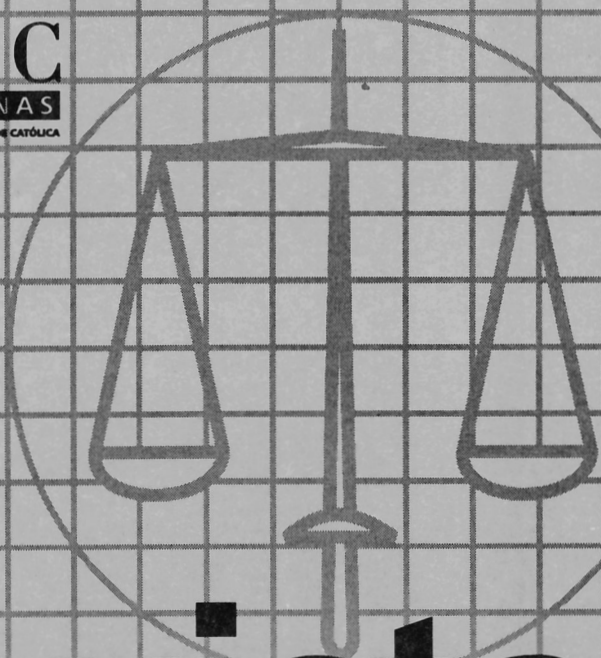




PUC
CAMPINAS
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA



Revista Jurídica

Vol. 16 - Nº 2 - 2000

FACULDADE DE DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR

Pe. José Benedito de Almeida David

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Prof. José Francisco B. Veiga Silva

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS

Prof. Carlos de Aquino Pereira

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Luís Arlindo Feriani

REVISTA JURÍDICA

Periodicidade Semestral

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Régis de Morais

Profa. Constança Marcondes César

Renan Severo Teixeira da Cunha

Heitor Regina

Jamil Miguel

Yara Maria B. de C. F. Chaves Pinto

Editora responsável - Vera de Arruda Roza Cury

Jorge Luiz de Almeida

Ana Maria Melo Negrão - Revisora

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tels. 3735-5899 ou 3735-5833

CEP 13020-904 ou Caixa Postal 317 - CEP 13012-970 - Campinas, SP

Revista Jurídica

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica	Campinas	v. 16	Nº 2	p. 1-128	2000
------------------	----------	-------	------	----------	------

SUMÁRIO

ARTIGOS

Os Poderes e as Leis J.F. Regis de Moraes	5
O pensamento político dos Helenos - uma opinião acerca de sua natureza Eduardo Mansano Bauman	29
Ação popular e legitimidade ativa do ministério público Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas	40
Roubo com arma de brinquedo Carlos Henrique Maciel	55
A crise do direito processual brasileiro Alexandre Nemer Elias	67
O princípio contraditório como sinônimo de diálogo judicial Maria Critina Campos Martins de Freitas	77
A metafísica conjectural de Miguel Reale Constança Marcondes Cesar	90
A internacional: memória, história, historicismo e historicidade Anna Gicelle García Alaniz e Eduardo Ramos Dezena	97
Razão hermenêutica: fenomenologia, hermenêutica e psicanálise Marcos José Alves Lisboa	108
Resenhas	121

ARTIGO

OS PODERES E AS LEIS

J.F. Regis de MORAIS*

Houve Direito antes que houvesse leis e, assim, sempre será um equívoco a redução do primeiro às segundas, ainda que as idades moderna e contemporânea tenham sido pródigas em autores de grande expressão e não menores recursos persuasivos que incorreram no reducionismo problemático que ora apontamos. Hoje, mais do que no passado, podemos concordar com o jurista e filósofo austriaco (naturalizado inglês) Friedrich August Von Hayek, quando este observa que:

