

DOI: : <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v5i8.892>

06. LIBERDADE E PRISÃO DA LEI: ANTAGONISMOS NECESSÁRIOS ATRAVÉS DE ANTÍGONA

06. FREEDOM AND LAW IMPRISONMENT: ANTAGONISMS REQUIRED THROUGH ANTIGONE

Leonel Pires Ohlweiler¹
Ângela Kretschmann²

Resumo: O artigo aborda diversas formas de concepção da Lei, e assim, as relações históricas de amor e ódio das sociedades pela lei, ora na luta por sua revogação, ora na luta por seu respeito incondicional. Objetiva esclarecer e identificar espécies de legalismos de uma legalidade que se mostra legítima, esclarecendo os motivos pelos quais nos dias atuais a Constituição Federal pode e deve ser defendida contra quaisquer tentativas de regimes totalitários ostensivos ou mesmo políticas subliminares que visam fragilizar um sistema democrático e os direitos humanos conquistados e expressos na Carta Constitucional através de direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Legalidade, Constituição Federal, desobediência civil, justiça, democracia.

Abstract: The article discusses the historical relations of love and hatred of societies and the Law. Sometimes the societies fight and repeal it, sometimes fight for an unconditional respect to. It aims to demystify and distinguish the legalisms of a legality that is intended to legitimate, and that deserves to be celebrated today, explaining the reasons why the Federal Constitution can and should be defended against any attempts of totalitarian regimes or even invisible policies which may seek to weaken a democratic system and human rights conquered and expressed in the Constitutional Charter through fundamental rights.

Keywords: Rule of Law, Constitution, civil disobedience

Sumário: Introdução; 2. A liberdade e a prisão da lei como grandes narrativas; 3. A historicidade da ordem legal: direito, justiça e lei; 4. A mitologia da lei moderna: governos dos homens ou governo do povo?; Considerações finais; Referências bibliográficas.

¹ Doutor em Direito pela Unisinos, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Professor de Direito, Unilasalle, Centro Universitário La Salle, RS, e-mail: leonelpires@terra.com.br.

² Doutora em Direito pela Unisinos/RS, Pós-doutora pelo Institut for Information-, Telecommunication and Media Law (ITM), Münster, Alemanha, Professora do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e Negócios da Unisinos, e-mail: angelak@cesuca.edu.br.

INTRODUÇÃO

A Lei se constitui, à primeira vista, uma prisão. A Lei impõe limites, é o que sempre se conhece bem. A lei é chamada a estabelecer uma ordem. Portanto, a lei imprime, por sua existência, uma força que tende à restrição do agir, revelando-se um instrumento de aprisionamento. Mas a lei também pode e efetivamente constitui uma liberdade. Nesse debate, vozes se erguem sugerindo a desobediência, enquanto outras se erguem defendendo o respeito incondicional. A pesquisa segue o método hermenêutico, por meio da apresentação e comparação de doutrinas, segundo seu próprio contexto histórico e sua autoridade emissora, abordagem através da coleta de dados históricos em relação ao surgimento de diversas legislações, visando, ao final, apontar as razões históricas que amparam tanto a rejeição quanto a aprovação, e ao mesmo tempo, apontar a influência que a política exerce em sua aplicação.

A comemoração de uma data especial vinculada ao nascimento de uma lei traz em si também o questionar sobre as razões pelas quais outras vezes ela é repudiada. Há uma relação dúbia de um povo com suas leis, uma relação que merece ser enfrentada. No ano em que o Rio Grande do Sul lançou a comemoração pelos 50 anos de luta pela legalidade, perguntas não faltaram para questionar essa mesma legalidade. Aquela luta pela legalidade, da década de 1960, era a luta por uma legalidade específica. Foi uma época em que se desenhava no Brasil uma nova legalidade. Isso levou a pensar nas diversas faces da legalidade e que podemos falar de várias legalidades. Será que a legalidade deve ser defendida a qualquer custo, como Sócrates fazia crer, a ponto de dar sua vida por ela? Os critérios para que se obedeça a lei mudaram? Há possibilidade jurídica de desobediência legal?

2. A LIBERDADE E A PRISÃO DA LEI COMO GRANDES NARRATIVAS.

Enquanto o Rio Grande do Sul comemorou, em agosto de 2011, os 50 anos de legalidade, baseado em um fato político ocorrido em 1960,³ também em nível federal o país

³ O fato tem raiz na renúncia de Jânio Quadros, então Presidente da República, ocorrida em 25 de agosto de 1961. Segundo o mandamento constitucional, a Presidência da República deveria ser assumida pelo vice, João Goulart, o Jango, que estava naquele momento em visita à China. Na época vivia-se o temor pela ascensão do comunismo, e o medo de que um governo de esquerda tomasse o

comemorou, em setembro de 2012 os 190 anos da Proclamação da República. E quando a República completava seu 189. aniversário, o Governo Federal espalhou *outdoors* pelas cidades brasileiras proclamando que o Brasil está cada vez mais independente, “pois o Brasil está nas mãos do povo brasileiro.” Se isso significa mais democracia, poder-se-ia pensar que temos mais democracia porque o poder está nas mãos do povo. Mas que legalidade é essa que coloca tudo nas mãos do povo? Que "povo" é esse, que conduz o poder no Brasil? Numa democracia, o povo tem mesmo todos os direitos? – “De jeito nenhum!”- diz, entre outros, André Comte-Sponville,⁴ pois todos estão submetidos à Legalidade de um Estado de Direito. Essa Legalidade cumpre investigar, para saber os motivos pelos quais deve ser defendida, respeitada, e comemorada – assim como, quando deve ser repudiada.

A tendência de encontrar uma ordem justa por intermédio da Lei encontrou seu apogeu, na família ocidental romano-germânica, através do espírito iluminista francês, originando a codificação. Mais tarde o prestígio supremo ficou estabelecido pelas Constituições. Mas o que é capaz de dar autoridade máxima à Constituição de um país? Quando a própria Constituição precisa ser discutida e emendada? Afinal, o que importa, de tudo isso, é que antes de se defender a Legalidade, se deixe claro que a Legalidade, para ser defendida, deve ser razoável para o povo a quem se dirige, deve ser originária, como prescreve um Estado de Direito, de um poder constituinte legítimo. Mas não é só isso, e esse é o objetivo da pesquisa, buscar discernir acerca dos legalismos e da legalidade que merece ser defendida e comemorada no Brasil.

