

## **A INTERATIVIDADE ENTRE A REALIDADE SOCIAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO**

O estudo do Direito, com maior ênfase do Direito Constitucional, não pode ser afastado do estudo da sociedade.

Como conglomerado de ciências sociais que é, o Direito merece ter cada vez mais abertura a realidade empírica (práxis), devendo estar cada vez mais sensível a qualquer modificação da realidade.

Tal consideração repousa na conclusão insofismável de que o Direito teve ter como referência fundamental o ser humano, posto ser o homem parte integrante de uma comunidade, interagindo dentro de uma sociedade de outros homens, posto que o Direito, em essência, nada mais é que um instrumento, talvez o melhor de todos, de ordenação social.

A coexistência dos homens em sociedade, de forma a permitir a evolução da raça humana, é a finalidade precípua do Direito, denotando-se a necessidade de aperfeiçoamento constante das normas de regulação do convívio social.

Desta forma, a transformação da realidade social deve importar na necessidade de transformação da regulação normativa, uma vez que, a tese contrária, ou seja, a da autonomia da ciência jurídica, sustentada pelos neopositivistas, que buscam o estudo da norma de forma separada da realidade empírica, social, econômica ou política, praga que repercute até hoje no ensino do Direito, só serviu a criação e perpetuação do formalismo exacerbado, a desumanização do Direito e, portanto, a base ideológica que vislumbrou no Direito um instrumento dos mais poderosos de dominação social, não de transformação da realidade e evolução humana, conforme deve ou deveria ser visto pelos mandatários do povo.

Não se pode admitir, destarte, a utilização da norma para preservação de iniquidades e benesses para grupos ou classes, devendo se impor freios à atividade legislativa sempre que ela se mostre desviante da realidade social e da vontade da maioria da população.

Em relevante assertiva sobre o tema, com efeito, Pietro Perlingieri (“Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional”, 2ª edição, Renovar, tradução Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro/São Paulo, 2.002, p.03), enfatiza que até no período nazi-fascista o legislador encontrou limites a sua produção legislativa por parte do Poder Judiciário, ressaltando que:

“Na época do nazismo, uma parte da jurisprudência italiana e alemã, algumas vezes, soube colocar um freio, ainda que limitado, à atividade do Poder Legislativo aplicando restritivamente algumas normas – aquelas, por exemplo, que se inspiravam na distinção das pessoas com base na raça – ou interpretando extensivamente alguns princípios que ainda existiam, até então, de maneira apenas formal no ordenamento”.

O ordenamento jurídico só pode ter eficácia e, principalmente, legitimidade, quando estiver em consonância com os anseios da população, devendo ser rejeitada a norma que não atender os postulados básicos de determinada coletividade, posto que tais princípios, mesmo que não escritos de forma expressa, compõem o ordenamento, ou melhor, informam todo o conjunto de normas de um determinado país.

O intérprete, mais precisamente aquele investido pelo Estado do poder/dever de ditar o Direito ao caso concreto, ou seja, o Juiz, deve rejeitar o diploma emanado do legislativo quando houver desatendimento de um mínimo de respeito ao preceito maior da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, necessário se faz o afastamento do plano do mero formalismo tecnicista para vislumbrar o Direito como um conjunto de ciências sociais, despertando-se para a necessidade de visualizar o conjunto de regras sociais não como um fim em si mesmas, mas com o desiderato de servir ao homem, enquanto ser humano, que deve ter resguardada a sua dignidade no convívio comunitário com outros homens, tomados como iguais em situações simétricas e como desiguais, na medida desta desigualdade, quando as iniquidades do passado exigirem diversidade de tratamento, como é o caso do estabelecimento das discriminações positivas.

Nesse diapasão, cabe considerar o conceito de Juarez Freitas (“A Interpretação sistemática do Direito”, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998, p.19), segundo o qual “interpretar é hierarquizar sentidos teleológicos dos princípios, das normas e dos valores, mais do que simplesmente esclarecê-los”.

Necessário o estabelecimento, ao contrário do que profetizam os positivistas, de influência recíproca e cada vez mais interativa entre os aspectos sociais, econômicos e políticos sobre a ordem normativa e vice versa.