*“A legislação – a criação intencional de leis – foi com justiça considerada, entre todas as invenções do homem, aquela plena das mais graves conseqüências, tendo seus efeitos alcance maior que os do fogo e da pólvora. Ao contrário do próprio Direito, que jamais foi ‘inventado’ no mesmo sentido, a legislação é um **invento** relativamente recente na história da humanidade. Ela proporcionou aos homens um instrumento extremamente poderoso, de que necessitavam para realizar algum bem, mas que ainda não aprenderam a controlar de tal modo que não gere grande mal”. (s/d, p. 81)*

^(*) Doutor e Livre Docente. Professor Titular aposentado da Unicamp, Professor Titular da PUC-Campinas e Professor Convidado do CREUPI – Pinhal.

Pois neste ensaio o que desejamos é, na linha de uma sociologia do Direito brasileiro, refletir sobre as relações de nossas classes sociais com a normatividade jurídica, tanto no que respeita à gênese das leis quanto às suas formas de aplicação numa sociedade como a nossa, que rapidamente se complexificou. E nosso interesse nasce da constatação de que, mesmo entre profissionais da área jurídica, podemos encontrar uma certa noção ingênua segundo a qual as leis são realidades perfeitas que desceram de um céu de princípios justos, devendo, por conseguinte, ser aplicadas sem quaisquer preocupações críticas quanto ao seu teor.

Aplicar as leis é, de fato, uma obrigação que não dispensa as consciências mais argutas de, no entanto, exercer sua criticidade sobre as mesmas leis, no sentido de avaliarem em que medida a normatividade jurídica atende mesmo às urgências socioculturais. Aliás, esta é uma abordagem que não poderia pretender ser nova, de um ponto de vista cronológico, pois Eugen Ehrlich já em 1913 a fazia; o que perseguimos, todavia, não são as fulgurâncias da originalidade, mas a insistência em um óbvio descumprido, no mais das vezes pelas resistências de determinados interesses de classes.

Idéias novas existiram, como se vê, há muito tempo; o que nos tem faltado são atitudes e procedimentos novos. Como temos sublinhado em outros escritos, o ruir de uma ditadura não estabelece espontânea e automaticamente uma democracia; sabe-se que implodir é fácil e rápido, mas construir de novo implica muito empenho e leva tempo. Se neste nosso Brasil queremos ir delineando uma vocação democrática, discussões como a que centraliza o presente artigo têm que ser pacientemente retomadas; e as mentes reflexivas não podem recuar ante os sorrisos sardônicos dos que usam como escudo de resistência algumas frases de efeito como: “Lá vêm eles com esse velho e surrado tema, que é já um truísmo”. No meio humano os assuntos ficam, às vezes, velhos e surrados como exercício intelectual, logrando permanecerem virgens, em termos de nunca serem existencializados.

1. ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL E RELAÇÕES DE PODER

Neste ano de 2000 estamos celebrando os 500 anos de vida do nosso Brasil. Muitas coisas podemos e devemos comemorar, como uma confluência étnica feliz que vem resultando em um povo de coração magnânimo e dotado de imbatível capacidade de fruir as pequenas e grandes dádivas do cotidiano; como também uma extraordinária riqueza artística a revelar-se desde o chamado “Barroco Mineiro” até às expressões mais refinadas de nossa melhor música popular, bem como a afirmar-se como um dos maiores celeiros de grandes atores (TV, teatro e cinema) do mundo; ainda oferecendo seguidos talentos nas artes plásticas, como Di Cavalcanti, Portinari, Tarsila do Amaral, Anita Malfatti e, mais recentemente, Manabu Mabe, Aldemir Martins e muitos outros.

Podemos e devemos brindar ao nosso país que, em razão de um processo colonizador difícil, diferentemente do Peru e do México que tiveram Universidades no século XVI, só viveu propriamente a experiência universitária a partir da década de 20 deste século XX e, no entanto, tem boas Universidades e logrou – em poucas décadas – produzir figuras acadêmicas que se impõem mundo afora. Comemoremos o fato de que, com recursos parcos, este nosso povo tem realizado muito.