Espera-se alcançar maior clareza em exemplos concretos, que demandam da atual sociedade digital, não apenas aplicação da Lei, mas também, políticas específicas que fortaleçam o Estado Democrático de Direito. Espera-se, finalmente, concluir se o peso da Lei é exercido sobre a Política, ou se a Política é que exerce influência na Lei. Peso esse exercido não apenas na própria construção da Lei, tornando lícita uma determinada política pretendida

poder levou os militares a impedir que João Goulart assumisse a presidência, como determinava a Lei. É dado início a um movimento de defesa da legalidade, pela posse de João Goulart. Assim surgiu o movimento que ficou conhecido como Rede da Legalidade, iniciado por Brizola, então governador do Rio Grande do Sul. O movimento alcançou grande público e a defesa da legalidade venceu. Mas por pouco tempo: afinal, em 1964 Jango acabou fugindo para o Uruguai, o cargo ficou vago e os militares temerosos, assumem com Castelo Branco. Depois será eleito como presidente do Congresso o General Costa e Silva, e com ele será imposta uma nova Constituição Federal, de 1967. Ela estabelecerá o voto indireto, que será o responsável pela eleição do próprio General Costa e Silva como novo Presidente. E assim seguiu a ditadura no Brasil.

⁴ COMTE-SPONVILLE, André. **O capitalismo é moral? : sobre algumas coisas ridículas e as tiranias do nosso tempo.** São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 55.

pelo poder público, mas antes, se a Lei é aplicada e é efetiva, e gera eficácia plena, após sua promulgação, mesmo que determinada política pública sofra alteração que ainda não tenha sido efetivada por nova promulgação ou alteração legislativa.

As questões sobre legalidade não são juízos de fato, assim como os problemas de justiça e direitos que regulam a vida em sociedade. Como sustenta Ronald Dworkin, tais conceitos funcionam como conceitos interpretativos, ou seja, dependem daquilo que é partilhado pela comunidade, pois os cidadãos partilham práticas sociais⁵ e discordam porque interpretam de modo diferente. Os debates sobre legalidade e justiça, portanto, relacionam-se com a melhor concepção sobre a lei, o justo, o direito. Os relatos da vida em sociedade e do próprio Estado, em última análise, são grandes narrativas fundadas em concepções sobre o modo como devemos viver. Para Ronald Dworkin, ao defender a unidade do valor, sustenta que muito embora lei, direito e justiça são conceitos diferentes, um não pode ser concebido sem o outro, “portanto, os conceitos devem estar integrados uns nos outros. Não se pode defender uma concepção de qualquer um deles sem mostrar como a nossa concepção se ajusta a concepções apelativas dos outros.”⁶

O clássico exemplo de Antígona⁷ é capaz de conectar o que acima foi referido. De forma sintética é bastante conhecida a narrativa sobre Creonte, rei de Tebas, investido em seu poder, proíbe o sepultamento do cadáver de Polínicos, sob pena de morte, considerando tratar-se de inimigo da *polis*. No entanto, Antígona assume o papel de quem desafia o édito de Creonte e assume as consequências do descumprimento da lei. Ao realizar os atos fúnebres é flagrada, presa e levada para o rei⁸. Os debates são até hoje fonte de discussões e interpretações, ainda permanecendo boa parte do entendimento segundo o qual ocorre a justificativa de Antígona, em nome da justiça, dos deuses, e, de outro lado, o poder de Creonte, ao defender a aplicação das leis dos homens. A condenação assim foi inevitável e Antígona é sepultada viva em uma caverna.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 18.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**, p. 19.

⁷ SÓFOCLES, **Antígona**. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira Fialho. Brasília: UNB, 1997.

⁸ Conforme refere François Ost: “A morte de Polínicos, príncipe tebano que pegou em armas à frente de um exército argivo para retomar a coroa de seu irmão Etéocles, tornando-se por isso ou, mais exatamente, por sua derrota, traidor da pátria, fornecendo o tema a essa interrogação radical sobre o domínio do direito em vigor e os limites da validade do poder do Estado. Creonte, novo chefe da cidade, proíbe que sejam prestadas a Polínicos as honras fúnebres, privando-o assim para sempre de todo acesso ao reino dos mortos.” **Contar a Lei. As Fontes do Imaginário Jurídico**. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 189.

No entendimento de Pedro Talavera Antígona de Sófocles é mais do que uma tragédia grega, eis que

“continua alzándose como la más extraordinaria reflexión dramática sobre el alcance del deber jurídico, sobre el dilema entre la obediência a la ley y la fidelidad a la propia conciencia(cuando ambas apuntan en direcciones opuestas) y, en última instancia, asomándose a las cuestiones más trascendentales de la dimensión social del ser humano: qué es la justicia y cual es el fundamento último del derecho.”⁹

De plano, coloca-se a questão do conhecimento da lei e o questionamento de Antígona sobre o édito de Creonte e a forma desigual ao tratar dos corpos de Eteócles e Polínees, ambos mortos em batalha, mas: “A Eteócles, segundo se diz, tratando-o de acordo com a justiça e a lei, ocultou-o sob a terra, de uma maneira honrosa aos olhos dos mortos do além. Quanto ao cadáver de Polínees, pericido miseravelmente, diz-me que foi proclamado aos cidadãos que ninguém o recolhesse num sepulcro, nem o lamentasse, mas sim que o deixasse sem gemidos, por enterrar...”¹⁰. A indignação de Antígona possui aspecto simbólico para o tema deste breve estudo, pois o tratamento desigual refletia grande injustiça, ainda que por óbvio sabia-se dos motivos determinantes de tratar de modo diverso o herói e o inimigo da pólis. Os questionamentos sobre a legitimidade situam-se na postura de estranhamento, muitas vezes de indignação. É interessante o relato de François Ost: “Antígona é aquela que se ergue ao raiar do dia, na aurora ainda rubra. Ela também parece rubra como o sangue de Polínees, rubra como a cólera e a revolta, rubra como o metal malhado, aquecido, em brasa. Antígona surge, resoluto, inteira, para clamar sua recusa. Já foi dito que toda ciência começa por uma recusa; com Antígona, compreende-se que toda justiça origina-se por uma denegação – a recusa da injustiça. O grito do rebelde, antes da partilha dos direitos.”¹¹ Antígona, desta forma, retrata aquilo que é comum em muitas tragédias gregas, debatendo os efeitos da generalização da desordem e do excesso (*hybris*), como aduz Pedro Talavera:

En Antígona se da una primera situación de hybris en el enfrentamiento de los Hermanos Eteócles y Polínees. Em um segundo nível, resulta más importante el enfrentamiento entre Antígona y Creonte: es hybris enfrentarse a las leyes de la ciudad y querer fundamentar las relaciones humanas sólo en los sentimientos (ley de la sangre). También es hybris el enfrentamiento entre Creonte y Hemon: querer

⁹ TALAVERA, Pedro. **Derecho y Literatura**. Granada: Colmares, 2006, p. 91.

