



**O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE SOCIAL DO DIREITO
E DA JUSTIÇA NUMA SOCIEDADE DESIGUAL: CONSIDERAÇÕES
SOCIOLÓGICAS A PARTIR DA REALIDADE BRASILEIRA.**

THE PROBLEM OF LEGITIMATE RIGHTS AND SOCIAL JUSTICE
IN AN UNEQUAL SOCIETY: SOCIOLOGICAL CONSIDERATIONS FROM
THE BRAZILIAN REALITY.

André Filipe Pereira Reis dos Santos

Sociólogo, professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - ES (FDV) e líder do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. E-mail: afprsantos@gmail.com

Paula Ferraço Fittipaldi

Professora dos cursos de direito do Centro Universitário São Camilo e do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo, mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - ES (FDV) e membro do grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. E-mail: paulafitti@gmail.com

Rosana Júlia Binda

Advogada Pública, mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - ES (FDV) e membro do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura E-mail: rjbinda@gmail.com

Resumo

O presente trabalho pretende esclarecer a razão da ausência de identificação da sociedade brasileira com seus textos legislativos e discutir o papel exercido pelo estado, em seus três poderes, para condicionamento da falta de protagonismo político da sociedade brasileira e da baixa legitimidade social do direito (e do sistema de justiça). Buscar-se-á demonstrar os efeitos das legislações sobre a sociedade (e vice-versa) com base na formação histórica e reprodução cultural da política brasileira. Procurar-se-á também demonstrar que a judicialização da política pela expansão do ativismo judicial não tem cumprido um papel relevante no aumento da atuação política da sociedade, o que aponta para a necessidade de reconhecimento da

força da própria sociedade civil organizada como meio de fiscalizar o estado e garantir a efetividade de seus direitos, produzindo o sentimento constitucional.

Palavras-chave: Cultura Política Brasileira; Cidadania; Movimentos Sociais.

Abstract

This paper aims to clarify the reason for the lack of identification of Brazilian society with its laws and discuss the role played by the state in its three powers, the lack of conditioning for political leadership of Brazilian society and low social legitimacy of the right (and the justice system). Search will show the effects of laws on society (and vice versa) based on the historical formation and cultural reproduction of Brazilian politics. Search will also demonstrate that the legalization of politics by the expansion of judicial activism has not fulfilled an important role in increasing political activity of society, pointing to the need for recognition of the strength of civil society organized itself as a means of monitoring the state and ensure the effectiveness of their rights, producing the constitutional sense.

Keywords: Brazilian Political Culture, Citizenship, Social Movements.

INTRODUÇÃO

O corpo normativo de um país destina-se (ou pelo menos deveria destinar-se) a atender às mais prementes necessidades da sociedade à qual se dirige, refletindo nos textos legais a realidade sentida/vivida e proporcionando condições para mudanças sociais. No Brasil as leis que se encontram em vigor mostram-se dissociadas da realidade social e do objetivo esperado.

Este artigo pretende analisar a ausência de identificação da sociedade brasileira com as legislações, partindo da pré-compreensão do “sentimento constitucional”¹ como identificação dos cidadãos com o texto constitucional (legal) de seu país. Ao identificarem-se com seu texto constitucional, os cidadãos passam a enxergá-lo como reflexo de seus anseios, o que permite o reforço da identidade nacional. Afinal, as leis passam a ser vistas como resultado de um processo legislativo democrático, que se concretiza indiretamente através dos representantes do povo devidamente eleitos e, diretamente, através da participação social na fiscalização do mandato político do legislador (*accountability*). Quer dizer, um texto de lei não existe de forma isolada, mas, ao contrário, nasce de um contexto sociopolítico específico. Neste sentido, busca-se analisar a realidade brasileira e observar o motivo da ausência de sentimento constitucional entre nós, o que acontece com as legislações brasileiras de um modo geral e não só com a Constituição.

Esse estranhamento da sociedade brasileira para com as suas legislações está diretamente ligado às formas de elaboração das leis: aqui as leis não são expressão de

¹ Expressão utilizada por Pablo Lucas Verdú (2004).

um conjunto de valores da sociedade como um todo, tornando-as, por esse motivo, inaptas a produzir os efeitos normativos esperados. A legislação que teria o papel de atender os anseios sociais e de disciplinar a vida em sociedade, no Brasil é geralmente elaborada para o povo e não por ele, provocando sua falta de identificação com o texto de lei e, por sua vez, o distanciamento e falta de compromissos com seu efetivo cumprimento.

Para discutir esse tema será analisado num plano mais histórico os processos de elaboração legislativa no país, a fim de esclarecer a forma peculiar com que se apresenta a formação sociopolítica brasileira. O objetivo é fazer compreender os motivos pelos quais as legislações brasileiras são tão pouco legitimadas pelos próprios brasileiros, permanecendo maculadas por um baixo grau de efetividade, que retroalimenta a baixa legitimidade social do direito brasileiro e do próprio sistema de justiça, e como os três poderes lidam com as leis e reforçam seus próprios poderes e a “apatia política” da sociedade.

