

AS MITOLOGIAS JURÍDICAS E A NECESSIDADE DE REFUNDAÇÃO CULTURAL DO DIREITO

MYTHOLOGIES OF LAW AND THE NECESSITY OF CULTURAL RIGHTS REFOUNDING

Rafael Padilha dos Santos¹

Rodrigo Fernandes²

SUMÁRIO: Introdução; 1. A transição paradigmática do Estado e o panorama para um novo direito; 2. A transição para um novo direito e os mitos jurídicos; 3. A problemática da mitologia jurídica; 4. O direito como dimensão da Sociedade: A refundação cultural do direito; Considerações Finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

Atualmente, a cultura jurídica padece de certezas axiomáticas que intimidam a atuação responsável focada na justiça e no conteúdo substancial da lei (a dimensão cognitiva da *lex*), pois os juristas estão impregnados na crença da forma e do comando legal (dimensão volitiva, que torna categóricos a lei, legalidade, segurança jurídica etc). Paolo Grossi serve-se da história do direito para denunciar os mitos jurídicos e para dar respostas de superação, para que os juristas articulem a lei ao ordenamento em coerência às necessidades do fato existencial humano, até mesmo porque, um Estado de Direito (um Estado que deve ser obediente ao direito), desprovido da dimensão sapiencial do direito, torna-se perigoso à própria Sociedade. Ademais, o próprio Estado vive um momento de transição na atualidade, exigindo que seja repensado o consenso liberal, como matérias pertinentes à fonte de produção normativa, à soberania, à teoria de separação dos poderes, à territorialidade etc. Assim, torna-se imperioso

¹ O autor é Mestre em Filosofia pela UFSC; tem especialização em processo civil pela UNIVALI; especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo. É Professor do curso de Direito da UNIVALI, advogado no Escritório Spengler e Padilha Advogados Associados e está cursando o doutorado na UNIVALI com dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia. E-mail: rpadilhas@yahoo.com.br

² O coautor é pós-graduado em Direito do Estado; pós-graduado em Direito Tributário e pós graduando em Docência no Ensino Superior; atualmente é advogado no Escritório Fernandes & Guedim Advogados Associados e professor do curso de Direito da faculdade Sinergia e para os cursos preparatórios do Morgado Concursos. E-mail: rodrigo@fg.adv.br

reconectar o direito à fisiologia da Sociedade para que respostas condizentes às necessidades sociais sejam alcançadas.

Palavras-chave: Mitologia Jurídica; Estado Contemporâneo; Direito.

ABSTRACT

Currently, the inner consciousness of lawyers have axiomatic certainty that undermine responsible action focused on justice and substantive content of the law (the cognitive dimension of *lex*) because the lawyers are steeped in belief of form and legal command (volitional dimension, that makes categorical law, legality, juridical security etc). Paolo Grossi uses the history of the right to expose the legal myths and to give correct responses so that lawyers articulate the law by ordering the law to the ordinance according to the needs of the human existential fact, even because the Rule of Law (a State that must be obedient to the law), without the right dimension of wisdom, becomes dangerous to the Society itself. Moreover, the State is experiencing, at present, a period of transition, requiring that it be rethought the liberal consensus, as matters such the source of production laws, sovereignty, the theory of separation of powers, territoriality. Therefore, it becomes imperative to reconnect the right to the physiology of Society for consistent responses to social needs.

Keywords: Mythology of Modern Law; Contemporary State; Right.

INTRODUÇÃO

Atualmente, vive-se um período de transformação do modelo estatal moderno – que causa, como concebe Eros Grau³, uma dupla desestruturação do direito (enquanto direito formal e material)-, com indicativos de crise do próprio Estado, como afirma Del Vecchio⁴:

Que o Estado moderno esteja em crise, e que esta crise se manifeste mais ou menos, sob diversas formas, em todos os Países, é uma verdade tantas vezes repetida que, a bem dizer, já se converteu em lugar-comum.

A crise do Estado também afeta o direito, que deve direcionar-se para um novo panorama jurídico. A transformação para uma nova realidade – que reclama um

³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 83.

⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 155.

novo direito- já se iniciou, ainda que grande parte dos juristas, da doutrina e do ensino das faculdades de direito permaneçam vinculadas ao modelo do direito formal/moderno. Por isso, é fundamental aos juristas se desprenderem dos mitos jurídicos constituídos a partir do Iluminismo racionalista a fim de não se fixarem em terreno comum e se abrirem criativamente a respostas de solução ao momento atualmente vivido.

Ao mesmo tempo, é bom lembrar que a transição do Iluminismo, ao invés de superar os mitos do passado, apenas criou mais um mito, o mito da legalidade, ao qual os juristas aderiram, forçando Eros Grau⁵ a afirmar: "o que me leva a crer que a maioria dos que se julgam juristas não compreende o direito...".

