

# A CRÍTICA CONCRETA DO DIREITO

Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva\*

A palavra mais utilizada nas sociedades, principalmente na nossa, é “DIREITO”. Em qualquer momento do pensamento humano podemos encontrá-la nos seus mais diversos significados (direção, correção, justiça, razão)<sup>1</sup>, mas sempre ligada à idéia comum no sentido de “jus, juri”<sup>2</sup> contido no latim. A palavra surge com o homem e ganha significados com o desenvolvimento das relações humanas para atender suas necessidades de convivência pacífica. Assim é que, surgindo a sociedade<sup>3</sup>, estabelecido foi o “direito” como fato social, isto é “direito é considerado um fenômeno da vida social”<sup>4</sup>. Apesar do entendimento molecular do direito-fato-social, em oposição ao pensamento Kelseniano de que o direito é norma - expressão considerável do positivismo jurídico -, poderemos tratá-lo, doravante, como o “complexo de normas gerais, visando à vida de relação que é a vida dos homens em comum”, segundo Radbruch<sup>5</sup>. Por fim, neste tema teremos o direito sob o ângulo de ser um fato social e este é que origina o direito<sup>6</sup>.

O direito como norma, isto é, como fruto da cultura em sociedade, se apresenta posto ou positivado num determinado ordenamento jurídico estabelecido por um corpo social. Nele, o

cidadão encontra o universo de condutas estabelecidas e desejadas na convivência social, cabendo-lhe o atendimento do “ser” e facultado à postulação do “dever ser”.

Assim é que, apresentado um ordenamento jurídico em plena vigência, o cidadão, no desenvolver da sua existência social, vai assimilando por império o cardápio de direitos que se lhe apresentam já ordenados ou positivados. O processo de adequação e assimilação chamaria de digestão do direito e, por vivência, o cidadão assimila o que aceita ou o de que “necessita” para a sua existência social, rejeitando ou negando em repulsa àquilo que é inaceitável, impróprio e desnecessário à sua vitalidade social. Nesse quadro de absorção ou rejeição do direito, fica no âmago do cidadão aquilo que foi desprezado, causando inferência direta de que algum “direito” deve ser modificado ou extinto do ordenamento.

Cada sistema possui os meios próprios da crítica do “ser” positivado com visão ao “dever ser”. O que difere uns dos outros é o próprio meio utilizado para a crítica do direito posto, o que muitas das vezes não alcança em tempo a crítica social e o seu conteúdo. A exemplo, temos no

\*\*Juiz de Direito titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Itajaí, Mestrando em Direito na UNIVALI e Professor Substituto na UNIVALI.

nosso ordenamento as normas regentes do trânsito e, em particular, o artigo 110 do Código Nacional de Trânsito que autoriza o Estado-Administrativo (entenda-se DETRAN e CIRETRAN) a exigir que os veículos automotores somente sejam licenciados com o prévio pagamento das multas eventualmente lavradas. Inegavelmente, a norma apontada é ilegal no contexto constitucional vigente que facultada às entidades, física e jurídica, privada ou estatal, o amplo direito de defesa e o direito ao devido processo legal. Neste caminho, anotamos que o Estado cria todo um sistema judicial para os embates originados nas resistências particulares das entidades; isto é, o Poder Judiciário é o poder estatal disponível para verem as partes (entidades) a realização, a concreção, daquilo que se exige com fundamento em algum direito. Daí, ao Estado não se poder admitir que aja coativamente a obrigar o cidadão a cumprir prévia e condicionalmente uma obrigação ou dever (administrativos) de qualquer natureza, como condição “sine qua non” do cumprimento de outra também imposta pelo próprio Estado, sob pena de fortalecimento impróprio de uma das partes interagentes, na relação de administrador e administrado, pois a este não é nada reservado no mesmo sentido, ou seja, ao Administrado nada é ofertado que force o Estado a cumprir de pronto e imediatamente suas obrigações com o cidadão. Para não alongar neste ponto, premente acrescer, ainda, que não se trata de negar a auto-executoriedade dos atos administrativos, mas sim de limitar a ação dos atos do Administrador, o Estado, sem premiá-lo com um instrumento que nega direitos constitucionais do cidadão. Para rematar, no exemplo comentado, penso que o Estado-Judicial ou Judiciário também está à disposição do Estado-Administrativo, em condições idênticas ao Cidadão, para ver dirimido o litígio instalado pela resistência a um ato administrativo. Logo, penso que o Esta-

