

8

O DIREITO COMO FATOR DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE

Renato César Jardim¹

RESUMO

A sociologia jurídica estuda o direito como fenômeno de transformação das sociedades. Dentro deste contexto é que as aspirações por um Judiciário moderno estão a conclamar aos operadores do direito uma sintonia com a realidade social que os cerca e com as exigências da vida, mesmo porque a norma se destina a um fim social. Mais do que isso, é importante que o magistrado tenha consciência da missão a si atribuída, sendo ele um agente de transformação social. A sabedoria do ato de julgar vai além do conhecimento do direito positivo e requer o enfrentamento destemido de questões éticas e humanistas, pois tudo que ofende a condição humana não é justo.

¹ Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais e Diretor do Foro da Capital. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Dom Cabral. Membro da Academia Araxaense de Letras e da Academia de Letras do Brasil- Seção de Minas Gerais. Diretor da Revista de Arte e Cultura dos Magistrados Mineiros – Magiscultura.

As transformações sociais promovidas pelo direito por meio da intervenção estatal, quer no plano abstrato, quer sob o aspecto da jurisdição, e a necessidade cada vez mais premente de se estabelecer uma ordem jurídica justa, adequada à realidade social, levam à reflexão sobre os anseios da sociedade no sentido de se exigir dos operadores do Direito uma visão e uma postura mais humanista, obviamente sem ofensa ao sistema normativo vigente.

Nesse diapasão, ganham relevo as críticas dirigidas aos chamados juízes matemáticos, aplicadores da letra fria da lei e dissociados do mundo social que os cerca, sem consciência do peso ético de suas decisões. É o que Sousa Júnior denomina como sendo “a crise do direito entendida como a distância que tem separado o direito positivo da realidade, dos fatos sociais”. (JÚNIOR, 2002, p.19).

Dentro do contexto ora trazido à baila o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 75, de 12 de maio de 2009, que traz recomendação no sentido de que nos concursos públicos para ingresso na magistratura, não seja concedido valor tão somente às matérias afetas ao direito propriamente dito, exigindo-se dos candidatos uma visão mais humanista, com o escopo de se aferir o seu pensamento enquanto cidadão. Referida resolução instituiu a cobrança de disciplinas como sociologia e filosofia do direito na avaliação dos candidatos, quebrando com isso a frieza dos certames.

De fato, a relevância das decisões judiciais e a sua inserção dentro do contexto sociológico é algo que merece ser compreendido e assimilado por aqueles encarregados de dizer o direito pelo Estado, malgrado as resistências quanto à interferência de outras ciências sociais no direito. Dissertando sobre o acesso ao Judiciário, mas dentro do tema que ora propomos abordar, colha-se o enfoque de Mauro Cappelletti, *verbis*:

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão

sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicó-

logos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências sociais podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica – a luta pelo “acesso à justiça”. (CAPPELLETTI, 1988, p. 7-8) (grifos nossos).

A sociologia é a ciência que tem por escopo o estudo da organização e do funcionamento das sociedades humanas, bem como das transformações sociais derivadas de fatores econômicos, políticos, religiosos, entre outros.

A sociologia jurídica, por sua vez, estuda o direito como fenômeno social de transformação das sociedades. A repercussão do direito na sociedade. Assim, quando o fator de transformação social for o direito, daí emergirá o objeto de interesse de estudo da sociologia do direito. O homem é um animal social e convive em sociedade e, onde há sociedade há o direito – *ubi societas, ubi jus*. Em verdade, é quase impossível focar o ordenamento jurídico ou o direito positivado, sem correlacioná-lo a uma realidade social. Matar alguém, subtrair coisa alheia ou causar prejuízo ou dano a outrem, entre outras condutas derivadas da realidade social, são fatos previstos no direito positivo com as respectivas sanções e obrigações.