¹⁰ SÓFOCLES, **Antígona**, p. 30.

¹¹ OST, François. **Contar a Lei. As Fontes do Imaginário Jurídico**. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 184.

*governar con excesiva confianza en sí mismo, sin escuchar nunca la voz del corazón.*¹²

Os relatos históricos sobre a lei possuem esse dado comum: a eterna circularidade entre até onde é possível estender os domínios da normatividade. François Ost indica de forma precisa os aspectos de universalidade de Antígona, eis que Creonte teria realmente a legitimidade para impor tal pena para além da vida à Polínices. Por outro lado, é justo o tratamento igual com Etéocles, herói da pátria e morto no confronto? Antígona coloca em dúvida exatamente a questão da própria legitimidade do édito de Creonte e, de forma premeditada, decide descumprir a lei, pois a ordem, mesmo oriunda da *polis* não poderia chegar ao ponto de lhe separar do irmão: “A ele não lhe é dado separar-me dos meus.” Mesmo com as advertências de Ismênia sobre contrariar a lei e o poder, Antígona reafirma o seu propósito de ir contra o Direito em vigor para sustentar um Direito ideal¹³, fundado naquilo que é honroso para os deuses. O diálogo, portanto, representa duas questões que atravessam a humanidade e as sociedades organizadas, assumir a postura de obediência ou de questionamento da lei, inclusive não apenas no campo das ideias, mas das ações contrárias ao estabelecido. Ismênia, portanto, revela um dado que também é relevante com relação ao Direito em vigor, no caso da tragédia representada pelo édito de Creonte, a necessidade de pensar no coletivo, na ordem de organização da sociedade, mesmo que tal represente abdicar de sentimentos pessoais. As palavras do diálogo são reveladoras: “Eu não faço nada que não seja honroso, mas sou incapaz de atuar contra o poder da cidade.”¹⁴

3.A HISTORICIDADE DA ORDEM LEGAL: DIREITO, JUSTIÇA E LEI.

Esclarecer as circunstâncias históricas que levaram a sociedade ocidental a organizar-se através do respeito à lei e impor uma ordem para o convívio pacífico não é tarefa muito fácil, pois implica descer os degraus através da memória da longa história da humanidade. Mas destaca-se que as circunstâncias históricas aqui limitar-se-ão, pelo objetivo da pesquisa, à história ocidental, em especial a tradição romano-germânica do direito, em função de ela ser nossa herança jurídica e dos limites do próprio texto: descobrir por que motivos hoje se

¹² **Derecho y Literatura**, p. 101.

¹³ Expressões utilizadas por François Ost, **Contar a Lei. As Fontes do Imaginário Jurídico**, p. 189.

¹⁴ **SÓFOCLES, Antígona**, p. 32.

comemora de tempos em tempos a conquista da legalidade, assim como, por quais fundamentos a lei merece ser defendida, com a própria vida, como ocorreu às vezes na história, assim como outras vezes, mereceu ser combatida, também com a própria vida, sendo que o texto de Sófocles, *Antígona*, caracteriza-se como exemplo privilegiado.

A apresentação do amor socrático pela Lei é um bom ponto de partida para a análise da importância que a Lei assumiu nos países de tradição ocidental. Sócrates (469-399 a.C.) consagrou sua vida à busca da verdade, ainda que em torno de sua personalidade giram questões em geral lendárias. Sócrates chegou a defender a existência de normas de conduta que valem absolutamente, que todos podem conhecer quando se interrogam de boa vontade. Entendia, assim, que as leis da cidade eram necessárias e fruto da exigência da própria natureza humana, pois a própria vida humana digna é inconcebível sem os alicerces de uma ordem social, que somente a lei poderia garantir. Ainda que Sócrates tenha aceitado sua sentença de morte, bebendo o veneno conforme determinava a sentença, entendendo que a obediência às leis é um dever de todos,¹⁵ lembra Truyol y Serra¹⁶ que isso não significa que ele desvinculava o Direito da Justiça, pois já havia se rebelado contra uma ordem injusta sob o governo dos Trinta Tiranos, e também contra um acordo ilegal feito em uma assembléia popular. Parece inquestionável que Sócrates teria tido uma reação a favor do direito, mas fica a pergunta de Villey, se ele teria “trabalhado a favor das leis do Estado ou de uma justiça superior”.¹⁷ De todo modo, para Sócrates desobedecer a lei não poderia levar ao extremo de pôr em risco a ordem social.

No geral, a lei na Grécia Antiga, assim como em outras civilizações, será a consequência direta e necessária da crença religiosa, era a própria religião. Desse modo as leis se constituíram no tempo como coisas sagradas. E por isso a imutabilidade da lei, pois era divina. É por esse motivo que em *Antígona* as posições representadas pelo Direito em vigor e o Direito Ideal que caracterizam a tragédia se invertem, muito embora com grande

¹⁵ No diálogo Críton, que envolve a noção de “dever”, Sócrates está preso e Críton oferece uma chance de fuga, e diante da condenação à morte e refúgio na Tessália (deveria beber o veneno cicuta) Sócrates opta por recusar a oferta e deixando claro que entende que a obediência às leis é a virtude social suprema do cidadão, o respeito às leis é um imperativo indiscutível, absoluto, ao qual o cidadão deve sujeitar-se, sob pena de desordem social (Cfe. PLATÃO. Diálogos. Coleção Pensadores. Nova Cultural: São Paulo, 2000. 46a-50a.

¹⁶ SERRA, A. Truyol y. **História da Filosofia do Direito e do Estado**. Tomo 1, Das origens, à Baixa Idade Média. Trad. Por Henrique Barrilaro Ruas. 7ª. Ed. Portugal, Coleção Estudo Geral, Instituto de Novas Profissões, 1982. p. 110-111.