Assim, o objeto deste artigo é compreender as mitologias jurídicas da modernidade que limitam o horizonte de formação do jurista. O objetivo geral é analisar a refundação cultural do direito como modelo de superação das mitologias jurídicas diante do panorama de transição paradigmática do direito e do Estado em que se vive atualmente, a partir da leitura da obra *Mitologias Jurídicas da Modernidade* de Paolo Grossi.

Na fase de investigação, os dados foram recolhidos na base do método dedutivo; no tratamento dos dados adotou-se o método cartesiano; e este artigo, enquanto relato dos resultados, está organizado sob a base lógica indutiva.

1. A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DO ESTADO E O PANORAMA PARA UM NOVO DIREITO

Na Europa, com o constitucionalismo e o liberalismo, o Estado se torna o principal objeto de análise da doutrina publicista, a qual descreve, essencialmente, o modelo liberal de Estado de Direito. Em referido contexto a liberdade está no centro da discussão, convergindo os esforços para sua conceituação e aplicação. Trata-se da liberdade política, concebida com status

⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

principiológico dentro do Estado, de modo que os pensadores modernos esforçam-se em elaborar uma técnica da liberdade para contenção de abusos estatais, ideias caudatárias do próprio Estado Constitucional. Isso porque, pela experiência dos desmandos da monarquia absolutista, vivencia-se o perigo do Estado, como criatura que concentra o poder, o direito de punir e o monopólio da violência, voltar-se contra o próprio Criador (a Sociedade).

Nesse panorama, o poder político que o ordenamento estatal não pode abdicar é visto, pelo liberalismo, como um inimigo da liberdade, e os pensadores jusnaturalistas esforçam-se em encontrar uma elaboração teórica capaz de salvar a liberdade. A ideologia liberal, em seu contexto histórico, formaliza-se como decorrência do confronto entre a liberdade individual e o absolutismo monárquico. Há, assim, a conquista dos direitos do homem de primeira geração⁶, inaugurados no final do século XVII, incluindo os direitos e garantias individuais clássicos (direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc), impondo ao Estado prestações negativas (dever de não fazer por parte do Estado).

No século XIX, a ideia predominante na doutrina política era a supremacia da lei como expressão da vontade do povo representada no Parlamento; além disso, a lei vincula inclusive o próprio Estado tendo-se assim a figura do Estado de Direito (Rechtstaat). A unidade política está assim resolvida, ungida pelo positivismo jurídico, pelo monopólio estatal na produção normativa, na personalidade jurídica do Estado e na teoria de tripartição dos poderes. A burguesia defende sua classe com o princípio da representação e limitando o sufrágio.

Porém, o modelo liberal de Estado de Direito entra em crise ao enfrentar a tensão da realidade social, já que a partir do liberalismo fermenta-se uma espécie de paradoxo social: a liberdade burguesa divide espaço com a “falta de liberdade” dos trabalhadores. A ordem econômica da classe proletária permaneceu insolúvel pelo liberalismo, não se mostrando apto a resolver as contradições sociais. Portanto, para que da liberdade não decorra escravidão

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

torna-se essencial uma reforma democrática, já que o triunfo liberal decorrente da Revolução Francesa de 1789 foi o da liberdade e não o da democracia.

Na época, o que ocorre é que o governo da classe burguesa é pressionado pelo governo de todas as classes, já que há o interesse de submeter a economia às decisões políticas, trazendo à pauta postulados de justiça social e econômica. Como expõe Bonavides⁷: "O curso das idéias pede um novo leito." O resultado é a expansão do sufrágio, com os regimes liberais transformando-se em democracias de massa.

O sufrágio universal não foi um ato espontâneo e altruístico do Estado liberal, mas uma conquista histórica de luta e conflitos entre o trabalhador e o capital⁸, bastando lembrar como exemplos a Primavera dos Povos em 1848 e a Comuna de Paris em 1871.

Assim, se no modelo de Estado oitocentista toda a força política estava no corpo do Estado, único detentor do monopólio da produção jurídica, o fenômeno da democracia de massa quebra essa unidade política. Os dois fenômenos que devem ser administrados pelos teóricos do Estado são, segundo Bercovici⁹: "a participação popular e a ampliação da democracia." Como explica Bonavides¹⁰:

Ao arrebatado o sufrágio universal, o quarto estado ingressava de fato na democracia política e o liberalismo, por sua vez, dava mais um passo para o desaparecimento, numa decadência, que deixou de ser apenas doutrinária, para se converter então em decadência efetiva, com a plena ingerência do Estado na ordem econômica.

