

SUMÁRIO

OBJETO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA	1
O ENTENDIMENTO DE EMILE DURKHEIM	2
39. O PENSAMENTO DE GEORGES GURVITCH	2
40.0 OBJETO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA NA CONCEPÇÃO DE EDMOND JORION	2
41. O OBJETO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA SEGUNDO RECASÉNS SICHES	3
42. A POSIÇÃO DE RENATO TREVES	4
EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS E SEUS EFEITOS SOCIAIS	4
43. NOÇÃO DE VALIDADE	5
44. A NOÇÃO DE EFICÁCIA	5
45. EFEITOS DA NORMA	5
46. EFICÁCIA DA LEI	6
47. CAUSAS DA INEFICÁCIA	6
48. EFEITOS POSITIVOS DA LEI	7
48.1. A Função de Controle Social	7
48.2. A Função Educativa da Norma	8
48.3. A Função Conservadora da Norma	8
48.4. A Função Transformadora da Norma	8
49. EFEITOS NEGATIVOS DA NORMA	9
49.1. Efeitos Negativos pela Ineficácia da Lei	9
49.2. Efeitos Negativos pela Omissão da Autoridade em Aplicar a Lei	10
49.3. Efeitos Negativos pela Falta de Estrutura Adequada à Aplicação da Lei	10
VÁRIOS RAMOS DO DIREITO	11
50.0 SENTIDO SOCIOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO	12
50.1. Constituição e Democracia	12
50.2. Características da Constituição Brasileira de 1988	13
DIREITO DE FAMÍLIA	14
51. DIVÓRCIO	14
51.1. A Situação da Companheira e dos Filhos Ilegítimos.	14
51.2. Soluções Legais Paliativas antes do Divórcio	15
51.3. A Introdução do Divórcio na Legislação Brasileira	16
51.5. Regime de Bens	16
51.6. O Regime Preferido pela Nossa Lei	18
DIREITO SUCESSÓRIO	18
52. ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	18
52.1. Efeitos da Norma	18
52.2. Atenuação dos Efeitos Negativos	19
52.3. Inovações Previstas no Anteprojeto do Novo Código Civil	19
53. DIREITO PENAL	19
53.1. Violência Urbana	20
53.2. Tóxicos	20
53.3. A Legislação Antitóxica	21
54. PROSTITUIÇÃO	22
54.1. Posição Recomendável	23
55. DELITOS DE AUTOMÓVEL	23
55.1. Legislação Deficiente	24
56. CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO ("WHITE COLLAR CRIME")	24
56.1. A Macrodelinquência	26
57. CONSIDERAÇÕES GERAIS	27
58. DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO	27
59. DIREITO DO TRABALHO	28
59.2. DIREITO DO CONSUMIDOR	29
59.2.1. A responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços	29

OBJETO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA

O entendimento de Emile Durkheim. O pensamento de Georges Gurvitch. O objeto da Sociologia Jurídica na concepção de Edmond Jorion. O objeto da Sociologia Jurídica segundo Recaséns Siches. A posição de Renato Treves.

No estudo de toda ciência é da maior importância precisar seu objeto, estabelecer seu método e conhecer suas leis. Por objeto entende-se o campo específico de atuação de uma ciência, o fim a que se propõe, o objetivo que visa alcançar. Método é o caminho que se deve seguir para alcançar os objetivos de uma ciência, o processo a ser aplicado para realizar suas finalidades. Leis são aquelas regularidades, fenômenos que se repetem com frequência no campo de uma ciência.

Vamos de ora em diante nos dedicar ao exame do objeto da Sociologia Jurídica, porque disto depende uma boa compreensão quanto à razão prática dessa disciplina.

Ao tratarmos da autonomia da Sociologia Jurídica, vimos que o seu objeto é o direito fato. Vamos procurar agora explicitar esse objeto, examinando a sua divisão interna. Em suma, procuraremos precisar o que está contido no estudo do direito como fato.

É preciso entretanto desde logo adiantar que em torno desta questão não há perfeita concordância entre os autores, razão pela qual procuraremos expor o entendimento dos principais, para então adotarmos o daquele que nos parece mais completo.

O ENTENDIMENTO DE EMILE DURKHEIM

Para esse notável sociólogo francês, um dos fundadores da escola sociológica do direito, seria objeto da Sociologia Jurídica:

- a) investigar como as regras jurídicas se constituíram real e efetivamente;
- b) o modo como as normas jurídicas funcionam na sociedade (Leçons de Sociologie, PUF, Paris, 1950).

No primeiro item estaria incluído o exame das causas que determinam o surgimento das regras jurídicas, dos fatos sociais que as suscitam, bem como das necessidades que visam satisfazer. Somente quando as normas estão ajustadas aos fatos é que poderão atender aos objetivos para os quais foram elaboradas.

No segundo item procurar-se-ia saber dos resultados decorrentes da existência da norma, isto é, se está ou não sendo aplicada, se há ou não estrutura para isso etc.

39. O PENSAMENTO DE GEORGES GURVITCH

Segundo Gurvitch, citado por Machado Neto, a Sociologia Jurídica pode ser dividida, de acordo com as diversas abordagens metódicas de seu objeto, em três itens:

- a) Sociologia Sistemática do Direito ou Microsociologia do Direito
- b) Sociologia Diferencial do Direito, incluindo uma Tipologia Jurídica dos Grupos Particulares e uma Tipologia Jurídica das sociedades totais;
- c) Sociologia Genética do Direito (ob. cit., pp. 89-94).

No primeiro item teríamos o estudo das relações das formas de sociabilidade por interpenetração (massa, comunidade, comunhão) com os fenômenos geradores do direito social, e das formas de sociabilidade por interdependência (relações de aproximação, de afastamento ou mistas) com os fenômenos originários do direito interindividual, bem como o estudo dos planos de profundidade do direito.

No segundo item Gurvitch se serve de sua classificação dos grupos

para estudar as relações do direito com cada tipo de agrupamento social, dando ênfase especial ao estudo da soberania e das relações das diversas ordens jurídicas com o direito estatal.

O último item trata das relações de interinfluência que se estabelecem entre o direito, por um lado, e a base ecológica da sociedade, a economia, a religião, a moral, o conhecimento e a psicologia coletiva, por outro.

40.0 OBJETO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA NA CONCEPÇÃO DE EDMOND JORION

Para Jorion, como já assinalamos, a Sociologia do Direito e a Ciência do Direito constituem uma só e mesma disciplina, tendo por objeto o fenômeno jurídico, no que, data venia, encontra-se superado.

O autor belga, entretanto, propõe o seguinte quadro de tarefas para a Sociologia Jurídica:

- a) Observação e análise dos fatos.
- b) Seu tratamento tipológico (reagrupamento, classificação, estudos comparativos).
- e) Estudo da gênese das regras jurídicas e de sua evolução.
- d) Relação do direito com outros fenômenos sociais (influência do direito sobre a sociedade e vice-versa).

e) Definição pela Sociologia do Direito, de seus próprios limites (De la Sociologie Juridique, p. 211).

41. O OBJETO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA SEGUNDO RECASÉNS SICHES

O destacado professor espanhol, radicado no México, atribui à Sociologia Jurídica duas séries de temas:

a) Estudo de como o direito, enquanto fato, representa o produto de processos sociais.

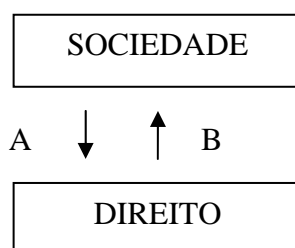
b) Exame dos efeitos que o Direito constituído causa na sociedade, sejam eles positivos, negativos ou de interferência com outros fatores (Tratado de Sociologia, Porto Alegre, 1965, p. 693).

O primeiro item proposto por Siches trata do direito como fenômeno condicionado pela sociedade, como produto resultante de um complexo de fatores sociais. O segundo item cuida da influência conformadora ou condicionante do direito sobre a sociedade. Em síntese, o direito é, ao mesmo tempo, um fenômeno condicionado e condicionante da sociedade.

dando ênfase especial ao estudo da soberania e das relações das diversas ordens jurídicas com o direito estatal.

No primeiro plano (linha A) figura a sociedade como fator condicionante do direito: é a sociedade que dá origem ao direito, fazendo-o surgir das inter-relações sociais, sendo portanto um produto manipulado pela sociedade.

Poderíamos ilustrar o entendimento de Siches mediante o seguinte quadro:



No segundo plano (linha B) figura o direito constituído exercendo influência condicionadora sobre a sociedade: é inegável que, uma vez constituído em normas de conduta e disciplinamento, o direito passa a condicionar o comportamento do grupo.

Para ilustrar as relações existentes entre a sociedade e o direito, segundo o entendimento de Siches, poderíamos dizer que ocorre algo semelhante ao que se passa entre a sociedade e o indivíduo.

De todos os fatores que atuam sobre o indivíduo, sem dúvida o mais dominante é o sócio-cultural. Até costuma-se dizer que somos produto do meio porque, em verdade, dele dependemos grandemente para tudo. Tomemos o exemplo de quem escreve um livro. Em que medida o livro é produzido pelo seu autor? Quanto do autor em si, exclusivamente, haverá naquele livro? Começa que ele escreve em uma língua que não inventou, resultado de longa evolução histórica, de formação lenta e paulatina. Escreve sobre um tema que reflete uma soma de conhecimentos adquiridos em livros, revistas, jornais, escola, professores etc. — patrimônio da cultura universal assimilado graças a uma pluralidade de inventos sociais. Para escrever depende o autor de uma série de recursos materiais, como tinta sintética, papel, luz artificial etc., fontes de trabalho e inventos de outrem. Ficaríamos alarmados se fôssemos pesquisar o que foi necessário, no correr dos séculos, para que ele pudesse estar escrevendo numa folha de papel e não em um papiro ou coisa semelhante. Até o livro sair publicado, muitas outras pessoas terão que concorrer para a edição, não podendo ser esquecidas as figuras da datilógrafa, do editor, do tipógrafo, dos operários que manipularão as máquinas etc. Aí a obra sai publicada com o nome do seu autor na capa. Mas, na realidade, é obra exclusiva do autor?

Somos tão dependentes do social que nem poderíamos falar a língua que pretendêssemos. Não teríamos com quem falar. Por isso, a maior dificuldade de quem vai para um país diferente é a língua. Se quiser se comunicar, terá que aprender a língua falada no meio social para onde vai.

O gênio não existiria, não fosse o social, pois deve mais à coletividade do que a si mesmo. Newton, Einstein e outros não passariam de um pajé ou cacique, se tivessem nascido em uma tribo indígena. O próprio Newton afirmou: “Se vi mais longe foi porque estive sustentado em ombros de gigantes”.

Por outro lado, entretanto, apesar de receber tanta influência condicionante do meio social, o indivíduo exerce influência sobre o grupo. Todo progresso, mudança cultural etc. surge na sociedade graças aos condutos da criação

individual. Não foi a sociedade, mas sim o indivíduo, que inventou o cálculo infinitesimal, a lâmpada elétrica, a máquina a vapor. O impulso criador da mudança cultural e do progresso social é, pois, o indivíduo. E que a sociedade, por mais que condicione o indivíduo, não consegue a socialização integral de todos os indivíduos, o que é bom, pois caso contrário seria a massificação. Certas zonas da personalidade não chegam a ser inteiramente socializadas, operando elas o milagre da inovação.

Algo semelhante, como já se disse, ocorre entre o direito e a sociedade. Como fato, é o direito um produto social, elaborado pela sociedade. No capítulo sobre os Fatores Sociais da Evolução do Direito, ao qual nos reportamos, ficou evidenciada essa influência condicionadora da sociedade sobre o direito, fazendo-o evoluir. Quando erigido em norma de conduta, entretanto, o Direito passa a disciplinar as relações sociais, condicionando condutas. Exercendo influência sobre o grupo, ao mesmo tempo que o direito é condicionado, também condiciona. Essa reciprocidade de influência produz constantes modificações no direito fato, e por sua vez no direito norma, que tem que disciplinar os novos fatos — evolução milenar que durará enquanto existir a sociedade.

Siches dá maior ênfase ao primeiro item da sua proposição temática, subdividindo-o em uma série de novos temas, todos resumíveis na questão da influência condicionadora da sociedade sobre o direito, a saber:

I— Os fatores constantes da realidade jurídica.

II— Os dados (variáveis) da matéria social:

a) realidade de uma série de relações sociais não reguladas juridicamente, ou melhor — dado que a plenitude do ordenamento jurídico não permite tais vazios — ainda não suficiente ou convenientemente regula das;

b) tendências e correntes que ainda não obtiveram expressão normativa;

c) representações axiológicas das pessoas que integram o grupo;

d) mútuas correlações empíricas entre o direito e outros produtos da cultura (religião, filosofia, arte, técnica, economia etc.);

e) fenômenos de organização espontânea;

O necessidades e fins da vida humana que estejam pressionando em dado momento.

42. A POSIÇÃO DE RENATO TREVES

O ilustre professor italiano, em sua obra *La Sociologia dei Diritto* (pp. 23-25), ao analisar os assuntos que têm constituído o objeto da Sociologia Jurídica, sustenta que eles se agrupam, principalmente, em três tipos de indagações:

1) estudo da eficácia das normas jurídicas e dos efeitos sociais que tais normas produzem;

2) estudo dos instrumentos humanos de realização da ordem jurídica e de suas instituições;

3) estudo da opinião do público a respeito do direito e das instituições jurídicas.

De todos os autores mencionados, entendemos ser Renato Treves o que melhor colocou o problema relacionado com o objeto da Sociologia Jurídica. Os temas por ele propostos, além de mais compatíveis com o campo de atuação da Sociologia Jurídica, são também mais abrangentes, e, praticamente, envolvem os temas propostos pelos demais autores, razão pela qual vamos adotar essa classificação em nossos estudos daqui para frente.

Veremos o que é eficácia, quando a norma é eficaz e por quê; o que são efeitos, que tipos de efeitos as normas podem produzir, o que evidencia a influência condicionadora do direito sobre a sociedade. Trataremos também dos agentes do direito na sociedade e sua função, quando teremos oportunidade de ver que não adianta ter leis e não aplicá-las. É preciso uma estrutura adequada de pessoal e material para aplicar a lei, sob pena de a lei não atingir os seus objetivos sociais. Por último, trataremos da opinião pública que, se atendida, funciona como termômetro a indicar ao legislador as mudanças a serem feitas na lei e nas instituições sociais.

EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS E SEUS EFEITOS SOCIAIS

A noção de validade e de eficácia. Efeitos da norma. Eficácia da lei. Causas da ineficácia. Efeitos positivos da lei: a função de controle social; a função educativa da norma; a função conservadora da norma; a função transformadora da norma. Efeitos negativos: pela ineficácia da lei, pela omissão da autoridade em aplicar a lei; pela falta de estrutura adequada à aplicação da lei.

No capítulo anterior, após examinarmos o pensamento de vários autores sobre o objeto da Sociologia Jurídica, destacamos o entendimento do Prof. Renato Treves, o qual, dissemos, tomaremos como roteiro de ora em diante.

Nossa tarefa será pois examinar o primeiro item da classificação por ele sugerida, procurando definir a eficácia e os efeitos das normas jurídicas; estabelecer as causas da ineficácia das leis e os tipos de efeitos que elas podem produzir e por quê.

Inicialmente, entendemos necessário lembrar que eficácia não é sinônimo de validade, embora esta seja pressuposto daquela. Trata-se de conceitos que a todo momento se repetem no estudo do direito: validade do ato, eficácia do contrato, da lei etc., razão pela qual tornam-se imperativas algumas palavras a respeito.

43. NOÇÃO DE VALIDADE

O que é necessário para que uma coisa seja válida? Esta pergunta, em nosso entender, nos dá a chave para encontrarmos o conceito de validade.

Um contrato, no qual uma das partes é incapaz, é válido? Não, porque lhe falta um dos elementos. Vemos assim que válido é aquilo que é feito com todos os seus elementos essenciais. Quando queremos saber se uma coisa é válida ou não, devemos examinar seus elementos. Se todos os elementos essenciais estiverem presentes, ela será válida.