Desta relação é que surge o que chamamos de Fenômeno Jurídico, regido pela incidência das normas jurídicas sobre os fatos componentes do mundo social. Dessa incidência nasce o fato jurídico. Abra-se um parêntese para asseverar que nem todo fato do mundo social é capaz de gerar a incidência de normas jurídicas ou um fato jurídico. Colher uma flor ou contemplar o céu são fatos do mundo social que não interessam ao direito e não geram consequências jurídicas. O contrário acontecerá se alguém, dirigindo seu automóvel, avançar o sinal vermelho, quando uma norma de trânsito será infringida, incidindo e gerando consequências no mundo jurídico.

O direito é fruto das transformações da sociedade e a sua função é altamente relevante porque cria normas para que os problemas sociais sejam resolvidos. As fontes materiais ou primárias do direito estão relacionadas com os valores da vida social que orientam o legis-

lador na criação das normas jurídicas. As fontes materiais, de embrião sociológico, estão intimamente ligadas às fontes formais – a lei em sentido amplo – e servem de norte para o intérprete. Nesse sentido, colha-se o magistério de Maria Helena Diniz, *verbis*:

Estamos com o teoria de Carlos Cossio, que demonstrou que o jurista deve ater-se tanto às fontes formais, preconizando a supressão da distinção, preferindo falar em fonte formal-material, já que toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte do direito no sentido de fonte material. Além disso, a fonte material aponta a origem do direito, configurando a sua gênese, daí ser fonte de produção, aludindo a fatores éticos, sociológicos, históricos, políticos etc.; que produzem o direito e condicionam seu desenvolvimento. (DINIZ, 2005, p. 21-22) (grifos nossos).

Uma vez organizado, o Estado criou as leis e o seu sistema jurídico, que é essencial para a convivência e para se estabelecer a ordem na sociedade. Nesse mister, a intervenção estatal se opera em dois planos, a saber:

- 1) num plano abstrato, quando o Direito Material passa a regular as regras de convívio social, regras estas que podem ou não ser cumpridas de forma espontânea.
- 2) com a intervenção estatal propriamente dita, onde o Estado Juiz, exercendo atividade substitutiva e atuando de forma imparcial, levará a efeito a jurisdição.

No plano abstrato da intervenção estatal, tem-se a norma escrita derivada das casas legislativas, sendo importante frisar que, se a aplicação do direito repercute no meio social, a sua origem reflete também o anseio da sociedade, manifestada por seus representantes, o legislador.

De fato, o direito positivo, normalmente fruto dos anseios da sociedade, opera transformações nesta, de interesse da sociologia jurídica, que, como se disse, é a ciência que estuda as sobreditas mutações em face das repercussões da norma. É inegável que uma lei que passa a proibir o fumo em ambiente fechado, ou em locais públicos, gera significativa transformação numa sociedade acostumada a hábitos contrários à indigitada norma.

Relativamente à intervenção que traz à tona a jurisdição, com o Estado Juiz dirimindo o conflito estabelecido entre as partes, por meio de atividade substitutiva, teremos aí, ou poderemos ter, o direito aplicado pelos juízes ou tribunais como efetivo fator de transformação.

Na grande maioria das vezes, o magistrado ao decidir acaba por interpretar a norma em seu sentido literal, julgando com acerto ou não. Se assim procede, não estará inovando e, por consequência, o direito por ele aplicado não dará ensejo a qualquer transformação social. Não queremos sustentar que o julgador deixe de lado o sistema normativo, ao qual está atrelado, mas que compreenda que a interpretação da lei envolve, em muitas das vezes, mas não em todos os casos, um processo dialético. As leis devem ser adequadas ao tempo de sua aplicação. Assim não fosse o direito seria uma ciência estática. Nesse sentido, destaca Maria Helena Diniz:

O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o juiz deve participar ao interpretar o preceito normativo. (DINIZ, 2005, p. 67)

As aspirações por um Judiciário moderno passam longe do juiz mero aplicador de leis em todas as situações, distanciado da realidade social que o cerca. O magistrado que toma em comunhão diariamente a letra fria da lei, e somente ela, utilizando método filológico de interpretação, acaba por exercer uma atividade que qualquer outra pessoa de mínimo bom senso poderá levar a efeito.