Surge assim a reflexão sobre uma nova configuração estatal e uma nova resposta para lidar com a unidade política, que rompeu com o consenso liberal

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Saraiva, 1961.p. 6.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. p. 212.

⁹BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, MartonioMont ' Alverneet ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política:estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 328.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. p. 212.

de outrora. O próprio Bercovici¹¹ analisa duas respostas a esse fenômeno: a) Carl Schmitt, que indica a perda da unidade suprema de decisão, em que o Estado é ocupado pelo povo e as forças sociais articulam o poder estatal, de modo que o Estado perde o monopólio do político, já que não é mais dele tal decisão última sobre a distinção amigo/inimigo, mas sim da sociedade civil e da economia; e b) Hermann Heller, que indica a possibilidade da unidade política no Estado, mediante o reforço do próprio Estado.

Mas para dar seguimento ao desenho histórico, convém ressaltar o ensinamento de Pasold¹², que estabelece o marco para o Estado Contemporâneo a partir da Constituição Mexicana de 1917, confirmado pela Constituição Alemã de Weimar, mediante três características diferenciadoras em relação ao Estado Moderno, no entendimento de Pasold¹³:

- 1) mantém consagrados os Direitos Individuais;
- 2) insere como Direitos Fundamentais também os Direitos Sociais e/ou os Direitos Coletivos; e
- 3) para assegurar a efetiva realização desses Direitos estabelece e disciplina a intervenção do Estado nos domínios econômico e social.

Neste ponto, é possível falar de direitos fundamentais de segunda geração¹⁴, que se consolidam depois da Primeira Guerra Mundial, abrangendo os direitos sociais, econômicos e culturais (direitos do trabalhador, ao seguro social, ao amparo à doença e à velhice etc), garantindo o bem-estar e a igualdade, em que o Estado deve realizar prestações positivas (dever de fazer algo de natureza social).

É preciso acrescentar ainda nesse panorama histórico o pensamento de uma organização política mundial capaz de restringir o uso arbitrário da força em âmbito internacional por parte dos Estados. Já desde 1899, ano em que foi

¹¹ BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, MartonioMont ` Alverneet ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller**.

¹²PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003. p. 34; 57.

¹³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 57.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 25.

realizada a primeira Conferência Internacional para a Paz, em Haia, na Holanda, abre-se o espaço para o tema da paz mundial. Atos concretos neste sentido podem ser exemplificados, depois da Primeira Guerra Mundial, em 1919, pela criação da Liga das Nações, e em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, pela fundação da Organização das Nações Unidas. Esses movimentos levaram a se pensar em uma unidade jurídica e política mundial através de um Estado mundial¹⁵.

Então, intensifica-se depois da Segunda Guerra Mundial a interação do Estado Constitucional Contemporâneo no plano internacional, vinculando-se a obrigações externas através de tratados bilaterais, convenções multilaterais ou do costume. A existência da sociedade internacional, no entanto, não agride a soberania do Estado Constitucional Contemporâneo, enquanto foi este quem, voluntariamente, aderiu à obrigação. Ocorre que, com a progressiva interrelação e interdependência entre Estados, com a consolidação de uma ordem jurídica internacional, com a interação cultural, tudo isso impulsionado pela globalização interdependente, força a se repensar o modelo estatal, o qual vem sendo gradualmente superado e alterado.

Assim, no mundo atual, pelo movimento da globalização foram abertos novos pressupostos democráticos que impulsionam a uma maior solidariedade universal e um desenvolvimento comum solidário. Há o fenômeno da integração em comunidades supraestatais, além da reflexão da perda do poder normativo do Estado diante da consolidação da ordem jurídica internacional e novas fontes do direito. Deste modo, avançando nos entendimentos, é possível destacar a proposta do sociólogo alemão Ulrich Beck¹⁶ de se pensar em relações transnacionais de solidariedade e cooperação, e não mais em relações internacionais de conflito, exigindo-se, diante da globalização e da crise do Estado Constitucional, pensar em um Estado Transnacional. Nessa linha, o olhar

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Moderna, 1980. p. 92-95.

¹⁶ BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 2004. p. 153.

deve ir para outra direção, como ensina Cruz¹⁷: “Olha-se na direção do Poder compartilhado, globalizado, com um capitalismo sociatista democrático, de espaços transnacionais de governança.”

Tantas transformações sociais consentem abstrair novas gerações do direito. Neste sentido, segue-se com a divisão dos direitos fundamentais aceita por Bulos¹⁸, que inclui na terceira geração os direitos de solidariedade ou fraternidade (direitos difusos como ao meio ambiente equilibrado, vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, avanço tecnológico etc), na quarta geração o direito dos povos (direitos relativos à informática, softwares, biociências, eutanásia, transgênicos, clonagem etc), na quinta geração o direito à paz; e na sexta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político.