1. BAIXA LEGITIMIDADE SOCIAL DO DIREITO E DA JUSTIÇA NO BRASIL COMO EXPRESSÕES DA AUSÊNCIA DE SENTIMENTO CONSTITUCIONAL

Num plano ideal, todo cidadão precisaria se relacionar com sua história nacional para construção de sua identidade pessoal e social. Essa relação do cidadão com a história de seu estado nacional faria com que ele se sentisse parte integrante de uma coletividade, nutrindo seu sentimento patriótico de responsabilidade pela construção/transformação de seu país a partir do respeito pela história até então consolidada.

Todo estado² nacional pretende um sistema normativo capaz de estabelecer regras claras de convivência, impondo deveres e consagrando direitos sem os quais se mostraria impossível a consecução da paz social em meio às relações estabelecidas na convivência em sociedade. A fim de retratar esta relação entre o povo e a Constituição de seu país, Pablo Lucas Verdú (2004, p.63) utiliza o termo “sentimento constitucional” para traduzir o sentimento de pertença que deveria estar presente em cada cidadão. O sentimento constitucional faria o cidadão perceber o texto constitucional como reflexo de seus anseios, sendo o atendimento desses anseios sociais indispensável para o bom desenvolvimento das relações sociais, da paz social, e para a própria definição dos limites de atuação do estado nacional sobre seu povo. Nas palavras de Verdú (2004, p. 63),

o sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidades mais ou menos consciente porque se estima (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência.

² Grafaremos o termo estado começando com letra minúscula como forma de resistência à nossa tradição cultural de sobrevalorização do Estado (iniciado com letra maiúscula) em detrimento da sociedade (sempre iniciado com letra minúscula), o que aponta para (e reforça) a idéia de que temos um estado forte e uma sociedade fraca, como discutiremos mais à frente.

A partir do momento em que o indivíduo comunga do texto constitucional, sentindo-se parte integrante do mesmo, vislumbrando ali regras boas e convenientes, o respeito aos direitos e deveres ali consagrados passariam a ocorrer como consequência “natural” e não mera imposição do poder soberano.

Diante de um texto legislativo que se apresenta equalizado com a realidade vivenciada por seus cidadãos, o respeito a ele se dá não apenas por sua força de coerção, mas, principalmente, pela consciência de que uma sociedade democrática respeita os direitos e deveres por ela mesma produzida. Habermas (1997) diria que numa sociedade democrática o acatamento ao direito posto se deve principalmente ao fato de que os membros dessa sociedade se sentem coparticipantes da produção do direito. E que denegar um direito seria ofender a participação social no âmbito político em que se produziu tal direito. Numa sociedade democrática, o respeito à legislação se concretizaria pela compreensão de sua presença positiva e efetiva no desenvolvimento da vivência em comunidade, capaz de legitimar socialmente o próprio poder do estado.

Para que a adesão às leis ocorresse não seria necessário que os cidadãos tivessem profundo conhecimento dos temas tratados pelas normas. Mesmo porque, provavelmente, nem todo cidadão teria capacidade técnica de avaliar o conteúdo de uma lei para externar sua concordância ou não com as determinações ali firmadas. Para que a sociedade conseguisse assimilar uma norma seria preciso que esta conseguisse, através de seu texto, ser clara o suficiente para informar sua serventia ao bom funcionamento das relações sociais. E, mais do que isso, que a criação dessa norma deveria ser um projeto também da sociedade, ou de grande parte dela. Uma lei deveria transmitir a necessidade sentida pela sociedade e não ser imposta a esta como uma espécie de solução divina aos problemas existentes. E, para isso, seria necessária a participação daqueles a quem as leis são destinadas, da sociedade como um todo. As leis deveriam se mostrar comprometidas com a sociedade, de onde partem e à qual se dirigem, condicionando o respeito necessário às suas determinações.

Quando uma lei não se mostra em sintonia com a realidade social, com os interesses do povo a qual ela se dirige, por este não é assimilada, o que a faz desrespeitada e, muitas vezes, ignorada por aqueles que deveriam considerá-la como aliada. Eugen Ehrlich, austríaco que é considerado “pai-fundador” da sociologia do direito, seguindo a mesma linha de valorar a cultura jurídica local, dá um exemplo em que afirma que houve uma tentativa de inserir a cultura jurídica do regime matrimonial de comunhão de bens do campesinato austro-alemão no código civil austríaco. Segundo ele, o costume dos camponeses era totalmente diferente do regime de comunhão de bens de que tratava o código civil e, por isso, “as determinações do código civil nunca são aplicadas” (EHRlich, 1986, p. 376). É necessário que se compreenda que a mera feitura de leis não garante aos cidadãos a efetivação de seus direitos quando esta lei não é devidamente respeitada/cumprida por alguns grupos da sociedade, e quando a própria sociedade não participa da elaboração dessas leis ou quando ela não é ouvida sobre suas próprias expectativas normativas.

O direito expresso no texto de uma lei é fundamental para garantir a condição de vida em sociedade, uma vez que ele rege os anseios dos atores sociais a que se destinam, tornando-se essencial para garantir a estabilidade necessária a uma boa integração social. Para Jessé Souza (2000, p. 84), baseado na lição de Habermas, o

direito só consegue garantir sua força integradora, na medida em que os destinatários da norma se vejam, ao mesmo tempo, como autores das mesmas. E para que isso ocorra, a construção da norma deve acontecer de forma que não separe sua execução da moral, não podendo o legislador atribuir ao texto legal seus interesses pessoais a partir de sua posição privilegiada de poder.