¹⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 25.

ambiguidade, pois Antígona opondo-se ao édito de Creonte defende o *nomos* arcaico, como sustenta Marcelo Alves, cujo caráter divino é sustentado pela tradição dos deuses: “De fato, se os *nomina* que Antígona reivindica são por ela apresentados como tendo caráter divino, consagrados pela própria tradição, não é mesmo verdadeiro que eles coincidem perfeitamente com a sensibilidade humana, com os sentimentos de perda e a reverência que a morte de alguém suscita em seus familiares.”¹⁸

E no mesmo sentido, as leis nunca eram ab-rogadas, as antigas subsistiam ainda que em contradição com as novas. Por isso as leis de Drácon não foram abolidas por Sólon. E por muito tempo, mesmo que resultasse da vontade humana, mesmo evoluindo para sufrágios, aquela divinização não pareceu desaparecer, pois ao fazer a lei o povo consultava a religião, pedindo consentimento aos deuses.¹⁹ Havia na verdade pouca separação entre a esfera da vida privada e a atividade pública, até porque a cidade era composta de uma confederação de famílias. Diz Konder Comparato que num certo sentido, tudo era público, e a violação de questões legais ou morais eram igualmente temidas. As leis eram parte da sociedade, e o aumento de leis também era muito criticado, levava a acusação de que os costumes estavam se perdendo. Esse é um contraste enorme entre os gregos – e mesmo os romanos – e a modernidade, pois esta irá idolatrar o comando legal. As leis gregas, portanto, não eram importadas como muitas vezes vemos acontecer hoje em dia, em especial no Brasil, por isso obedecia-se às leis com o mesmo gosto como se admirava a cidade.²⁰

A íntima relação entre as leis e o sentimento de pertencer à comunidade aparece de modo interessante nas falas de Creonte, ao referir: “É impossível o espírito, pensamento e determinação de qualquer homem, antes de ele se ter exercitado no poder e nas leis. Eu, para

¹⁸ ALVES, Marcelo. **Antígona e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 62 e 66. Sobre a questão refere François Ost: “Para Creonte, chefe político da cidade recentemente empossado, o *nomos*, a lei do Estado, exprime-se em éditos e proclamações (*kerugma*); significa uma série de regulamentações ou medidas destinadas a ‘policar’ o corpo social. Em seu discurso, nenhum traço dos costumes, das velhas leis ou ainda da justiça divina de *Diké*. Para *Antígona*, ao contrário, o *nomos* político encontra sua legitimidade, mas também seu limite, no respeito às exigências de *Dike*, a equidade, a justiça tradicional e não escrita dos deuses que as regras consuetudinárias mais fundamentais (*nomina*) exprimem.” (Contar a Lei. As Fontes do Imaginário Jurídico, p. 197).

¹⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. P. 208-209.

²⁰ Assim que, na famosa oração fúnebre de Péricles em homenagem aos que tombaram no primeiro ano da Guerra do Peloponeso (431 a.C.) Péricles assinala que a excelência da democracia de Atenas reside na obediência às leis, mas sobretudo àquelas que não eram escritas e que têm sua transgressão sancionada pela desonra. O autor ainda cita o exemplo de Antígona, que no seu diálogo com Creonte opõe ao Decreto do rei a lei divina. E os romanos também irão repudiar a proliferação exagerada de leis, sob acusação, especialmente na época imperial, de Tácito (35-120 a.C.) que ela representava a “extrema corrupção da sociedade política” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2006. p. 55-56 e 58).

mim, entendo que todo aquele que, sendo supremo senhor de um Estado, não se mantiver firme nas melhores decisões, mas por medo enterrar a sua língua, é e foi sempre um grande celerado. E quem quer que tenha mais amor do que sua própria pátria, por esse não tenho a menor consideração.”²¹ Ao estabelecer a diferença de tratamento entre Etéocles e Polínicos, não permitindo a esse o direito de sepultura, o edito proclamado justifica, legitima-se no interesse da *polis*, ao menos no plano do discurso de Creonte. Aliás, por vezes, a justificativa legal esconde outros interesses, especialmente a manutenção do poder. Tal circunstância também acompanha a historicidade da construção do caráter regulador do texto legal. Na peça de Sófocles, a figura de Creonte circunda tais ambiguidades, como aduz Marcelo Alves: “Ao final, difícil é dizer se o que move Creonte é, de fato, o bem da *polis*, ou a consolidação de seu próprio poder, ou ainda o bem de sua família. Na verdade, do modo como o drama é tecido, as ambiguidades mantêm-se até o desfecho da peça... (...). Mais apropriado talvez seja dizer que todos esses interesses e motivações têm o seu lugar no amplo contexto que a peça suscita e constrói. A conduta do homem e do rei, eis uma certeza que a peça oferece por meio de seu trágico desfecho, foi desmedida.”²²

A mesma fragmentação e dualidade retratada na tragédia de Sófocles, apresenta-se no próprio desenvolvimento da lei, pois o período após a queda do Império Romano será marcado pela fragmentação jurídica, ou um sistema dualista, estando de um lado um direito laico, proveniente do direito romano, e de outro, o sistema jurídico que se estabelece com os cristãos, o direito canônico.²³ Mas se analisarmos globalmente a Idade Média podemos dividi-la em dois ciclos, como diz José Reinaldo: um que vai do desaparecimento do Império Romano até o ano 1000 e a partir daí, o segundo período, que vai do renascimento do Ocidente em especial dentro das universidades, surgindo a cultura jurídica – o direito comum (*ius commune*) dos séculos XII a XV vai superar de modo avassalador o que tinha existido antes.²⁴

A fragmentação decorrente da Idade Medieval reforçou a necessidade de unificação legal. Na medida em que os Estados Modernos vão se constituindo, buscam uma base nacional que se separa do poder superior da religião e da Igreja. O próprio fundamento do

²¹ SÓFOCLES, *Antígona*, p.36.

²² *Antígona e o Direito*, p. 79.

²³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, P. 127.

²⁴ LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, P. 64.

direito natural vai deixar a esfera teológica, pois será buscada uma base racional, fundada na razão humana, como fundamento de legitimação do próprio direito.