Assim, em um panorama de transformações em que o direito deve estar em processo de perene atualização, em que próprio modelo de Estado Contemporâneo está em crise, o que requer uma transição paradigmática, é preciso a abertura de consciência dos juristas para se tornarem aptos a participarem como protagonistas dessas transformações. Para tanto, é essencial refletir acerca das mitologias jurídicas que entavam os processos de mudança do próprio direito e do Estado, ainda tão arraigadas na cultura jurídica, para que se possa limpar o terreno para a germinação do novo.

2. A TRANSIÇÃO PARA UM NOVO DIREITO E OS MITOS JURÍDICOS

Eros Grau¹⁹ denuncia que o direito, na qualidade de direito formal e direito moderno, desde a metade do século XX passa por uma desestruturação – no caso, uma dupla desestruturação, já que atinge o direito formal e o moderno.

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011. p. 117.

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 515-518.

¹⁹ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 104.

O formalismo jurídico, segundo Grau²⁰, está em processo de desestruturação já que a legitimidade procedimental de produção do direito é insuficiente, havendo o reclamo social por um critério substancial para a legitimação do direito. Corroboram essas assertivas os reclamos contemporâneos em relação aos direitos humanos.

A desestruturação do direito moderno, conforme Grau²¹, atinge sua universalidade e publicidade por força do reconhecido pluralismo jurídico que domina a dinâmica social. Primeiro, a universalidade é atingida pela autorregulação constatada nos setores econômicos em uma espécie de nova Lex Mercatoria, bem como pelas novas atualidades do setor de comunicações. Segundo, a publicidade também é atingida por força da refutação da afirmação de que a ignorância da lei não escusa, colocando-se em questão o disposto no art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²²: "Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece." Isso porque o Poder Legislativo e o Executivo produzem uma quantidade de leis tão exorbitante que, se já dificultam o próprio trabalho do jurista, o que se dirá de quem não exerce esse ofício, o cidadão destinatário da norma. A produção de leis é uma prestação de serviço público que deve ser realizada com qualidade, de modo que o cidadão deve ser beneficiário e não vítima da lei. O resultado é o seguinte, como expõe Grau²³:

O tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno -, se desmancha no ar.

O Estado assim deteriorado é quem reproduz o direito moderno e aplica o direito formal, sendo a causa dessa dupla desestruturação²⁴. Os sintomas da crise

²⁰ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 104.

²¹ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 105.

²² BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 25 nov. 2012.

²³ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 106. *Itálico no original*.

²⁴ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 107.

revelam o perecimento da soberania do Estado, a fragilização do Estado gerada pelo neoliberalismo, o recrudescimento da corrupção, a anomia social etc.

A própria Sociedade está em transformação, como faz prova a nova revolução industrial que inclui a revolução da informática, da microeletrônica e das comunicações e, conseqüentemente, o direito não pode ficar inerte diante dessas novas realidades²⁵. A propósito, esclarece Grau²⁶:

Uma nova realidade reclama um novo direito. Mais que isso: o direito de nosso tempo já é outro, apesar da doutrina jurídica, apesar dos juristas, apesar do ensino ministrado nas faculdades de direito. Recorrendo aos versos da canção, o futuro já começou.

O direito não pode ser entendido divorciado da realidade social e, conseqüentemente, permanecer agarrado a mitos. Sobre os mitos, Grau²⁷ elucida:

O mito, em verdade, não passa de uma invenção, consciente ou inconsciente, do homem ou de um grupo de homens, cuja finalidade é a de instauração de uma (nova) ordem. O vocábulo 'mito' significa, etimologicamente, "palavra"; palavra cuja finalidade é a instauração de uma nova ordem.

O direito, com o Iluminismo racionalista, não venceu os mitos das Idades Antiga e Média, apenas os substituiu por novos mitos, porém, agora mitos conscientes e racionais. São mitos que são apresentados à Sociedade que os consome, que os acredita em fé, apresentando-se na forma de ideias dominantes inventadas pelas classes dominantes²⁸.

Assim, impõe-se a desmistificação da cultura jurídica e, para tanto, impõe-se a sua conscientização, a identificação do mito como mito para que seja possível ultrapassar o passo da fé e entrar no mundo da ciência, a única hábil em apresentar uma via de saída verdadeiramente racional.

²⁵ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 111.

²⁶ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 111.

²⁷ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 175. Itálico no original.

²⁸ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 175-176.

3. A PROBLEMÁTICA DA MITOLOGIA JURÍDICA

Um dos mitos jurídicos da modernidade consiste na legalidade e também da convicção de que a lei positiva seria a própria justiça. O direito moderno implanta um vício de consciência no jurista quando subtrai a dimensão sapiencial do direito, construindo assim um direito sob uma fonte excessivamente legal, em que a lei é forte por ser emanada do órgão competente, detentor do poder político, ou seja, a força da lei provém do formalismo legal, ficando à margem a questão sapiencial do seu conteúdo, do qual deveria efetivamente advir sua força.