O direito só será socialmente legítimo quando for criado respeitando-se seu caráter imparcial, bem como moral, com o fim de garantir sua efetividade no mundo jurídico. E para ser legítimo, o direito precisa traduzir a linguagem da sociedade, cheio de valores e anseios, para reproduzir o reconhecimento social e ser capaz de promover mudanças. Seguindo um modelo habermasiano, para Souza (2000, p. 86), num estado de direitos o direito é constituído a partir do poder político do estado, que se divide em poder comunicativo e poder administrativo. O poder comunicativo é aquele poder de decisões racionais da sociedade constituída, baseado em valores, enquanto o poder administrativo do sistema se traduz na burocracia estatal que rege o sistema de governo, que por sua vez é sustentado pela compensação de interesses.

A grande magia do direito reside no fato de que as decisões racionais e consensuais da sociedade, ao certo, deveriam transformar-se em decisões administrativas do estado, assim legitimamente se formariam leis elaboradas com base nos anseios (e para atender às necessidades) do povo.³ Quando a participação da sociedade na elaboração de um texto normativo, do qual ela própria será destinatária, é respeitada, pode-se dizer que, realmente, tal texto está sendo criado por (e para) a sociedade. Nesse momento, pode-se afirmar que ocorre a demonstração da vontade política da forma de vida compartilhada por aqueles atores sociais destinatários daquele direito, respeitando seus valores culturais. Igualmente, o legislador que não observa o poder comunicativo de determinado grupo social, não conhece sua identidade e, portanto, não consegue “de fora” capturar os anseios daquela sociedade. Portanto, numa sociedade democrática, a soberania popular, como opinião dos cidadãos na esfera política deve fazer-se presente entre direito e poder político, sempre de forma equilibrada para não haver sobreposição de interesses e para garantir a própria democracia (HABERMAS, 1997).

A elaboração de uma lei, com todo seu aparato burocrático necessário, é a formalização de um direito que já existe de forma elementar, como característica de determinado grupo social. É o “direito vivo” de que fala Ehrlich (1986, p. 378). Entretanto, a sua universalização exprime o reconhecimento da vitória de uma luta.

A vida em sociedade exige a necessidade de regulamentação. Para tanto, existem as leis para reger o comportamento dos indivíduos. Uma sociedade pode ser identificada por suas próprias leis, mas estas, por sua vez, precisam dos cidadãos para se concretizar (DAMATTA, 1997a, p. 07). Esta é a forma ideal de uma sociedade que participa da elaboração das leis com as quais se identifica e, por isso, as respeita.

³ No século XIX surgiu o elemento político como direito de participar do exercício do poder político com o direito de votar, e posteriormente, no século XX, insurge o componente social, qual seja, aquilo que vai desde o direito a uma mínima suficiência econômica, e segurança, ao direito de participar efetivamente do processo político. (GOHN, 2010, p. 121)

O poder público administrador, no Brasil, detentor dos meios básicos de atendimento aos interesses sociais, não se mostra interessado e preocupado em promover mudanças na vida desses atores sociais. Isso transforma a relação da sociedade com os administradores políticos e detentores do poder, que se torna uma relação de desconfiança e descrédito. E, por sua vez, as leis existentes acabam sendo consideradas como meros instrumentos de sistematização do “não pode”, como bem sintetiza DaMatta (2002), fomentando ainda mais seu descumprimento por parte dos atores sociais, os quais se sentem apenas repreendidos pela lei em vez de entenderem e assimilarem a importância da mesma na ordenação da vida em sociedade.

A concepção de sentimento constitucional de Verdú dá condições de deduzir que no Brasil a sociedade não se vê refletida no texto de sua Constituição, gerando um imenso sentimento de não ser parte integrante da mesma. É como se o povo reconhecesse a belíssima lista de artigos consagradores de direitos e deveres que, na prática, se mostram completamente distantes da realidade. Ou melhor, se apresentam como uma ficção diante do não cumprimento, da não efetivação, do que está ali previsto.

Observamos no Brasil um descaso pelas leis que estão postas, as quais se mostram incapazes de suscitar nos cidadãos brasileiros o respeito e a crença em sua efetivação. A atual Constituição da República Federativa do Brasil, embora reconhecida pelos juristas e estudiosos como uma das que mais contempla direitos sociais, ainda não tem muita legitimidade social. A sociedade brasileira ainda vê o texto constitucional como excessivamente idealista/romântico.⁴ Essa descrença na Carta Magna brasileira está diretamente relacionada à ausência de identidade dos cidadãos brasileiros com o texto constitucional e sua conseqüente falta de efetividade.

Essa distância verificada é agravada pelo desrespeito praticado pelo estado, que descumpra suas próprias imposições legais não efetivando satisfatoriamente os direitos e deveres determinados em suas leis, afastando-se de seu papel principal de provedor do bem-estar social e da segurança da sociedade. Neste aspecto, não há que se olvidar que a baixa legitimidade do texto constitucional se irradia por todo corpo normativo brasileiro, mesmo porque, toda legislação infraconstitucional é um reflexo dos direitos e deveres constitucionalmente estabelecidos. No Brasil, não há participação popular na feitura das leis, e na fiscalização da atuação dos legisladores, assim como não existe preocupação por parte dos políticos em traduzir no texto legal as verdadeiras aspirações das classes populares. A importância do contexto histórico do país pode ser aqui invocada para sedimentar toda a compreensão até então explanada.

