

O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social?

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

1. É no meio social, como alude Hermes Lima¹, que “o direito surge e desenvolve-se” para consecução dos objetivos buscados pela sociedade, como, por exemplo, a manutenção da paz, a ordem, a segurança e o bem-estar comum; de modo, a tornar possível a convivência e o progresso social. Assim, o direito é fruto de uma realidade social.

O direito, decorrente da criação humana, é direcionado de acordo com os interesses impostos pela sociedade. Tal fato torna-o dinâmico, exigindo que ele, à cada época, acompanhe os anseios e interesses da sociedade para qual foi criado.

Deste modo, verifica-se, concretamente, constante mutação dos significados dos institutos jurídicos, como manifesta Paulo Nader²:

“As instituições jurídicas são inventos humanos, que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos. Se o direito se envelhecer, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para qual foi criado. Não basta, portanto, o ser do direito na sociedade, é indispensável o ser atuante, o ser atualizado. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o direito será um instru-

Jorge Rubem Folena de Oliveira é Mestrando em Direito na Faculdade de Direito da UFRJ e Advogado no Rio de Janeiro.

¹ *Introdução à Ciência do Direito*. 29. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1989. p. 23.

² *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 23.

mento eficaz na garantia do equilíbrio e harmonia social”³ (nossos grifos).

Portanto, como o direito decorre da criação humana, isto é, da vontade da sociedade em auto-regulamentar-se, ele manifesta-se como controlador do homem social⁴ ou como sistema de controle social.

2. Sob este prisma, o direito é utilizado como instrumento de *dominação*⁵ da sociedade, pois esta submete-se, em grau de obediência, às regras de controle instituídas para organizar a sua convivência.

Nesse processo de dominação, os que detêm o poder político em suas mãos controlam a organização social, porque impõem a sua vontade. Isso pode-se verificar com facilidade nos processos legislativos, como manifesta Eduardo Novoa Monreal⁶, *in verbis*:

“outro aspecto que se deve levar em conta é que a *lei*, a que se torna como uma concreção da vontade geral de um povo que, fazendo uso de seu poder soberano, *impõe*, por meio de seus representantes, *as regras de vida social que devem imperar em uma sociedade, geralmente que se limita a expressar os interesses e aspirações do grupo social que, de fato, exerce o domínio sobre ela...*” (nossos grifos).

Sendo assim, os detentores do *poder político*⁷ valem-se da figura do Estado, como

³ Nesse sentido, ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 16, cita Julius V. Kirchmann que manifesta o seguinte acerca da evolução do direito em relação aos fenômenos naturais: “o sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos; a rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade, passaram pelas mais diversas configurações” (nossos grifos).

⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 35.

⁵ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília : Ed. Unb, 1994, v. 1. p. 139, chama “dominação a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas...”

⁶ *O Direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1988. p. 49.

⁷ Cabe realçar que não nos referimos, aqui, aos detentores do *poder político* sob o aspecto

instituição política, para desenvolver seus interesses e manifestar o seu poder de controle social⁸.

A título de exemplificação, nesse sentido pôde-se verificar a ação da burguesia ao longo das várias fases da história: 1. Durante a Idade Moderna, a burguesia valeu-se do poder do rei – o qual era por ela sustentado – para desenvolver seus nascentes negócios comerciais apoiados pela política econômica do mercantilismo, onde era primordial a participação estatal, por meio de suas armas e barreiras alfandegárias, que facilitaram as exportações de produtos, contribuindo para acumulação de metais preciosos e a manutenção de alimentos dentro do território nacional. 2. Na Idade Contemporânea, com a derrubada do poder absolutista dos reis promovida pela burguesia, esta valeu-se do Estado para lhe garantir ampla liberdade comercial, naquilo que ficou instituído como a “mão invisível”, onde o mercado seria regulado naturalmente pelas leis da oferta e da procura, como sustentado por Adam Smith⁹. 3. No final do século XIX e início do século XX, o capitalismo passou por sua primeira crise, após o desenvolvimento da Revolução Industrial, em decorrência da grande concentração econômica, o que levou a burguesia, mais uma vez, a contar com a figura do Estado para manter seus negócios, com a intervenção deste em atividades comerciais e industriais, próprias da iniciativa privada combatida pela crise enfrentada pelo capitalismo.

Então, *é por meio da figura do Estado* que os detentores do poder político exercem seu poder de dominação sobre a sociedade organizada, sendo tal poder de dominação do Estado exercido por meio da violência ou poder de sanção de que ele dispõe, como assevera Max Weber¹⁰, *in verbis*:

meramente formal, que seria “o povo”; mas, sim, aqueles que lideram e controlam a sociedade por meio da força econômica de que dispõe.

⁸ KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1993. p. 95, manifesta que “é o Estado o centro do exercício do poder político da classe ou classes que exercem dominação sobre as outras e suas funções, naturalmente, vão corresponder aos interesses específicos dessas classes dominantes”.