Os preceitos éticos, nesta linha de raciocínio, devem nortear os limites e a necessidade da influência de determinados fatores sobre os outros, estabelecendo um ponto de equilíbrio entre os elementos norteadores das ciências humanas.

A norma jurídica, sempre que necessário, deverá servir como instrumento de transformação social, buscando eliminar desigualdades e iniquidades.

O efetivo objetivo de transformação social, base teleológica do Direito, deve ser buscado incessantemente pelos órgãos que exercem parcela da soberania do Estado, não mais sendo sustentável a idéia de que o Direito sirva exclusivamente a manutenção do “status quo”, sendo, portanto, forçado a servir a ideologia da classe dominante, no intuito de manter os seus privilégios, ou seja, servindo unicamente como instrumento de dominação.

Com efeito, preleciona a doutrina que o Direito pode servir a duplo objetivo, ou seja, a mudança ou preservação do “status quo”, valendo novamente transcrever os ensinamentos de Pietro Perlingieri (“Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional”, 2ª edição, Renovar, tradução Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro/São Paulo, 2.002, p.02), segundo o qual o Direito positivo, predominantemente escrito, como regra social:

“Pode exercer historicamente uma função de conservação das situações de fato ou, sob o impulso de interesses contrastantes e alternativos, de transformação das estruturas estabelecidas. Dado que na realidade como um todo não existem somente velhas estruturas a serem modificadas, mas também exigências – ideais e práticas – que requerem satisfação, também a norma promocional (ou seja, a norma que se propõe à função inovadora da realidade) é sempre fruto de demandas, de necessidades, de impulsos já existentes em uma certa sociedade. O Direito, de tal modo, torna possível, com os seus instrumentos, a transformação social”.

Rejeitando a tese dos positivistas, devemos, destarte, entender como fonte do Direito não a norma e sua hierarquia, mas os fatos ou atos dos quais o hermeneuta, através da interpretação, extrai a norma.

É necessário considerar uma pluralidade de fontes, que não se esgotam simplesmente no Estado, como, “verbi gratia”, é o caso das regras supranacionais, ou seja, advindas dos tratados.

Devem ser rejeitadas, entretanto, as regras emanadas de outro poder estatal, que não atentem para a sua finalidade e destinação constitucional, seja em razão da matéria, da ausência dos requisitos necessidade ou urgência, que atropelam o devido processo legal e as esferas próprias de discussão e tramitação, distanciando cada vez mais o destinatário da norma da discussão da sua eficácia e legitimidade.

A tomada de posição e a imposição de freios a certas emanações legislativas, é evidente, torna-se a ordem do dia para a garantia da democracia e da dignidade da pessoa humana, ainda mais quando instituídas de forma açodada e verdadeiramente anômala.

Assim, apesar da admissão de que há uma pluralidade de fontes da norma, advindas não só do parlamento, mas de outros setores do poder e da sociedade, os quais devem se harmonizar, não se pode descuidar da reserva de atribuições e da necessidade de transcurso do caminho ideal para validade, eficácia e legitimidade da norma, regidas pelo postulado do devido processo legal, bem como pelos princípios dele decorrentes.

A existência de uma hierarquia entre as normas, também ao contrário do que preconizam os positivistas, não visa exclusivamente resolver conflitos entre normas emanadas de diferentes fontes, não sendo uma mera expressão de certeza formal do ordenamento. A sua razão de ser é, precipuamente, de lógica substancial, advinda de valores éticos e da filosofia de vida reinante em determinada coletividade.

Desta forma, a norma constitucional, ao contrário do que desejam os tecnocratas positivistas, não é uma mera barreira, ou seja, a mera imposição de limites à norma ordinária, funcionando apenas excepcionalmente e de forma residual a esta, ela é, antes de tudo, fonte de elaboração e interpretação da norma ordinária, servindo como paradigma a sua confecção e, posteriormente, a sua interpretação, só podendo, assim, a norma ordinária ter validade, eficácia e legitimidade quando em consonância com a norma fundamental e seus ditames, não tendo aplicabilidade em caso contrário.

A norma fundamental, destarte, é uma norma de comportamento, recheada de valores éticos, vinculando as demais normas hierarquicamente inferiores estabelecidas, como é o caso da lei ordinária e da medida provisória com força de lei.

As normas em geral, assim, devem atender aos princípios e objetivos fundamentais emanados da Lei Maior.