Mas, neste aniversário de 500 anos, há realidades nada celebráveis; circunstâncias que precisamos constatar com funda melancolia. Afinal, desde a primeira colonização até hoje, cumprimos 500 anos de submissão, nos quais não pudemos pronunciar nossa mais autêntica palavra na História, reduzindo-nos aos monossílabos dos oprimidos, como costumava dizer Paulo Freire. Nossas desigualdades sociais bradam contra os céus, como já na década de 60 lamentava, na *Encíclica Popularum Progressio*, o Papa Paulo VI; ocorre que, quase 40 anos após a referida Encíclica, 2% dos brasileiros detêm 60% da riqueza nacional e espanta o contingente

cada vez maior de marginalizados sociais que não podem divisar quaisquer perspectivas humanizantes no horizonte.

O antropólogo professor Darcy, Ribeiro oferece-nos ótimos estudos sobre a estratificação de classes no Brasil e as relações de poder. Principalmente em obras como *Os brasileiros: teoria do Brasil*, do final da década de 70, e *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, de 1995, o cientista social aqui considerado apresenta-nos quadro muito lúcido e completo das relações de classe em nosso país.

Na última obra supra-citada, D. Ribeiro inicia importante capítulo escrevendo:

*“Nossa tipologia das classes sociais vê na cúpula dois corpos conflitantes, mas mutuamente complementares. O **patronato de empresários**, cujo poder vem da riqueza através da exploração econômica; e o **patriciado**, cujo mando decorre do desempenho de cargos, tal como o general, o deputado, o bispo, o líder sindical e tantíssimos outros. Naturalmente, cada patricio enriquecido quer ser patrão e cada patrão aspira às glórias de um mandato que lhe dê, além de riqueza, o poder de determinar o destino alheio”* (1997, 8ª ed.: 208).

Entre tais corpos conflitantes mas mutuamente complementares, Ribeiro aponta ter-se instalado nas últimas décadas um estamento gerencial das empresas estrangeiras, capaz de empregar os técnicos e tecnoburocratas mais competentes pagos com régios salários, ao mesmo tempo em que, controlando a mídia e governando assim a opinião pública, “elege parlamentares e governantes”, mandando com desabrido atrevimento na vida nacional (*Ibid.*, 208).

Eis portanto a cúpula das classes formada por: um *patronato* (oligárquico e senhorial ou moderno e empresarial), um *estamento gerencial estrangeiro* e um *patriciado* (estatal ou

civil propriamente). Observe-se que Ribeiro não denomina os grupos gerenciais estrangeiros de “classe”, mas denomina-o “estamento”, chamando nossa atenção para o fato de que, diferentemente das classes, nos estamentos não há mobilidade social (ascensão ou descensão): sua condição é sólida e fixa.

Abaixo da estudada cúpula, situam-se as classes intermediárias, compostas de profissionais liberais, professores, funcionários, pequenos oficiais, baixo-clero e assemelhados. “Todos eles propensos a prestar homenagem às classes dominantes, procurando tirar disso alguma vantagem” (*Ibid.*, 209). Classes em larga medida subservientes, aí estando talvez a principal razão pela qual se tem dito ser, a classe média, a prostituta da História; mas, paradoxalmente, classes das quais emergiram grandes rebeldes e subversivos da “ordem”.

O antropólogo anota:

“Seguem-se as classes subalternas, formadas por um bolsão da aristocracia operária, que têm empregos estáveis, sobretudo os trabalhadores especializados, e por outro bolsão que é formado por pequenos proprietários, arrendatários, gerentes de grandes propriedades rurais, etc.” (*Ibid.*, 209).