O problema de se perder a dimensão sapiencial do direito é assim exposto por Grossi²⁹:

A perda da dimensão sapiencial não significa somente subtração do direito a uma classe de indivíduos competentes, os juristas, sejam esses mestres teorizadores ou juízes aplicadores, mas também a perda do seu caráter ôntico, do direito como fisiologia da sociedade, a ser descoberto, lido na realidade cósmica e social e traduzido em regras.

A lei, com a garantia do poder político, exerce autoridade por si mesma, ou seja, é rígida e autoritária, não se discute seu conteúdo, apenas o seu cumprimento e obediência. Essa visão é corroborada pelo vínculo existente entre o direito moderno e o poder político enquanto ordem imperativa emanada do comandante ao seu comandado, o que foi reforçado pela influência kelseniana³⁰. A principal fonte do direito, nesse caso, é a lei.

O direito apresenta-se à Sociedade apenas como lei, e o cidadão interpreta a lei como um comando autoritário a ser obedecido de cima para baixo – e ele está embaixo. Não é que a lei se apresente como expressão de uma consciência coletiva e coligada à realidade social.

²⁹GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Título original :Mitologiegjuridichedellamodernità.p. 14.

³⁰GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**.p. 13-14.

Larenz³¹ lembra que um aspecto é a obediência a uma decisão; outro, bem diferente, é a legitimidade dessa decisão. Não é porque as pessoas obedecem a uma decisão que esta deve ser tida por legítima, pois pode revelar em sua base um descontentamento e um prejuízo social. Porém, a obediência pela obediência é um dos pressupostos em que se sustenta o mito da legalidade.

Inclusive, como expressa Grossi³², quando o jurista aprende sobre a lei, é-lhe ensinado que tem por característica: a) a abstração, ou seja, está longe do particular, sendo feita nos “palácios do poder”; b) a rigidez, então, sua intransigência não permite considerar exigência diferente do prescrito; c) a autoritariedade, ou seja, é um imperativo e, por isso, indiscutível.

O modelo de Estado Moderno oferece garantias formais: a lei dimana de órgãos competentes e legítimos com a observância de processos ou procedimentos estabelecidos em lei para sua produção. Segundo esse modelo, como expõe Grossi³³:

Obviamente, a justiça permanece como objetivo do ordenamento jurídico, mas é um objetivo exterior; os cidadãos podem somente ter a esperança de que os produtores de leis – que são, pois, os detentores do poder político- ajustem-se a essa, mas devem de qualquer modo prestar obediência também à lei injusta.

A sedimentação de tal mito na cultura jurídica, segundo Grossi³⁴, ocorreu da passagem da concepção medieval para a instrumentalização do direito realizada pelo período moderno.

No mundo medieval ainda não existia a noção consolidada de um Estado de Direito (Rechtsstaat) como na atualidade, porém, já haviam contribuições elementares para a cognição do direito. Grossi³⁵ fala de um direito embasado na realidade ôntica medieval, com a ideia de razoabilidade das leis, da *lex* de Tomás

³¹ LARENZ, Karl. **Derecho civil** - pare general. Trad. Espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 82.

³²GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 24.

³³GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 24.

³⁴GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**.

³⁵GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**.

de Aquino em superioridade à *loy* da realeza moderna, e que tais fatores podem auxiliar o jurista a vencer a mística da lei e rever o uso da própria racionalidade jurídica para aperfeiçoar a capacidade de leitura e de medida do real.

A história do direito medieval ensina um direito que não está subordinado e dependente a um poder político global e centralizado, ou seja, não existe um projeto jurídico uniforme e totalizante, deixando margem a que o fenômeno social possa irromper de si mesmo as forças que constituem e estruturam o fenômeno jurídico. Dessa constatação advém três consequências, identificadas por Grossi³⁶, conforme se passa a explicar:

a) A primeira consequência é a autonomia social. Do fermento social decorre a ideia do direito, já que o plano social está livre para influir e elaborar o meio político, econômico ou profissional, a exemplo das corporações medievais. Ou seja, as formações sociais delineiam o âmbito comunitário das vivências coletivas. A ordem lógica, portanto, é a seguinte: primeiro advém o direito, depois o poder político.