Sob o prisma sociológico, vale trazer em destaque a abalizada opinião de Ada Pellegrini Grinover, acerca do método histórico de interpretação da lei, *in verbis*:

(...) considerando que o direito é um fenômeno histórico-cultural, é claro que a norma jurídica somente se revela por inteiro quando colocada a lei na sua perspectiva histórica, com o estudo das vicissitudes sociais de que resultou e das aspirações a que correspondeu: é o método histórico. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 100).

Deve ser asseverado que a evolução do direito aplicado pelos tribunais e as transformações sociais decorrentes disso não se dá tão somente em razão dos métodos interpretativos utilizados, mas também ante a ausência de permissivo legal no ordenamento jurídico, fato que pode levar o julgador a criar a tutela específica diante do caso concreto. De fato, a ausência de previsão legal específica não pode ter o condão de ensejar a negativa da prestação jurisdicional, mesmo porque o amplo acesso ao Judiciário está previsto Carta Republicana brasileira. E, em razão da sobredita previsão constitucional, em muitas das vezes tem-se mitigado a questão afeta à impossibilidade jurídica do pedido, como forma de não se negar a tutela jurisdicional e se fazer a efetiva justiça. O julgador de vanguarda tem esta preocupação. Foi-se o tempo em que a Justiça vivia com os olhos vendados para as realidades sociais. Ante a ausência normativa deve o magistrado se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, colmatando as lacunas e fazendo justiça. Assim não fosse, e em muitas vezes não é, a negativa de prestação jurisdicional no que tange às questões relacionadas com as uniões homoafetivas e a paternidade socioafetiva estaria justificada na ausência de permissivos legais específicos a amparar tais pretensões, culminando com o reconhecimento da carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido. No entanto, sem se intimidar e em ato de coragem o Judiciário vem reconhecendo os direitos em questão. E assim o faz porque não pode se calar, porque é a última instância onde o cidadão procura fazer valer os seus direitos. Em sintonia com o que ora se sustenta vale lembrar da frase atribuída ao bispo sul-africano Desmond Tutu: “Se você for neutro em uma situação de injustiça, significa que você escolheu o lado do opressor”. O neutro fecha os olhos.

Assim agindo, o Judiciário acaba por promover significativas transformações sociais e conclama o legislador atualizar o sistema normativo. Vale abrir outro parêntese para se refletir acerca da omissão legislativa em relação ao regramento do direito das minorias. Na realidade a democracia não pode mais ser vista em seu conceito formal, ou seja, a vontade da maioria. Quando Winston Churchill declarou que a democracia é a pior forma de governo, exceto em relação às outras formas, seu pensamento tinha firme razão de ser. De fato,

se há de um lado a vontade da maioria, poderá haver também uma opressão dessa maioria em relação aos grupos sociais minoritários, o que se costuma chamar de tirania da maioria, que se traveste de legalidade, uma vez que a democracia representativa é legitimada pelo voto popular.

Na verdade, legislar para atender aos anseios da uma minoria social pode custar caro para os representantes do povo, uma vez que minoria não elege ninguém. Em razão disso torna-se imperiosa a utilização de mecanismos que possam proteger do limbo estas minorias.

Colha-se, a propósito, o pensamento de Richard Wolhein, *ipsis literis*:

A sociedade pode saber o que deseja, expressá-lo inequivocamente mediante o procedimento eleitoral e, em seguida uma maioria assim estabelecida pode aplicar sua orientação política com completo desprezo pelos desejos, interesses ou direitos da minoria. Os temores da 'tirania da maioria' foram tema constante no século XIX, a grande era do pensamento democrático. (CRESPIGNY; CRONIN, 1975, p. 103)

No mesmo sentido assevera Noberto Bobbio, *verbis*:

as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria (BOBBIO, 1997, p.47).

Portanto, a vontade da maioria pode estar em muitas das vezes longe dos ideais de justiça, em detrimento de uma minoria desprotegida. Tem-se assim o desvirtuamento da democracia. Entretanto, o Poder Judiciário tem a capacidade de promover o direito dessa mesma minoria, através de decisões que acabam por colmatar as lacunas ou as omissões legais, criando com isso ordens jurídica e social justas. As diversidades devem ser respeitadas. A ausência de lei não que dizer ausência de direito.