Por elementos essenciais entendem-se aqueles requisitos que constituem a própria essência ou substância da coisa, sem os quais ela não existiria; é parte do todo. Tomemos, para exemplo, o caso de uma dona-de-casa empenhada em fazer um prato especial. Que é preciso para ela fazer esse prato especial? Que elementos deve utilizar? Ela vai à receita e lá encontra a discriminação dos elementos — farinha, ovos, manteiga, açúcar e as devidas proporções. Faltando qualquer um desses, ela jamais terá o prato desejado, porque faltou um dos seus elementos essenciais.

Pois coisa semelhante ocorre no mundo jurídico. Para que o ato ou negócio sejam válidos, terão que estar revestidos de todos os seus elementos essenciais. Faltando um deles, o negócio é inválido, nulo, não alcançando os seus objetivos.

Lembremos agora que a receita do negócio jurídico está na lei; é ela que estabelece os seus elementos essenciais. Por isso é que se diz que “válido é aquilo que está revestido de todos os seus requisitos legais”. Pode-se pois concluir que a validade decorre, invariavelmente, de o ato haver sido executado com a satisfação de todas as exigências legais.

44. A NOÇÃO DE EFICÁCIA

Eficácia é uma consequência da validade: é a força do ato para produzir os efeitos desejados. Só o ato válido, revestido de todos os seus elementos essenciais, tem força para alcançar os seus objetivos. O ato nulo, inválido, que nasceu defeituoso, com falta de um de seus elementos, não tem força para tal, não produz efeitos, sendo portanto ineficaz.

Com essas considerações preliminares, cremos já poder agora tratar especificamente da eficácia da norma jurídica e dos seus efeitos, no aspecto sociológico, cujos conceitos não divergem do que já ficou assentado. Por razões didáticas, vamos começar pelos efeitos.

45. EFEITOS DA NORMA

São todos e quaisquer resultados produzidos pela norma, decorrentes até mesmo de sua própria existência. Toda e qualquer consequência, modificação ou alteração que a norma produza no mundo social. Toda norma produz efeitos, pois sua própria existência já é um efeito. Os efeitos podem ser positivos ou negativos, corno teremos oportunidade de ver.

Pelo que ficou dito, conclui-se que os efeitos envolvem um conceito amplo, genérico, abrangente, por isso que neles estão incluídos todos os resultados produzidos pela norma.

46. EFICÁCIA DA LEI

Se eficácia, como já vimos, é a força do ato para produzir os seus efeitos, podemos então dizer que lei eficaz é aquela que tem força para realizar os efeitos sociais para os quais foi elaborada. Uma lei, entretanto, só tem essa força quando está adequada às realidades sociais, ajustada às necessidades do grupo. Só aí ela penetra no mundo dos fatos e consegue dominá-los.

Por conseguinte, eficácia é a adequação entre a norma e as suas finalidades sociais. Em outras palavras, é eficaz a norma que atinge os seus objetivos, que realiza as suas finalidades, que atinge o alvo por que está ajustada ao fato.

Deve ser a primeira preocupação do legislador — elaborar uma norma adequada à realidade social e a primeira tarefa da Sociologia Jurídica fornecer ao legislador os elementos necessários à elaboração dessa norma. Legislador que não tem conhecimento da realidade social, que não está a par do desenrolar dos fatos, dos reais problemas e conflitos que se travam na sociedade, não tem condições de fazer leis. Por mais técnicas e eruditas que forem as leis que elaborar, serão elas carentes de conteúdo, vazias de propósito, não passando de um conjunto de estereis formalidades. Poderão ser muito boas para outro lugar qualquer que tenha servido de inspiração ao legislador, nunca porém para a sociedade à qual se destinam.

A sociedade não espera pelo legislador. Como dizia Siches, a sociedade condiciona o direito fato, moldando-o à sua imagem e sernelhança. Cabe ao legislador ajustar o direito positivo a essa realidade social, sob pena de nunca elaborar lei eficaz.

Pelo exposto, verifica-se ser a eficácia um dos efeitos da norma. Efeito é gênero, eficácia é espécie. E o efeito típico da norma, seu efeito principal ou real. É uma certa qualidade do efeito produzido pela norma, um efeito condizente com suas finalidades.

47. CAUSAS DA INEFICÁCIA

A eficácia da norma depende do reconhecimento, aceitação ou adesão da sociedade a essa norma. Ou, como observa Siches: “a norma jurídica — igualmente como as demais normas sociais — para que seja cumprida, para que se converta em força efetivamente configuradora das condutas, exigem um reconhecimento, uma adesão da comunidade é, dá maior parte dos indivíduos que integram o grupo. Graças a esse reconhecimento, norma se incorpora à vida do grupo”. (Sociologia do Direito, 2º vol., pp. 19-20.)

Esse reconhecimento ou recusa, que gera a eficácia ou ineficácia da norma, pode depender da legitimidade da autoridade que a estabelece, do conteúdo da mesma, ou de outros fatores. De um trecho da exposição de motivos do projeto de lei para a reforma do Poder Judiciário, elaborado por uma Comissão Especial do Congresso Nacional, em 1977 da qual foi Presidente o douto Senador Acyoli Filho, podemos destacar três causas principais. O trecho é o seguinte:

“Não elaboramos leis para ser estampadas nos livros, para ser lidas ou para ficar na história. As leis nascem para viver e só valem quando podem entrar no mundo dos fatos e ali governar. Valem pela força que têm sobre os fatos e como são entendidas nessa aplicação.

“As leis, entretanto, em constante conflito com os fatos, acabam superadas por estes e terminam por desmoralizar-se, estendendo-se o despreço a toda a legislação.”

“Às vezes o legislador, através da lei, quer alterar velhos hábitos e dar-lhes nova disciplina. Os hábitos, no entanto, teimam em sobreviver, e sobrevivem apesar da lei. Outras vezes, o legislador, levado pelo idealismo de pôr o País em dia com as conquistas da civilização, antecipa instituições e prevê soluções que naufragam num meio hostil, acanhado e despreparado. De outras feitas, no entanto, o legislador não consegue vencer as poderosas forças do misoneísmo que seguram, retardam e impedem as reformas, ou as tornam mofinas.

“O nosso País já é afamado pela distância entre a realidade e a norma jurídica”

A primeira causa da ineficácia da lei, lembrada pelo Senador Acyoli Filho, é a sua desatualização, que ele destacou ao dizer: “As leis, entretanto, em constante conflito com os fatos, acabam superadas por estes e terminam por desmoralizar-se, estendendo-se o despreço a toda a legislação” (o grifo é nosso).

Com efeito, a lei, se bem elaborada, pode estar em perfeita adequação com a realidade social no momento de sua criação. Com o correr do tempo, entretanto, vai se desatualizando, vai sendo ultrapassada, pois os fatos são dinâmicos, evoluem constantemente, mas a lei é estática. Assim, o passar do tempo torna a lei ineficaz. A maior parte de nossa parte de nossa legislação precisa ser reformulada exatamente por esta razão.

A segunda causa é o misoneísmo e vem mencionado no seguinte trecho “... o legislador não consegue vencer as poderosas forças do *misoneísmo* que seguram, retardam e impedem as reformas, ou as tornam mofinas” (o grifo é nosso).

Misoneísmo, como se sabe, é aversão sistemática às inovações ou transformações do *status quo*, o que em nosso país constitui na realidade uma forte causa da ineficácia da lei. Velhos hábitos, costumes emperrados, privilégios de grupos, impedem que a lei seja aplicada ou mesmo elaborada. Às vezes há grandes interesses políticos, econômicos ou religiosos em jogo; outras vezes por mero comodismo da autoridade que não levou a sério a aplicação da lei. Por mais estranho que possa parecer, costuma-se entre nós dizer que a lei não pegou.

Só para ilustrar esse ponto, lembramos que o divórcio custou tanto a ser admitido pela nossa legislação em virtude das pressões da Igreja, frontalmente contrária à dissolução do vínculo matrimonial. Muitas leis que controlam as atividades das multinacionais, esses gigantescos organismos econômicos dos nossos dias, não são aplicadas em razão dos interesses econômicos em jogo. Interesses corporativistas emperram a reforma da Previdência e Administrativa em pauta no Congresso Nacional.

A antecipação da lei à realidade social existente é a terceira causa de sua ineficácia. Acyoli Filho põe isto em destaque no seguinte trecho:

“Outras vezes, o legislador, levado pelo idealismo de pôr o País em dia com as conquistas da civilização, antecipa instituições e prevê soluções que naufragam num meio hostil, acanhado e despreparado” (o grifo é nosso).

O legislador vê algo que funciona muito bem em certo país mais adiantado e quer implantar no nosso. Não consegue porque não há suporte social, correspondência com a realidade, razão pela qual a lei cai no vazio. Cada legislador tem que elaborar a lei com base na realidade de sua sociedade.

Vemos, assim, que fazer lei é algo diferente de fazer literatura ou história. A lei só tem força para “penetrar no mundo dos fatos e ali governar” quando é eficaz, isto é, quando ajustada à realidade social e inteiramente adequada aos fatos.

48. EFEITOS POSITIVOS DA LEI

Já vimos que efeitos são todos e quaisquer resultados produzidos pela norma. Esses efeitos podem ser positivos ou negativos. Efeitos positivos são os resultados compatíveis com os interesses sociais, e negativos, *a contrario sensu*, são os resultados contrários aos interesses da sociedade.

O estudo dos efeitos da lei é, em outras palavras, o estudo da influência condicionante do direito constituído sobre a sociedade, da qual falava Siches, conforme mencionado na parte anterior.

A norma, quando eficaz, produz normalmente efeitos positivos. Podemos até dizer que a eficácia é o principal efeito positivo da norma. A norma eficaz só não produz efeitos positivos se concorrerem outros fatores, como teremos oportunidade de ver.

Entre os efeitos positivos da norma destacaremos apenas quatro:

- 1) função de controle social;
- 2) função educativa;
- 3) função conservadora;
- 4) função transformadora.

48.1. A Função de Controle Social

Quando tratamos da função social do direito (no segundo capítulo), vimos que as suas principais finalidades são prevenir e compor conflitos; destas, a função preventiva é a mais importante. O direito é muito mais preventivo do que repressivo. E aí de nós se assim não fosse! Como o direito previne os conflitos? Estabelecendo regras de conduta, de disciplinamento social. Dessa forma exerce o direito sobre todos um condicionamento que resulta num controle do comportamento do indivíduo, do grupo e das instituições. Quando a norma não é aplicada convenientemente, vai se perdendo o controle da situação e a vida em sociedade vai se tornando impossível.

A função de controle social é exercida pelo direito primeiramente pela prevenção geral, aquela coação psicológica ou intimidação exercida sobre todos, mediante a ameaça de uma pena para o transgressor da norma. Isto faz com que muitos, mesmo não querendo, ajustem o seu comportamento às prescrições legais para não sofrerem a sanção. Bertrand

Russel observou, com toda a propriedade, que o bom comportamento até do cidadão mais exemplar deve muito à existência da polícia. É inconcebível uma sociedade na qual o comportamento social seja regulamentado apenas pelas sanções morais do elogio e da culpa.

Em segundo lugar, o controle é também exercido pela prevenção especial: a segregação do transgressor do meio social, ou a aplicação de uma pena pecuniária, indenizatória, para ter, da próxima vez que se sentir inclinado a transgredir a norma, maior estímulo no sentido de ajustar sua conduta às condições existenciais. O próprio Estado, a sociedade global, sofre o controle do direito quanto à sua conduta, tanto assim que não pode punir sem que alguém tenha praticado um fato típico, não pode apoderar-se da propriedade de quem quiser, a não ser através dos meios constitucionais etc.

48.2. A Função Educativa da Norma

Está mais que evidenciado, através de pesquisas e da própria experiência, que certos assuntos tornam-se melhor conhecidos do grupo social depois de serem disciplinados pela lei. É que a lei, antes de se tornar obrigatória, tem que ser divulgada, publicada, e assim, à medida que vai sendo conhecida pelo grupo, vai também educando e esclarecendo a opinião pública.

Exemplo disso encontramos no Direito Trabalhista. Qualquer trabalhador dos nossos dias, mesmo o ignorante ou analfabeto, conhece os seus direitos. Sabe que tem direito a férias, 13º salário, fundo de garantia, repouso remunerado, aviso prévio etc. Por quê? Onde aprendeu? Não foi com o patrão, nem na Escola de Direito, mas sim no próprio grupo. E ele sabe até mesmo onde e como reclamar os seus direitos. É a função educativa do direito.

48.3. A Função Conservadora da Norma

As normas jurídicas tutelam determinados bens da vida social, que se transformam em jurídicos quando recebem a proteção do direito. Tomemos como exemplo o Direito Penal: todas as normas que incriminam o homicídio, o infanticídio, o aborto, visam a tutela da vida; as que incriminam o furto, o roubo, o estelionato, protegem o patrimônio, e assim por diante.

A norma tutela não somente bens, mas também instituições. Quando o legislador entende que certas instituições são valiosas e indispensáveis à vida social, cerca-as, defende-as, estabelecendo em tomo delas a proteção jurídica. Vejam o caso da família. Trata-se de instituição basilar da sociedade. E o que se fez em relação a ela? Procurou-se protegê-la através de uma infinidade de normas. Há normas no Código Civil (um livro todo que só trata do direito de família), no Código Penal (dos crimes contra a família, arts. 235-249) e na própria Constituição destinadas à proteção da família. Assim tem conseguido a sociedade, bem ou mal, preservar esta instituição através dos séculos e a despeito de todas as influências perniciosas que conspiram contra ela. O próprio Estado, que é a instituição maior, necessita da proteção do direito e por isso existem leis, a começar pela Constituição, destinadas a organizá-lo e conservá-lo.

A função conservadora do direito, assinala o insigne André Franco Montoro, liga-se ao caráter estático que ele representa ao garantir manutenção da ordem social existente. Para muitos, essa é a característica essencial das normas jurídicas, mas, no entender do ilustre jurista isso só é verdade em países plenamente desenvolvidos, estabilizados e organizados. Nos países em desenvolvimento e transformações profundas, o erro dessa posição é patente. Reduzir o direito a uma força conservadora é perpetuar o subdesenvolvimento e o atraso (Introdução à Ciência do Direito, 23 ed., Rev. dos Tribunais, p. 595). Daí a importância do direito como instrumento de transformações sociais.

48.4. A Função Transformadora da Norma

É aqui que percebemos, mais diretamente, o efeito condicionante do direito sobre a sociedade. Muitas vezes, em razão de necessidades sentidas, a norma estabelece novas diretrizes a serem seguidas, fixa novos princípios a serem observados em determinadas questões, determina a realização de certas modificações. A sociedade então, para dar cumprimento à lei, tem que se estruturar, equipar-se, aparelhar-se, e assim, paulatinamente, vai operando sensíveis transformações em seu meio. Eis aí a função transformadora da lei.

Exemplifiquemos este ponto com a situação do trabalhador antes das vigentes leis trabalhistas. Qual era a sua situação? A mais lamentável possível. Trabalhava a vida toda e, depois de velho e cansado, era dispensado sem qualquer direito. Como não mais podia trabalhar, ficava ao desamparo, passando privações e causando problemas sociais graves. Isso teve que ser mudado: vieram as leis trabalhistas e previdenciárias, estabelecendo, em favor do trabalhador, direito a férias, indenização, aposentadoria, assistência médico-hospitalar, auxílio de doença, indenização por acidente de trabalho etc. E qual foi a consequência disso tudo? A sociedade teve que se estruturar, aparelhar-se para cumprir a lei, e o resultado foi uma transformação social. As fábricas e indústrias tiveram que oferecer melhores condições e ambiente de trabalho aos seus empregados, muitas delas com refeitório, vestiário, escola, creche, ambulatório; foi necessário até

a criação de um gigante nacional (INSS) para cuidar da aposentadoria e assistência médica dos trabalhadores, que, por ser grande demais, não funciona a contento.

Outro exemplo. No passado a pena era considerada um castigo ou punição: mal justo contra quem praticou mal injusto. Nesse tempo, quanto piores as prisões, melhor. Se o fim da pena era punir, então o réu deveria ser mesmo colocado no pior lugar do mundo. Vêm daí as masmorras, os calabouços, as prisões fétidas, imundas e nocivas, bem como as penas mais terríveis que se possa imaginar. Há quem diga que a história da pena é pior que a do crime.

Essa posição quanto à pena trouxe os piores resultados sociais possíveis, pois nada fazia no sentido da recuperação do criminoso, nem no sentido de prevenir a sociedade contra a futura criminalidade. Tornava o réu pior — mais perigoso, revoltado e despreparado para voltar à sociedade. A prisão passou a ser a melhor escola de crime. Pior do que tudo, não dava à sociedade nenhum instrumento de defesa contra esse indivíduo e seus futuros crimes.