⁹ SMITH, Adam. *As riquezas das nações*, livro IV. Fundação Calouste, Gulbenkian, 1993. Cap. 7.

¹⁰ *Ciência e política* : duas vocações. Tradução de Leonidas Hegemberg e Octany Silveira Mota. São Paulo : Cultrix, 1993. p. 57.

“Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o procederam, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores” (nossos grifos).

Dessa forma, o Estado é uma forte arma de que se valem os detentores do poder político para exercerem sua força de dominação sobre a sociedade; sendo que o direito, manifestado pela vontade estatal legislativa (isto é, *as leis elaboradas nos parlamentos*), é utilizado pelos detentores do poder político para pôr em prática este sistema de controle social, seja para beneficiá-los, como manifestado por meio de normas de conteúdo patrimonial/econômica, as quais lhes convêm em suas relações; como também sobre as normas de penalização e afastamento da sociedade dos “homens bons” – *in casu* eles, “os poderosos” – daqueles que são rotulados como “maus”¹¹ e os inconvenientes ao seu meio.

A propósito, são incontáveis tais situações, entre estas podemos citar a referida por Fernando de Moraes¹² quanto ao Decreto-Lei nº 4.737, de 24.9.1942, que regulamentava o reconhecimento de filhos naturais, criado pelo Presidente Getúlio Vargas, para satisfazer os interesses pessoais do Sr. Assis Chateaubriand, e, mais recentemente, a Lei nº 8.985, de 7.2.1995 (*DOU*, de 8.2.1995), que anistiou os ilícitos eleitorais praticados pelo Senador Humberto Lucena.

Portanto, a figura do Estado, principalmente o Estado-legislador, é fundamental para a execução da dominação praticada pelos detentores do poder político, e, neste contexto, o direito está colocado a serviço dos poderosos.

3. Este poder de dominação, exercido pelos “poderosos”, apresenta-se revestido de formas “legitimadoras” de cunho meramente formal¹³,

¹¹ Aqui, a referência a homens “bons” e “maus” está no sentido manifestado por Louk Hulsman, *Penas perdidas*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro : Luam, p. 56-57: O sistema penal em questão.

¹² *Chatô o rei do Brasil*. Rio de Janeiro : Companhia das Letras, 1994. p. 409.

¹³ ZAFARONI, Eugênio Raúl. Em busca das penas perdidas. Tradução de Vânia Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Revan, 1991. p. 16 e segs.

não decorrente da real vontade da sociedade, que, especificamente no caso do direito, Eduardo Novoa Monreal¹⁴ refere-se como “direito formalmente imposto”; isto é, segundo o autor chileno em questão, “o que a autoridade estatal tenta impor, mediante promulgação de regras obrigatórias de conduta”; contrariamente daquilo que ele chama de “direito socialmente imperante”, cuja aplicação é merecida no meio social por decorrer da vontade legítima da sociedade.

Com efeito, sob este prisma, constata-se verdadeiro confronto entre as normas legais vigentes – impostas pelo poder de dominação – e sua eficácia ou força legitimadora; sendo tais normas despidas, em seu conteúdo e caráter, de legitimidade. A legitimidade ora referida é aquela que decorre da verdadeira vontade da maioria na sociedade politicamente organizada, ou seja, a vontade do povo, das massas, das maiorias.

Ademais, “os poderosos” valem-se de verdadeiros aforismos jurídicos, provenientes da vitória do liberalismo durante as revoluções dos séculos XVII e XVIII, desprovidos de conteúdo legitimador e tomados de forte essência formalista como acima anunciado, para justificar suas práticas. Como exemplos podemos citar os “princípios da legalidade” e da “igualdade de todos perante a lei” – este último verdadeira “fantasia” utilizada para encobrir interesses outros que não o da igualdade; justificando, por vezes, a prática de desigualdades sociais, como manifesta Paulo Bonavides¹⁵, *in verbis*:

“Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, termina a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome.

(...)

Estes morriam de fome e de opressão, ao passo que os mais respeitáveis tribunais do Ocidente assentavam as bases de toda sua jurisprudência constitucional na inocência e no lirismo

¹⁴ NOVOA MONREAL, op. cit., p. 23.

¹⁵ *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 61.

daqueles formosos postulados de que 'todos os homens são iguais perante a lei...'” (nossos grifos).

Portanto, é assim que o direito, em nossa sociedade, está posto – ou melhor, positivado por meio das leis – como sistema de controle social.

4. No entanto, acreditamos que o direito pode ir além disso, sendo utilizado também como instrumento de mudança social, de modo a tentar inverter o quadro de dominação acima citado.