⁴ Nesse sentido, é emblemática uma charge do cartunista Miguel Paiva em que uma família de sem-teto encontra uma Constituição Brasileira no lixo e passa a lê-la. Num determinado momento a mulher, com um bebê no colo e uma criança atrás de si, pede ao companheiro para ler uma determinada parte da Constituição que trata do direito à vida e à saúde: “agora lê aquele pedaço bonito que fala de comida, saúde...” A charge, que expressa certa descrença de que a realidade social possa ser mudada com leis, foi publicada numa edição especial do jornal Estado de São Paulo, no mesmo dia de promulgação da Constituição de 1988.

2. UM EXECUTIVO “FORTE” PARA UMA SOCIEDADE “FRACA”: ESTADO MODERNO E CULTURA POLÍTICA NO BRASIL

É possível identificar na cultura política brasileira, ainda hoje, características assimiladas desde o processo de colonização do país, que dão conta de uma democracia incompleta no Brasil. Holanda (1999) mostra que no Brasil, decisões políticas sempre ocorreram de cima para baixo, sem que houvesse uma efetiva participação popular, sem que os cidadãos brasileiros como um todo pudessem imprimir o seu modo de compreender e de reivindicar, destacando uma falta de identidade nacional ante as influências impostas por nossos colonizadores. A luta política sempre foi intensa e violenta para satisfazer não os direitos dos cidadãos, mas o domínio político. (CARVALHO, 2004, p. 33)

Para Holanda (1999), desde a formação do estado nacional brasileiro entrou em cena o familismo amoral na ocupação da burocracia estatal como espaço de realização e reprodução do poder das famílias (da esfera privada) no estado (a esfera pública). Daí a necessidade, para Holanda (1999), de reconhecer o estado moderno não como expansão dos círculos familiares, mas como ruptura (racional e democrática) com os círculos familiares.

A realidade brasileira se mostra, ainda hoje, inundada por leis que nada resolvem e que em nada colaboram para facilitar (ou contribuir) para a participação dos cidadãos e, conseqüentemente, para a própria democratização da sociedade.

É possível refletir sobre as legislações atuais a partir de Holanda (1999, p. 178), que considera a lei um instrumento inútil quando não direcionada às reais necessidades sociais:

Outro remédio, só aparentemente mais plausível, está em pretender-se compassar os acontecimentos segundo sistemas, leis ou regulamentos de virtude provada, em acreditar que a letra morta pode influir por si só e de modo enérgico sobre o destino de um povo. [...] Escapa-nos esta verdade de que não são as leis escritas, fabricadas pelos jurisconsultos, as mais legítimas garantias de felicidade para os povos e de estabilidade para as nações.

Afirmando de forma contundente esta realidade, e o entendimento já externado de Holanda, repita-se: o Brasil tem leis demais, lavradas em linguagens rebuscadas demais, o que deixa dúvidas sobre suas interpretações.⁵

A linguagem no campo do direito não só hierarquiza os profissionais deste campo, diferenciando-os dos que não pertencem a ele, como também reafirma o poder das profissões jurídicas enquanto corporação. Além disso, o discurso jurídico usa uma linguagem esotérica, de difícil entendimento para os que não fazem parte do campo do direito, o que legitima a diferenciação entre os que pertencem e os que não pertencem a este campo ao mesmo tempo em que desqualifica os outros discursos. Assim como em outras profissões, a medicina, por exemplo, a linguagem apropriada ao campo do

⁵ Sobre a dificuldade de compreensão da linguagem das leis e do direito como um todo ver De Paula; Santos, 2012).

direito define fronteiras entre os que estão dentro e os que estão fora do campo. Os juristas usam termos em latim e expressões processuais que de certa forma contribuem para a redução da litigiosidade, devido à distância que se estabelece entre profissionais e clientes (De Paula; Santos, 2012).

O resultado de tantas leis é um emaranhado jurídico que, em vez de promover o funcionamento das instituições, tem o efeito contrário, de provocar certo desrespeito (e desconhecimento) dos direitos/deveres postos e certa falta de legitimidade social do sistema de justiça⁶. As leis no Brasil, além de serem produzidas sem efetiva participação dos cidadãos, são difíceis de serem compreendidas. E esse modelo não se constrói sem um lastro cultural que é reforçado na própria prática política.

Diante da presença de interesses personalistas na direção do estado moderno brasileiro, desde sua origem, criou-se um poder soberano absoluto e desinteressado pela vida de seus súditos e instaurou-se na sociedade brasileira um estratégico conformismo político, já que nunca foi permitido à sociedade participar da produção política do direito. Com a soberania desarrazoada imposta pelos governantes, o povo precisou se acostumar a esperar que as mudanças sociais venham de cima para baixo, estabelecendo certo conformismo conveniente com relação à luta pela efetivação de seus direitos e deveres.