Por todos esses motivos, o pensamento moderno a respeito dos fins da pena mudou. Procura-se hoje fazer da pena um instrumento de defesa social, atribuindo-lhe uma função preventiva. A pena não é mais uma forma de castigo ou punição, mas sim um meio de reeducação e ressocialização do réu. Não vamos mais punir, mas corrigir.

Para tanto, o que será preciso? Onde educar? Na prisão? Na masmorra? Como, castigando impiedosamente? Não. Então será preciso transformar nossas prisões em escolas e reformatórios. Se, e quando, isso acontecer, terá a norma exercido a sua influência transformadora. Pelo menos já se fala hoje em reforma penitenciária, e em alguns estados já começam a surgir as primeiras transformações através de modernos estabelecimentos penais, adequados às novas exigências legais.

Sem dúvida, o melhor exemplo da função transformadora do direito vamos encontrar nas leis econômicas que implantaram o plano real. A economia do país estava à deriva, com uma inflação astronômica corroendo o salário do trabalhador, gerando miséria, fome, desequilíbrio social e abusos econômicos de toda ordem. A estabilização da moeda, que esperamos seja duradoura, trouxe uma melhor distribuição de renda, efetivo controle dos preços, maior poder aquisitivo da população, que, em consequência, passou a comer mais e melhor. A reforma econômica desencadeou outras reformas: na previdência, na Administração Pública, no monopólio estatal, na privatização de estatais, na ordem tributária, todas com amplo apoio da sociedade, gerando profundas alterações na realidade brasileira.

Isso tudo evidencia que o direito, quando corretamente utilizado, pode ser o grande instrumento de uma política do desenvolvimento nacional. Certas leis, como as orçamentárias, comandam a execução de planos de desenvolvimento social, mediante normas que promovem a educação, a saúde, o bem estar, a cultura, e a participação equitativa de toda a população na renda nacional.

49. EFEITOS NEGATIVOS DA NORMA

Elaborada para produzir efeitos positivos, pode a norma, entretanto, em dadas circunstâncias, produzir efeitos negativos, contrários aos interesses sociais. É claro que quando isto chega a acontecer é tempo de revogar a lei, substituindo-a por outra mais adequada. Lembrando três hipóteses em que a lei produz efeitos negativos:

- 1) quando for ineficaz
- 2) quando houver omissão da autoridade em aplicá-la;
- 3) quando inexistir estrutura adequada à aplicação da lei.

49.1. Efeitos Negativos pela Ineficácia da Lei

Lei ineficaz, como já vimos, é aquela que está ultrapassada, desatualizada fora da realidade social. Nesse caso, como afirmou Acyoli Filho, ela não mais penetra no mundo dos fatos; não tem força para governá-los. É fogo que não queima, tiro sem bala. A consequência é que a lei se desmoraliza e estende o desapareço a todo o sistema.

Estão aí para demonstrar esta verdade os casos do jogo do bicho e dos motéis. Jogar no bicho entre nós constitui ilícito penal: trata-se de contravenção prevista no art. 58 da Lei de Contravenções Penais. A sociedade entretanto há muito passou a tolerar tal conduta, mormente depois que surgiram as loterias: federal, estadual, esportiva, loto etc. Muita gente boa faz a sua “fezinha”, no bicho.

Legalmente, porém, o bicho continua ilícito, possibilitando à polícia prender, dar flagrante, desmontar a fortaleza do bicheiro etc. E por que não o faz? Aí estão os efeitos negativos dessa lei. Torna-se um instrumento de corrupção, pois, para não se prender ou perturbar o negócio do bicheiro, dividem-se os lucros, forjam-se flagrantes nos quais alguém é pago para ser autuado e dar a falsa aparência de repressão; prende-se (quando se prende) o apostador ou o pobre vendedor, mas nunca o bicheiro, o dono da área, muito embora todos saibam onde é a fortaleza, como funciona etc.; bicheiro, em nosso país, é a única profissão isenta de tributos de qualquer espécie (até mesmo do Imposto de Renda, que

não perdoa nem o trabalhador); há uma verdadeira multidão trabalhando para o bicheiro sem o menor amparo das leis trabalhistas, férias, 13º salário, aviso prévio, indenização, fundo de garantia, nada, de sorte que o bicheiro não tem nenhum encargo, salvo o percentual destinado à corrupção. Os riscos do negócio são dos infelizes que trabalham para ele.

O ex-chefe de Polícia Civil do Rio de Janeiro, Delegado Hélio Tavares Luz, em entrevista à revista Veja (novembro de 1995), faz a seguinte surpreendente revelação: “LUZ — O crime organizado não está nas drogas nem nas armas. Está no jogo do bicho. O bicho é uma organização criminosa que está enraizada em todo país. Tem um poder enorme. Corrompe a polícia, suborna a imprensa, compra favores no Congresso Nacional e paga a quem for preciso. Os bicheiros têm poder econômico para pagar bem e têm inteligência para saber a quem pagar. Quem defende a legalização de jogo do bicho, mantendo os atuais cartéis de bicheiros, não sabe o que está dizendo ou sabe bem demais. Se tudo ficar como está, não haverá mudança alguma. Para legalizar e colher resultados positivos, é preciso permitir que qualquer cidadão explore a atividade”.

O que deveria ser feito com uma lei assim? Revogá-la, legalizando o bicho, e permitindo que qualquer cidadão o explore, posição sustentada pela própria Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. O mesmo se diga dos motéis, incriminados pelo art. 229 do Código Penal. Socialmente aceitos, aprovados pelos costumes, está desatualizada a lei penal nesse ponto. Para não ser aplicada, é utilizada como instrumento de corrupção, servindo para exemplo o chamado escândalo dos motéis. Um órgão de classe da polícia serviu como instrumento de pressão junto aos donos de motéis no sentido de forçá-los a fazer um determinado seguro; parte dos lucros do rendoso contrato seria destinada à própria polícia, com o objetivo de melhor reaparelhar seus quadros. Literalmente, seria utilizado dinheiro de origem ilícita para fins lícitos, o que é totalmente questionável.

49.2. Efeitos Negativos pela Omissão da Autoridade em Aplicar a Lei

A função principal do direito, já vimos, é prevenir conflitos, controlar as relações sociais, o que realiza através do disciplinamento do comportamento mediante normas jurídicas armadas de sanção. Mas se a lei é transgredida, e por desídia, incompetência ou irresponsabilidade da autoridade, a sanção não é aplicada; se quando surge o comportamento de desvio nenhuma pena é imposta ao transgressor da norma, a autoridade nada faz — qual será o resultado? Vai se enfraquecendo aquela disciplina que a norma impõe a todos, vai se diluindo a sua função preventiva e, conseqüentemente, a transgressão sem punição vai estimulando novas transgressões. Quem transgredir a lei impunemente sente-se encorajado a transgredir novamente, e o seu exemplo serve de estímulo a outrem. Neste caso a lei pode até ser eficaz, mas não produzirá efeitos positivos por omissão das autoridades.

Por isso é comum dizer-se que, pior do que não ter leis, é tê-las e não aplicá-las.

49.3. Efeitos Negativos pela Falta de Estrutura Adequada à Aplicação da Lei.

Nesta terceira hipótese, poderemos ter leis boas e eficazes, autoridades competentes e responsáveis, mas a norma não atingirá seus objetivos sociais por falta de estrutura para uma eficiente aplicação do direito. Falta pessoal, falta material, faltam instalações, equipamentos, falta tudo enfim. Toma-se impossível aplicar a lei sem os recursos humanos e materiais necessários. Quais serão as conseqüências dessa falta de estrutura? As mesmas anteriormente mencionadas: transgressão sem punição e estímulo à ilicitude.

Esse, lamentavelmente, continua sendo o nosso grande problema atual. O Poder Judiciário no Brasil não está suficientemente aparelhado para aplicar a lei. Tomemos para exemplo o caso da Baixada Fluminense onde, de alguns anos para cá, o índice de criminalidade é um dos maiores do mundo. O que ocorre ali? Total falta de estrutura para a eficiente aplicação da lei.

Em uma Comarca onde fomos Promotor de Justiça, ao pressionarmos o Delegado no sentido de dar maior combate à criminalidade, este se queixava de não poder prender os marginais porque não tinha policiais, nem viaturas e nem armamentos; havia uma viatura quebrada e sem gasolina à sua disposição, e dois ou três cavalos. Vejam se é possível, em nossos dias, perseguir bandidos a cavalo.

Noutra Comarca, agora como Juiz, constatamos que havia mais de 1.000 processos prescritos por estarem parados há muitos anos. Por quê? No cartório da Vara trabalhavam apenas duas pessoas e uma delas, dias depois, foi denunciada pelo Ministério Público por crime de falsidade documental. Quando levamos o caso ao conhecimento das autoridades competentes, ficamos sabendo que o problema era bem mais grave, porque não havia funcionários disponíveis para aquela Vara, nem mesmo para substituir o falsário.

Num determinado Tribunal do Júri de uma comarca da Baixada, há tantos processos em andamento que, se for julgado um processo por dia (o que no júri é absolutamente impossível, tais as formalidades), até o ano 2.020 não estarão todos

julgados. Qual é o resultado disso tudo? Nenhuma lei ou autoridade, por mais eficientes que sejam, podem alcançar efeitos positivos. Se numa comarca mais de 1.000 pessoas cometeram crimes e nada lhes aconteceu; se muitas outras praticaram homicídios e nem chegaram a ser julgadas, o que dirão e pensarão os demais? Além do descrédito da lei, da autoridade, das instituições, haverá também o estímulo a novas transgressões.

Por isso, repetimos, pior do que não ter leis, é tê-las e não aplicá-las. Montesquieu tinha toda razão ao dizer: “Quando vou a determinado país, não indago se aí há leis boas, porque leis boas há em toda parte, mas sim se as executam”.

O Brasil, lamentavelmente, é campeão em resolver problemas elaborando leis, sem, todavia, executá-las. Edita a lei, faz uma grande propaganda, organiza uma imensa demagogia, anuncia aos quatro cantos que o problema está resolvido, e tudo acaba aí; nada é feito no sentido de executá-la. Por meio de um prodigioso processo mental, toma-se o dito pelo feito, confunde-se o projeto com a realização, a intenção de resolver o problema com a solução em si. E quando a lei é aprovada e nada faz acontecer, em vez de se discutir o que fazer para dar-lhe execução, os legisladores se reúnem e aprovam outra lei.

Foi exatamente isso que ocorreu quando entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente: os políticos da época anunciaram por toda a imprensa que o problema do menor no Brasil estava resolvido; o então Presidente da República, em visita a Nova York, ao ser indagado sobre a questão da criança em nosso País, anunciou a criação do Ministério da Criança e acrescentou: “Gostaria de ver iniciativas como essa se estenderem para outras nações”. A simples edição de uma lei e a criação de uma entidade governamental foi tomada por uma solução. Uma mera fantasia burocrática virou remédio de tal eficácia que até se recomendaria sua exportação.

A realidade, porém, é outra, bem diferente. Nada aconteceu de positivo em relação ao menor depois da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente dada a distância entre a lei e a sua execução. Por falta de recursos, instituições adequadas e gente competente, os menores continuam abandonados na rua, sem assistência, sem alimentação e sem educação. A situação talvez até piorou, sendo prova disso a chacina da Candelária, que teve repercussão mundial. No final de dezembro de 1995, o Juiz de Menores do Rio de Janeiro interditou a principal instituição de internação de menores infratores por absoluta precariedade de funcionamento: falta de instalações, falta de segurança, falta de higiene, falta de pessoal e até falta de alimentação. A escola era a imagem do abandono e do caos.

Pois bem, mas em lugar de se discutir o que fazer para dar-se execução ao Estatuto da Criança e do Adolescente, discute-se sim a sua reforma.

Lamentavelmente, esse irrealismo ilusório de nossa legislação escrita é bastante antigo e conhecido. No passado, Capistrano de Abreu denunciou-o com ironia dizendo que temos uma legislação quase perfeita. Só nos falta uma lei, a que mande cumprir todas as outras.

VÁRIOS RAMOS DO DIREITO

O sentido sociológico da Constituição: Constituição e democracia; características da Constituição Brasileira de 1988. Direito de família: divórcio; a situação da companheira e dos filhos ilegítimos; soluções legais paliativas antes do divórcio; a introdução do divórcio na legislação brasileira; a situação da companheira e dos filhos após a Constituição de 88; regimes de bens e o preferido pela nossa lei. Direito sucessório: ordem de votação hereditária; efeitos da norma; atenuação dos efeitos negativos; inovações previstas no anteprojeto do novo Código Civil. Direito penal: violência urbana; tóxicos; a legislação anti-tóxicos; apostituição; posição recomendável; delitos de automóvel; legislação deficiente; criminalidade de colarinho branco; a macrodelinquência. Considerações gerais. Direito financeiro e tributário. Direito do trabalho: interferência das forças sindicais no processo de formação do direito do trabalho. Direito do consumidor: a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços; a concepção social do contrato.

Estudamos no capítulo anterior a eficácia e os efeitos da norma geral, destacando inclusive as causas de sua ineficácia e os efeitos positivos e negativos que pode produzir.

Vamos nos dedicar agora ao exame dos efeitos produzidos em nossa sociedade por certas normas existentes (ou que existiram) em vários ramos do direito, quando teremos oportunidade de conhecer a longa e penosa evolução transcorrida até chegarmos a uma razoável disciplina jurídica de certos fatos sociais. Veremos também que a ocorrência de novos fatos sociais, não previstos em nossa legislação atual, estão a exigir uma urgente solução do legislador, sob pena de se tornar ainda mais difícil a vida em coletividade, principalmente nos grandes centros.

Essa incursão pelos vários ramos do direito proporcionará, igualmente, uma demonstração eloqüente da importância da Sociologia Jurídica para todo profissional do direito, principalmente para o legislador, por isso que lhe fornece os elementos necessários para bem aplicar o direito e melhor elaborar as leis. É como um termômetro a indicar a temperatura dos fatos sociais, de modo a permitir a formulação de um correto diagnóstico e a apresentação de uma solução adequada.

Vamos começar pelo Direito Constitucional, que contém a estrutura jurídica da nossa sociedade.

50.0 SENTIDO SOCIOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO

Entende-se por Constituição a Lei corporificadora do Estado, onde se encontram os princípios fundamentais da sua estrutura organizacional. É chamada de Carta Magna ou Lei Fundamental porque, como o seu próprio nome diz, é a Constituição que cria ou constitui o Estado de Direito.

Vista pelo prisma sociológico, ser legítima e eficaz, ou ilegítima, tudo dependendo de representar ela o efetivo poder social (forças políticas, econômicas, ideológicas etc), ou distanciar-se dele, como bem colocou Ferdinand Lassale, o mais expressivo representante do sociologismo constitucional, em sua clássica obra — *Que é uma constituição?* Para , quando a Constituição não é o somatório dos *fatores reais de poder*, nada é do que uma *folha de papel*, pois a Constituição real e efetiva é o fato social que lhe dá alicerce. “Os problemas constitucionais” — sustenta Lassale— “não são problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base fatores reais e efetivos do poder que naquele país reagem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprima fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar” (op.cit.p. 117)

Do ponto de vista sociológico, dessarte, é possível distinguir a Constituição formal — a folha de papel, e a Constituição real, o efetivo exercício do poder. Assim, a folha de papel — Constituição formal — somente vale até o momento em que entre ela e a Constituição efetiva — aquele somatório de poderes gerador da folha de papel — houver coincidência; quando tal não ocorrer, prevalecerá sempre a vontade daqueles que titularizam o poder. Este não deriva da folha de papel, da Constituição escrita, mas dos fatores reais de poder.

Tais afirmações soam como heresia jurídica para os fetichistas da Constituição, mas têm base na realidade. Embora se diga que o Poder Constituinte Originário é inicial (porque não há outro antes), autônomo (porque não subordinado a nenhum outro) e incondicionado (porque não tem limites à sua atividade), é inegável que os constituintes estão comprometidos e limitados pelas forças sociais que os elegeram (fatores reais do poder). Fatores ideológicos, políticos, econômicos, profissionais, religiosos, culturais e morais acabam por determinar a atuação dos constituintes.