Mais uma vez é necessária a invocação do conceito de Juarez Freitas (“A Interpretação sistemática do Direito”, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998, p.47), segundo o qual:

“Por princípio ou objetivo fundamental, entende-se o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com os quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas”.

As práticas legislativas devem estar constantemente submetidas aos juízos de razoabilidade, proporcionalidade e de efetividade, devendo o intérprete, a todo momento e pelos meios que dispôr na ocasião, fazer uma reflexão sobre a sua conformidade com os princípios e valores fundamentais, se foi lógica a sua instituição, se é ela proporcional e propositada a finalidade designada e, principalmente, se pode ser considerada ela apta a conformação do escopo que se propunha.

O respeito à dignidade da pessoa humana merece tomar a posição a que foi erigida pelo legislador constitucional, ou seja, como princípio fundante da sociedade brasileira, mormente em época de profunda decadência moral, quando prevalecem interesses individuais ou de grupos sobre o interesse geral da nação, no intuito de lucrar sempre e contra todos os demais valores, quando a extorsão e a propina são a regra, não a exceção, quando o sistema prevalente é o de loteamento dos benefícios entre grupos e bancos, que monopolizam a informação e a produção, disseminando o medo através do engodo de que determinadas atitudes e comportamentos podem macular o “Deus Mercado”, para adequá-los a seus interesses e suas necessidades.

Em sendo o Direito uma questão cultural, por envolver uma operação mediadora de interesses e valores sociais, só pode ele prevalecer quando a Justiça e a educação assumirem papel prioritário no seio do Estado, que então poderia ser chamado de Democrático de Direito. Sem que esses valores fundamentais sejam erigidos ao topo do sistema, como é o caso do sistema brasileiro, que necessita de reformas verdadeiras, não de

engodos demagógicos, não será possível falar em democracia e em respeito aos direitos fundamentais, dentre eles o maior, a dignidade da pessoa humana.

Adverte Rubens Approbato Machado (“Advocacia e Democracia”, Editora OAB, Brasília, 2.003, p. 22), com efeito, que: “o bom ensino jurídico é o que produz os profissionais que irão abrir os caminhos da cidadania ativa, da liberdade, da justiça, da aplicação do direito, enfim, é por esse bom ensino jurídico que se constrói um Estado Democrático de Direito”.

A atual proliferação legislativa, em momento de experimentação e temporalidade das leis, derivadas da instabilidade e contraditoriedade das opções políticas, prática corriqueira com o advento do fenômeno da globalização e da preponderância dos interesses constantemente mutáveis do denominado mercado, exige uma reflexão do sistema de individualização normativa, comportando aprofundado detimento sobre as técnicas legislativas, instituto que está a exigir hodiernamente uma profunda e substancial reforma.

Com efeito, a existência de inúmeras leis, por vezes contraditórias e desprovidas de qualquer base na realidade fenomenológica, derivadas do descuido, do despreparo ou do oportunismo daqueles que elegemos, quase sempre marcadas pelo imprevisto, pela sobreposição de alguns textos sobre outros, pelo acréscimo ou subtração de enunciados, enumerados, parágrafos ou incisos, com considerações implícitas ou nebulosas, muitas das quais incompatíveis ou ininteligíveis, provocam no hermenauta uma incerteza e insegurança no momento de individualização da norma, exigindo muito mais do que amparo técnico do intérprete, profundo conhecimento das ciências humanas, de modo que possa, ao interpretar, procurar a verdadeira justiça, dentre os princípios norteadores da atividade humana, o que, sem dúvida, em tempos atuais; onde o ensino jurídico é mera atividade comercial, estando cada vez mais na mão de comerciantes, não de educadores; é capacidade de poucos.

Ao lado da visão positivista, que busca a solução de todos os males pela perfeita técnica legislativa, preceituando que, uma vez que inserido na norma, o Direito estaria assegurado e garantido, nada mais necessitando, temos a moderna visão de que a norma deveria ter por base cláusulas gerais e abertas, onde seriam inseridos apenas os postulados básicos, deixando para o intérprete, em última instância o Juiz, a possibilidade de adaptação

da norma às situações concretas, à luz dos princípios constitucionais, que tem como ponto nevrálgico à idéia de dignidade da pessoa humana.