O “estado forte” e a “sociedade fraca” se retroalimentam de um modo duradouro e cruel na cultura política brasileira. Por um lado, o brasileiro aprende desde cedo, na prática cotidiana, que não vive numa democracia e, por isso, traz consigo a sensação de que nenhuma ação política será capaz de influenciar na decisão direcionada à feitura das leis que serão utilizadas como comandos estatais capazes de pautar os limites de convivência e solucionar os conflitos de interesses surgidos na vida em sociedade. Por outro lado, ainda no plano político, o político se sente como pertencente a um grupo separado/destacado do restante da sociedade e chama pra si (centraliza) as decisões sobre como conduzir a sociedade, sem ouvi-la. Assim, o político se vê como provedor de direitos (messias político) de uma sociedade incapaz de lutar por seus próprios direitos. Há um temor dos grupos sociais responsáveis pela produção legislativa, historicamente membros das classes dirigentes, de que as classes populares tomem acento nas decisões democráticas sobre as leis que governarão suas vidas e que advenha daí uma perda de *status* dos grupos mais poderosos da sociedade, que sempre atuaram como dirigentes políticos e reformadores sociais.

A melhor forma que o estado possui de promover mudanças e melhorias para a sociedade é conhecê-la, permitir a sua participação nas decisões políticas de produção do direito, para, então, destinar-lhe o atendimento necessário por meio de direitos regulados por leis específicas. Robert Shirley (1987, p. 20) afirma que nos Estados Unidos, é regra geral que as elaborações legislativas sejam frequentemente associadas às pesquisas antropológicas, para aprender com a própria sociedade a

⁶ Em outro artigo, vamos refletir sobre a importância que esse emaranhado de leis incompreensíveis por parte da sociedade como um todo assume para o fortalecimento do poder das profissões jurídicas brasileiras como comunidade de intérpretes legítimos das leis.

maneira de aperfeiçoar o direito de forma mais suscetível às suas necessidades. No caso brasileiro, inversamente, a elaboração legislativa demonstra falta de planejamento e ausência de interlocução com a sociedade.

As legislações brasileiras possuem um caráter eminentemente formal, sem interferir no quadro de desigualdades sociais e, na prática, sem efetivação de direitos fundamentais. A relação entre realidade social e sistema político deveria se dar através da sensibilidade dos poderes administrativos do estado e sua capacidade de integração e ação. Contudo esta sensibilidade não se mostra historicamente presente no executivo brasileiro. E o legislativo, por sua vez, precisa sobreviver numa estrutura estatal em que o poder executivo se mostra historicamente forte e centralizado, tornando-se um aparato para reprodução de interesses e vantagens pessoais.

3. LEGISLATIVO COMO REPRODUTOR DA LÓGICA DE FORTALECIMENTO DO ESTADO E DE EXCLUSÃO POLÍTICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA: O DIREITO “DE CIMA PRA BAIXO”

No Brasil, a participação política é enfraquecida por meio da representação política, que por sua vez é desvirtuada para legitimar a distância da sociedade para com o mundo de discussão e elaboração das leis. Em outras palavras, na realidade social brasileira, a transformação de demandas sociais em textos de lei raramente ocorre, sendo impedida pela reprodução de interesses personalistas dos legisladores que compõem o sistema político do estado, de um estado que se constitui como “forte” para uma sociedade “fraca”.

Os legisladores desconhecem as demandas sociais ou as utiliza como forma de cooptação política e/ou demagogia. Esse desconhecimento da sociedade e de suas expectativas gera um número excessivo de leis elaboradas desnecessariamente e não fazem com que o legislativo consiga produzir leis que resolvam problemas sociais históricos (e graves) na sociedade brasileira. Além de serem em grande número, os textos normativos se mostram, na maioria das vezes, descabidos e absurdos, menosprezando situações realmente importantes. Esse quadro demonstra a distorção do ideal democrático de participação política da sociedade, visto que a forma como é elaborada a legislação no Brasil (sem participação popular) torna-se meio de controle social e monopólio de poder, porque retira da sociedade sua dimensão de luta/participação política. Portanto, existe um descaso visível em produzir leis que de fato estejam em sintonia com a realidade social e seus desdobramentos, o que alimenta um círculo vicioso de leis inúteis para uma sociedade distante (distanciada) dos espaços públicos.

Como raramente os legisladores se preocupam com a recepção social de uma lei que está sendo elaborada, mas sim com a garantia de seus próprios interesses, que podem ser interesses econômicos, políticos ou sociais concretizados com a aprovação de um referido texto legal, a realidade social é a peça mais distante dessa conjuntura que se forma para a construção do texto normativo. “Segundo levantamento do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, desde a promulgação da Constituição de 1988 – que já sofreu 67 emendas – foram sancionados 4,2 milhões de leis e normas federais, estaduais e municipais” (CARELLI; SALVADOR, 2011, p. 91).

