicar o Direito. É nesse momento que o Judiciário aumenta o seu papel na sociedade servindo como o poder de “escape” quando a norma se apresenta insuficiente em sua aplicação.

Isso de certo modo possui um condão positivo, afinal, a jurisprudência sempre foi bem-vinda nos mais modernos sistemas jurídicos. Diz-se assim pelo fato de que, muitas vezes não se vê necessário a instituição de uma nova norma jurídica para tutelar determinado assunto, mas tão somente é dado uma nova interpretação a norma já vigente de modo a se formar um entendimento sobre determinado assunto e estender o alcance da norma a determinado caso específico.

É o que no Brasil é visto por exemplo, no postulado do art. 927 do Código de Processo Civil, onde vê-se cada vez mais o crescimento da jurisprudência como método de aplicação da norma. Isso de certa forma ajuda a paralisar o “fator legiferante” já que toma para si um pouco da função legislativa, ao adotar o uso da interpretação jurídica ao revés da produção normativa para resolver conflitos sociais.

Nesse mesmo sentido aponta Inocência M. Coelho ao apontar:

Se tivermos presente, por outro lado, o fenômeno contemporâneo do avanço das leis sobre os chamados “espaços livres do direito”, numa

“hipertrofia legislativa” que se reflete negativamente sobre a própria segurança jurídica, veremos que mais e mais se incrementa essa inevitável atividade hermenêutica, que anda como que a reboque das “multidões de leis” e dos “furacões normativos”, que a todo instante se abatem sobre nós, por obra e graça desses afoitos “legisladores motorizados” (COELHO, 2015)

Isso de certo modo leva a outros problemas, como é o caso do excesso da judicialização da política, o qual tem como um de seus principais pontos negativos a concentração demasiada de poder político nas mãos do judiciário brasileiro. Para os mais adeptos a visão mais tradicional acerca do Estado tal fenômeno violaria a teoria da separação de poderes e por esse motivo a atuação judiciária no Brasil ainda é motivo de inúmeras discussões.

5.3 A Corrupção como Causa Moral

Pode parecer estranho a colocação de um aspecto tão moral de falta de ética como causa do tanto do exagero de Leis quanto da má qualidade das mesmas formação, mas assim o é.

É o que Aristóteles via como a virtude presente no homem. Enquanto antigamente em Roma os atuantes políticas e sabedores do Direito viviam sob égide de princípios morais como *Dignitas*, *Honor* e *Gloria*, que caracterizavam o cidadão caracterizado como bom romano, hoje, principalmente no Brasil, alguns políticos se esquecem muitas vezes do seu papel e o que efetivamente representam socialmente.(CASTRO, 2013)

A preocupação em se ver como um bom político desaparece e o fato de se ter uma carreira no parlamento muitas vezes se vê como mais uma oportunidade de garantia de interesses pessoais, onde não se possui respeito nem pela função que exerce nem por aqueles a que suas atitudes refletem.

A falta de moral legislativa também é vista em pequenas demonstrações da falta de brio legislativo na construção de normas. É o caso do famoso “jeitinho brasileiro” que pode ser visto em algumas Leis existentes no nosso país como na Lei de Crimes Ambientais de 12 de fevereiro de 1998.

Em seu Art. 15, II, alínea h a lei que regula as punições para os crimes contra a natureza dita como circunstância que agrava a pena o fato do agente ter praticado a infração aos “domingos e feriados”. (Lei dos Crimes Ambientais)

Se vista de uma forma direta o dispositivo não é compatível com as demais condições agravantes apresentadas no artigo (para obter vantagem pecuniária; concorrendo a danos à propriedade alheia). Mas olhando de uma forma mais suspeitas trata-se de uma norma que visa mascarar uma falta de responsabilidade do poder administrativo, afinal, “com menos fiscais trabalhando nesses períodos, o governo elevou a pena para desestimular agressões ecológicas nas folgas da patrulha” (SUPERINTERESSANTE, 2011)

Mesmo assim ainda pode parecer forçoso falar em corrupção como um mal responsável pelo exagero e má qualidade das Leis. No entanto, sabe-se que no Brasil não existe uma “cartilha” de requisitos formulados previamente para uma pessoa se tornar um parlamentar. Um indivíduo pode vir a ocupar uma cadeira no Congresso Nacional, como deputado ou senador, sem ao menos saber ler ou escrever.