b) A segunda consequência é que o direito possui uma relativa autonomia em relação à administração política, havendo uma fusão entre o social e o jurídico. Antecedendo ao poder político, o direito não está marcado ou untado pelos interesses deste último, mas se desenha pela síntese da própria Sociedade. O espaço de concorrência das intervenções autoritárias dos Príncipes não é tão grande, justamente por força da autonomia social anteriormente mencionada. Na base jurídica medieval está o florescimento dos costumes e um ordenamento realizado por teorizadores, juízes, tabeliães ou simples mercadores e intérpretes das exigências imediatas.

c) A terceira consequência é que se constitui, na Idade Média, um direito de raiz. Assim, o direito não adviria de um poder soberano autoritário, na vontade do Estado, mas na onticidade, ou seja, na objetividade do ser. A prescrição do direito é capturada pela razão humana e necessita de sábios para, com

³⁶GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 31-33.

prudência, interpretá-lo. Tais sábios seriam juristas (mestres, juízes, tabeliães), baseados em textos romanos e canônicos.

Então, desses três aspectos a grande contribuição para o resgate da dimensão sapiencial do direito advém da definição de *lex* proposta por Tomás de Aquino, em que o conteúdo normativo é mais importante que a autoridade competente emanadora da norma. Assim expressa São Tomás de Aquino³⁷ ao definir a lei: “[...] ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade.” (*rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*)

Essa ordem de ideias consente alcançar uma conclusão ontológica: sem a aplicação da racionalidade não existe possibilidade de um ordenamento; somente pelo uso da razão é possível apreender a ordem objetiva preexistente que comporá o ordenamento, ordem objetiva já que projetada anteriormente pela divindade - ou seja, pelo uso da razão é possível entrar na ontologia da criação; por fim, dentro dessa *ordinatio* é que estará inserido o conteúdo da *lex*. Então, a proposta jurídica medieval passa pela sequência: ontologia da criação, razão, ordenamento e lei. Eis que se alcança a “razoabilidade da lei”.

A relação entre poder político e ordem jurídica, porém, será alterada pela configuração moderna, em que o poder político engole a ordem jurídica e regurgita de si a realidade social imanente. Em outras palavras, o poder político invade e se apropria do fenômeno jurídico, combate e enfraquece o pluralismo social e jurídico, e alteia a bandeira do monismo jurídico.

Enquanto o período medieval buscou proteger o indivíduo dentro do tecido social, o período moderno busca libertar o indivíduo desse mesmo tecido social, constituindo a característica do individualismo. E o próprio Príncipe, centralizando em si o poder, é um solitário a emanar a vontade, encontrando em si mesmo “justificações, motivos, finalidades.”³⁸ Assim, enquanto o monarca era antes, em grande parte, indiferente aos espaços em que se desenvolvia o fenômeno

³⁷ AQUINO, São Tomás. **Suma teológica**. Tradução de Aimom-Marie Roguet et al. São Paulo: Loyola, 2005. p. 527-528. Questão 90, art. 4º.

³⁸GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 39.

jurídico, passa agora a ocupar-se com ele diretamente e absolutamente. Trata-se de uma história cujos grandes traços são lidos na monarquia francesa dos séculos XI ao XVIII.

A definição de *lex* de Tomás de Aquino se perde em favor da *loy* da monarquia francesa. Pode-se apreender as seguintes distinções: a razão cede espaço à vontade autoritária do soberano; a lei toma por características a abstração e rigidez; enquanto a *lex* encontrava significado e legitimidade social pelas suas finalidades claras – razoabilidade e bem comum-, a *loy* é uma realidade que se impõe por si, não pela finalidade ou conteúdo³⁹.

Enquanto a lei liga-se à vontade, o direito liga-se à vivência da experiência social pela comunidade, ligando-se à substância da vida social. Porém, a evolução histórica da consciência jurídica, movida pelo misticismo legal, fez absorver na lei todo o direito, estagnando o direito na dimensão legal, separando-o da dinâmica da Sociedade.

E todo esse processo, iniciado pela monarquia francesa, evoluirá à codificação napoleônica até impregnar-se na mentalidade jurídica contemporânea.

Assim, o essencial passa a ser “obedecer” e “legalidade”. A máquina se faz soberana sobre o ser humano, já que a lei se autolegitima ao invés de ser legitimada pelos homens. Eis que surge: “a mística da lei, essa pesada hipoteca da civilização jurídica moderna;”⁴⁰ (GROSSI, 2004, p. 44). Não importa se o soberano é ou não sábio, se a lei é ou não injusta, se há relação entre direito e fatos econômico-sociais, se há uma racionalidade de fundo à serviço do bem da Sociedade, o importante é que, tautologicamente, a lei seja lei.

Resultado: monismo jurídico margeado pela politização (monopólio do fenômeno jurídico pelo poder político) e formalização da dimensão jurídica (formalismo jurídico positivista).

³⁹GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 43.

⁴⁰GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 44.