Em tese uma Assembléia Nacional Constituinte pode tudo, mas quando se reúne já traz compromissos indeclináveis e emanantes de suas origens sociais. A maior prova de que a Constituição tem que se ajustar aos fatores reais de poder está em que periodicamente tem que ser revista ou emendada, como vem acontecendo com a nossa Constituição em vigor, para ajustar os seus preceitos às novas realidades sociais e corrigir os equívocos ou exageros do constituinte de 1988.

50.1. Constituição e Democracia

A visão sociológica da Constituição defendida por Lassalle encontra abundante campo de comprovação em nosso país. Em 172 anos de independência e menos de 100 anos de República, numa lastimável sucessão de percalços, foram editadas no Brasil nada menos do que oito Constituições, num melancólico estigma de instabilidade por falta de harmonia entre o instrumento formal e o real.

Tomemos para exemplo disso a própria Democracia, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Desde o século XIX, quase todos os Estados declaram, solenemente, no texto de suas respectivas Constituições, que a fonte do poder é o povo, ou que todo o poder dele provém. No entanto, na maioria das vezes tal declaração não passa do papel, simples princípio nominal ou teórico, cortina de fumaça para esconder regimes autoritários, como aconteceu na América Latina nas últimas décadas. No Brasil, por exemplo, tanto a Constituição de 1967, como a emenda de 1969, continham a expressiva fórmula de democracia indireta ou representativa: “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”. Nesse período, entretanto, tivemos um regime autoritário, onde a federação foi totalmente desconsiderada e neutralizada pelo poder central, sem qualquer participação do povo até mesmo na escolha dos seus governantes, relegando-se a plano secundário os poderes Legislativo e Judiciário.

Tão marcante é ainda o caráter centralizador e autoritário da organização política e social brasileira, apesar de professar a democracia em todas as suas Constituições, que mereceu do saudoso Senador Afonso Arinos, um dos nossos maiores constitucionalistas, o comentário famoso de que sociologicamente, o Brasil é um Império.

Isso está a indicar que a verdadeira democracia é muito mais que uma forma nominal de associação política; mais do que um mero ideal escrito no papel ou de simples texto constitucional sem qualquer correspondência com a consciência e a realidade social de cada povo. Está a indicar que a verdadeira democracia há de ser uma real tentativa de alteração do caráter autoritário e centralizador da sociedade, de modificação do funcionamento do poder, de forma a ensinar ao povo, verdadeiro titular do poder, a oportunidade de influir nas grandes tomadas de decisões. Há de ser um processo

integrado e evolutivo de constante participação do povo na atividade estatal decidindo, executando a decisão e transformando a realidade.

Tal integração, no entanto, exige mais que a fria participação do eleitor que comparece às urnas apenas para cumprir um dever legal, ou motivado por falsas promessas eleitoreiras, veiculadas pelos órgãos de informações que condicionam e manipulam a verdade. O voto, por si só, embora valioso, não garante justiça, liberdade, e salvaguarda ao indivíduo, nem às minorias em um Estado democrático. Não é raro que o governante, embora respaldado por milhões de votos, afasta-se dos seus compromissos democráticos, empolgado pelo fascínio do poder, perdeno a legitimidade inicial.

Daí por que a integração democrática impõe a consciência e a responsabilidade na escolha, a maturação sobre os desdobramentos doprocesso político e o acesso às informações que embasarão a participação lícita no processo decisório.

Não pode existir uma democracia por decreto, porque a democracia é, simultaneamente, um ideal, um projeto e, sobretudo, uma prática. A liberdade, na célebre frase de Luis Blanc, não é somente o direito, mas ainda o poder de ser livre. É preciso, pois, através de um processo realmente democrático, fazer cessar as desigualdades, neutralizar os desequilíbrios, realizar a justiça social, porquanto só assim será possível impedir que a liberdade produza exatamente a sua negação. A liberdade é consentida ao homem em sociedade para desenvolver suas energias, e não para esmagar a do seu semelhante.

50.2. Características da Constituição Brasileira de 1988

A luta pela normalização democrática no Brasil e pela conquista do Estado de Direito Democrático, começou assim que instalou o golpe de 1964 e, especialmente, após o AI-5, que foi o instrumento mais autoritário da história brasileira. Essa luta, entretanto, que se manteve contida por quase vinte anos, tomou as ruas a partir da eleição dos Governadores em 1982 e se intensificou no início de 1984, quando as multidões correram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta para Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto-social.

Frustrou-se, contudo, essa grande esperança, não só pela rejeição da emenda constitucional da eleição direta, como também pela morte de Tancredo Neves, o mais destacado representante das forças democráticas brasileiras. O Presidente José Sarney, todavia, cumprindo os compromissos democráticos assumidos por Tancredo, enviou ao Congresso Nacional a tão esperada emenda constitucional convocando a Assembléia Nacional Constituinte, e esta, por sua vez, após prolongado trabalho e acirrados debates, aprovou um texto moderno, razoavelmente avançado, com relevantes inovações para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. As inovações se fizeram presentes, primeiramente, na ordem social, colocando em destaque o homem e seus direitos fundamentais, não só os individuais como também os coletivos, tanto assim que praticamente inicia-se a Constituição com a consagração desses direitos — Direitos e Deveres Individuais e Coletivos no art. 5º e seus setenta e sete incisos, e Direitos Sociais, neles incluídos os dos trabalhadores, nos arts. 6º a 110 —, diferentemente da Carta anterior que tratava desses direitos na sua parte final (art. 153).

A dignidade da pessoa humana passou a ser princípio fundamental da Constituição (art. 1º, inciso III), fundamento da atividade estatal, o que significa que o homem é o centro, sujeito, objeto, fundamento e fim de toda a atividade pública.

É a “Constituição Cidadã”, na expressão do saudoso Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, não só porque teve ampla participação em sua elaboração, mas principalmente porque se volta decididamente para o cidadão e o social.

No respeitante à Organização Político-Administrativa e a Divisão dos Poderes, pode-se dizer que a Constituição atual, diferentemente da anterior que era centralizadora e autoritária, assumiu uma postura liberal. Praticamente, fez renascer a Federação, conferindo maior soma de competências legislativas e administrativas aos Estados e Municípios, dando-lhes ainda mais recursos tributários, já que não há verdadeira autonomia, nem política e nem administrativa, sem numerário para execução de suas tarefas constitucionais. Pode-se concluir dizendo que a Constituição de 1988 afastou o federalismo nominal da ordem constitucional anterior, buscando resgatar o verdadeiro princípio federalista através de um sistema de repartição de competências entre o poder central e os poderes estaduais e municipais.

Não obstante tantos pontos positivos, a Constituição de 88 tem inúmeros dispositivos que ainda não passaram da folha de papel, tais como, existência digna, justiça social, função social da propriedade, pleno emprego, valorização do trabalho (art. 170 e incisos); ensino fundamental obrigatório e gratuito, atendimento especializado aos portadores de deficiência, atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (art. 208, I, III e IV); assistência integral à saúde da criança e do adolescente (art. 227, § 10); educação como direito de todos e dever do Estado, igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, valorização dos profissionais do ensino etc. (arts. 205 e 206, I, V).

Todas essas normas e muitas outras, que ressoam precisamente inócuas, padecem do mesmo mal: não passaram do papel; não são aplicadas, efetivamente, no dia-a-dia da vida do cidadão.

DIREITO DE FAMÍLIA

Em nenhuma outra área do direito os fatos se distanciaram tanto da lei como no Direito de Família. Foram tantas as modificações sociais ocorridas nas últimas décadas que não seria demais afirmar que temos hoje, mormente após a Constituição de 1988, um novo Direito de Família. Em razão disso, inúmeros diplomas legislativos foram produzidos nas oficinas do direito, como veremos a seguir, em busca da necessária harmonia entre a realidade social e a lei.

51. DIVÓRCIO

Havia uma norma em nossa Constituição (art. 175, § 10, da Emenda nº 1/69) que considerava o casamento indissolúvel. Em razão dessa norma não podia haver divórcio no Brasil; somente o desquite, hoje chamado de separação judicial, que dissolve apenas a sociedade conjugal, produzindo efeitos patrimoniais para os cônjuges, deixando íntegro entretanto o vínculo conjugal.

Tal norma, sem dúvida alguma, objetivava a proteção do casamento e da família legítima. Entendia-se que o divórcio destruiria o casamento, levando de roldão a família, “célula mater” da sociedade. Pensava-se, em outras palavras, que, proibindo descasar, estariam resolvidos todos os problemas que conspiram contra o casamento.

51.1. A Situação da Companheira e dos Filhos Ilegítimos.

Apesar de a Constituição vedar a dissolução do casamento, inúmeros problemas começaram a surgir no seio da família, oriundos das mais variadas causas, dando ensejo ao desfazimento dos lares. Marido ia para um lado, mulher para outro, ficando entre eles os filhos, geralmente os mais prejudicados, servindo de instrumento de chantagem emocional.

Com o correr do tempo, os cônjuges separados ou desquitados se uniam de fato a outra pessoa, formando novo par. Muitas vezes essa união ilegal, ou pelo menos não reconhecida pela lei, tornava-se uma união sólida, estável, dando origem a novas famílias, com filhos, amizade, amor, compreensão e calor humano.

Inicialmente a sociedade tolerava com reservas essas uniões: todo mundo sabia e comentava quando, num determinado edifício, havia um casal cujos componentes não eram casados. Depois, tantos foram os casais de união de fato, em todas as camadas sociais, que a sociedade passou a aceitá-los plenamente, sem quaisquer reservas, como se fossem marido e mulher. As novas uniões passaram a ser normalmente admitidas pelos costumes, mas continuavam a ser repelidas pela lei. Inúmeras famílias, bem constituídas do ponto de vista social, com pais e filhos vivendo em harmonia e felicidade, plenamente integradas na sociedade, eram mantidas à margem da lei. Eram ilegítimas, ilegais. Filhos e companheira não tinham qualquer direito ou amparo legal. Aqueles eram considerados filhos ilegítimos ou mesmo adulterinos, esta, a concubina, repudiada pela lei.

Do ponto de vista social, estas famílias “ilegais” eram mais úteis e recomendáveis que as primitivas, legítimas mas já destruídas pela separação. Muita gente queria regularizar a situação, dar nome à mulher e aos filhos, estendendo-lhes proteção legal, mas não podiam. O vínculo matrimonial era indissolúvel.

A pretexto de proteger um vínculo matrimonial já de fato inexistente, a lei repudiava famílias bem constituídas, gerando desigualdades, ressentimentos e outros graves problemas sociais, entre os quais o desamparo econômico. Em síntese, a norma constitucional que visava a proteção do casamento, além de não conseguir impedir-lhe a dissolução, impedia ainda a realização de outros casamentos verdadeiros. Só prejudicava.

A nova realidade social em torno da família e do casamento evidenciou que não era o divórcio, em si, o responsável pela destruição do casamento. Há outras causas (sociais, econômicas, psicológicas, afetivas, culturais) profundas, que devem ser pesquisadas e combatidas se se quiser de fato manter o vínculo matrimonial indissolúvel. Se assim não fosse, a situação da família no país onde não há divórcio seria muito melhor do que em outro onde há, e isto, como se sabe, não é verdade. Basta fazer uma comparação entre o Brasil, antes do divórcio, e os Estados Unidos, para constatar que não estávamos em melhor situação. Não basta, pois, para impedir a ruína do casamento, proibir descasar, e “deitar em berço esplêndido”, como se fez em nosso País, fechando os olhos para a realidade. É preciso, repetimos, conhecer e combater as verdadeiras causas do fracasso matrimonial.

Ficou também evidenciado que a proibição do divórcio só facilitava a irresponsabilidade e estimulava a pilantragem. Com efeito, não podendo se divorciar, um homem, após o primeiro casamento, une-se tantas vezes quantas puder com outras mulheres, sem assumir qualquer obrigação alimentar ou de outra natureza econômica para com elas. A mulher fica numa situação vexatória, nada pode exigir, pois o homem com o qual vive está sempre a dizer: “sou casado, nada posso fazer, se não fosse...”. Havendo divórcio, o indivíduo que se casa outra vez, além das obrigações já assumidas com a primeira família, assume novas obrigações legais também com a segunda, precisando ser muito forte economicamente para chegar à terceira família.

Evidenciado igualmente ficou que o divórcio não é causa da ruína do casamento, mas sim remédio, panacéia, solução extrema para casamentos já desfeitos, arruinados, sem solução. Mas como qualquer remédio, dele só faz uso quem

precisa, quem está doente. O fato de existir o divórcio não quer dizer que todos vão se divorciar, só por divorciar-se. Mesmo nos países divorcistas, há milhares de casais unidos pelo casamento há 20, 30, 50 anos e que nunca pensaram em se divorciar, simplesmente porque o casamento deles não está doente, não precisa de remédio.

Em face de tudo isso, a conclusão lógica era que a indissolubilidade do vínculo matrimonial não passava de mera ficção jurídica, um dogma religioso, sem qualquer utilidade prática ou social. Além de não proteger a família legítima, prejudicava as famílias ilegítimas, isto é, não impedia o fracasso do casamento mas impedia a regularização das novas uniões.

Se o nosso legislador atentasse para a realidade social, há muito teria introduzido o divórcio na legislação. Tal entretanto não ocorreu em virtude da pressão exercida pela Igreja, para a qual o casamento é uma instituição divina, sagrada, e impassível de ser desfeita pelo homem. A posição da Igreja, a nosso ver, é incoerente porque ela mesma não dá nenhum valor ao casamento civil, apenas ao religioso. Tanto é assim que a Igreja casa quem já é casado no civil com outra pessoa. Quem só é casado no civil, perante a Igreja está amasiado.

Ora, se a Igreja não reconhece o casamento civil, por que pressiona na hora de ser votada uma lei divorcista? Ninguém está mudando o casamento religioso. Continue a Igreja considerando o seu casamento indissolúvel, mas por favor não se envolva com o casamento civil, já que religiosamente não lhe atribui qualquer valor.

Na realidade a Igreja já não mais conseguia impor seu dogma nem mesmo a seus fiéis, e então pressionava o legislativo para não votar qualquer lei divorcista, porque assim, enquanto fosse considerado indissolúvel o casamento civil, estaria mantida a indissolubilidade do casamento religioso. Usava a autoridade do Estado para sustentar dogma seu perante seus fiéis. Nada mais injusto que esta intromissão religiosa em assuntos civis, mormente em se tratando de um país com milhões de brasileiros não católicos e outros tantos de católicos meramente nominais.

51.2. Soluções Legais Paliativas antes do Divórcio

Houve uma sucessão de leis permitindo o reconhecimento dos filhos ilegítimos em certas circunstâncias. Primeiramente, foi promulgado o Decreto-Lei nº 4.737, de 27 de setembro de 1942, permitindo o reconhecimento dos filhos de desquitados havidos fora do matrimônio, o que equivale dizer que até então tais filhos não podiam ser registrados em nome de seu verdadeiro pai, ou mãe, mesmo que desquitado.

Mas o aludido Decreto-Lei não satisfazia, porquanto só possibilitava reconhecimento de filho havido fora do matrimônio depois do desquite do genitor. Não se referia ele às outras causas de terminação da sociedade conjugal, como a morte de um dos cônjuges, de modo que, embora extinto o vínculo conjugal, lícito não era promover o reconhecimento do filho havido extramatrimônio.

Somente com a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, é que se tornou possível o reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio após a dissolução da sociedade conjugal por desquite, morte de um dos cônjuges ou anulação do casamento.

Nesse ínterim, a jurisprudência fazia verdadeiros malabarismos para reconhecer alguns direitos patrimoniais à concubina, ora com base na sociedade de fato, ora a título de indenização, até que a própria lei passou a atribuir-lhe direito à pensão previdenciária (Dec.-Lei nº 7.485/45, Lei nº 4.069/62), bem como à indenização por acidente de trabalho (Dec.-Lei nº 7.036/44). Mais recentemente, a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31.12.1973) permitiu o uso dos apelidos do amásio pela companheira.

51.3. A Introdução do Divórcio na Legislação Brasileira

O divórcio tornou-se permitido através da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que, alterando o § 1º do art. 175 da Constituição Federal, passou a dispor: “O casamento poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Como se vê, foi cauteloso o legislador ao permitir o divórcio após

prévia separação judicial por mais de três anos, tempo mais que suficiente para revelar se a separação é ou não definitiva.