Em 2011, por exemplo, se um morador da cidade de Vitória, capital do Espírito Santo, quisesse ficar ciente da legislação produzida somente naquele ano, para poder agir de acordo com a norma legal instituidora que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”⁷ (BRASIL, 1942) e verificar, dentre as normas produzidas, quais se aplicariam a seu cotidiano, deveria acompanhar a seguinte produção normativa: no nível federal, uma emenda constitucional (EC n° 68), duas leis complementares (LC n° 139 e 140), trinta e seis medidas provisórias (MP n° 522 a 557), 204 leis ordinárias (LO n° 12.379 a 12.582) e 240 decretos (n° 7.424 a 7.663); no nível estadual, quarenta leis complementares (LC/ES n° 577 a 616) e 162 leis estaduais ordinárias (LE/ES n° 9.613 a 9.774) e, no nível municipal, 121 leis ordinárias (LM/Vitória n° 8.090 a 8.210). Em suma, sem considerar mais nenhum outro tipo de texto legal (resoluções, regulamentos, leis delegadas, súmulas, etc.), somam-se 808 normas editadas ao longo de somente um ano (VAZ, 2012, p. 72). Diante deste volume legal, passa a ser perfeitamente razoável que os indivíduos não se interessem em acompanhar a produção legal, ora pelo elevado número de elaborações legislativas, ora pela distância que estes textos encontram-se em relação à realidade social.⁸

São leis demais para regulamentar assunto “de menos” no tocante aos interesses da sociedade por elas. Isso torna a realidade social, em diversos aspectos, completamente desconexa da determinação legal (DAMATTA, 2002, p. 99). A consequência de tal cenário não espanta: cidadãos que desconhecem as leis, seus direitos, e que não acreditam no sistema de justiça brasileiro.

Buscando confrontar aspectos presentes em outras sociedades e na nossa, Damatta (2002, p. 97-98) traduz claramente essa relação do indivíduo e da sociedade com a lei ao afirmar que

Nos Estados Unidos, na França e na Inglaterra, (...) as regras ou são obedecidas ou não existem. Nessas sociedades, sabe-se que não há prazer algum em escrever normas que contrariam e, em alguns casos, aviltam o bom senso e as regras da própria sociedade abrindo caminho para a corrupção burocrática e ampliando a desconfiança no poder público. (...) Nessas sociedades, a lei não é feita para explorar ou submeter o cidadão, ou como instrumento para corrigir e reinventar a sociedade. Lá, a lei é um instrumento que faz a sociedade funcionar bem.

A identificação dos atores sociais com as leis a eles destinadas passa pela existência de uma experiência social refletida no texto legal, capaz de fazer com que essas leis sejam assimiladas e até mesmo desejadas pela sociedade, visualizando ali uma continuidade de sua própria noção de direitos e deveres.

Na realidade brasileira, se por um lado há uma falta de identificação social com as normas impostas, por outro, há uma ausência do estado no cotidiano de

⁷ Art. 3° da Lei 4.657/42, de introdução ao código civil (LICC).

⁸ Pesquisa realizada para a dissertação de Maurício Serafim Vaz, do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Vitória - ES.

determinados grupos sociais subalternizados. Essa é a realidade de uma sociedade de malandros e heróis (DAMATTA, 1997b), como forma de estabelecer a paz social a partir de um princípio próprio de igualdade que naturaliza as ausências do estado. A naturalização da elaboração de uma legislação “para inglês ver”, é a demonstração do pacto silencioso e cordial de uma sociedade em que cada um efetivamente deve reconhecer o seu lugar. Se um cidadão tenta cumprir a lei a partir da ilusão de que vive num país de direitos realmente iguais, é punido, pois no conflito é que se demonstra a força hierárquica das relações sociais. (SOUZA, 2000, p. 187). Sempre que esta paz hierarquizada é ameaçada, repita-se, rompe-se o pacto silencioso e cordial. Nesse momento entram as figuras do “você sabe com quem está falando?”, do “jeitinho brasileiro” e da troca de favores para resolver o conflito de forma momentânea e manter o domínio dos grupos hierarquizados de uma sociedade desigual. Isso só é permitido pela forma peculiar da formação política brasileira, na qual os cidadãos não só são excluídos economicamente, mas também politicamente (subcidadania), não conseguindo sequer desenvolver a consciência de sua posição nesse sistema, não se reconhecendo como parte dele, tamanha sua submissão política numa sociedade desigual.

Todo esse processo acaba sendo favorável ao executivo, pois a ineficácia das leis justifica sua necessária condição de ação interventora, reforçando sua imagem centralista e patriarcal, motivo pelo qual o estado acaba reproduzindo a baixa legitimidade do direito e do sistema de justiça junto à sociedade brasileira. E o judiciário acaba aparecendo historicamente como um poder cartorário, que só faz ratificar as decisões do executivo, que parece estar acima das leis. Embora o judiciário tenha se tornado mais presente na sociedade brasileira após a Constituição de 1988, veremos que sua atuação recente só tem reforçado o fraco protagonismo político da sociedade.

4. JUDICIÁRIO COMO NOVO MESSIAS POLÍTICO NUM CENÁRIO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA APÓS 1988?

Assim como a sociedade não deve enxergar o executivo como patriarca e provedor de direitos, e esperar que ele seja responsável por todas as mudanças, também não deve apostar que todas as respostas aos dilemas sociais advenham do judiciário.

No caso brasileiro, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a sociedade tem presenciado uma atuação centralizadora e altamente discricionária do judiciário, agindo este, muitas vezes, de modo a suprir papéis que deveriam ser desempenhados pela política (executivo, legislativo ou sociedade civil). E a grande questão é exatamente buscarmos a compreensão desse modo de atuação que se mostra como uma “via de mão dupla”, sendo delineado pela existência de interesses exclusivos do próprio judiciário ao lado da aparente “apatia política” do brasileiro.