do deve buscar o caminho judicial para a solução da já dita resistência ao seu ato.

Desta arte, temos no exemplo acima lançado uma crítica do direito que é (ser) e um apelo ao direito que “deve ser”. As inúmeras ações de mandado de segurança depositadas no Judiciário indicam a febre do direito posto, sugerindo que está contaminado de algum vírus de ilegalidade ou injustiça. Aqui há, também, a axiologia da norma posta. O sintoma febril do direito, anotado pelas ações mandamentais<sup>7</sup>, permite poucas ações ou caminhos para a desconstrução do direito posto, exceto, é claro, a lenta jurisdicionalização do direito via decisões judiciais que, somadas, resultam numa corrente jurisprudencial que pode ou não ser sumulada. Mas, para o cidadão, tanto o processo legislativo como o judicial de alteração do direito posto (“ser”), são muito lentos e urge um novo instrumento mais eficaz, rápido e sintonizado com a vontade ou intenção do povo.

Agora, surge o problema maior e com soluções que merecem análises. Temos constatado duas posições acerca do problema e solução comuns, que diferem, na verdade, quanto ao método adotado para alcançar o resultado pretendido. De um lado temos os defensores do Direito Alternativo e, de outro, os Políticos do Direito. Aqueles professam a visão crítica do direito fugindo à mera interpretação da norma; estes, positivistas, indicam a Política Jurídica como o caminho para a desconstrução do direito “que é” sugerindo o direito que “deve ser”. Os primeiros buscam a concreção do direito em litígio sob ótica crítica (valor, justiça, social etc.) fugindo à mera interpretação da norma; os segundos postulam que sejam o Legislador e o Juiz, construtores do direito, como mediadores entre Estado e Sociedade, com posturas responsáveis para a construção de um novo direito. A diferença básica entre um e outro reside exatamente

no como fazer a crítica do direito. A uns a interpretação, pelo juiz, do direito sob ótica do justo e, a outros, a proposição, pelos operadores do direito, de um direito mais adequado à realidade social.

Enfim, respeitando-se os pensamentos acima

indicados, tenho que o Juiz Alternativo como o Político do Direito (Juiz, Advogado, Promotor, Legislador etc) podem e devem com suas ideologias e caminhos epistemológicos atender sempre o direito criticado na sociedade, devendo estar atentos para o menor sintoma de rejeição do direito estatal ou direito positivado.

## Referência Bibliográfica

1. **CUNHA**, Antônio Geraldo. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 27 ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1996, p. 268. Ver também: **MONTORO**, Franco. **Introdução à Ciência do Direito**.
  2. **COMBA**, P. Júlio. **Programa de Latim**. 10 ed. São Paulo: Salesiana, 1992, p.184.  
"O direito é fato social. Ele se manifesta como uma das realidades observáveis na sociedade(1)" **MIRANDA ROSA**, F.A . **Sociologia do Direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, p.51.
  4. **MONTORO**, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.35.
  5. **RADBRUCH**, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Prof. **MONCADA**, L. Coimbra: Cabral, 1979, p.93.
  6. A respeito ver: "Sociologismo Jurídico". **GUSMÃO**, Paulo Dourado. **Introdução à Ciência do Direito**. 7 ed. São Paulo: Forense, . 1976. p. 470.
  7. **SÚMULA 127 DO STJ** :
- **MELLO**, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. 135p.

# LIVROS