Posteriormente, a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida por Lei do Divórcio, em vigor até a presente data, regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal.

Esses, em síntese, os efeitos negativos produzidos pela norma constitucional que considerava indissolúvel o vínculo matrimonial, e as peripécias sociais pelas quais passamos até que o dogma ou ficção fosse destruído pela Emenda Constitucional nº 9.

51.4. A Situação da Companheira e dos Filhos após a Constituição de 88

Após mais de meio século de lenta evolução da questão do divórcio, da companheira e dos filhos ilegítimos, a Constituição de 88 encontrou uma base social para fazer as mudanças necessárias e o constituinte teve coragem para tanto, a saber: a) reduziu o prazo do divórcio de três anos de prévia separação para apenas um, ou depois de dois anos de comprovada separação de fato (art. 226, § 6º); b) reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, determinando à lei facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, § 3º); c) igualou para todos os efeitos (herança, alimentos, reconhecimento) os direitos e qualificações dos filhos, havidos ou não da relação do casamento, proibindo a designação de filiação legítima ou ilegítima, bem como quaisquer outras designações discriminatórias relativas à filiação (art. 226, § 6º).

Importa dizer que, após a Constituição de 88, o filho havido fora do matrimônio, até então designado de filho adulterino, tem o direito subjetivo de ser reconhecido, voluntária ou coativamente, não mais subsistindo as limitações anteriores. Sobreveio, finalmente, em 29.12.1992, a nova Lei de Investigação de Paternidade (Lei nº 8.560/92) que ampliou ainda mais as hipóteses de reconhecimento voluntário e de investigação de paternidade, conferindo inclusive ao Ministério Público legitimidade para propor a respectiva ação.

Em relação à companheira, a Lei nº 8.971, de 29.12.1994, concedeu-lhe direito a alimentos, desde que conviva há mais de cinco anos com o homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, ou dele tenha prole, e prove a necessidade. Conferiu-lhe também o direito de participar na sucessão do companheiro (herança) nas condições previstas nos seus arts. 2º e 3º.

Por último, a Lei nº 9.278, de 10.05.1996, regulamentou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal — união estável — reconhecendo como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família (art. 1º). Os bens móveis e imóveis adquiridos por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito (art. 5º). Mantém a lei (art. 7º) o direito a alimentos ao convivente que deles necessitar uma vez dissolvida a união estável, assegurando-lhe também o direito real de habilitação, enquanto viver e não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Hoje, em certas situações, a companheira pode sair mais aquinhoadada do que a esposa, se casada pelo regime de separação total.

51.5. Regime de Bens

Outro assunto do direito de família com profundas repercussões sociais é o referente ao regime de bens no casamento, razão pela qual vamos abordá-lo em algumas considerações.

Além do vínculo matrimonial, há também entre os cônjuges uma relação patrimonial, ou seja, a sociedade conjugal.

Regime de Bens é o conjunto de regras aplicáveis à sociedade conjugal para disciplinar as relações econômicas entre marido e mulher, na constância do matrimônio.

Há quatro tipos de regime de bens previstos no Código Civil. Em primeiro lugar destacamos o Regime da Comunhão Universal, que se caracteriza pelo fato de nele se comunicarem todos os bens havidos antes e depois do casamento por ambos os cônjuges, constituindo uma só massa de bens, pertencente ao casal. Na constância do casamento cada cônjuge

tem apenas a metade ideal do patrimônio comum; essa meação só poderá ser especificada ou separada após a dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial, divórcio ou morte de um dos cônjuges.

O segundo tipo a destacar é o Regime da Separação (total), que se caracteriza pelo fato de nele existirem duas massas de bens — os bens do marido e os da mulher. Nesse regime nada se comunica, nem os bens havidos antes nem os havidos depois do casamento. Os bens que cada cônjuge já possuía antes de se casar continuam a pertencer a cada um deles em separado, bem como aqueles que cada um vier a adquirir na constância do casamento.

O Regime da Comunhão Parcial, também chamado de Separação Parcial, é o terceiro tipo a ser destacado. Caracteriza-se por situar-se a meio caminho entre os dois primeiros, nele existindo três massas de bens — os bens do marido, os bens da mulher e os bens do casal. Por este regime os bens havidos antes do casamento continuam a pertencer a cada um dos cônjuges em particular, comunicando-se apenas os adquiridos após o matrimônio.

O quarto tipo é o Regime Dotal. Nele existe uma massa de bens, o dote, pertencente à mulher, mas cuja administração cabe ao marido. Os frutos produzidos pelo dote poderão ser utilizados pelo marido como auxílio na manutenção da família. O Regime Dotal pode vir combinado com qualquer um dos três tipos anteriormente caracterizados, de sorte que, dependendo das circunstâncias, poderemos ter duas, três ou quatro massas de bens.

Desses regimes, qual seria o mais recomendável do ponto de vista sociológico?

Esta é a questão que mais nos interessa no que diz respeito aos regimes de bens.

Desde logo deve ser lembrado que o Regime Dotal está em desuso, tomou-se letra morta. Longe estão os tempos em que o pai, antes de casar a filha, preocupava-se com o dote que ela levaria para o casamento. Tal prática dava ensejo a inúmeros casamentos por interesse, havendo mesmo muitos que se transformaram em autênticos caçadores de dote.

Hoje, a parte do Código Civil que disciplina o Regime Dotal tomou-se completamente ineficaz, aguardando apenas o dia em que o legislador assine-lhe o atestado de morte, excluindo-o de nosso direito positivo.

Quanto ao Regime de Comunhão Universal, seus defensores costumam apresentar como principal vantagem o fato de unir a vida e o patrimônio do casal, dando-lhe fins ou objetivos comuns, fator preponderante para a estabilidade do casamento. Quando, no casal, cada qual busca o seu próprio interesse patrimonial ou econômico, em pouco tempo os dois estarão tão distanciados um do outro que impossível tornar-se-á a vida em comum. Isto sem falar nas vezes em que se desentenderão por causa de dinheiro, despesas, ganhos etc. Havendo fins patrimoniais comuns, tais inconvenientes não existirão porque tudo que adquirirem será automaticamente de ambos, decorrendo disto maior segurança para a família.

O Regime de Comunhão Universal tem contudo o grave inconveniente de estimular o casamento por interesse, possibilitando o chamado “golpe do baú”, que o torna, sob esse aspecto, socialmente desaconselhável.

Costuma-se apontar como vantagem do Regime de Separação (total) justamente o fato de evitar o casamento por interesse, já que nesse regime não há comunicação de bens. Apresenta, entretanto, o inconveniente de manter o casal separado patrimonialmente. Cada cônjuge tem que se preocupar em formar o seu próprio patrimônio, tem que lutar por seus próprios interesses econômicos, e isto estabelece entre eles uma forma de concorrência. A falta de objetivos econômicos comuns, como já se disse, dará ensejo a um distanciamento entre os membros do casal e será causa de inúmeros desentendimentos.

Ademais, tal regime tem-se revelado extremamente desvantajoso para a mulher, pelo menos em nosso país, onde ela não conquistou ainda uma situação econômica de igualdade com o homem. Não obstante a progressiva ascensão econômica e social da mulher, o casamento, normalmente, exige mais dela do que do homem. O período de gestação, os primeiros anos de vida dos filhos, o período escolar, o controle do lar, tudo isto são responsabilidades domésticas que pesam sobre a mulher e que dificultam a sua vida profissional. Quantas vezes está no trabalho, quando toca o telefone fazendo-a deixar tudo e correr para casa? Esses fatores todos, como dizíamos, faz ainda do marido o pólo economicamente mais forte em nosso país, sem falar nos casos em que a mulher se limita às atividades domésticas.

Ora, não seria justo que, ao final de uma longa convivência conjugal, o marido exercendo livre e normalmente a sua profissão e a mulher se dividindo entre o trabalho e as atividades domésticas, não seria justo, repetimos, que aquele possuísse todo o patrimônio conquistado na constância do casamento, e a mulher ficasse ao desamparo.

Chegamos então ao Regime da Comunhão Parcial, ou da Separação Parcial, que, por evitar os inconvenientes dos dois primeiros e oferecer-lhes as vantagens, é o mais recomendável socialmente. Nesse regime, como já vimos, só se comunicam os bens havidos na constância do casamento, constituindo a massa de bens do casal, continuando porém a pertencer particularmente a cada um dos cônjuges os bens adquiridos antes do casamento. Dessa forma, evita-se o casamento por interesse, pois pelo fato de se casar ninguém se torna dono da metade dos bens do outro cônjuge, e o inconveniente de deixar um dos cônjuges em desvantagem econômica ao longo da convivência matrimonial, já que, a partir do casamento, tudo que adquirirem será de ambos. Esse regime dá ainda aos cônjuges interesses patrimoniais comuns pelos quais lutarem juntos, e segurança para a família.

5 1.6. O Regime Preferido pela Nossa Lei

Nenhum dos regimes é obrigatório, podendo os cônjuges optar, livremente, antes do casamento, por qualquer um deles; após o casamento o regime torna-se inalterável, a escolha irreversível.

Um desses regimes, entretanto, tem a preferência da lei, sendo por isso mesmo chamado Regime Legal. Normalmente será, no entender do legislador, o mais recomendável do ponto de vista sociológico, o que mais atende aos interesses sociais com relação ao casamento.

Regime Legal é, pois, aquele que prevalece no silêncio dos cônjuges, ou sempre que, tendo eles optado por outro regime qualquer, essa opção, por qualquer motivo, for invalidada. Quando os cônjuges não optarem pelo Regime Legal, terão que fazer um pacto antenupcial, através de escritura pública.

Até pouco tempo, o nosso Regime Legal era o da Comunhão Universal. Somente depois da Lei nº 6.515, de 26.12.1977, passou a ser considerado Regime Legal, no Brasil, o da Comunhão Parcial. Isto evidencia que foram necessárias muitas décadas para que o nosso legislador ajustasse a lei, neste ponto, à realidade social. Até então a própria lei, ao dar preferência ao Regime da Comunhão Universal, facilitava o golpe do baú, o estelionato sentimental, em detrimento dos interesses sociais.

Muitas outras questões atinentes ao Direito de Família poderiam ser ainda examinadas, questões que estão a exigir um melhor enquadramento legal a fim de melhor atenderem aos reclamos sociais. Tais questões, entretanto, não poderão ser examinadas neste trabalho, sob pena de nos afastarmos de sua finalidade.

DIREITO SUCESSÓRIO

52. ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

O Direito das Sucessões é outro ramo do direito particularmente rico em matéria sociológica, dado sua proximidade ao Direito de Família. Muitas questões aqui também estão a exigir melhor atenção do legislador a fim de ajustar a lei às novas realidades sociais. Vamos, todavia, nos limitar apenas ao exame da questão relacionada com a ordem da vocação hereditária.

A sucessão legítima, conforme disposto no art. 1.603 do Código Civil, defere-se primeiramente aos descendentes, ou seja, filhos, netos; em segundo lugar aos ascendentes — pais, avós; em terceiro lugar ao cônjuge sobrevivente, seguindo-se os colaterais — irmãos, tios, sobrinhos, finalmente o Estado, em quinto lugar. Segundo regra do mesmo Código, uma classe exclui a outra de modo que havendo descendentes os ascendentes não herdam, o mesmo ocorrendo com o cônjuge caso haja ascendentes, e assim por diante.

A razão social que levou o legislador a colocar os ascendentes antes do cônjuge, oferecendo-lhes um amparo econômico, partiu do pressuposto de que o cônjuge já se encontrava amparado pela meação, sendo o regime legal o da comunhão universal. Supôs o legislador que os ascendentes, normalmente já de idade avançada quando da morte do descendente, necessitam, ainda mais que o cônjuge sobrevivente, de alguma ajuda financeira, deferindo-lhe por isso a herança em segundo lugar.

52.1. Efeitos da Norma

No direito pré-codificado, a situação do cônjuge, em matéria sucessória, era ainda pior que hoje, eis que estava colocado em quarto lugar, depois dos colaterais até o décimo grau. Foi o Dec. nº 1.839, de 31.12.1907, que, em vista dos graves inconvenientes desse primitivo sistema, inovou o direito anterior, dando precedência ao cônjuge sobrevivente, posição essa mantida depois pelo Código Civil. A inovação todavia foi tímida, não eliminando completamente os inconvenientes do sistema anterior. Preferível teria sido que o legislador tivesse ido além, colocando o cônjuge antes mesmo dos próprios ascendentes e, em certos casos, concorrendo com os descendentes. Com efeito, nem sempre é verdade que o cônjuge sobrevivente fica amparado economicamente pela meação. Nos casos de casamento com total separação de bens, a morte do cônjuge varão, economicamente mais forte, como já vimos, deixa o cônjuge sobrevivente ao total desamparo, beneficiando os ascendentes, que muitas vezes não dependem financeiramente do de cujus, pois já formaram o seu patrimônio, têm aposentadoria etc. Indiscutivelmente, o cônjuge sobrevivente depende economicamente muito mais do de cujus que os ascendentes; além do mais, ajudou-o, direta ou indiretamente, a formar o patrimônio que constitui a herança, em nada tendo para isso concorrido os ascendentes, razão pela qual constitui também uma injustiça herdarem eles antes do cônjuge.

Mesmo no caso de casamento com comunhão universal de bens, hipóteses existem em que a ordem da vocação hereditária deixa o cônjuge sobrevivente em difícil situação. Tomemos o caso de um casal, sem filhos, que possui como patrimônio um único imóvel, utilizado para residência de ambos. Juntos lutaram a vida toda para comprar aquele apartamento. E, diga-se de passagem, este é um caso muito constante, pois em nosso País, quando o casal consegue ter a casa própria, já se dá por feliz.

De repente, morre um dos cônjuges. Metade do imóvel conquistado com tanto sacrifício passa a pertencer aos ascendentes do de cujus, desalojando o cônjuge sobrevivente. E isso justo?

Anote-se por último que o cônjuge não é considerado herdeiro necessário, somente os descendentes e ascendentes o são, e, assim sendo, só herdará se o de cujus quiser.

52.2. Atenuação dos Efeitos Negativos

Em 27 de agosto de 1962, através da Lei nº 4.121 (observe-se quantos anos foram necessários para se fazerem pequenas correções na lei já que o Código Civil é de 1916), foram introduzidos dois parágrafos ao art. 1.611 do Código Civil.

O § 1º confere ao cônjuge viúvo o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se o regime de bens do casamento não for o da comunhão e houver filhos deste ou do casal. Se não houver filhos, o usufruto será da metade, ainda que sobrevivam ascendentes do de cujus.

O § 20 confere ao cônjuge sobrevivente, enquanto viver e permanecer viúvo, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar em casamento pelo regime de comunhão universal.

Claro que tais dispositivos melhoraram a situação do cônjuge, mas ainda o mantêm em situação inferior à dos ascendentes e descendentes, já que lhe conferem mero direito a usufruto ou de habitação, sob condições até humilhantes.

Melhor seria, como já adiantamos, que o cônjuge, na ordem de vocação hereditária, fosse colocado antes dos ascendentes, ou, pelo menos, concorrendo com estes e os descendentes.

52.3. Inovações Previstas no Anteprojeto do Novo Código Civil

Feito por quem entende, o anteprojeto do novo Código Civil procura eliminar tanto quanto possível os efeitos negativos da atual legislação, introduzindo várias inovações eficazes. Assim, no art. 1.872, o cônjuge passa a ser considerado herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e ascendentes. Na ordem da vocação hereditária (art. 1.852), o cônjuge é mantido em terceiro lugar, mas passa a concorrer com os descendentes se não for casado pelo regime da comunhão universal, e com os ascendentes em quaisquer circunstâncias, isto é, herdará sempre juntamente com eles.

Equivale isso dizer que o cônjuge, para efeitos sucessórios, será pelo menos equiparado aos ascendentes, e em certos casos aos próprios descendentes. Como se vê, somente quando promulgado o novo Código Civil, se mantidas as disposições previstas no anteprojeto, estarão sanados os efeitos negativos que a lei atual vem produzindo há mais de meio século.

53. DIREITO PENAL

Se fôssemos examinar todas as questões pertinentes ao Direito Penal, que acarretam graves repercussões sociológicas, não haveria espaço para mais nada. Trata-se de um ramo do direito que está desadequado e se tornando ineficaz em razão das transformações sociais ocorridas nos últimos tempos, exigindo profundas reformulações.