Como se vê, este estrato social abriga um operariado que vive o mérito e o privilégio de ser mão-de-obra qualificada, o que lhe dá maior estabilidade no emprego. Como também pequenos comerciantes, arrendatários e capatazes. Trata-se de gente normalmente muito trabalhadora e que apresenta, de um lado, um operariado engajado politicamente com sindicatos fortes, mas de outro lado, um contingente de trabalhadores que procuram não se envolver em questões políticas e movimentos reivindicatórios, atribuindo-se plenos ares de neutralidade.

Abaixo deste último, encontra-se o estrato mais amplo e populoso: o das classes oprimidas e marginais, compostas de trabalhadores estacionais, empregados domésticos e

subempregados, recoletores e volantes, biscateiros, delinqüentes e prostitutas, mendigos em profusão. Com o surgimento da droga barata mas letal conhecida como *crack*, os filhos deste estrato têm apresentado um violento quadro de autodestruição por absoluta falta de horizontes.

Excetuando-se apenas as classes que ocupam a cúpula do quadro de estratificação, torna-se cada vez mais difícil para as demais classes viverem em um país que é considerado o 8º PIB do mundo (8ª economia do planeta) e que, no entanto, vem-se classificando em 57º lugar em termos de qualidade social de vida.

Fica claro à observação simples de nossa sociedade que, quanto mais se desce na estratificação estudada por Darcy Ribeiro, o acesso à justiça vai-se tornando mais e mais difícil, até que se torna impossível de vez. Assim, de um ponto de vista prático, de pouco valerá dizer-se que “todos são iguais perante a lei”, pois o acesso de uns e o não-acesso de muitos outros estabelece, por si mesmo, enorme fosso de desigualdade.

O cientista social que aqui estamos estudando, arremata seu esquema das classes observando:

“Essa estrutura de classes engloba e organiza todo o povo, operando como um sistema autoperpetuante da ordem social vigente. Seu comando natural são as classes dominantes. Seus setores mais dinâmicos são as classes intermediárias. Seu núcleo mais combativo, as classes subalternas. E seu componente majoritário são as classes oprimidas, só capazes de explosões catárticas ou de expressão indireta de sua revolta. Geralmente estão resignadas com seu destino, apesar da miserabilidade em que vivem, e por sua incapacidade de organizar-se e enfrentar os donos do poder” (Ibid., 209).

Sem esta breve análise de nossa estratificação social, as abordagens quanto à legislação que intentamos fazer ficariam descontextualizadas.

2. PODERES DE DIREITO E DE FATO – IMPLICAÇÕES

As dinâmicas sociais se têm cumprido em meio a uma complexa trama na qual encontramos poderes explícitos e oficiais em uma convivência às vezes difícil com poderes implícitos e extra-oficiais. Ninguém que tenha um mínimo de acuidade na sua capacidade de observação política deixa de constatar a clandestinidade desequilibrante e corrosiva dos poderes silenciosos, os quais não são estabelecidos por direito mas existem de fato.

Muito antes de Montesquieu (século XVIII), florescera a idéia da necessidade de divisão dos poderes políticos, pois a encontramos já na *Política*, de Aristóteles, depois em Marsílio de Pádua, Hugo Grotius, Wolf, Puffendorf, Bodin, Swift e John Locke, por exemplo, sendo que este último sabe-se ter sido a grande fonte inspiradora de Charles Secondat, Barão de Montesquieu (Bonavides, 1976, 4ª ed.: 148). No entanto, sem nenhuma dúvida foi Montesquieu que, especialmente em sua obra clássica intitulada *Do espírito das leis*, mais completa e convincentemente defendeu a tese da divisão dos poderes políticos em três: legislativo, executivo e judiciário. Escreve Paulo Bonavides de modo didaticamente muito feliz:

“Através do poder legislativo fazem-se leis para sempre ou para determinada época, bem como se aperfeiçoam ou ab-rogam as que já se acham feitas. Com o poder executivo, ocupa-se o príncipe ou magistrado (os termos são de Montesquieu) da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões. O terceiro poder – o judiciário, dá ao príncipe ou magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil” (1976: 151).