Esse é um fator que colabora para a entrada de legisladores no meio congressista sem o mínimo de preparo. Ou, pior, com uma índole maculada, disposta a colaborar desde os menores ardis com vistas a garantir um interesse pessoal aos mais intrincados conluios a fim de garantir uma finalidade política diversa do interesse público.

É o que pode-se ver em um exemplo recente envolvendo a operação Lava Jato. Após os grandes escândalos de corrupção envolvendo os últimos governos no país foram feitas várias prisões entre os oficiais que trabalham juntamente com as lideranças aludidas. Um dos oficiais foi Antonio Palocci, ex-ministro da Casas Civil em governos anteriores, preso em 2016 por indícios de envolvimento em um esquema de corrupção entre o governo e empresas privadas. (SKODOWSKI, 2018)

Em 2018 Palocci, fechou um acordo de delação premiada com a Polícia Federal, no âmbito da Lava Jato. Na ocasião da delação, o ex-político revelou que durante o governo até então recente, haviam sido editadas cerca de 900 a 1000 medidas provisórias com certa “tradução de emendas exóticas em propina”, ou seja,

criadas somente com o intuito de fortalecer o esquema de corrupção grandioso existente até então. (SKODOWSKI, 2018)

Foram “centenas” de normas legais sendo introduzidas dia após dia no cotidiano social. Trata-se de legislação vigente, entrando na vida de milhões de brasileiros e praticando efeitos no sistema jurídico do país. Criadas unicamente com um objetivo corrupto, afastando-se totalmente do “dever ser” do interesse público.

Eleva-se a última potência a corrupção como um dos males que mais prejudica a ordem jurídica do país. Liga-se esta ao fato pois vem como mácula do homem desde a sua origem, prejudicando tudo aquilo que dele se deriva, e dentre estas coisas se encontram as Leis. Que acabam sendo usados como instrumentos para externalizar toda a falta de ética e de valor existentes dentro de um indivíduo.

6 CONCLUSÃO

É estranho se pensar que dentre todas as possíveis causas do problema do exagero de Leis no Brasil, assim como a sua má qualidade advém de problemas ligados aos aspectos de valoração de uma norma jurídica.

A falta de técnica legislativa, ligada ao problema formal da Lei, a dificuldade de aplicação da norma como uma dificuldade ligada ao seu aspecto sociológico, e por fim a corrupção, falha humana que traz a tona toda a falha existente na materialização do ideal de Justiça e moral presente no homem.

Nesse sentido, pode-se ver que a composição jurídica das leis mostradas por Bobbio, entre Fato, Valor e Norma, assim como a tridimensionalidade desses critérios apresentada por Miguel Reale, podem ser usadas para explicar o fenômeno do excesso e da má qualidade legislação brasileira, visto que estão ligadas ao Direito e a Lei, e estes estão intrinsecamente correlatos à sociedade.

Outrossim, a função do legislador brasileiro é de dar eficácia social as manifestações do Direito que se encontra na norma jurídica legal. É o que se pode perceber ao se analisar, por exemplo, o papel da Constituição como norma superior e fundamental na estrutura jurídica, a qual em suas concepções vincula também o poder legislativo que deveria cuidar para as leis projetadas promovam efetivamente os direitos essenciais que a Carta Magna tanto se preocupa em garantir a todo cidadão.