Vejam, por exemplo, o problema da violência nos grandes centros; dos tóxicos; dos delitos de trânsito; da situação carcerária; dos criminosos de colarinho branco; do abuso do poder econômico, político etc.

A par disso, há no Código Penal inúmeros artigos que não mais são aplicados e devem dele ser retirados, enquanto outros fatos deverão ser ali tipificados.

Vamos, pois, nos limitar ao exame de apenas algumas dessas questões, mesmo assim de forma resumida.

53.1. Violência Urbana

Trata-se de uma questão muito debatida atualmente mas que não pode ser resolvida nos gabinetes, simplesmente através de debates teóricos. O assunto exige pesquisa profunda, exame detido da realidade social, para que sejam apuradas as reais causas da violência. Só então terá o legislador os elementos necessários para fixar as medidas legais cabíveis.

Seguramente, porém, pode-se adiantar que as principais causas da violência nos grandes centros urbanos estão ligadas ao desequilíbrio sócio-econômico cada vez maior em nosso País. Há uma escandalosa distância, sempre crescente, entre ricos e pobres, estes em condições desumanas e atingindo extensas faixas da população. Há fome e desnutrição, salários aviltados, desemprego e subemprego, analfabetismo, mortalidade infantil, favelas, falta de moradia adequada etc. A inflação, até pouco tempo, numa espiral vertiginosa consumia o salário, aumentava incontinentamente os preços dos gêneros de primeira necessidade, trazendo angústia e aflição ao trabalhador e chefe de família.

Por outro lado, a sociedade de consumo está sempre estimulando, a superfluidade, o gasto desnecessário. Liga-se a televisão e vê-se propaganda com mulheres lindas, barcos, automóveis de luxo, bebidas finas etc. Então, o pobre favelado, que nasceu no morro, não conheceu o pai, não teve escola, nem emprego, nem condições para ter nada daquilo que é estimulado a ter, resolve vencer na vida sem fazer força. Empunha uma arma e vem assaltar o “bacana” do asfalto.

O problema, como se vê por sua complexidade, não comporta soluções simplistas, paliativas e imediatas. É preciso enfrentá-lo em toda a sua extensão e, para tanto, necessário se faz considerá-lo sob dois aspectos: causas e efeitos. O combate às causas da violência importará em medidas preventivas de longo alcance, demoradas, envolvendo até mesmo reformas sociais para uma melhor distribuição da riqueza e maior equilíbrio econômico. O combate aos efeitos da violência terá que ser feito através de medidas imediatas, repressivas, sob pena de não ser possível nem mesmo combater as causas. Há que se reaparelhar melhor os órgãos de segurança pública (polícias civil e militar) e o Judiciário (já vimos que quando não há estrutura para aplicar a Lei, começam a surgir efeitos negativos). Uma revisão nas leis penais deverá também ser feita a fim de melhor adequá-las às novas realidades sociais, tornando-as bem mais severas do que são presentemente por causa da tendência moderna de abrandar o rigor do Direito Penal.

Em suma, encontramos-nos nessa situação porque o legislador tem-se mantido inerte em face das profundas transformações sociais ocorridas em nossos dias, deixando agravarem-se os problemas a ponto de se tornarem quase insolúveis. É preciso agora enfrentá-los, com conhecimento de causa e não empiricamente, mediante um profundo exame das causas para um efetivo combate aos efeitos.

53.2. Tóxicos

Não é fácil fixar o conceito de entorpecente, existindo uma certa discrepância entre os autores em torno dessa questão. De modo simples, entretanto, é possível dizer que “entorpecente é toda substância capaz de produzir não apenas torpor, mas também prazer físico e psíquico”. A lei caracteriza a substância tóxica como sendo aquela que determina dependência física ou psíquica.

Por dependência psíquica devemos entender aquela necessidade psicológica que o viciado tem da substância, a ponto de se sentir intranquilo, agitado, incapaz de raciocinar ou fazer qualquer coisa se não ingeri-la. Devemos lembrar entretanto que nem toda substância que causa dependência psíquica é considerada entorpecente; o cigarro, por exemplo, não é.

A dependência física consiste na modificação da composição química do organismo, deixando de existir funcionamento normal se a droga não estiver presente. Nem toda substância entorpecente produz dependência física. Algumas só produzem dependência psíquica, como, por exemplo, a maconha. Apenas as mais fortes, como cocaína, morfina, heroína, provocam dependência física e psíquica.

Quanto aos efeitos produzidos pelo uso de entorpecentes, pode-se afirmar que são os mais vastos e prejudiciais. Eles causam perturbações somáticas e psíquicas, tornando o viciado irresponsável, indiferente, vadio, mentiroso. Um dos primeiros sintomas do uso dos entorpecentes, para os quais os pais devem estar alertas com relação aos filhos, é a perda do interesse pelos estudos, trabalho, ficando o jovem com um olhar vago, distante e indiferente.

O uso continuado de drogas destrói a dignidade e o decoro do indivíduo, causando-lhe decomposição física e moral, levando-o até mesmo à impotência sexual e à homossexualidade. Relacionada com os tóxicos existe uma grande variedade de crimes, pois, para manter o vício, já que não quer trabalhar, o viciado tem que vender tóxicos para outros, furtar, roubar, participar de quadrilhas e das disputas sangrentas pela “boca-de-fumo”, bastando lembrar que alguns dos mais terríveis crimes praticados tiveram motivação nos tóxicos.

Constitui experiência dramática observar uma crise de alguém com dependência física do tóxico. Ao despertar, dezoito ou vinte horas após a sua última dose de droga, o viciado começa a penetrar nas últimas profundezas de seu inferno pessoal. Ele transpira e tem calafrios, os bocejos são tão violentos que causam deslocamento das mandíbulas, o muco aquoso escorre pelo nariz e lágrimas copiosas caem dos olhos; as pupilas ficam largamente dilatadas, os cabelos e pêlos

erichados, tornando-se a pele fria, com o aspecto típico da pele de ganso. O abdome começa a agir com violência fantástica: grandes ondas de contração passam sobre as paredes do estômago, causando vômitos explosivos, freqüentemente manchados de sangue; tão extremas são as contrações dos intestinos que a superfície do abdome parece corrugada e cheia de nós, como se houvesse um emaranhado de serpentes em luta sob a pele. Se não se ministrar a droga, a crise pode ser fatal.

Não resta dúvida que os tóxicos constituem mal social bastante grave e, como tal, devem ser combatidos.

53.3. A Legislação Antitóxica

Até 1964 o aspecto penal dos tóxicos estava disciplinado pelo art. 281 do Código Penal. O Supremo Tribunal Federal, numa correta exegese daquele artigo, firmou então entendimento no sentido de não considerar crime o uso de entorpecentes; apenas a venda ou o tráfico. Havia mesmo uma súmula que considerava atípica a ação de portar pequena dose de entorpecente para uso próprio.

Para acabar com tal entendimento jurisprudencial, foi promulgada a Lei nº 4.451, de 04.11.1964, e depois dela outras (Dec.-Lei nº 385, de 26.12.1968, Lei nº 5.726, de 29.10.1971), todas considerando crime não só o tráfico, mas também o uso de entorpecente. Essas leis, entretanto, tinham o grave inconveniente de punir com a mesma pena o traficante e o usuário, ainda que a ação do primeiro fosse socialmente muito mais prejudicial que a do segundo.

A Lei nº 5.726/71, por exemplo, enquadrava usuário e traficante no mesmo artigo, impondo-lhes, em abstrato, a pena de 1 a 6 anos de reclusão e multa de 50 a 100 salários mínimos. Àquele tempo não havia, de regra, sursis para pena de reclusão, de sorte que, se o Juiz condenasse um jovem de 21 anos à pena mínima de um ano de reclusão, por ter sido encontrado portando dois cigarros de maconha, teria que necessariamente mandar recolhê-lo à prisão, onde ficaria sujeito ao nefasto contágio carcerário.

Tal iniquidade fazia com que muitos Juízes, por política criminal, deixassem de condenar o réu, ao arrepio da lei, criando uma situação esdrúxula.

Foi então que se resolveu elaborar uma nova lei de tóxicos, tendo desta feita sido entregue a tarefa de fazer o projeto a uma comissão composta por gente que entendia da matéria (o Juiz Menna Barreto, o psiquiatra Oswaldo de Moraes e o Jurista Paulo Ladeira); o projeto acabou se convertendo na Lei nº 6.368, de 12.10.76, ainda em vigor.

De modo geral, podemos destacar três partes na Lei nº 6.368/1976:

preventiva, terapêutica e repressiva.

Na parte preventiva, a lei, além de proibir o plantio, a cultura etc. de qualquer planta da qual possa ser extraída substância entorpecente, cria um sistema nacional para estabelecer a política de prevenção, fiscalização e repressão aos tóxicos. Trata-se de órgão interministerial, integrado por pessoas de alto gabarito das áreas federal, estadual e municipal. O propósito dessa iniciativa é realizar um esforço integrado contra os tóxicos e evitar que certas campanhas produzam efeitos negativos, como sói acontecer.

A lei determina ainda que, nos programas das disciplinas da área de ciências naturais integrantes dos currículos dos cursos de 1º grau, constem obrigatoriamente pontos que tenham por objetivo o esclarecimento sobre a natureza e os efeitos das substâncias entorpecentes. Procura-se assim evitar que o menor seja apanhado de surpresa e levado ao vício numa fase em que é mais facilmente influenciável. Para ministrar essas aulas de forma conveniente e com observância de princípios científicos, de modo a alertar e não estimular a experimentar a droga, nos programas dos cursos de formação de professores serão incluídos ensinamentos referentes a substâncias entorpecentes.

Na parte terapêutica, a lei determina o tratamento do viciado em estabelecimento adequado, mediante internação hospitalar, se o caso assim o exigir, ou em regime ambulatorio. Entendeu o legislador, mui acertadamente, que em certos casos o viciado necessita muito mais de tratamento, a fim de ser auxiliado a vencer o vício, do que de punição. Para dar cumprimento a tal disposição, as redes dos serviços de saúde dos Estados, Territórios e Distrito Federal, como a rede de serviços de saúde do Ministério da Previdência e Assistência Social, deverão contar com estabelecimentos apropriados. Dispõe ainda a lei que, enquanto não se criarem tais estabelecimentos, deverão ser adaptadas, na rede já existente, unidades ou clínicas para aquela finalidade.

No que diz respeito à repressão, a lei estabelece a diferença entre a figura do traficante e a do usuário. O primeiro é enquadrável no art. 12 da Lei nº 6.368, sujeito a uma pena de 3 a 15 anos de reclusão, bem mais grave que a pena prevista na lei anterior. O usuário vai para o art. 16, cuja pena é de 6 meses a 2 anos de detenção. Tal pena, muito mais benigna que a da lei anterior, permite fiança, sursis etc., de sorte que poderá o juiz, mesmo condenando o réu, evitar o recolhimento à prisão e, conseqüentemente, o contágio carcerário.

Quando se tratar de réu viciado, poderá o julgador, além de condená-lo, submetê-lo também ao tratamento adequado, ou simplesmente absolvê-lo, se se tratar de viciado totalmente dependente, sempre entretanto determinando o específico tratamento ao paciente.

Como se vê, a Lei nº 6.368/76 procurou eliminar todos os inconvenientes das leis anteriores, proporcionando ao juiz oportunidade de só aplicar a pena se for útil à sociedade e necessária ao réu, e mesmo assim em limites adequados.

Lamentavelmente, embora passados mais de 20 anos da entrada em vigor da Lei de Tóxicos, praticamente não estão ainda sendo aplicadas as partes referentes a prevenção e terapêutica. Apenas em 2 de setembro de 1980 foi assinado o Dec. nº 85.110, estruturando formalmente o Sistema Nacional de Prevenção, de sorte que ainda não existe aquele esforço orientado e integrado de combate aos tóxicos pretendido pela lei, nem tampouco foram introduzidos nos programas escolares de 1º grau, ou nos cursos de formação de professores, pontos sobre a natureza e efeitos das substâncias entorpecentes. Tudo ainda não passou do papel.

Não foram também instaladas nas redes dos serviços de saúde, do Estado ou do Ministério da Previdência e Assistência Social, os estabelecimentos adequados para tratamento dos dependentes de tóxicos, nem mesmo clínicas para aquela finalidade. Num Estado como o do Rio de Janeiro, onde ocorrem mensalmente centenas de flagrantes de tóxicos, não existe nenhum estabelecimento oficial para tratamento de viciado, criando para o Juiz das Execuções Criminais problemas incontornáveis na hora em que tem que submeter o viciado ao efetivo tratamento. Muitas das vezes o paciente é deixado sem tratamento, ou então internado em clínicas particulares que cobram fortunas e não inspiram confiança.

Estamos, pois, frente a um caso em que, não obstante a eficácia da lei, não está ela produzindo os efeitos desejáveis por falta de infra-estrutura adequada à sua efetiva aplicação.

Por outro lado, o combate e repressão ao tráfico de entorpecente não tem sido eficiente por falta de estrutura e comprometimento do aparelho policial. Hoje, as quadrilhas de traficantes dominam as favelas e comandam o crime organizado; são mais poderosas que a polícia.

Raul Cervini, secretário geral para a América Latina do International Center of Economic Penal Studies (ICEPS), instituto sediado em Miami (EUA) que presta consultoria a governos, em entrevista concedida em agosto de 1995, declarou:

“O tráfico de drogas, por exemplo, para poder instalar-se e manter-se, conseguiu criar uma rede de suborno e corrupção que impregna toda a sociedade e o aparelho estatal, particularmente visível nos órgãos de controle e repressão da criminalidade.

Os traficantes conseguem estabelecer verdadeiros territórios livres, como certas zonas da periferia carioca. Nestes casos, o Estado é questionado em sua própria essência: a territorialidade. A divisão político-administrativa é substituída por zonas de influência, divididas segundo o interesse dos traficantes e onde nem as leis nem a moeda nacional tem vigência. O Estado não só vê sua autoridade questionada, mas perde inclusive o controle da economia”

54. PROSTITUIÇÃO

No que respeita à prostituição, a nossa legislação é também absolutamente ineficaz. Entende-se por prostituição o acesso carnal de forma promíscua e habitual, com fim de lucro ou não. É, em outras palavras prática de atos sexuais com número indeterminado de pessoas e de forma reiterada. O que caracteriza a prostituição não é o fim de lucro, como comumente se pensa, mas sim a promiscuidade e a habitualidade dos acessos carnavais.

Trata-se de um mal antiquíssimo. Era hábito entre alguns povos antigos oferecer a mulher, a filha ou as escravas ao visitante, como uma forma de bem recepcioná-lo. Sodoma e Gomorra, duas cidades passado, foram destruídas, segundo o relato bíblico, por causa da corrupção dos costumes. Entre os egípcios, babilônios e gregos, tornou-se famosa a prostituição religiosa, já que as sacerdotisas de certos deuses como Afrodite, eram prostitutas de alta classe. Relata Heródoto que a pirâmide de Queops fora construída com recursos econômicos advindos da prostituição das filhas do faraó.

Na Grécia, ao tempo de Sólon, foi promulgada uma lei permitindo a prostituição de escravas, sob a justificativa de que tal prostituição deixava livre de assédio a mulher grega. Em Roma, ao tempo das leis *Juliae*, bem como das de Tibério e Vespasiano, havia dois tipos prostitutas: as meretrizes, cujo nome é derivado de *merenda*, só exercia prostituição à noite; e as *prostibulae*, que a exerciam em tempo integral. Esses fatos evidenciam que a prostituição foi sempre encarada como um mal necessário, uma válvula de escape ao instinto sexual, ora sendo tolerada, ora até mesmo permitida por lei.

Podemos destacar três posições diferentes assumidas pelas sociedades modernas em face da prostituição:

a) Proibicionista: para os adeptos desta posição, a prostituição é proibida por lei e portanto considerada crime. É a posição adotada por quase todos os Estados Americanos.

b) Regulamentista: em oposto aos proibicionistas, nas sociedades regulamentistas a prostituição não só é permitida por lei, mas até regulamentada. Nesses países a prostituta exerce uma profissão regular com todos os direitos e prerrogativas disto decorrentes. Justifica-se tal posição alegando-se que a regulamentação mantém a prostituição sob controle, aquartelada, evitando-se o contágio de doenças venéreas e a poluição moral das áreas residenciais ou comerciais.

c) Abolicionista: os abolicionistas não são a favor nem contra a prostituição; nem proíbem nem permitem. Simplesmente não tomam conhecimento oficial do problema. Toleram a prostituição como um mal necessário, procurando com ela não se envolver. Tal é a posição do nosso país.