Juarez Freitas (“A Interpretação sistemática do Direito”, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998, p.57), mais uma vez denota a importância do trabalho do intérprete, o qual, através da hermenêutica, deve impor limites ao poder de legislar, ao ressaltar que:

“A missão principal da hermenêutica reside não em tratar o intérprete como apenas passivamente reagente a um sistema posto, mas, sim, em cuidar de prepara-lo para o árduo, penoso e nem sempre bem efetuado exercício de vigilância contínua quanto à conformidade fundamentada das suas decisões e subsunções normativas ao sistema jurídico vigente. O intérprete sistematiza, embora não crie Direito, no sentido da produção legislativa. Ao fazê-lo traça limites à própria tarefa do legislador, o qual não pode, em respeito ao poder constituinte, engendrar antinomias que ponham risco à sobrevivência do mesmo sistema”.

A noção de dignidade social avoca o ideário de que o homem, enquanto integrante de uma comunidade social, deve ser tratado com tal qualidade, devendo ser colocado em condições idôneas a exercer as suas próprias aptidões pessoais, exigindo do Estado uma ação positiva no sentido de agir contra situações econômicas, sociais, culturais e morais degradantes, que sujeitariam determinados indivíduos a situações de indignidade e, portanto, tornando necessária a intervenção estatal para correção do mal.

Vale lembrar, nesse passo, que o princípio da legalidade, no Estado Social, deve coincidir, para ter validade e legitimidade, com a legalidade social, ou seja, a valoração do fato deve ser enquadrada dentro da perspectiva social do ordenamento jurídico, relegando-se ao segundo plano o conteúdo da lei ou mesmo o precedente jurisprudencial quando em confronto com o paradigma do preceito constitucional ou mesmo informativo do Direito, posto ser fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, pelo que deve prevalecer sobre qualquer outro postulado, definição legislativa ou enunciado normativo.

A interpretação, como técnica, principalmente a Constitucional, não deve nunca se dissociar da ideologia que a inspirou, devendo ter critério global e sistemático. Deve a norma Constitucional, com sobreposição sobre as demais, por razões políticas e ideológicas, ter seu conteúdo e significado relevado pelo hermeneuta de forma a preponderar e inspirar a realização da Justiça ao caso concreto.

Adverte, mais uma vez, oportunamente, Rubens Approbato Machado (“Advocacia e Democracia”, Editora OAB, Brasília, 2.003, p. 363), que:

“A condição *sine qua* para a consolidação institucional e política é o respeito à Constituição. Lá estão cravadas as estacas da Nação. Lá, estão perenizados dispositivos constitucionais que devem ser invioláveis e imortais. O verdadeiro progresso de um país brota do desenvolvimento da ordem. A ordem constitucional brasileira tem sido constantemente violada. Semelhante ao dito do grande Simom Bolívar, expresso há mais de 150 anos. Dizia ele que, na América Latina, percebe-se uma propensão para a fragilização institucional em função do descompromisso e a falta de seriedade dos atores sociais e políticos. ‘Os tratados são papéis, as Constituições não passam de livros, as eleições são batalhas, a liberdade é anarquia e a vida um tormento’”.

A paridade de tratamento, por óbvio, exige a isonomia de situações, com regras rígidas e critérios precisos. A igualdade formal, derivada do iluminismo francês, é patrimônio comum a todos os ordenamentos modernos.

Contudo, tal não basta à verdadeira igualdade, dita substancial, face ao reconhecimento de abissais diferenças entre os cidadãos dos Estados Pós-Modernos. Hodiernamente, faz-se imprescindível a invocação do conceito de justiça social, com a concretização da igualdade dita material, partindo-se do pressuposto de que a igualdade é impossível sem a justiça social.

Por tal visão, a justiça social só é concretizável com o implemento de políticas públicas, denominadas no mundo moderno de discriminações positivas, uma vez que contam com a autorização constitucional e visam eliminar distorções provocadas por situações assimétricas advindas do passado.

Tais políticas públicas podem ter como ponto matiz à isenção ou renúncia fiscal, posto que a contribuição fiscal é instrumento de justiça social e promoção civil. A isenção ou renúncia fiscal, diante de uma situação de desigualdade, serviria para eliminação das distorções, tendo por escopo o reequilíbrio da situação dos indivíduos na comunidade, de modo a provocar a denominada Justiça Social.