A democracia não solucionou a mística da lei, apenas quis pretender a vontade legislativa em coincidência à vontade geral, mas a vontade da maioria não significa e nem garante a entrada da juridicidade na realidade humana, percepção esta tanto de Rousseau⁴¹, em sua obra Contrato Social, como de Tocqueville⁴² na obra A democracia na América, este, ao falar da "tirania da maioria".

Atualmente, o ideal democrático constitui um teorema bastante lógico, uma lógica cênica e modelar: a ordem sociopolítica deve exprimir a vontade geral da nação, em oposição à antiga ordem classista; a representação política é quem representará a vontade geral; a vontade geral é expressa no Parlamento, sendo que a voz do Parlamento (a lei) é a vontade geral; o princípio da legalidade é regra fundamental da democracia. Eis a construção de um mito que esconde, nas palavras de Grossi⁴³:

[...] o Estado monoclássista, o espesso extrato de filtros entre sociedade e poder, o elitismo exclusivo das formas de representação, a grosseira defesa de riscos interesses que todo o puríssimo teorema vinha a tutelar e a consolidar.

O diagnóstico é que a lei é quem exprime a vontade geral, nada além da lei, havendo por detrás desse mito efetivos interesses particulares dos detentores do poder, que manipulam essa mística para subordinar a juridicidade a seus interesses.

4. O DIREITO COMO DIMENSÃO DA SOCIEDADE: A REFUNDAÇÃO CULTURAL DO DIREITO

Enquanto na Idade Média o direito foi uma dimensão da Sociedade, agora, na Idade Moderna, passa a ser uma dimensão do poder. Assim, o direito torna-se

⁴¹ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Antônio de Paula Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴²TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Francisco Weffort. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1985.

⁴³GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 62.

um estranho à Sociedade e ao próprio homem, o qual permanece temeroso da autoridade sancionadora, seja do juiz que do funcionário de polícia. O direito recebe uma dimensão de potestade, especialmente punitiva: pensa no patológico e se esquece da real fisiologia do jurídico, que deve ser reflexo da fisiologia da Sociedade⁴⁴.

Ocorre que o direito é mais do que o instrumento coercitivo ou as interpretações doutrinárias, pois está imbricado ao ser da Sociedade, é condição para a saúde e vida da Sociedade. Lembrando von Ihering⁴⁵: “A paz é o fim do direito [...]”.

Grossi⁴⁶ redimensiona a consciência jurídica em solução à mitologia jurídica: “O direito, pela sua tensão a encarnar-se, antes de ser poder, norma, sistema de categorias formais, é experiência, ou seja, uma dimensão da vida social.” Portanto, a juridicidade está para além do Estado e do poder. O direito está ligado à sociabilidade humana e, portanto, o direito é algo complexo, assim como a Sociedade é complexa. O direito não está associado em primeiro lugar à lei nem ao Estado, mas ao ser da Sociedade.

Eis uma das mitologias jurídicas a ser resolvida na contemporaneidade: é errônea uma síntese que liga o direito apenas no Estado e para o Estado. Esse mito reflete a atual separação entre Estado e Sociedade. E deve ser resolvido porque o diagnóstico do tempo é que o normativismo apossou-se com exclusividade do direito. A consequência é que quem conta é quem manda, quem faz a lei, e quem obedece conta muito pouco. O direito, unido à normatividade, está intimamente ligado ao poder, portanto, torna-se um direito potestativo, separando-se assim a produção da aplicação do direito.

Nessa ordem de ideias, torna-se preciso primeiro uma refundação cultural do direito. Começa-se essa refundação entendendo-se o direito não mais como norma ou sanções, mas como ordenamento. Como esclarece Grossi⁴⁷: “O ordenamento é o ato de ordenar, de colocar ordem”. A ordem pressupõe uma

⁴⁴GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 65.

⁴⁵Von IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987. p. 1.

⁴⁶GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 66.

⁴⁷GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 73.

realidade a ser ordenada, portanto, ligando-se o direito ao ordenamento tem-no inserido em uma realidade subjacente a ser ordenada, estabelecendo-se uma mediação entre autoridade e Sociedade. Que realidade seria essa? Certamente, não é uma realidade normativa, mas social. Ver o direito como realidade normativa é redutivo, é colocá-lo sob modelos irrealis e abdicar da dimensão coletiva da Sociedade. Assim, o direito deixa de ser dimensão do poder e do Estado e passa a ser “da sociedade na sua globalidade.”⁴⁸

Portanto, a Idade Moderna criou mitologias jurídicas: “visão potestativa do direito, sua estatalidade, sua legalidade”⁴⁹. Ou seja, estamos apenas no momento de produção da norma, um momento autoritário do titular do poder. Colocar a realidade complexa e plural em harmonia, respeitando as diversidades, eis a ordem relacionada ao direito, sendo essa uma ideia jurídica que se abstrai do próprio medievo, como dá prova o pensamento de São Tomás de Aquino sobre *lex*.