No Brasil, portanto, a prostituição não é crime, mas sim uma atividade tolerada. O Código Penal só incrimina o lenocínio, que é toda atividade que visa promover, facilitar ou tirar proveito de prostituição alheia. Caracteriza-se o lenocínio por ser uma atividade intermediária e parasitária da prostituição: vive da prostituição alheia.

Nenhuma dessas posições é recomendável em nosso entender, pois as três apresentam sérios inconvenientes. Em um país subdesenvolvido, por exemplo, onde a principal causa da prostituição é a miséria, não adianta proibir. É impor uma conduta inexigível, dar ordem impossível de ser obedecida. A regulamentação apresenta o inconveniente de controlar apenas um aspecto da prostituição, a feminina, marcando excessivamente a prostituta e dificultando-lhe a recuperação. É óbvio que a regulamentação somente atinge as mulheres miseráveis e de baixa condição social, não colhendo a prostituição das camadas superiores, o que significa sempre odiosa discriminação. Além do mais, leva o Estado a imiscuir-se em questões profundamente deprimentes e imorais.

De todos os sistemas, entretanto, o mais inconveniente é o abolicionista, por nós adotado. Simplesmente fechamos os olhos a um problema social dos mais graves, tal como o avestruz que enfia a cabeça na areia em face do perigo. Mas o problema não desaparece pelo fato de nos negarmos a tomar conhecimento dele. Antes, pelo contrário, agrava-se ainda mais, tomando-se incontrolável. Constitui, sem dúvida, uma grave injustiça social das sociedades capitalistas considerar a prostituição um mal necessário, uma válvula de escape e nada fazer em favor de suas vítimas. Significa dizer que, para que a classe mais favorecida viva tranqüila com relação ao assédio sexual, as prostitutas devem ser sacrificadas, eternamente presas num círculo de ferro do qual jamais conseguirão libertar-se. A imprensa tem noticiado que os estados do nordeste brasileiro recebem milhares de turistas europeus em busca de sexo com menores prostituídas, fato este que, além da sua gravidade, projeta uma péssima imagem do Brasil no exterior.

Por outro lado, a completa ausência de normas básicas em nossa legislação faz a polícia exercer, principalmente nas grandes cidades desordenada e violenta repressão, alternada com períodos de total tolerância e abandono. Inúmeros são os casos de prostitutas que são presas, espancadas e processadas por vadiagem. Ora, se a prostituição não constitui nenhum ilícito penal, como já ficou dito, caracteriza uma arbitrariedade gravíssima tal conduta da polícia.

54.1. Posição Recomendável

Se não convém proibir, nem regulamentar, nem desconhecer problema (abolir), entendemos necessário, pelo menos, prevenir. 1 causas da prostituição deveriam ser pesquisadas em profundidade (fome, pobreza, alcoolismo, falta de trabalho, posição inferior da mulher etc e realizada uma ação social no sentido de eliminá-las. Os filhos de prostitutas, que convivem naquele ambiente corrompido, deveriam ser preservados mediante um programa de educação e orientação. Assim evitaria a formação de verdadeiras dinastias de prostituição, já que provado está que os filhos de prostitutas enveredam pelos mesmos caminhos. Semelhantemente, deveria existir um programa de recuperação para as próprias prostitutas, oferecendo-lhes certas oportunidades sociais, como trabalho e estudo. É necessário também dar à polícia e elementos indispensáveis para preservar a moralidade pública, reprimindo toda solicitação ostensiva em certos locais e em certas horas, e para evitar que os ambientes onde se pratica a prostituição se convertam em verdadeiros covis de assaltantes, traficantes e outros delinquentes, como sói acontecer.

Bastam essas considerações para evidenciar que a prostituição não pode ser, simplesmente, ignorada pelas nossas autoridades, principalmente pelo nosso legislador. Há que se estabelecer normas destinadas pelo menos a prevenir e recuperar, já que não se pode impedir.

55. DELITOS DE AUTOMÓVEL

Não estão longe os dias em que possuir um automóvel era símbolo de status. Para importar um veículo dos Estados Unidos era preciso ter condição econômica e bom relacionamento político. Naquele tempo as ruas eram estreitas e tranqüilas, as estradas vazias e monótonas, e o trem, o navio e o bonde eram os principais meios de transporte. Por volta de 1962, resolveram instalar a primeira fábrica de automóveis em nosso País, e depois dela outra, ainda mais outra,

enfim, dezenas de fábricas. Então, centenas, depois milhares de carros começaram a ser produzidos diariamente e lançados ao público. As ruas encheram-se, as estradas lotaram-se, os hábitos modificaram-se, porque os carros, como uma nuvem de gafanhotos, tomaram conta de tudo.

E os problemas também surgiram porque não estávamos prevenidos nem preparados para tal. O trânsito tomou-se congestionado, sempre engarrafado, não dando vazão ao número de veículos existentes nas ruas. Há carros estacionados por todos os lugares, até nas calçadas, porque os prédios dos bairros mais antigos não têm espaço para garagens. As estradas, insuficientes e construídas sem os requisitos básicos de segurança, passaram a ser palco de inúmeros desastres fatais. A indisciplina, tanto dos motoristas como dos pedestres, que teimam em desrespeitar sinais, limites de velocidade, normas de segurança, faz anualmente milhares de mortos e mutilados, principalmente nos grandes centros. Enfim, hoje o automóvel mata e fere mais do que uma guerra das mais sangrentas e prolongadas.

Os dados estatísticos colocam o Brasil como recordista mundial de mortes no trânsito: 25 mil brasileiros morrem em acidentes de trânsito por ano, 350 mil se ferem, dos quais 210 mil ficam com alguma lesão permanente; 28% dos mortos são motoristas, 72% são passageiros; 90% dos acidentes de trânsito ocorrem por erro ou imprudência do motorista, 6% por problemas nas condições da via e 4% por más condições dos veículos; 74% dos acidentes nas estradas ocorrem com tempo bom, 60% acontecem no dia e 60% em retas; 95% dos envolvidos em acidentes são homens, 5% são mulheres; 33% dos acidentes são causados por motoristas entre 30 e 40 anos e 30% por motoristas entre 18 e 30 anos (Veja, 14 de fevereiro de 1996). As estatísticas apontam ainda as principais causas dessa tragédia: as irregularidades freqüentes e a falta de fiscalização e punição.

55.1. Legislação Deficiente

Lamentavelmente, a nossa legislação no campo automobilístico é a mais deficiente possível. Começa por não serem cumpridas pelos fabricantes de automóveis as normas que estabelecem dispositivos de segurança nos veículos. Tanto é assim que, segundo reportagens jornalísticas, nos veículos que exportamos são observados mais de trinta itens relacionados com a segurança, coisa que não é feita com relação veículos para uso interno. É que os países importadores fazem questão de cumprir a lei.

O nosso Código Nacional de Trânsito estava completamente obsoleto, ultrapassado pela realidade, aguardando uma nova legislação, cujo projeto transitou pelo Congresso Nacional por quase uma década. Aprovado e sancionado recentemente, entrou em vigor no início de 1998, fazendo renascer no espírito dos brasileiros a esperança de que haverá de produzir efeitos positivos, revertendo o caos agora existente.

O problema, por sua complexidade, exige exame profundo a fim de serem tomadas providências eficazes e não apenas paliativas. Sem querermos ser donos da verdade, entendemos ser necessária, primeiramente, uma ser

ie de medidas preventivas: maior rigor nos exames para motoristas (hoje, mais do que nunca, fala-se em comprar a carteira); cumprimento das normas que estabelecem requisitos de segurança quando da fabricação dos veículos; maior rigor e seriedade na fiscalização trânsito nas ruas e estradas. No plano penal, somos adeptos de leis mais severas, tipificando como crimes, não simples contravenções, certas ações como direção perigosa, dirigir embriagado, com penas adequadas entre as quais a perda da carteira.

No campo processual, algo foi feito pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº9.099, de 26.09.1995), que entrou em vigor no final de 1995. Essa lei, se houver a estrutura de pessoal e material para a sua boa execução permitirá o rápido julgamento dos delitos de trânsito, antes que conseqüências sociais do crime sejam atingidas pela prescrição, como ocorria anteriormente.

56. CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO (“WHITE COLLAR CRIME”)

Trata-se de uma categoria não convencional de crimes e criminosos. Ela se distingue da criminalidade convencional pelo fato de integrada por pessoas de alta classe e respeitabilidade, detentoras poder político ou econômico, que, por isso mesmo, encontram-se acima da lei.

Entre nós, como bem assentou o saudoso Professor Heleno Fragoso (relatório apresentado na Reunião da Comissão Internacional de Juristas da ONU), o Direito Penal tem sido um amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horribéis e constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, que dela se livram com facilidade pela corrupção e pelo tráfico de influências, tornando puramente ilusória a igualdade proclamada nos documentos políticos.

O Centro Internacional de Criminologia Comparada da Universidade de Montreal, segundo o mesmo Professor Fragoso, em conjunto com o Instituto de Criminologia da Universidade del Zulia, em Maracaibo (Venezuela), e outras

instituições de pesquisa do continente americano, entre as quais o Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, realizam extenso projeto de pesquisa sobre a criminalidade de colarinho branco na América Latina. Em razão dessas pesquisas, pode-se destacar que os fatos que constituem tal criminalidade apresentam as seguintes características:

- a) os autores pertencem, como já se disse, às elites dirigentes (econômica, financeira ou política) da formação social;
- b) o fato anti-social é praticado no exercício da atividade;
- c) o dano causado pela ação é extenso e considerável, atingindo em regra a coletividade, ou o patrimônio de indeterminado número de pessoas. Pela extensão dos resultados, tais crimes são muito mais graves do que o furto e o roubo que punimos com tanta severidade, visto que, além de atingirem a coletividade, são capazes de abalar a própria estrutura econômica ou política do país. Mas o pior de tudo é que ficam impunes os seus autores, nada lhes acontecendo.

Não sendo possível a enumeração exaustiva das ações anti-sociais que caracterizam os crimes de colarinho branco, podemos todavia destacar os fatos que acarretam:

- a) danos contra a vida e a saúde da coletividade;
- b) danos contra o patrimônio da coletividade;
- c) danos contra o patrimônio estatal da coletividade.

Os fatos anti-sociais que acarretam danos à vida ou à saúde da coletividade, segundo o Professor Fragoso, podem ser aqui colocados:

- a) abusos praticados em relação à força de trabalho;
- b) exploração predatória dos recursos naturais;
- c) produção industrial imprópria ou defeituosa.

Em relação à força de trabalho, podemos considerar:

- 1) a redução do trabalhador à condição subumana pelos salários incapazes de repor as energias consumidas no trabalho, inclusive através da exploração de trabalhadores rurais (bóias-frias) empregados na lavoura na época das colheitas;
- 2) exaurimento físico e mental do trabalhador, pela imposição de ritmos excessivos de trabalho e tarefas monótonas e embrutecedoras (produzindo doenças ou lesões ocupacionais);
- 3) condições de insegurança ou de fadiga excessiva, causando mortes e acidentes.

A exploração predatória dos recursos naturais apresenta-se através da destruição do ambiente vital produzido pelo trabalho milenar da natureza, seja pela exploração desordenada, seja pela poluição. A exploração desordenada conduz à destruição do ambiente vital (exaustão e erosão do solo, e desflorestamento sistemático, criando desertos e provocando secas), inclusive com o emprego de produtos químicos, que eliminam insetos e microorganismos necessários ao equilíbrio ecológico e intoxicam o consumidor. A poluição, em qualquer de seus aspectos, constitui débito social ilegítimo do processo industrial, e não o preço do progresso, como propõe a ideologia dominante.

A produção industrial imprópria ou defeituosa atinge a vida ou a saúde da coletividade, não só no que tange aos produtos alimentícios ou medicinais, como através de outros produtos (e.g., projetos da indústria automobilística que desatendem, por imposições do mercado, a exigência da segurança); medicamentos prejudiciais ao organismo; produtos alimentícios de primeira necessidade, como o pão, contendo elementos químicos altamente nocivos à saúde etc., consoante constantes denúncias feitas ultimamente pela imprensa.

Danos ao patrimônio da coletividade apresentam-se através de métodos irregulares e fraudulentos de enriquecimento. Temos aqui a administração ruinosa de determinadas empresas, em especial as ligadas ao mercado financeiro, produzindo quebras que afetam amplos segmentos da coletividade de investidores (além de outros setores das classes dominantes), ou alternativamente, como acontece no Brasil, provocando injeções maciças de dinheiros públicos (créditos e financiamentos) ou encampações oficiais, com efeitos negativos idênticos.

Temos ainda toda a sorte de fraudes e manipulações no mercado de ações, bem como a propaganda fraudulenta que causa dano ao patrimônio de indeterminado número de consumidores, lesados também frequentemente no peso e quantidade de mercadorias comercializadas.

Finalmente, as manobras mais variadas que visam proporcionar a alta de preços de gêneros ou bens de consumo essenciais. O estouro de vários bancos de alguns anos para cá, alguns deles dirigidos por altas personalidades de nosso cenário político e econômico, causando bilhões de prejuízo aos cofres públicos e particulares, bem ilustra este ponto.

Danos ao patrimônio estatal da coletividade podemos identificar na evasão de impostos, que se pratica através de balanços fictícios e subfaturamento, produzindo lesão incomparavelmente maior do que a representada pela criminalidade contra o patrimônio convencional.

Igualmente a corrupção administrativa de alto nível, ligada à concessão de favores ou privilégios especiais, lesivos por vezes aos interesses vitais e estratégicos da coletividade, ou da própria integridade nacional. A corrupção surge também na celebração de contratos públicos, viciando concorrências e superfaturando os preços. É certo que algumas práticas são diretamente lesivas a outros grupos dominantes, mas seus efeitos atingem a coletividade também.

Poder-se-ia também mencionar aqui a ação predatória da economia nacional praticada através de empresas transnacionais, que abusam do poder econômico, eliminando a concorrência de grupos nacionais e fazendo com que seja entregue a estrangeiros o controle de áreas essenciais da economia da nação.

Basta lembrar, para ilustrar esse ponto, que os maiores salários do país são pagos pelas empresas estatais (companhias públicas ou de economia mista), ainda que quase todas apresentem déficit operacional e sejam as responsáveis por grande parte da nossa dívida externa.

56.1. A Macrodelinquência

Essa expressão é modernamente utilizada para indicar o crime organizado, envolvendo a prática de ilícitos sofisticados em que a vítima é a coletividade (os danos são difusos). De difícil detecção, esses delitos são praticados com o emprego da moderna tecnologia e decorrem basicamente, do uso abusivo de instrumentos da economia, como, por exemplo, fraude no mercado acionário e de câmbio, falsificação de moeda e títulos da dívida pública, obtidos ilicitamente, fraudes com transferências bancárias. Tem alguns pontos em comum com a criminalidade do colarinho branco, podendo ser identificada pelas seguintes características: a) abuso de poder econômico político, valendo-se com constância do uso indevido de informações privilegiadas a título de consultoria; b) requer alta especialização profissional e completo domínio operacional dos meios tecnológicos para a sua execução; c) reveste-se de uma aparência de legalidade absoluta pois costuma apoiar-se em atividades legais que lhe dão cobertura tática para os negócios ilícitos; d) condutas criminosas transnacionais; e) mutabilidade na forma de operar-se, mutabilidade na forma de operar-se, em constante consonância com as mudanças dos mecanismos econômicos e para dificultar a identificação das operações ilícitas; impunidade dos autores, por um lado em razão da sofisticação dos meios usados aliada a estrutura e, por outro, pela falta de leis penais adequadas.