Essa condição do judiciário - capaz de povoar o imaginário social como o único poder capaz de promover e efetivar o direito e realizar justiça diante dos conflitos sociais existentes - é tratado pela jurista alemã Ingeborg Maus (2000, p.183-202) como uma espécie de “superego da sociedade”. Maus analisa a expansão do papel do judiciário, relacionado à ampliação do controle normativo por ele exercido, discutindo a

possibilidade deste “fenômeno” ser o principal desencadeador de racionalizações autoritárias por parte do próprio judiciário.

Sua teoria se volta diretamente ao papel desempenhado pelo judiciário na Alemanha, principalmente na figura da Corte Constitucional, evidenciando que essa posição “paternalista” assumida pelo judiciário e antes ocupada pela monarquia, aumentou progressivamente desde o período liberal. Afirmo a autora que o cenário dos anos 60 propiciou o surgimento desse papel paternalista desempenhado pelo judiciário, uma vez que a sociedade vivenciava um momento de orfandade, onde a construção de uma consciência individual se mostrava determinada pelas diretrizes sociais. Essa figura paterna desempenhada pelo Judiciário representaria o superego coletivo, o qual está entranhado na sociedade que se encontra carente de ser tutelada, quer dizer, que se sente órfã da política.

Num primeiro momento, visto como o período de primado do legislativo, segundo o paradigma liberal, a atuação dos tribunais deveria se ater estritamente à vontade do povo, e a interpretação das leis deveria ocorrer da forma mais limitada possível. Ao judiciário era conferido, neste momento, um poder limitado sob a interpretação. Ultrapassada essa primeira fase, de forma progressiva o judiciário alemão vai se desvinculando daquela vinculação estrita à lei, à medida que ocorre à ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. Dessa forma, o judiciário começa a desenvolver um sentido de auto compreensão da aplicação do direito, fixando decisões judiciais caso a caso.

O Tribunal Federal Constitucional Alemão passa, então, a ocupar lugar “privilegiado” de “censor ilimitado do legislador” (MAUS, 2002), afirmando, inclusive, a possibilidade de reconhecimento de direitos suprapositivos, o que lhe garantiu a possibilidade de ultrapassar os ditames constitucionais, declarando-se competente para “controlar o teor de constitucionalidade do direito vigente”, rompendo “com os limites de qualquer competência constitucional”. Tal situação configura uma espécie de “teologia constitucional”, uma inquestionável forma de acobertar tiranias judiciárias. E, diante da aprovação popular ali presente, parece que aquela antiga “função patriarcal” do judiciário (a qual fora repudiada em nome do formalismo jurídico), novamente se fez aceita. (MAUS, 2002, p. 183-202)

Muito embora Maus esteja retratando o contexto do judiciário alemão, é possível observarmos que o judiciário no Brasil tem reproduzido esse modelo de atuação, nutrindo para com a sociedade brasileira esse papel de dependência de sua função para resolver todos os tipos de conflitos surgidos, cabendo-lhe, de forma privilegiada, a competência exclusiva para interpretar e efetivar os direitos constitucionalmente garantidos. Essa relação sedimentada entre a magistratura e a sociedade aponta claramente a existência de um poder praticado por aqueles sobre estes como parte de um processo de construção dessa figura do superego social.

Conforme aponta Maus (2002, p. 183-202), o perigo reside na sociedade brasileira comportar-se como uma sociedade infantilizada, depositando no judiciário (e nutrindo para com este) certa dependência para efetivação de direitos e esvaziando a arena de participação política da própria sociedade na transformação de sua realidade social, que é a própria reprodução da “apatia política” que já faz parte da cultura política brasileira. Quer dizer, no caso brasileiro, a expansão do poder do judiciário não tem

significado necessariamente um aumento do protagonismo político da sociedade como um todo, mas uma politização do próprio judiciário para concorrer com o executivo pelo dirigismo político da sociedade, colocando o judiciário como novo messias político para uma sociedade carente de direitos.

4. RETORNO À POLÍTICA: A IMPORTÂNCIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS PARA RECRIAÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL

O que poderia ser feito para mudar a realidade social brasileira e garantir a efetividade de direitos fundamentais? Muito embora haja quem defenda que a força da efetividade das normas emanadas das leis esteja no papel hermenêutico (que é também um papel político) do judiciário, não se pode negar a importância da mobilização da própria sociedade civil em torno da reivindicação de seus interesses, fora do “oficialismo opressivo” como demonstração do controle da efetividade do direito, por via informal, de natureza social. (BARROSO, 2003, p.131) Até para fugirmos de um novo messianismo político, o messianismo político dos intérpretes do direito, o messianismo das profissões jurídicas.

Para democratizar o poder do estado, é necessário organizar a sociedade em movimentos sociais, redes de mobilizações e associações civis, em busca de apresentar suas demandas e suas lutas. Entretanto, isto não será possível, enquanto a sociedade se curvar ao paternalismo do estado e permitir a manutenção do clientelismo político e, provavelmente, os poderes do estado, na figura de seus representantes, não estarão dispostos a modificar a tradição dirigente do estado brasileiro. Nas palavras de Carvalho (2005, p. 227),

Se há algo importante a fazer em termos de consolidação democrática, é reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político, isto é, para democratizar o poder. A organização da sociedade não precisa e não deve ser feita contra o Estado em si. Ela deve ser feita contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado.