Em outro aspecto pode se pôr que a atividade legislativa se encontra a todo o tempo sob intensas interferências que fogem do campo técnico. Muitas vezes pressões políticas dentro do Parlamento põem em cheque a atividade dos parlamentares, visto que alguns grupos internos muitas vezes se utilizam de sua discricionariedade para promover um ambiente “comercial” no meio legislativo, num sistema onde só se legisla quando se “convém”.

O modo inverso também ocorre. O legislador e o grupo político firmam uma frente de força que realmente tem a visão de buscar, na edição de uma norma, o interesse geral, externo e social, porém não tem um embasamento técnico que permita tanto a visibilidade plural de eficácia social da legislação quanto a eficácia

da atuação estatal na execução da norma que se pretende criar. É onde se cai no problema discutido da falta de uma pré etapa de estudo e conhecimento da Lei dentro do processo legislativo.

É uma forma de enxergar o problema das Leis de forma madura, de modo a realmente pôr a responsabilidade da ordem jurídica das normas nas mãos de quem as dá forma e que portanto deveria ter cuidado de avaliar, numa perspectiva racional, as estruturas que a compõem e numa perspectiva técnica, a melhor forma desta ser inserida na sociedade.

A escolha da abordagem, nesse sentido, reflete numa perspectiva mais moderna do que se tem hoje como visão do direito brasileiro. Uma vez que como já dito o direito brasileiro não possui uma cultura jurídica única, mas sim variada o que faz do sistema jurídico brasileiro, de certa maneira, original.

Dessa forma, tal amálgama de culturas jurídicas não justifica a manifestação jurídica intensa das Leis no Brasil, levantando um ideal, na verdade, de busca em outras formas de expressão do Direito de soluções que muitas vezes se encaixariam de maneira melhor no conflito instaurado no meio social, como é o caso já comentado do poder interpretativo do judiciário, que muitas vezes sofre diversas “ineficácias” advindas do legislativo dentro do Brasil.

É justa a crítica que se põe acerca do excesso de judicialização na política, que se vê crescendo dia após dia, no âmbito governamental. Porém, não é lícito, tampouco justo, apontar de forma incisiva o Poder Judiciário como o único culpado, visto que se fazendo um exame a fundo poderá se concluir que, se existe um superávit grande em torno do meio judicial, déficit ainda maior pode ser visto no legislativo, que muito teria a mostrar aos olhos mais curiosos.

Mesmo seguindo esse caminho seria possível o elenco de algumas das soluções propostas em alguns estudos e pesquisas como o instituto da consolidação das Leis, previsto no ordenamento jurídico brasileiro e pouco utilizado; a utilização de panoramas de direito comparado, onde se alargaria a proficiência do direito brasileiro entre outras coisas.

Porém não é inteligente dar um passo muito grande. Antes de fazer o Direito é preciso pensá-lo, ou então se cairá na mesma armadilha que determina o insucesso brasileiro em várias de suas empreitadas jurídicas.

Trata-se desse modo de frear tentativas inusitadas de controle do problema que por si só tem poucas aberturas de soluções dentro do próprio ordenamento jurídico visto que, não se possui interesse em frear a produção de leis. O legislador as quer, o Judiciário precisa delas, e a sociedade põe toda a sua esperança numa boa legislação, que muitas vezes está ali, mas mal executada.

A referida pesquisa, tem o condão de dar base para o início de uma consciência sobre o tema da Inflação de Leis e sua qualidade, para que posteriormente, dando relevância considerável sobre a situação e conhecendo o problema se possa pensar nas soluções que poderiam ser consideradas.

E devem ser consideradas. Afinal, o fenômeno tal afeta a todos os indivíduos que trabalham com Direito, desde grandes juristas até os menos experientes graduandos. Afeta também o cidadão comum brasileiro, totalmente imerso num problema que muito lhes faz mal, já que não se atribui uma responsabilidade nem a atenção especial que lhe é devida.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A BÍBLIA SAGRADA [Tradução Ferreira de Almeida].