O tempo veio mostrar, para os países de tradição romano-germânica, que havia um melhor modo de chegar à justiça, seria por meio do apoio às disposições da lei, tendência que cresceu e se sedimentou no século XIX, com o surgimento, nos países continentais, da codificação. A lei passa a ser considerada a melhor técnica para trazer regras claras, num momento em que as relações sociais adquiriam uma complexidade enorme, motivada em grande parte pela revolução industrial. A complexidade era tanta que René Davi esclarece que foi necessário então privilegiar as preocupações com precisão, segurança e clareza, em detrimento, muitas vezes, da solução justa.²⁵ A correlação entre justiça e lei acompanhará o debate sobre a lei, inclusive para posteriores concepções excluindo do juízo de normatividade esse tema. No sentido de privilegiar o diálogo com Antígona de Sófocles, é exemplar o diálogo entre Antígona e Creonte, no qual ocorre exatamente a contraposição histórica aludida. Ao indagar sobre o conhecimento do édito e a proibição estabelecida, a resposta revela de plano a insurgência: “Sabia. Como não havia de sabê-lo? Era público?” A justificativa da ação de Antígona, questionando a legitimidade do édito é dada logo em seguida: “É que eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre e ninguém sabe quando surgiram. Por causa das tuas leis, não queria eu ser castigada perante os deuses, por ter temido a decisão de um homem.”²⁶

O embate da peça tornou-se célebre na discussão entre direito natural e direito positivo no campo da filosofia do Direito, uma das razões pelas quais ainda permanece atual. No entanto, a trama de Sófocles proporciona a discussão sobre os critérios de justo e de legitimidade do direito posto e o quanto a compreensão metafísica e absoluta de ambos é capaz de proporcionar desfechos trágicos, como aduz Marcelo Alves, também mencionando a complexidade da posição assumida por Antígona, não apenas fundada na subjetividade do capricho, mas retratando de algum modo questões de racionalidade: “No contexto da peça, as ‘leis’ não escritas são divinas não porque sejam simplesmente a vontade arbitrária e incompreensível dos deuses. A divindade delas é compartilhada com os homens não apenas

²⁵ DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Martins Fontes: São Paulo, 1998. p. 93.

²⁶ SÓFOCLES, **Antígona**, p. 45.

por meio da fé, ou da fé misturada com os sentimentos, mas também por meio de seu caráter racional. (...) Se a razão é bem maior dos seres humanos e é dada pelos deuses, então a justiça que as leis divinas expressam é uma justiça racionalmente válida e compartilhada.”²⁷ De qualquer modo, o longo caminho percorrido pelo Direito, em determinados momentos, direcionou-se para a simplificação do fenômeno jurídico.

Assim foi o pensamento iluminista e seu projeto codificador da lei, pois se baseava em um direito mais simples e unitário com o intuito de transformar a complexidade legal da época em leis mais simplificadas que todo o povo pudesse compreender seu significado. É assim que nasce em 1804 o código de Napoleão, um acontecimento fundamental na legislação e no pensamento jurídico moderno. Mas, como adverte Norberto Bobbio, ainda que hoje estejamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se o Direito devesse estar encerrado num Código, esta é “uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar”.²⁸

De todo modo, a partir das bases iluministas surgirão as tendências positivistas do século XIX, e o posterior endeusamento legal, tendências ora fundadas na dogmática jurídica, ou na sociologia ou na psicologia. Para Wieacker, seriam basicamente três as espécies distintas de positivismo: o *positivismo científico* do século XIX (ou formalismo científico, derivado do formalismo kantiano), *positivismo legalista* (todo o direito provém do legislador) e o *positivismo científico em geral* (derivado de Comte e de uma filosofia geral, ou até religião, e vinculado a um positivismo das ciências da natureza)²⁹. Esse direito moderno vai recusar o pluralismo jurídico, e assim manter-se separado por completo da moral, limitando-se a um procedimentalismo. Um direito racional, mas sem conteúdo.³⁰

É relevante destacar que essa recusa não é acidental, mas se insere no paradigma adotado segundo o qual evitar o pluralismo possibilita melhores condições de controle social pelo Direito vigente. No diálogo com Hêmon compreende-se bem tal modo de vislumbrar o papel da lei: “Mas aquele que transgredir e violar as leis ou pense mandar nos que detêm o poder, esse não alcançará elogios da minha parte. Não, aquele a quem, a cidade elegeu, força

²⁷ **Antígona e o Direito**, p. 66.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 63-65.

²⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, cit., p. 493.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, cit., p. 22 e 72-73.

é que o escutem em questões de pouca monta, nas justas como nas contrárias. Não há calamidade maior do que a anarquia. É ela que perde os Estados, que deita por terra as casas, que rompe as filas das lanças aliadas. E aqueles que seguem caminho direito, é a obediência que salva a vida a maior parte das vezes. Deste modo se devem conservar as determinações, e de forma alguma deixá-las aniquilar por uma mulher.”³¹ Ao examinar a postura de Creonte, com razão Marcelo Alves, ao destacar que reivindica a separação entre o legal e o moral, adotando o entendimento que será problematizado pelas concepções do Direito ao longo de sua história: “o moralmente justo nem sempre coincide com o legalmente justo e o que é legal é apenas aquilo que emana da vontade daquele, ou daqueles, que tem poder para fazer as leis e impor a obediência irrestrita a elas. Assim, a separação proposta por Creonte funda a ideia de justiça na autoridade daquele que ordena e na utilidade político-social da lei – óbvio que, nesse caso, é a própria autoridade constituída que define o quanto uma lei é ‘útil’ ou não à *pólis*.”³²

Pode-se dizer que o medo da insegurança jurídica privilegiou em excesso a Lei, a ponto de esvaziar seu conteúdo. É o medo do risco. Como refere De Giorgi, o direito moderno envolve tragédias comprimidas pelos Estados soberanos, muitas vezes estabelecidos com uma violência institucionalizada, e é isso que nos permite ver a potencialidade do direito, indicando que o futuro do próprio direito e de sua lei pode estar na sua capacidade (ou incapacidade) de lidar com o risco.³³ É por tal motivo que o legalismo associa-se com a radicalização do discurso normativo, obstruindo a possibilidade de outros diálogos, jurídicos, sociais e políticos. A ausência do diálogo, ao assumir posições dogmáticas é retratada em *Antígona* nas palavras de Hêmon, dirigidas a Creonte quando inicia sua fala de modo a indicar a importância de por outra via do pensamento compreender as coisas, e refere de modo expresso: “Não tenhas pois um só modo de ver: nem só o que tu dizes está certo, e o resto não. Porque quem julga que é o único que pensa bem, ou que tem uma língua ou um espírito como mais ninguém, esse, quando posto a nu, vê-se que é oco. Mas não é vergonha que um homem, ainda que seja sábio, aprenda muita coisa, e não distenda demasiado a corda.”³⁴ A

³¹ SÓFOCLES, *Antígona*, P. 54.