A elaboração de legislações meramente formais representa o modo resignado como a sociedade brasileira lida com o estado e o modo autoritário como o estado lida com a sociedade, impedindo-lhe o acesso efetivo às discussões legislativas. Para que a sociedade se identifique com a legislação, esta deve atender os anseios sociais, para que ocorra a efetividade dos direitos emanados por ela. Enquanto o estado se mantiver em posição superior, como conhecedor e elaborador de um direito que não seja para a sociedade como um todo, ocorrerá o distanciamento social do direito, expressa na falta de efetivação dos direitos, e a falta de legitimidade do próprio sistema de justiça.

Considere-se, portanto, o poder de atuação dos diferentes grupos e movimentos sociais como o maior instrumento para a exigência do cumprimento das leis, bem como para a conscientização dos detentores do poder público no sentido de despertar o sentimento de respeito pela sociedade e enxergar suas verdadeiras necessidades. Esta se traduz como a melhor forma de fiscalização participativa e concretização de direitos, devendo ser implantada desde uma pequena ação individual

na própria comunidade até a criação de grupos mobilizadores da sociedade e formadores de opinião, a fim de promover uma política efetivamente democrática de produção de direitos. Afinal, não há democracia sem *demos*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pode extrair de tudo que foi exposto nestas reflexões concentra-se na ideia de que a legislação de um país deve estar voltada às realidades vivenciadas por seu povo, garantindo sua eficácia e efetividade. Entretanto, não é o que se observa na sociedade brasileira, uma vez que em sua grande maioria as leis não guardam vínculo com o povo ao qual se dirigem, mantendo-se distantes. Esta distância faz com que os cidadãos não identifiquem as leis como algo feito em seu benefício. Ao contrário, a percepção social é de que seja um corpo normativo que atende aos interesses de poucos ou que existe apenas “de fachada” para sustentar uma falsa noção de democracia.

Leis descabidas e “alienígenas” são fabricadas em um processo legislativo que insiste em manter o povo distante e “apático”, mantendo um quadro permanente de inércia quanto à resolução de problemas sociais e fortalecendo a sensação dos cidadãos de serem absolutamente incapazes de promover qualquer tipo de alteração nessa ordem.

A ausência de sentimento constitucional é um sintoma desta legislação apartada da realidade social, uma vez que o povo não visualiza nos textos legais a tradução de seus interesses, deixando a lei de cumprir seu papel principal de proporcionar segurança e ordem ao desenvolvimento da vida em sociedade. O número de leis presentes no sistema normativo brasileiro confirma uma falsa impressão de que a existência de um texto legal versando sobre determinado assunto já seja suficiente para tutelar e garantir segurança à sociedade, sustentando a imagem de um estado patriarcal que não permite a maioria de seus cidadãos.

A este cenário legislativo fictício (distante da própria realidade social), alia-se a questão das raízes herdadas de nosso processo de colonização, onde as leis tradicionalmente foram impostas pelos governantes, sem que estes permitissem qualquer forma de manifestação social, sedimentando o sentimento de não pertencimento, e afastando o povo cada vez mais do processo de transformação social. Mas, ainda hoje, o processo de elaboração das leis é utilizado como forma de manutenção do poder político de grupos numericamente minoritários em detrimento das expectativas por mudança e transformação oriundas da sociedade como um todo.

O recente papel desempenhado pelo judiciário na sociedade brasileira, constituindo-se verdadeiro ativismo judicial, também não tem modificado a relação do estado com a sociedade. O judiciário (e num sentido mais amplo as profissões jurídicas) tem se apresentado como superego da sociedade e substituído a própria sociedade nas lutas por transformação da realidade social e de *accountability*. O papel jogado pelo judiciário só tem servido para colocar limites ao poder histórico do executivo na sociedade brasileira, mas não tem reforçado o protagonismo político da sociedade.

Contudo, a sociedade não pode permanecer inerte ante as mazelas do poder público e tampouco continuar sonhando com mudanças a serem promovidas “de cima

para baixo” por um estado patriarcal. Ao contrário disso, deve reconhecer sua força, capaz de realizar as transformações necessárias através de formação de grupos organizados em busca de reivindicar seus direitos e aumentar a fiscalização do estado, a fim de democratizar o sistema político e sentir-se parte de suas leis, construindo seu sentimento constitucional. A efetiva participação política da sociedade civil é a peça que falta à incompleta democracia brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARELLI, Gabriela; SALVADOR, Alexandre. É de Enlouquecer. **Revista Veja**, São Paulo, n. 39, p. 90-91, set. 2011.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- DAMATTA, Roberto. **A casa e a rua**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2002.
- DE PAULA, Quênia Silva Correa; SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos Santos. **A FORÇADA FÔRMA: reflexões sobre linguagens jurídicas, acesso à justiça, poder das profissões jurídicas e ensino do direito no Brasil**. CONPEDI, 2012.
- EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Ed. UnB, 1986.
- GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade - O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
- VAZ, Maurício Serafim. **A razoável duração do processo e o jeitinho brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Vitória-ES.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Recebido em 17.12.2012

Aprovado em 07.04.2013