Quando as decisões judiciais reconhecem, *v.g.*, a natureza familiar das uniões homoafetivas, acabam por criar um direito que não é reconhecido legalmente. Normalmente estas decisões, como também aquelas que reconhecem a paternidade socioafetiva, escoram-se no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fazendo valer o justo e a busca da felicidade pelo homem.

Nas situações antes enfocadas as decisões judiciais requerem uma visão humanista e ética, como forma de se fazer a verdadeira justiça, caso em que a palavra do Judiciário atuará como fator de transformação social. Aliás, tem sido de pouca lembrança um dispositivo de conotação social, de grande alcance e relevância em nosso ordenamento jurídico, qual seja, o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, com redação dada pela Lei n. 12.376/2010, que estatui que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Dissertando sobre o indigitado dispositivo, que se traduz na interpretação sociológica ou teleológica, mais uma vez nos ensina Maria Helena Diniz:

Os fins sociais e o bem comum são, portanto, sínteses éticas da vida em comunidade, por pressuporem uma unidade de objetivos do comportamento humano social. Os fins sociais são do direito; logo, é preciso encontrar no preceito normativo o seu *telos*(fim). O bem comum postula uma exigência, que se faz à própria sociabilidade; portanto, não é um fim do direito, mas da vida social. (DINIZ, 2005, p. 66)

As transformações sociais promovidas pelas decisões judiciais decorrem do dinamismo do direito, em constante mutação, e envolvem a análise acerca da ausência de adequação social de determinado dispositivo legal, ou seja, se a norma se amolda ou não às necessidades sociais. Em caso negativo, por obsoleta e ultrapassada, a norma deixará de ser aplicada, tudo dentro de um contexto sociológico. Em verdade, quando a jurisprudência cristaliza determinado entendimento, pode mesmo servir de base para que um texto de lei seja alterado. Lembre-se, a propósito, do art. 217, do Código Penal Brasileiro, que tipificava o crime de sedução. Aludido dispositivo, por não mais se

ajustar à realidade social, foi banido do ordenamento jurídico penal pelo fato dos tribunais entenderem, de forma reiterada, que a perda da virgindade da mulher nas condições da sobredita norma não mais necessitava de proteção legal. Escudado nas aludidas decisões judiciais o legislador veio a revogar o referido dito dispositivo legal.

Nesse mister, colha-se o posicionamento de Miguel Reale:

o que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo, por não corresponderem às suas tendências ou inclinações, por múltiplos motivos que não vêm ao caso examinar. Há um trabalho, por assim dizer, de *desgaste* ou de *erosão* das normas jurídicas, por força do processo vital dos usos e costumes. O hábito de viver vai aos poucos influenciando sobre as normas jurídicas, mudando-lhes o sentido, transformando-as até mesmo em seus pontos essenciais, ajustando-se às necessidades fundamentais da existência coletiva. (REALE, Miguel, 1996, p.132.

É crucial que cada magistrado tenha plena noção da importância da missão a si atribuída, que tenha consciência de que o seu trabalho é fundamental para garantia dos direitos dos cidadãos e manutenção da paz social, sendo ele agente de transformação da sociedade, garantindo dignidade a milhares de pessoas. E por isso, deve estar atento à realidade social que o cerca e não apenas ao texto frio da lei.

Longe de se pretender fazer apologia ao chamado direito alternativo, lastreado na noção da existência de um direito não estatal, o que se deve analisar é a questão relativa ao eventual antagonismo entre o direito e a justiça, assunto historicamente tormentoso no âmbito do direito e da filosofia. Mas a verdade é que direito e justiça andam umbilicalmente ligados. Até mesmo etimologicamente constata-se que a palavra justiça tem a mesma origem da palavra direito, consubstanciada na expressão latina *ius*. Em verdade, direito sem justiça é algo inconcebível. Justiça sem direito é a ausência de efetividade. Em outras palavras vale dizer que a justiça humaniza o direito.