³² ALVES, Marcelo. *Antígona e o Direito*, p. 76.

³³ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 80.

³⁴ SÓFOCLES, *Antígona*, p. 55. A posição assumida por Creonte tornando-se prisioneiro de suas próprias concepções é retratada por François Ost: “Defensor da coisa pública, Creonte permanece prisioneiro, como veremos, de uma concepção estreita do bem público e da lei, insensível às diversas

qualificação do conteúdo jurídico, portanto, além do mero formalismo da literalidade metafísica, gera complexidades e riscos, mas é o preço para não esvaziar o conteúdo do Direito, ou tornar-se oco!

Na realidade, o princípio da legalidade decorre, como informa Bonavides, do próprio desejo dos sujeitos destinatários, de encontrarem regras permanentes e válidas, trazendo segurança jurídica, e eliminando, assim, a arbitrariedade do poder estabelecido.³⁵ Logo, a legalidade do Estado encontra suporte na própria vontade da sociedade de possuir um poder organizado. Com as críticas ao legalismo, cientificismo e positivismo em geral, a transformação do puro Estado de direito em Estado social também levou à condenação das teorias meramente formalistas do Estado, que acabaram sendo abandonadas pelos próprios juristas. É a sociedade emancipando-se do Estado, e com isso, conquistando o direito inclusive de resistência às leis injustas.³⁶

4. A MITOLOGIA DA LEI MODERNA: GOVERNOS DOS HOMENS OU GOVERNO DO POVO?

Retoma-se a pergunta original que levou à presente investigação, mas que de algum modo aparece no texto de Sófocles e acompanha a construção do Direito: “é melhor o governo das leis ou o governo dos homens?”. O diálogo entre Hêmon e Creonte reflete esse debate, ainda que o édito fundamente-se na autoridade, na organização da cidade e contra a anarquia, constata-se os efeitos do distanciamento com a comunidade, especialmente quando Creonte menciona: “E a cidade é que vai prescrever-me o que devo ordenar?”

Norberto Bobbio recolocou a questão em boa hora, e esclareceu que o melhor governo é o das leis, pois são desprovidas de paixões e racionalidades. Mas as leis são feitas por seres humanos... Sim, mas não todas, pois ainda existiam as leis naturais, a de Deus e as da razão. Mesmo quando esgotadas essas opções, ainda podia se apelar para algo como o mito do grande legislador, um sábio que nada tem em comum com a autoridade humana.³⁷ O fato de

exigências da *polis*, à variedade de seus componentes (a começar pelo lugar das mulheres), aos limites de validade da ordem política.” (**Contar a Lei. As Fontes do Imaginário Jurídico**, p. 199).

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: para uma Teoria Geral da Política**. 13^a. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986. p. 62-64.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: para uma Teoria Geral da Política**. 13^a. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986. p. 96.

as leis serem, em última instância, um resultado histórico, reforça igualmente a hipótese que tendem a dar maior sentido ao governo dos seres humanos, e por isso é melhor do que um governo por si só, de seres humanos. Pois em última instância a luta pela lei representou sempre a luta pela liberdade e pela igualdade.

Nem apenas governo dos homens e mulheres, e nem apenas governo da Lei. Afinal, as experiências históricas, trágicas, do século XX, com duas Guerras Mundiais, já demonstram suficientemente que não é possível viver um Direito exclusivamente legal, sem conteúdo de Justiça, sobe pena de também virar arbitrariedade, desprezando-se mais uma vez a fonte de legitimidade no próprio povo. Não se pode olvidar as palavras de Hêmon, “não há Estado algum que seja pertença de um homem só”³⁸. Um dos problemas do positivismo normativista reside em não compreender o Direito como relacionado de forma direta com a controvérsia, com o risco, com a complexidade. A democracia é incompatível com tais posturas, retratadas no pensamento de Creonte ao perguntar; “Acaso não se deve entender que o Estado é de quem manda?” Não, pois como respondeu Hêmon, “mandarias muito bem sozinho numa terra que fosse deserta.” Aqui reside um aspecto importante da própria função do Direito e da lei, organizar a vida em sociedade e não comportamentos individuais de quem vive em uma ilha deserta, sendo que as Constituições desempenharam tal propósito de organização.

As constituições antigas tinham mais por função assinalar uma identidade comum na comunidade política, e a caminhada até as Constituições atuais envolve a própria redefinição do Estado,³⁹ ora Liberal, ora Fascista, ora Social, ora de Direito... e principalmente, a partir da Revolução Francesa, a própria garantia de direitos individuais de uma carta dirigente, por exemplo, avançando para um programa comprometido com princípios fundamentais vinculados ao respeito à dignidade humana.

Com o tempo, o conjunto de normas fundamentais foi sendo aperfeiçoado. Surgem as Constituições das Nações, que foram adquirindo maior prestígio na medida em que passaram a representar também a garantia de proteção do regime democrático e de direitos humanos, absorvidos pelas Cartas como direitos fundamentais. Nesse sentido, as Cartas Constitucionais dos países passaram a trazer igualmente mecanismos de defesa própria contra manobras políticas. Nem sempre, entretanto, os países e suas populações estão livres de tais manobras. É fundamental o desenvolvimento e a preocupação permanente com tais reais possibilidade

³⁸ SÓFOCLES, *Antígona*, p. 56.

³⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 162-163.

de, em nome do jurídico, os governantes adotarem posicionamentos capazes de olvidar a democracia, institucionalizando o poder da vontade. Mais uma vez a atualidade da peça de *Sófocles* e o caráter atual da tragédia grega, proporcionando a reflexão sobre medidas extremas e cheias de espetáculo para conquistar a opinião pública, sob as vestes da legalidade, mas em última análise representam manobras de poder. Tal circunstância foi descrita por Marcelo Alves, ao examinar a lei de Creonte: “Após identificar a lei com a sua própria vontade, e a sua vontade com aquilo que é melhor para a *pólis* – movimento típico dos governos autoritários – e de ver em Antígona a materialização de seu temor em relação à consolidação de seu poder político, Creonte só poderá concluir pela necessidade de matá-la. Exemplar, a punição de Antígona deverá consolidar, pelo terro do espetáculo (a lapidação em praça pública), o seu domínio sobre a cidade.”⁴⁰ Tal passagem possibilita a exata compreensão das relações de poder, da lei, do Direito e da democracia. Claro, hodiernamente não se utiliza mais a lapidação, mas outras virtudes fundamentais dos cidadãos recebem a pena de morte.