Para retirar o direito da dimensão potestativa e autoritária, a solução proposta por Grossi⁵⁰ é considerar que a norma não possui apenas um único momento, o de produção, mas que há também o momento de aplicação da norma, onde esta deve se haver com a realidade prática. Neste caso, trata-se de ressaltar a importância da interpretação da norma, como afirmou Grossi⁵¹:

Certamente, para se chegar a ele, os juristas precisam de outras lentes; lentes que não diminuam a interpretação a uma dimensão meramente cognitiva, mas que a concebam como vida da norma no tempo e no espaço, carnalidade da norma enquanto exercício, práxis, uso; lentes que também estejam dispostas a acolher na paisagem jurídica a comunidade dos utentes em um papel que na seja meramente passivo, que estejam dispostas a admitir não somente um protagonista monocrático (o detentor do poder), mas sim uma ampla pluralidade de sujeitos. Talvez, tenha mesmo chegado o momento de começar a construir o direito também mediante aqueles sujeitos que a tradição

⁴⁸GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 78.

⁴⁹GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 79.

⁵⁰GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 90.

⁵¹GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 90-91.

chamou, com implícito desprezo, de os destinatários do comando.

Em síntese: o direito não é um pedaço de papel, nem a tinta do papel, em que estaria encarnada uma mensagem designada "lei". Primeiro, o direito é mais aplicação do que norma; segundo, o direito é ordenamento. A autoridade do direito não é retirada de um poder político estatal, mas do conteúdo proposto, da racionalização do real.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superação de mitos consente visualizar, sem miopia, uma teoria do Estado e do Direito voltada "à" e "a partir da" realidade social. Trata-se de retirar o Estado e o direito do invólucro do texto positivo e do autoritarismo que o isola para banhá-lo de realidade social, pois o fenômeno jurídico deve ser lido dentro da Sociedade, do contrário, estar-se-á alheio à essência deste fenômeno.

Um Estado alienado da realidade gera os sentimentos expostos por Chevallier⁵² ao comentar o Livro III da obra *O Espírito das Leis* de Montesquieu:

[...] quando o Estado não é mais amado por si mesmo mas pelas vantagens que dele se podem extrair; quando o tesouro público se converte em patrimônio de particulares, em vez de os bens destes concorrerem para construir o tesouro público; quando se quer ser livre contra as leis, em vez de se ser livre com elas, e cada cidadão é 'como um escravo que fugiu da casa do seu amo', então o Estado está perdido, a república torna-se espólio e sua força nada mais é do que o poder de alguns e 'a licença de todos'.

A práxis está em contínuo movimento e exige instrumentos jurídicos novos para responder às suas exigências. Por isso, trata-se de perfurar a couraça das fantasias míticas e refundar a cultura jurídica não sobre mitos, mas sobre uma ordenação racional em conformidade à realidade.

⁵² CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do pensamento político: o declínio do Estado-Nação monárquico.** Tradução de Alvaro Cabral. Tomo II. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 76.

SANTOS, Rafael Padilha dos; FERNANDES, Rodrigo. Mitologias jurídicas e a necessidade de refundação cultural do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Além disso, o Estado deve curvar-se ao pluralismo jurídico, em que as pessoas participam ativamente da organização jurídica. Trata-se, substancialmente, de repensar o sistema formal das leis e o papel da lei, de constituir um modelo estatal diferente do Estado monopolizador e buscar, com a lição da história, uma juridicidade compatível a servir de resposta aos apelos da contemporaneidade.

A transformação do Direito exige que o jurista possa enxergar para além do direito positivo, percebendo que a transformação ultrapassa o próprio direito posto e radica na riqueza do pluralismo jurídico, o qual é sustentado e promovido pelas forças da própria Sociedade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AQUINO, São Tomás. **Suma teológica**. Tradução de Aimom-Marie Roguetet al. São Paulo: Loyola, 2005.

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Traducción de Bernardo Moreno e Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, MartonioMont ` Alverneet ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política:** estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.

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

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Saraiva, 1961.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 25 nov. 2012.

SANTOS, Rafael Padilha dos; FERNANDES, Rodrigo. Mitologias jurídicas e a necessidade de refundação cultural do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do pensamento político**: o declínio do Estado-Nação monárquico. Tradução de Álvaro Cabral. Tomo II. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011. p. 117.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoria do Estado**. Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Título original : *Mitologiegiuridichedellamodernità*.

LARENZ, Karl. **Derecho civil** - parte general. Tradução Espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Antônio de Paula Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Francisco Weffort. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1985.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.