ABRANTES, Talita. **Revista Exame. 7 provas da ineficácia da justiça no Brasil, segundo a ONU.** (Online) Set 2014. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/7-provas-da-ineficacia-da-justica-no-brasil-segundo-a-onu/>> Acessado em 27 abr. 2019.7

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito – Lições de Propedêutica Jurídica Tridimensional.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica** (trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti). 3ª ed. Bauru: EDIPRO, 2005.

_____ **Teoria do Ordenamento Jurídico** (trad. Claudio de Cicco). 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. **Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.** Dispõe sobre normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Brasília, DF. Senado Federal, 2017

-----**Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília, DF, 1998.

-----**Lei 9.605, de 12 de Fevereiro de 1988.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: Geral e Brasil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles.** 1ª. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial** (Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 5) 2015 Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3157/pdf>> Acessado em 23 mar. 2019

CORASSIN, Maria Luiza. **O Cidadão Romano na República.** 2006. Projeto História, São Paulo, n.33, p. 271-287, dez. 2006. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/revph/article/view/2295/1389>>. Acesso em 23 mar. 2019

DELLEY, Jean-Daniel. **Pensar as leis. Introdução a um procedimento metódico.** *Cadernos da Escola do Legislativo*, (Online). Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan. jun. 2004, p.101-143. Disponível em:

<https://www.almg.gov.br/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/12.html> Acessado em 27 abr. 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1** (Normas Fundamentais do Processo Civil). 19ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. (Concepções Epistemológico-Jurídicas Relativas à Cientificidade do Conhecimento). 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 615 p.

GALLO, Carlos Artur. **O direito das gentes romano e a gênese do direito internacional privado**. (Online), Dez 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12062/o-direito-das-gentes-romano-e-a-genese-do-direito-internacional-privado>> Acesso em 23 mar. 2019

MENEZES, Priscilla Moura Del Cima de Alvarenga. **A origem e evolução do tribunato da plebe na Roma republicana**. 2012. 88 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2012

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p.

PODER 360. **Brasil editou 5,4 milhões de leis desde a promulgação da Constituição**. (Online) jun. 2017. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/brasil-editou-54-milhoes-de-leis-desde-a-promulgacao-da-constituicao/>> Acesso em 28 abr de 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito** (Conceito de Direito: Sua Estrutura Tridimensional). 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCOPACASA, Rafael. **Poder popular e expansão da república romana, 200-150 a.C.** (Online), Set 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2237101X2018000100080&script=sci_arttext&tlng=pt#fn7> Acesso em 23 mar. 2019

SERRANO, Pablo Jiménez. **Epistemologia do direito: Para uma melhor compreensão da ciência do direito** (O Associacionismo Proposicional: Um recurso metodológico para o Direito). 1ª ed. Campinas, SP: Editora Alínea, 2007.

SKODOWSKI, Thais (R7.com). **Palocci: '900 das mil medidas provisórias' envolviam propina**. (Online), Out. 2018. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/palocci-900-das-mil-medidas-provisorias-envolviam-propina-01102018>>. Acesso em 28 abr. 2019

SUPERINTERESSANTE. **Quais são as Leis mais estranhas do Brasil**. (Online), Abr. 2011. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-sao-as-leis-mais-estranhas-do-brasil/>>. Acesso em 28 abr. 2019.

_____ **A História dos Etruscos. A Civilização que Roma Destruiu**. (Online), Out. 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/a-historia-dos-etruscos-a-cultura-que-roma-destruiu>>. Acesso em 23 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2014

TORQUATO, Gaudêncio. O Estado de S.Paulo. **O Joio Legislativo**. (Online) Mar 2013. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-joio-legislativo-imp-,1015153>> Acessado em 26 abr 2019.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. **Processo Legislativo e a qualidade das leis: análise de três casos brasileiros**. (Online) Dez 2014. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1799.html#nota2>> Acesso em 26 mar. De 2019.