Nota-se que, em nosso meio, o direito não se manifesta apenas por meio das leis – esta é a sua principal fonte –; há outras fontes de caráter secundário, porém de grande relevância, que são a doutrina e, acima de tudo, a *jurisprudência*.

É por meio dessas fontes auxiliares que o direito se manifesta ou se realiza, seja por meio dos pareceres dos juristas, ou dos contratos formulados pelos advogados, ou pelas sentenças proferidas pelos magistrados.

Cumpre realçar que a sentença é a lei concreta¹⁶, é o momento em que o Estado-juiz soluciona, pacífica ou põe a verdade para as partes litigantes, sejam ricos ou sejam pobres.

Desse modo, a magistratura, por meio da formação de sua jurisprudência, ao aplicar e interpretar as leis – dizendo o sentido e o alcance destas, como salienta Carlos Maximiliano¹⁷ – tem o papel relevante de fazer com que o direito seja instrumento de mudança social, na cruzada contra a dominação exercida pelos donos do poder político¹⁸.

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981. p. 123, expõe que “a coisa julgada, como ato autoritativa ditado por um órgão do Estado, reivindica naturalmente, perante todos, seu ofício de formular qual o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado, para um caso determinado...”

¹⁷ *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1947. p. 13.

¹⁸ GENRO, Tarso. *Lições de Direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1991. p. 21: *Os Juízes contra a lei*, comentando acerca do fetiche da legalidade, manifesta que “é evidente que a previsibilidade do sistema é uma necessidade para a garantia dos direitos individuais e coletivos, mas ela não quer dizer estagnação normativa, não exige que o juiz seja jogado para fora do processo de criação do direito, no qual o Judiciário é ou pode ser uma peça chave”.

Independentemente do salientado por Maria Lúcia Karam¹⁹, acreditamos que no Judiciário poderá residir o ponto de resistência contra a dominação exercida pelos donos do poder político. Assim, o direito poderá ser utilizado como instrumento de mudança social, isto porque cabe aos juízes, no mister de se aplicar as normas jurídicas, estar comprometidos com os pressupostos de uma “verdade real”²⁰ e “não meramente formal”, procurando almejar, de forma incansável, a justiça – tanto para os pobres como para os ricos – que atenda os anseios da maioria da sociedade²¹.

Vale registrar que assim têm se posicionado algumas vozes nos tribunais superiores de nosso país, *in verbis*

*“...a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorosismo na exegese dos textos legais levará injustiças.”*²²

*“...Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”*²³.

“O direito, como fato cultural, é fenômeno social histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos aconte-

Destacamos a citação acima, não com o propósito de os juízes se colocarem contra a lei, mas, sim, para salientar a importância deles na “criação do direito”, como aludido pelo autor referido, ao aplicá-lo concretamente.

¹⁹ De que “a magistratura, na sociedade capitalista, é integrada predominantemente por indivíduos de atitudes conservadoras, imbuídos de uma visão dogmática e crítica do direito, que encobre aqueles seu papel de mutação e reprodução das relações de dominação em que se baseiam a formação social capitalista”. (KARAM, op. cit., p. 102)

²⁰ a expressão “verdade real” é por nós ora utilizada no sentido de alcançar-se os anseios legítimos da vontade social.

²¹ Os magistrados ao aplicarem as leis deverão empregá-la conforme os fins sociais a que elas se dirigem e as exigências do bem-comum, como, aliás, encontra-se disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

²² Ementa do Recurso Especial nº 299-RJ. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. *RSTJ*, n. 4, p. 1.555.

²³ STF. Ementa de julgamento. Relator: Ministro Marco Aurélio. *RDP*, n. 100, p. 75 e citado por Hugo Brito Machado. *RT*, n. 714, p. 25.

cimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O código de processo penal data do início de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e da dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores...”²⁴.

“...Essa matéria sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária não pode inibir o julgador de, *adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestar a que faz jus o jurisdicionado...*”²⁵ (nossos grifos).

5. Portanto, a magistratura, caso queira assumir o seu verdadeiro papel, poderá, por meio de seu *decisum*, ser uma das forças de resistência contra os detentores do poder político²⁶, que impõem sua vontade sobre a sociedade organizada. Assim sendo, o direito, aplicado concretamente por meio das sentenças judiciais, servirá como base no processo de mudança social, pois por meio delas poderão ser reconhecidos e preservados os interesses da maioria; levando, por conseguinte, a sociedade a conscientizar-se da importância de tais fatores tão distantes dos olhos descrentes dos seus membros.

²⁴ STJ. Ementa do Recurso de *Habeas Corpus* nº 1.453-RJ. Relator: Ministro Vicente Cernicchiaro.

²⁵ Ementa do Recurso Especial nº 7.229-Rs. Relator: Ministro Waldemar Zveiter.

²⁶ A exemplo do manifestado pelos magistrados italianos, na luta contra a corrupção existente nas instituições políticas e contra a máfia.