A transnacionalização é uma das maiores dificuldades no combate à macrocriminalidade. Os criminosos utilizam países de acordo com o seus interesses e as facilidades que neles encontram, pois o Direito penal e a atuação da polícia são limitados pelo princípio da territorialidade da soberania dos Estados. Estão entre os países preferidos os chamados paraísos fiscais, onde o dinheiro ilícito entra e sai com facilidade. Outra dificuldade no combate da macrocriminalidade resulta do fato de conseguirem os criminosos adaptar-se rapidamente às constantes mudanças da economia, o que não acontece com o legislador e as leis. Quando o legislador vai trabalhar em cima da realidade econômica, ela já não mais se encontra no patamar que se pretendia regulamentar. Para elaborar leis eficazes nesta área da criminalidade, o legislador teria que ter profundo conhecimento da realidade econômica e estar permanentemente atento para prever as possíveis mutações de seus mecanismos. Enquanto isso não acontecer, o combate ficará circunscrito aos sintomas, sem nunca chegar-se às causas.

A estrutura política e econômica existente está de tal forma montada que oculta e protege essa criminalidade dourada, de modo que pouco ainda sabemos a seu respeito. Impõe-se assim a recomendação de ampla pesquisa, devendo ser utilizadas as técnicas de pesquisa sociológica aperfeiçoadas pela experiência, inclusive o estudo de casos.

Quanto às medidas a serem adotadas, deverão abranger desde a completa reforma da estrutura política e econômica do país, com o estabelecimento de uma ordem social mais justa e democrática, até a reafirmação da legislação penal, onde as ações examinadas deveriam ser tipificadas como crimes sujeitos a graves penas.

De uma coisa entretanto devemos nos conscientizar: enquanto tivermos crimes e criminosos acima da lei, de nada adiantará a repressão à criminalidade convencional. É a macrocriminalidade que provoca desníveis sociais crises econômicas, aumentos incontroláveis de preços, elevação da inflação, condições de vida subumanas, causas principais, por sua vez, da criminalidade comum.

É verdade que já temos uma legislação que pune os crimes econômicos — Lei nº 7.492, de 16.06.1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lei nº 8.137, de 27.12.1990, que define os crimes contra a Ordem Tributária Econômica e as Relações de Consumo —, mas, lamentavelmente, essas leis não têm alcançado os objetivos desejados, não só pelas penas extremamente brandas nelas previstas, como também pela imprecisão dos seus tipos. Omissos, que permitem várias interpretações, criam confusão e concorrem para a impunidade. Ademais, a nossa polícia não está aparelhada e nem especializada para investigar tal tipo de criminalidade.

Em entrevista concedida à Revista Veja, em novembro de 1995, o Delegado Hélio Tavares Luz, então Chefe da Polícia Civil do Rio de Janeiro, indagado sobre qual o crime que dará mais trabalho para a polícia brasileira, respondeu:

“LUZ — O crime do colarinho-branco, a sonegação fiscal, lavagem de dinheiro. Quando quiserem combater esse tipo de crime não haverá mais condições. Crime, por definição, é o que ofende aquilo que a norma jurídica quer proteger.

No caso dos crimes do colarinho branco, viola-se a norma que protege a sociedade como um todo, que resguarda o bem comum, que é a arrecadação do Estado. É um problema grave por esse ângulo e, também, pelo fato de serem crimes fora do alcance da polícia.

VEJA — Como assim?

LUZ — A polícia tem um problema de formação. Não tem conhecimento básico para combater os crimes do colarinho-branco. Um policial não está suficientemente aparelhado para entrar nos meandros de um crime cometido na especulação na bolsa de valores. Não conseguimos, portanto, alcançar essa turma. Além disso, há o fato de que, para a sociedade, os engravatados não são considerados marginais. Estourar um ponto do jogo do bicho, perseguir um integrante do Comando Vermelho, prender o Miltinho do Dendê são ações que não causam nenhum tipo de problema. Mas, na hora de entrar nos escritórios refrigerados do 18º andar da Avenida Rio Branco ou num gabinete atapetado na Avenida Paulista, a coisa complica”.

57. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Inúmeros outros fatos, merecedores de melhor disciplina penal, poderiam ser mencionados. Há no Código Penal, como já foi assinalado, vários artigos que, por não mais serem aplicados, deveriam ser dele excluídos. Assim, por exemplo, o crime de perigo de contágio venéreo, previsto no art. 130, a casa de prostituição na modalidade de manter lugar para fins de encontros libidinosos — motéis, art. 229; ultraje público ao pudor na modalidade prevista no art. 234 — escrito, objeto ou espetáculo obsceno; o adultério, previsto no art. 240.

Por outro lado, há artigos cuja permanência no Código é discutível por várias razões sociais, como a sedução (art. 217) e o aborto (art. 124). Este último já se encontra legalizado em vários países. Entre nós, embora tipificado como crime, trata-se de uma norma amplamente transgredida, todos sabem disso, existindo até mesmo clínicas especializadas em aborto.

Existem ainda outras questões que estão a exigir estudo aprofundado e urgente definição do legislador: a maconha deve ser descriminada? Como explicar o seu uso nas praias? A proibição do jogo do bicho, que tantos efeitos negativos produz, deve persistir? Até quando vamos manter os nossos presídios como escolas de marginais e de revoltados? Para fazer da pena um instrumento de reeducação e prevenção social é necessária uma radical reforma penitenciária.

Assinale-se por último que novos fatos sociais necessitam ser tipificados como crimes, como a violação da intimidade com instrumentos e aparelhos eletrônicos. É inadmissível que alguém fotografe uma pessoa famosa em sua intimidade e venda impunemente essa fotografia à imprensa para obter ganho fácil. A escuta telefônica, por seu turno, vulgarmente chamada de grampo, chegou até o Palácio do Planalto, tal a ousadia dos seus praticantes, escudados na impunidade.

58. DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO

Os efeitos sociais das leis que disciplinam o regime das finanças públicas e privadas, bem como das leis tributárias em geral, principalmente as repercussões que provocam na opinião pública, observa F. A. de Miranda Rosa (Sociologia do Direito, pp. 118-119), são algumas das questões a merecer pesquisa acurada da Sociologia Jurídica.

Por razões que precisam ser estudadas, há uma grande distância entre a eficácia teórica e a real das leis fiscais em geral. Embora todos estejam de acordo quanto à necessidade de pagar tributos como forma de custear os serviços públicos — estradas, transportes, saúde, educação, há uma resistência permanente por parte dos contribuintes quanto a pagar efetivamente os tributos exigidos pelos órgãos legiferantes, procurando os mais variados meios para fugir ao seu império.

Tomemos para exemplo o caso do imposto de renda. Em tese, nada há mais justo que cada um contribuir para as necessidades públicas proporcionalmente às suas rendas. No entanto, em todos os países em que foi instituído não há exemplo de aceitação mansa, ou de aplicação fácil desse tributo. Chegou-se mesmo a formar a idéia de que constitui virtude, ou pelo menos habilidade, esperteza, sonegar o imposto de renda. Frequentemente, em reuniões sociais, pessoas respeitáveis vangloriam-se de terem conseguido burlar o imposto de renda em vultosas quantias. Jamais confessariam que subtraíram um níquel de quem quer seja... isso seria tremendamente desonroso, mas quanto aos tributos é algo perfeitamente tolerável pelos costumes e até enaltecendor.

Esse descompasso, como já se disse, entre a eficácia pretendida com relação às leis tributárias e sua aplicação real, constitui fato importante a reclamar maior atenção dos sociólogos, dos economistas, dos juristas e das autoridades em geral. Sem dúvida, as leis fiscais seriam recebidas de forma mais pacífica pela sociedade e os resultados seriam muito

mais satisfatórios, isto é, arrecadar-se-ia mais com menos esforço se as causas da resistência pudessem ser levantadas e eliminadas.

Provavelmente, uma das causas da resistência ao pagamento do imposto de renda decorra da injustiça dos critérios utilizados em sua fixação. De todos é sabido, por exemplo, que em nosso País a maior incidência do imposto de renda ocorre sobre os assalariados, cujo tributo é descontado em folha de pagamento, deixando quase à vontade os profissionais liberais, comerciantes, industriais etc. Chega-se por isso ao absurdo de um assalariado, de rendimento médio, pagar mais imposto de renda que um comerciante ou industrial bem-sucedido. Outra causa pode ser a falta de confiança do público em geral na fiel aplicação dos tributos às finalidades a que se destinam. Neste caso, caberia à autoridade competente esclarecer a opinião pública quanto ao que foi feito com o dinheiro público — obras, assistência etc. — e assim ganhar a confiança pública. Pode acontecer também de não estar o público suficientemente esclarecido quanto às finalidades dos tributos, o que visam realizar. O esclarecimento da opinião pública a esse respeito, através de publicidade bem elaborada, ajudaria a quebrar a resistência e a angariar confiança. Vimos isto no Rio de Janeiro quando do lançamento da taxa do lixo pela Prefeitura Municipal: houve uma grita geral, em nosso entender por falta de esclarecimento da opinião pública quanto ao que estava sendo feito, como e por quê.

59. DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho oferece igualmente campo fértil à investigação sociológica porque trata-se de um novo ramo do direito onde, mais do que em qualquer outro, faz-se notório o condicionamento direto que a realidade social exerce sobre a ordem jurídica. Seu desenvolvimento tem sido rápido em virtude das constantes pressões exercidas pelos fatos sociais sobre as forças e grupos detentores do controle da economia. Por essa mesma razão a legislação trabalhista, ainda que nova, tem sido alterada com frequência.

Tão notório é o condicionamento social sobre as leis trabalhistas, que podemos afirmar com segurança que todas as conquistas dos trabalhadores nesse ramo do direito, como férias de trinta dias, gratificação natalina, reajustes salariais, aposentadoria, decorreram das pressões feitas pelos órgãos de classe, acatadas, muito a contragosto, pelos patrões. Foram concessões feitas, passo a passo, sempre na menor medida possível, aos impulsos sociais das novas reivindicações de massa.

59.1. Interferência das Forças Sindicais no Processo de Formação do Direito do Trabalho

Segundo o Prof. Miranda Rosa (ob. cit., p. 117), a influência sindical no processo de formação do Direito Trabalhista apresenta três facetas distintas, a saber:

- a) ação sobre os órgãos legislativos e executivos, visando à edição de normas jurídicas convenientes aos interesses dos seus associados;
- b) ação sobre o Judiciário, procurando obter decisões da justiça favoráveis, capazes de condicionar um entendimento uniforme no sentido desejado;
- c) ação sobre a opinião pública, tendente a criar ambiente social mais amplo, simpático às posições assumidas pelos grupos de trabalhadores vinculados a tais organizações sindicais.

De acordo com o mesmo autor (ob. cit., p. 116), em alguns países essa influência é exercida direta e ostensivamente sobre os órgãos produtores do direito, às vezes até mesmo com certo exibicionismo para evidenciar a eficiência das organizações classistas e sindicais na defesa dos interesses de seus associados. Em outros, é mais discreta a intenção dos sindicatos na formulação das normas jurídicas do trabalho, pelas características próprias do movimento sindical, seja pelas reações que a organização política lhes impõe. Em qualquer das hipóteses porém, a influência que exercem os órgãos de classe é inegável, impressionante e inevitável. Exemplo disto tivemos na década de 80 na Polônia despeito do regime político duro e austero lá existente. O líder sindical chegou à Presidência daquele País.

O Brasil, que durante muitos anos esteve entre os países do segundo grupo, depois da abertura política vem se colocando no primeiro, conforme foi possível constatar através dos movimentos grevistas no ABC Paulista. Um líder sindical quase chegou à Presidência do País e outro, Vicentinho, Presidente da CUT, está na crista da onda neste momento em que se discute a reforma previdenciária.

Até onde essa influência é útil, necessária, válida e legítima, questão a ser examinada através de investigação profunda da realidade social determinante.

O que foi dito nesta parte serve para demonstrar o que poderia e deveria ser feito em todos os ramos do direito, com relação a determinadas realidades sociais por ele ainda não adequadamente disciplinadas

59.2. DIREITO DO CONSUMIDOR

Não estaria completo este capítulo sem uma referência, ainda que rápida, às profundas transformações introduzidas nas relações de consumo pelo Código de Defesa do Consumidor. Essa lei, para cumprir a sua vocação constitucional — promover a defesa do consumidor (art. 5 inciso XXXIII da Constituição Federal) —, estabeleceu uma política nacional de consumo, uma disciplina jurídica única e uniforme para tutelar todos os direitos materiais e morais dos consumidores.

Para termos uma idéia do campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor — CDC — basta que se diga que somos hoje 160 milhões de consumidores no Brasil, gerando diariamente outros tantos milhões de relações em todas as áreas do mercado de consumo: saúde, vestuário, alimentação, transportes, segurança, produtos, serviços etc.

Entre as inúmeras inovações trazidas pelo CDC, merecem destaque aquelas que procuram proteger o consumidor nos pontos em que é mais vulnerável: a sua integridade físico-psíquica e a sua integridade econômica. Para atingir a sua finalidade no que diz respeito ao primeiro ponto, o CDC estabeleceu responsabilidade objetiva para o fornecedor de produtos ou serviços; no que tange ao segundo ponto, o Código adotou a concepção social do contrato.

59.2.1. A responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços

Até o Código do Consumidor os riscos do consumo corriam por conta do consumidor. Entendia-se que o fornecedor de produtos ou serviços limitava-se a fazer a chamada “oferta inocente”, sendo tributados aos riscos do ato de consumir todos os acidentes de consumo. Falava-se, até, na aventura do consumo para indicar a situação daquele que se aventurava a consumir produto ou serviço. O CDC, atendendo antiga exigência social, deu uma guinada de cento e oitenta graus ao transferir os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor, colocando-se, nesse e em outros pontos, entre as melhores e mais avançadas legislações do mundo.

Hoje a responsabilidade do fornecedor é objetiva, vale dizer, responde pelos danos que causar ao consumidor independentemente de culpa, consoante arts. 12 e 14 do CDC.

Funda-se a responsabilidade do fornecedor na teoria do risco do empreendimento (ou empresarial), que pode ser assim resumida: todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou serviços.

59.2.2. A concepção social do contrato no código do consumidor

Na sua visão clássica ou tradicional, o elemento nuclear do contrato é a autonomia da vontade. Uma vez manifestada, a vontade cria um vínculo entre os contratantes do qual nascem direitos e obrigações. Tão forte é esse vínculo que se costuma dizer que o contrato é lei entre partes.

A liberdade de contratar é o reflexo da filosofia do Estado Liberal que exigia uma separação quase absoluta entre o Estado e a sociedade, reconhecendo perfeita igualdade e absoluta liberdade entre as pessoas. O indivíduo estaria, assim, livre para contratar ou não contratar, para definir o conteúdo do contrato e ainda para escolher o parceiro contratual.

O progresso industrial, científico e tecnológico veio demonstrar que o dogma da liberdade contratual não passava de uma ficção. Em face do desequilíbrio econômico das partes — um forte, poderoso, e o ou um fraco, sem oportunidade de escolha — a liberdade de um importava em opressão do outro, já que não há igualdade real entre os homens na sociedade. Nas últimas décadas tomou-se necessário substituir a concepção clássica do contrato por uma concepção social, o que só veio ocorrer, de forma expressiva, no Código do Consumidor.

Por essa nova concepção, a autonomia da vontade deixa de ser elemento nuclear do contrato, passando a ser substituída pelo interesse social. A eficácia jurídica do contrato não mais depende apenas da manifestação de vontade mas também, e principalmente, dos seus efeitos sociais e das condições econômicas e sociais das partes que dele participam. O Estado passa a intervir na formação dos contratos de consumo não só controlando preços, mas também vedando certas cláusulas impondo o conteúdo de outras, chegando ao ponto de obrigar a contratar em determinados casos. A autonomia da vontade só existe nas condições permitidas pela lei que, na concepção social do contrato, não tem mais mero papel interpretativo ou supletivo, mas cogente; protege determinados interesses sociais e serve de instrumento limitador da autonomia da vontade.

Como exemplo dessa nova postura da lei em face do contrato de consumo, devem ser lembrados os Capítulos V e VI do CDC que vedam a publicidade enganosa e abusiva (arts. 30-38), proíbem as práticas comerciais abusivas (art. 39) e consideram nulas de pleno direito as cláusulas abusivas (arts. 5 1-53).

Concluindo, pode-se afirmar que o Código do Consumidor é a mais revolucionária lei do nosso século, fruto de um consciente e bem sucedido esforço do legislador para adequar a nossa legislação à realidade social no que diz respeito às relações de consumo. Tem sido proclamado que ele representa uma verdadeira mudança na ação protetora do Direito

Civil Brasileiro, pois de uma visão liberal e individualista, passamos a uma visão social, que valoriza as legítimas expectativas das pessoas nas relações de consumo.