A experiência trágica do século XX, em especial da Segunda Guerra Mundial e a perseguição aos judeus fez o filósofo Gustav Radbruch escrever em seus famosos “Cinco Minutos de Filosofia” que não se deve dizer que “tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo” (segundo minuto). Igualmente, o autor deixa claro que por Direito entende o “desejo de Justiça”, e esta significa “medir a todos pelo mesmo metro”, e se as leis aprovam o assassinato de adversários políticos *o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o carácter de jurídicas* (terceiro minuto). E finalmente, há princípios fundamentais de direito que são mais fortes que todo e qualquer preceito jurídico positivo, e se uma lei os contraria não pode deixar de estar privada de validade. Por mais que tais princípios se vejam envoltos em uma grande nuvem nebulosa, *o esforço dos séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão* (quinto minuto).⁴¹

Mas não precisamos ir até a Europa para compreender a importância de se vigiar a própria lei, tanto no seu conteúdo, quanto para sua defesa. Lembre-se que o

⁴⁰ ALVES, Marcelo. **Antígona e o Direito**, p. 77.

⁴¹ Como disse o autor, no prefácio à 3ª. Edição de seu livro, “*a viragem das coisas chega demasiado tarde para mim*”, referindo-se à catástrofe alemã, e os seus Cinco minutos de Filosofia do direito são publicados como circular aos estudantes de Heidelberg, após a guerra, em 1945 (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 09 e 415-417).

constitucionalismo brasileiro na sua primeira fase (Constituições de 1824 e 1891) estava vinculada aos interesses de elites agrárias, e as demais constituições brasileiras foram basicamente autoritárias (1937, 1967 e 1969), e mesmo a liberal-burguesa, de 1946, representou um constitucionalismo sem participação popular. Apenas a Constituição Federal de 1937, que foi fruto da Revolução de 30, foi resultado de um pacto político, mas híbrido, nos termos de Wolkmer, e foi o resultado antes de uma manobra política de um Estado “oligárquico-patrimonialista” pretendendo modernização.⁴²

Assim como existem motivos para que a Lei seja defendida, também existem motivos para que a Lei seja revogada. Em alguns casos fala-se de flexibilização da lei, e na atualidade, mais se observa o debate pela inconstitucionalidade de uma lei. A mesma Lei que prende, pode ser a que liberta. Tal ambiguidade é retratada na peça *Antígona* de Sófocles, pois o debate proposto neste estudo não se resume à simples relação entre Direito positivo e Direito natural, mas da necessidade de a prudência alimentar o modo de viver do homem. Marcelo Alves destaca o tema ao citar um dos contributos da tragédia grega foi colocar em debate o reconhecido caráter ambíguo da ação humana, representada pela postura de Creonte, mas também de Antígona, pois acima de tudo não é aceitável formular leis próprias, mas assumir a postura segundo a qual “a responsabilidade pela cidade é compartilhada por todos os cidadãos.”⁴³ Sobre a prudência e as questões colocadas por Antígona, também é importante destacar o entendimento de François Ost: “É que o direito não se reduz á lei; ele se manifesta sob a forma da decisão especial – o que, ao mesmo tempo, levanta a questão da articulação entre a lei, geral e abstrata, e o julgamento necessariamente individual e concreto. É ao juiz, terceiro imparcial e socialmente instituído, que é confiada a tarefa de levar em consideração a singularidade do *casus*, mas sem perder de vista o princípio inscrito na regra. Assim é

⁴² WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4^a. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 142. O autor lembra ainda que a Constituição de 1937 foi inspirada no Fascismo europeu, instituindo o autoritarismo corporativista do Estado Novo, implantando uma ditadura do Executivo, e as cartas de 1967 e 1969 foram simplesmente arbitrarias, ilegítimas e antidemocráticas, com vistas a uma aliança da burguesia agrária e industrial com a parcela emergente da tecnoburocracia civil e militar. Será a Constituição de 1988 que irá representar grande avanço da sociedade civil, consagrando direitos fundamentais por exigência popular, por isso é denominada de “Constituição Cidadã” (p. 145-146). Devemos sempre lembrar que uma Constituição compromissária implica na compreensão material, constitucionalmente adequada, dos direitos fundamentais, sendo necessária uma “doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma teoria de direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico” (Cfe. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a. ed., Almedina: Lisboa, 1992. p. 512).

⁴³ ALVES, Marcelo. **Antígona e o Direito**, p. 96-97.

mobilizada uma racionalidade particular, a *prudentia* – a *phronesis* do julgamento moral em situação...”⁴⁴

Importa, desta forma, é que a lei esteja condicionada por valores máximos, estabelecidos com autoridade com base em valores que hoje a sociedade sabe, são caros. Entre eles está o cuidado com a dignidade da pessoa humana, expressa na maior parte das Cartas Constitucionais, como um valor que já foi assegurado pelas Cartas de Direitos Humanos. A dignidade enquanto virtude da democracia possui a capacidade de colocar no centro das ações o diálogo entre os homens e se a história demonstra bons motivos para cumprir a lei, ao mesmo tempo, indica as possibilidades da derrocada humana quando se rivaliza com a justiça, indicando o melhor propósito de compreender essa unidade complexa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em geral não é fácil vigiar a correta aplicação da Constituição, vigiar a Justiça da lei e de sua aplicação, sendo que em *Antígona* de Sófocles é possível constatar as dificuldades de bem compreender a justiça. Tanto é assim que estão sempre de plantão juristas tecnólogos que elaboram construções teóricas com vistas a esconder a violação ao princípio da legalidade, desde que isso seja necessário ao exercício do poder. Como observa Fábio Ulhoa Coelho,⁴⁵ quem exerce o poder tende a instrumentalizar o direito para a satisfação de interesses próprios, ou particulares ou vinculados a determinados interesses que podemos chamar de suspeitos, como nos verdadeiros fundamentos do édito de Creonte. Nesse caso, as desigualdades tendem a ser escondidas por meio de uma argumentação jurídica falha, que mais não faz do que dissimular o exercício de um poder abusivo.