A reflexão mais nuclear de Montesquieu, como típico homem do século XVIII iluminista, foi acerca do *conceito de liberdade*; o pensador passa em estudo numerosos enunciados do que fosse *liberdade*, indo em busca de uma enunciação objetiva e

nada abstrata segundo a qual “a liberdade consiste no direito de fazer-se tudo quanto permitem as leis” (Bonavides, 1976: 150), ocasião também em que Montesquieu adverte que todo poder absoluto é corruptor e transforma um monarca em déspota. As faculdades de *estatuir* (*faculté de statuer*) e de *impedir* (*faculté d’empêcher*) estabelecem um sistema de pesos e contrapesos para que, como mais tarde sugeriu Madison, na obra *The Federalist*, a sociedade política se organize de um tal modo que o próprio poder seja um freio ao poder, cada poder evitando excessos e desbordamentos dos outros dois (1948: 395).

Nenhuma inovação política que tenha ocorrido a partir do século XIX pôde acontecer sem a contribuição mais ou menos direta do gênio de Montesquieu. Pois sob a égide de tal influência nasceu a república brasileira, de modo que, até os nossos dias deste final de século XX, temos no Brasil três poderes explícitos e oficiais que, na medida do possível, respeitam-se em seu específico âmbito de atuação. O executivo se faz presente na órbita legislativa através dos recursos do *veto* e da *mensagem*; o primeiro, tem o objetivo de evitar resoluções legislativas que podem ser excessivas ou inadequadas; e a segunda traduz-se na possibilidade de o executivo sugerir andamentos legais ao poder legislativo. Como se vê, em um caso faz-se presente a faculdade de impedir e noutra a de estatuir ou, ao menos, dar início a um processo que pode resultar em legislação. E o mesmo se dá com os outros poderes – o legislativo e o judiciário – sempre no equilíbrio das faculdades acima apontadas, as quais constituem a chamada técnica dos *checks and balances* amplamente desenvolvida por Bolingbroke na Inglaterra do século XVIII (posteriormente a Montesquieu, no entanto).

Assim, na linha das concepções de Montesquieu, nós brasileiros vimos estabelecidos como poderes oficiais e, portanto, explícitos, o legislativo, o executivo e o judiciário. Benjamin Constant defendera, convictamente, o reconhecimento de um quarto poder moderador que, digamos, controlaria e harmonizaria os demais.

Mas, na Constituição Republicana de 1891, já enunciava seu artigo 15: “São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e interdependentes”; sendo que as demais Constituições da nossa República foram reiterando o mesmo princípio, fosse a de 1934 em seu artigo 30, fosse a de 1964 ou a de 1967. Reiteração que vamos reencontrar, plenamente, em nossa Constituição vigente de 1988.

Ocorre que, na força dos dinamismos sociais que nos são próprios, outros poderes novos e não-oficiais se foram constituindo, na ordem do fato. Como exemplos destes, podemos citar o poder de pressão política das categorias intermediárias organizadas em fortes sindicatos e associações, bem como o poder de negociação das forças propriamente partidárias; ora, o poder militar, especialmente na América Latina e ainda mais especialmente no Brasil continua sendo fato inegável, assim como o poder das tecnoburocracias e das elites tecno-científicas. Porém, neste panorama dos poderes “clandestinos”, o que mostra maior impacto e importância é a força de pressão dos interesses econômicos da classe dirigente nacional, sobretudo levando-se em conta que, em nosso país, o que há de mais expressivo nos meios de comunicação de massas (a mídia) está nas mãos de 07 grupos familiares economicamente privilegiados. As rádios e as televisões, neste momento, decidem – por forte manipulação da opinião pública – os que devem ser eleitos e os candidatos que não devem ganhar eleições. Quem não conhece a rede de “lobbies” que, em Brasília e nos Estados, envolve e pressiona sobretudo as câmaras legislativas e certos setores do executivo?