Na verdade, o direito isoladamente não será sempre o meio de solução de todos os conflitos. A propósito, colha-se a lição de Caio Márcio Loureiro, *ipsis literis*:

Ora, pois, o Direito não se basta; o compromisso com o real se impõe. Definitivamente, não pode o Direito ser encarado como algo imaculado; deve ele estar contaminado com o mundo, com o social, ou seja, com o real. O ser humano que dele necessita não pode ser desconsiderado, posto que o Direito foi criado para garantir a convivência humana. Até porque não é o Direito que nos faz pessoa; ele apenas nos outorga condições de vivermos e convivermos em sociedade. Com isso, não se pretende afirmar que se deve desconsiderar a ordem jurídica, o Direito posto. Ao revés, nele já temos parâmetros a serem seguidos. Só não se pode cair no equívoco de inferir que o Direito por si mesmo se justifica. Importa dizer que ele deve ser interpretado e aplicado sem negar a ordem jurídica vigente, mas adequando-a aos tempos hodiernos. (LOUREIRO, 2004, p. 63). (grifos nossos).

A sabedoria do ato de julgar, que vai além do conhecimento do direito positivo, e requer o enfrentamento destemido de questões éticas e humanísticas, nos remete ao modelo que vem da Grécia antiga, segundo Platão a essência da melhor educação, a paideia, que tem por objetivo construir o homem como homem e cidadão. A paideia, numa visão moderna, traz em si um conceito global que agrega dentro dele outros vários conceitos (direito, arte, política ética, sociologia, filosofia). Pelo aludido modelo, para formarmos uma boa ideia, é essencial que tenhamos uma agregação de conhecimentos e valores. O homem não deve se limitar ao conhecimento de uma única ciência. O bom juiz, o bom conciliador, será certamente um produto da paideia.

Corroborando do mesmo argumento, vale trazer à colação o magistério de Paulo Nader:

O Poder Judiciário deve ser o grande vanguardeiro da efetividade da lei e, conseqüentemente, dos ideais democráticos. A prestação jurisdicional não consiste no carimbo da lei aos casos concretos, mas é um ato de compreensão tanto da vida humana quanto do espírito da lei. A justiça como instituição deve ser, ao mesmo tempo, uma ação de sabedoria e coragem. (NADER, 2010, p.118). (grifos nossos).

A sabedoria e a coragem, sustentada por Paulo Nader no excerto antes transcrito, relacionam-se com o que antes nos referimos no enfoque das decisões que envolvem a questão afeta aos direitos das minorias.

A parêmia trazida em epígrafe no neste artigo – *summum jus, summa injuria* – que se traduz no sentido de que o “excessivo rigor na aplicação do direito é suprema ofensa”, encontra adesão em Hans Kelsen, que nega a justiça absoluta, sustentando que a justiça reside na busca da felicidade pelo homem, numa ordem justa, sob o prisma coletivo.

Na singeleza desta abordagem, objetivamos trazer à baila uma reflexão sobre a importância do fenômeno jurídico da jurisdição na sociedade, dentro do enfoque de que o Poder Judiciário, como última instância da esperança do cidadão de fazer valer os seus direitos violados, é também responsável pela promoção de transformações sociais, dando efetividade à lei e resguardando o Estado Democrático de Direito. E mais, que as sobreditas transformações somente serão efetivas a partir do momento em que os operadores do direito passem a compreender as causas e as consequências que estão além do direito positivo, este muitas vezes dissociado da realidade social, até mesmo por sua defasagem temporal. Na mesma esteira, objetivamos demonstrar que é imperioso que cada magistrado tenha consciência da importância de sua nobilíssima missão perante aqueles que depositam no Judiciário a esperança de solução de seus problemas, que estão relacionados com as coisas mais importantes de suas vidas, tudo em prol da busca da felicidade, razão maior da existência de todo ser humano. Lembrando sempre que tudo que ofende a condição humana não é justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* – uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy (Org.). *Ideologias políticas*. Brasília: Ed. UnB, 1975.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004.

NADER, Paulo. *Amagis Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, ano II, n. 4, p.118, julho a dezembro de 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar 1996.

SOUSA JÚNIOR. *Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.