Muitas vezes, a afirmação da desigualdade pode parecer, aos olhos do leigo, ou daquele que está inacessível à complexidade do discurso jurídico, como uma afirmação da igualdade, da isonomia. Isso pode revelar-se tão trágico quanto as agressões ostensivas à lei, ou até mais trágicas, por se revelarem subliminares e dissimuladas.

Nesse sentido que o estado de exceção não teria sido abolido completamente pelo Estado de Direito, a exceção, como arma ou norma para os regimes absolutistas, e que deveria ter sido eliminada pelo Estado de Direito, parece se manter, como bem explicado por

⁴⁴ **Contar a Lei. As Fontes do Imaginário Jurídico**, p. 209.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder**. 3^a. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

Agabmen,⁴⁶ pois a soberania e o exercício arbitrário do poder agora apenas são exercidos de forma oculta, além de se manter como força em potência que pode vir a ser usada pelo Estado quando lhe convier. Onde está, então, realmente, hoje, a promessa de igualdade que deveria se cumprir com a Lei?

Há que se considerar, finalmente, a forte crise vivida pelos Estados europeus, e assim, a crise do Estado-providência, que trouxe custos econômicos exagerados para a sociedade. E finalmente, para além dessa crise que hoje é enfrentada, está a necessidade de a Lei dos países submeterem-se aos parâmetros do direito internacional. O Estado Social, que no Brasil ressentiu-se de ser ainda efetivamente implantado, e que deveria ter efetivamente precedido o Estado Democrático de Direito, já não tem forças para suportar seus altos custos. E tenta, a todo custo, adequar-se ao sistema e globalização internacionais.

Tenta-se hoje fazer isso com o reforço dos mecanismos de garantia da Constituição, como uma barreira que possa salvá-la de ataques, fragilizá-la. Tais mecanismos, hoje, tornam-se cada dia mais comuns, vinculados à criação de Tribunais Constitucionais, ou mesmo órgãos análogos,⁴⁷ responsáveis pela proteção da Constituição. É essa prática que hoje é vista como a própria segurança contra qualquer minoria ou maioria autoritária, é o controle e proteção de uma Lei Maior, vinculada a princípios fundantes, e em especial à dignidade da pessoa humana, que pretende servir de limite a excessos que podem ser cometidos tanto por um governante, como por um povo. Nesse sentido, uma lei que defenda a dignidade humana, sim, merece ser cuidada, protegida, como recurso contra arbitrariedades.

E hoje, face à economização de tudo, o grande *Leviatã*, mencionado por Hobbes, como um Estado forte para segurar a leviandade e animalidade do ser humano, pode ser visto não mais como o próprio Estado, mas como corporações e multinacionais, que detêm tanto poderio econômico a ponto de ditar as ordens da Lei. Contra tais arbitrariedades também deve estar preparada a Constituição de um país, e principalmente, estar resguardada de ataques por setores poderosos que tendem a desejar sua modificação para instrumentalizar a Lei e aumentar seus poderes.

Não é sem razão que a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, acrescentou um parágrafo 3º., ao artigo 5º., da Constituição Federal, de modo que “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso

⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. P. 115.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 40.

Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Assim, como refere Sarlet, apontando todas as sutilezas de debates que se levantaram em torno da questão, e entendendo que outras hipóteses seriam bem-vindas, o aspecto positivo situa-se no fato de que os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, servindo também como controle de constitucionalidade, pois “viabiliza alguns avanços concretos em relação à práxis vigente.” E qualquer alteração, “sendo para reforçar a proteção dos direitos fundamentais, oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, serve de estímulo para um esforço hermenêutico nesse sentido.”⁴⁸

Então, já não estamos mais falando de direitos de “quem”, mas direitos de todos, de uma universalidade vinculada a um direito histórico, que se construiu com o tempo e que possui a legitimidade de seu próprio tempo. A Lei, hoje em dia, e a Lei Maior, vincula-se a valores supremos encarnados no ideal de dignidade da pessoa humana.

O “povo”, enfim, não tem todos os direitos, nem poderia tê-los, pois se sabe que tradicionalmente o ser humano, individual ou coletivo, representado por um grupo político, uma empresa privada, e até mesmo ONGs, cometem sim, arbitrariedades. Nenhum de nós escapa do risco de cometer arbitrariedades. E apenas a Lei pode colocar limites a isso, uma lei que respeita bases históricas de conquistas, como a fundamentação ética dos direitos humanos que busca pelo menos evitar o esmagamento humano do forte sobre o fraco, que apesar de todos os esforços, ainda não o consegue evitar. As comemorações pela Legalidade são valiosas, mas deve-se questionar, antes de tudo, “legalidade de quem”, e “para quem”, uma vez que as sociedades, não obstante a riqueza de seu passado histórico, repleto de torturas e arbítrios, continuam buscando instrumentalizar a lei para propósitos bastante específicos, particulares, muitas vezes dissociados dos ideais de Justiça – social – que deveriam perseguir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. P. 115.

ALVES, Marcelo. **Antígona e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos* IN CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 346 e 356.

- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: para uma Teoria Geral da Política.** São Paulo: Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder.** 3ª. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Cia. Das Letras, 2006.
- COMTE-SPONVILLE, André. **O capitalismo é moral?** São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Eduardo Brandão, 223p.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.
- DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Martins Fontes: São Paulo, 1998.
- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços.** Coimbra: Almedina, 2011.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, P. 127.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2008.
- LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História: lições introdutórias.** São Paulo: Max Limonad, 2004. P. 64.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 3ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- OST, François. **Contar a Lei. As Fontes do Imaginário Jurídico.** São Leopoldo: Unisinos, 2004.
- PLATÃO. Diálogos. Coleção Pensadores. Nova Cultural: São Paulo, 2000.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos* IN CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SERRA, A. Truyol y. **História da Filosofia do Direito e do Estado**. Tomo 1, Das origens, à Baixa Idade Média. Trad. Por Henrique Barrilaro Ruas. 7ª. Ed. Portugal, Coleção Estudo Geral, Instituto de Novas Profissões, 1982.

SÓFOCLES, **Antígona**. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira Fialho. Brasília: UNB, 1997.

TALAVERA, Pedro. **Derecho y Literatura**. Granada: Colmares, 2006.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

(Artigo submetido em 24/07/2015 e aceito em 18/08/2015)