Ora, basta que lancemos um olhar observador sobre a cúpula política nacional para que constatemos que os legisladores, em mais de 85% do seu contingente, não são homens ou mulheres saídos das classes subalternas, sendo mesmo raramente saídos dos setores intermédios tais como classificados nos estudos de Darcy Ribeiro. O autor deste ensaio, estando na Universidade de Lisboa desenvolvendo breve trabalho no qual tratou bastante de cultura

brasileira, teve o dissabor de ouvir a seguinte pergunta feita por professor português: “É certo que, no Brasil, a esmagadora maioria dos parlamentares é feita de *despachantes* de graúdos interesses econômicos e financeiros dos setores ricos?” Dei ao questionamento um trato sereno, pois não sentira qualquer traço de agressividade em quem fizera a pergunta, mas devo confessar que este não foi um momento de muito fácil esclarecimento para mim, que procuro “ter olhos de ver”, como dizia o Cristo.

Todos conhecemos razoavelmente bem a história das caixas-de-campanha em nossas eleições e os compromissos subreptícios assumidos, pelos candidatos financiados, com seus financiadores. Não sendo jurista às vezes penso, propriamente como sociólogo, que milagrosamente ainda é possível fazer-se justiça em nosso país, embora as leis nasçam, o mais freqüentemente, nas retortas legislativas tão influenciadas pela classe dirigente que temos (empresariado nacional, patriciado e estamento gerencial de empresas estrangeiras).

Em sua obra *Os brasileiros: teoria do Brasil*, Darcy Ribeiro detém-se a estudar mais as características de nossas classes dirigentes. Focalizando a formação do Brasil, o antropólogo observa que:

“...o Brasil nasce e cresce como um proletariado externo das sociedades européias, destinado a contribuir para o preenchimento das condições de sobrevivência, de conforto e de riqueza destas e não das suas próprias. A classe dominante brasileira, em consequência, é chamada a exercer desde o início, o papel de uma camada gerencial de interesses estrangeiros, mais atenta para as exigências destes do que para as condições de existência da população nacional (...)

No exercício desta função é que desempenha seu papel gerencial no plano econômico-produtivo, ordenador no plano político-social, renovador no

tecnológico-científico e doutrinador no ideológico
(1985, 8ª ed.: 142-143).

Esta citação, longa mas necessária, permite-nos chegar a uma visão mais nítida das classes dirigentes brasileiras. Nem a habitual rotulagem de Ribeiro como um rebelde pensador da esquerda brasileira conseguirá tirar as razões de sua análise; até mesmo porque, em várias ocasiões, o próprio antropólogo em apreço mostrou-se um contundente crítico da própria esquerda. Certamente que, para os redutos mais conservadores, Darcy Ribeiro era uma língua (ou uma pena) afiada demais e provocadora de incômodos não pequenos, isto em razão do vigor e da incisividade de textos como o que ainda precisamos transcrever a seguir:

“A classe dominante branca ou branca-por-autodefinição desta população majoritariamente mestiça, tendo como preocupação maior, no plano racial, salientar sua branquidade e, no plano cultural sua europeidade, só aspirava a ser lusitana, depois inglesa e francesa, como agora só quer ser norte-americana” (Ibid., 143).

Aqui reunimos todos esses traços com o fito de deixar o mais conhecidas possível as classes dirigentes, que trazem como que atreladas a si e às suas ideologias as classes intermediárias, setores estes dos quais muitas vezes saem os que elegemos nossos legisladores. Assim que, de forma às vezes clara e outras vezes sutilmente velada, nossas leis foram e continuam sendo criadas na linha de conveniências das classes dominantes. De modo que o não sermos críticos para com a nossa legislação pode ser uma subserviente posição perante o Estado que revelará um lamentável descaso para com a Nação.