Boaventura de Souza Santos, em estudo sobre o tema, pondera que: “o maior problema da sociedade capitalista atual é que o capitalismo já não faz mais concessões e a democracia não possui mais capacidade de distribuir riqueza, encontrando-se assim cada



vez mais pessoas excluídas do atual contrato social, ou seja, não têm mais nenhum direito”<sup>1</sup>

De fato, como já dizia Marx *apud* Claret, o Estado não busca o bem estar da sociedade, mas sim os interesses da classe dominante, ao ensinar que “o Estado é forma pela qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns”<sup>2</sup>.

Os interesses particulares ou de grupos, com a privatização do Estado brasileiro, acabam por engolir e sobrepujar os interesses sociais, tornando-os uma mera utopia ou apenas tinta no papel, posto que não se pode digladiar com interesses tão poderosos, com tanto poder de pressão e de fazer valer, pela força econômica, as suas vontades.

Outra não é a lição de Marco Aurélio Nogueira, ao repercutir sobre os motivos da atual crise do Estado brasileiro:

“A crise do Estado e da política, bem como as fortes transformações socioeconômicas e tecnológicas, estão deixando as sociedades indefesas, sem recursos para escapar da fragmentação. Elas passam a ser comidas pelo corporativismo, ou seja, por uma agregação inferior, dedicada a viabilizar interesses estritamente particulares, que, dentre outras coisas, impede a política de funcionar como espaço de universalização, de construção do ‘bem comum’. Exacerbam-se assim os interesses, que tendem a se fechar em seus particularismos, ‘desinteressando-se’ de vínculos coletivos mais expressivos e perdendo de vista o valor da construção de determinados interesses gerais”<sup>3</sup>.

Com efeito, o Estado foi efetivamente “privatizado” por corporações e apropriado por interesses de grupos, tornando-se um instrumento de defesa de poucos privilegiados.

O Estado, enquanto burocracia, retira a maior parte de sua renda, através dos impostos, cuja tabela de isenções não é corrigida, de quem não tem, para, sob pretexto mendaz, não suficientemente discutido com a sociedade, distribuí-lo a quem dele não necessita.

---

<sup>1</sup> Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 101.

<sup>2</sup> O pensamento vivo de Marx. 8. ed. São Paulo: Martin Claret, 1985, p. 85.

<sup>3</sup> As possibilidades da política: idéias para a reforma democrática do Estado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 229.

Incongruente e paradoxal, destarte, o tratamento dispensado pelos governantes a população brasileira, de forma a macular o princípio da isonomia formal, esquecendo-se de que, conforme adverte Oscar Vilhena Vieira que “o Estado e os direitos são, assim, obras humanas que têm por única finalidade a preservação da esfera de dignidade das pessoas”<sup>4</sup>.

O Direito é, ou deveria ser, o instrumento de realização do homem em sociedade, posto que não pode servir a si mesmo, necessitando estar relacionado e em harmonia com a sociedade que lhe dá sustentáculo.

A farsa e a inversão de valores, contudo, são desvalores inerentes ao ser humano, mormente quando se quer que alguns interesses e dogmas prevaleçam sobre o conjunto da sociedade, sendo atual a ponderação de Pietro Barcellona, ao explicar o pensamento de Hobbes e Habermas.

“(...) Descuidando-se o problema da decisão com que se produzem as regras, termina por se ignorar o problema da relação entre linguagem e poder. Descuida-se do que Hobbes lucidamente ensinou: o homem é o único dos animais que, graças ao significado das palavras, é capaz de inventar as regras, mas, ainda, o único entre os animais que pode usar falsas regras para transmiti-las aos outros”<sup>5</sup>.

PAULO JOSÉ FREIRE TEOTÔNIO

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO DA UNIFEB

RONALDO FENELON SANTOS FILHO

PRESIDENTE DO CONSELHO CURADOR DA FEB

---

<sup>4</sup> A Gramática dos Direitos Humanos”, in “Direito e Política”, Edicamp, Campinas, 2.003, p.321.

<sup>5</sup> O egoísmo maduro e a insensatez do capital. Trad. Sebastião José Roque, São Paulo, Ícone, 1995, p.74/75