3. UM OLHAR CRÍTICO SOBRE AS LEIS

Não se pode ser leviano ao ponto de se imaginar que podemos prescindir das leis na vida social; muito menos na vida das

sociedades complexas que, com freqüência, são marcadas por gritantes desigualdades. Mas cremos que outra coisa que não se pode é fechar os olhos para não constatarmos e denunciarmos a origem no mais das vezes elitista de nossa legislação.

Nós, os que nos dedicamos ao estudo das sociedades, convencemo-nos logo de que estas são organismos vivos (seja-nos permitida a metáfora que custou tantas críticas a Herbert Spencer), não propriamente por partilharmos de antigas concepções organicistas, mas em razão de nos dedicarmos a uma sintonia maior com a globalidade social que nos permite sentir e “ouvir” os gemidos das classes oprimidas em sua vida tão difícil, a ofegância das subalternas em seu pavor de despencarem em fortes declives de pauperização; da mesma maneira que é, para nós, gritante o silêncio de submissão das classes intermédias e preocupante o constante sussurro conspiratório e auto-defensivo das classes dirigentes. E então, ao nos lembrarmos de que, em nome de um inevitável porquanto necessário princípio de isonomia, leis são feitas e promulgadas com validade para *todos* os membros do todo social, um sentimento ambíguo nasce-nos no íntimo: a certeza da necessidade das leis e, simultaneamente, o medo de sua existência e de suas condições de aplicação.

Aprendemos com os antigos algo que é rico e, no entanto, passou a fazer pouco sentido para os modernos e contemporâneos; aprendemos que as leis devem ter origem legítima nas urgências e necessidades socioculturais, uma vez auscultadas em profundidade, pelos legisladores, as ansiedades nacionais. Ao longo de sua obra clássica *Fundamentos da Sociologia do Direito*, o austríaco Eugen Ehrlich repete-nos a cada passo que o verdadeiro Direito, o Direito Vivo, está na própria dinâmica social, devendo os Códigos ser vistos como cristalizações normativas que atendem, emergencialmente ou de forma mais duradoura, um dado momento histórico (1986: *passim*).

Ora, as sociedades modernas e contemporâneas, no âmbito do chamado mundo civilizado, são formações sociais complexas dotadas de instrumentos técnicos (no sentido de tecnológicos) e jurídicos possibilitadores de ampla, profunda e eficiente auscultação social. Em nossa realidade brasileira, especialmente após a Constituição de 1988, passamos a ter recursos jurídicos avançados como o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular. Sabe-se que a Suíça, para acenarmos com um exemplo, tem realizado plebiscitos, centenas de referendos, bem como tem acolhido iniciativas populares de legislação. O problema está em que, no nosso caso, foram estabelecidos requisitos e exigências excessivamente trabalhosos para que o conjunto dos cidadãos pudesse ter, de fato, uma participação mais democrática nas decisões políticas. De qualquer modo, com a decantada “vontade política”, meios tecnologicamente avançados de coleta de opinião pública poderiam ser usados para a auscultação que acima dizíamos deverem fazer os legisladores, para que nossas leis não se mantivessem tão distanciadas do desiderato da nação.

Friedrich A. von Hayek anota que:

“Da Atenas Clássica, no apogeu de sua democracia, sabemos que em tempo algum foi legal alterar as leis por um simples decreto da Assembléia. O proponente de tal decreto estava sujeito à famosa acusação por procedimentos ilegais, que, caso aceita pelos tribunais, invalidava o decreto e também, no curso do mesmo ano, expunha o autor do projeto a severas penalidades” (Apud. W. Pacheco Barros, 1995: 22).

Essa não era uma visão apenas dos gregos, pois adiante, Von Hayek lembra-nos que o próprio Direito Romano que tanta influência exerceu sobre as formações jurídicas ocidentais, quase nunca resultou de legislação intencional e muito menos casuística, pois que, para os romanos a idéia de que um Direito podia ser resultado de atos deliberados constituía uma idéia praticamente sacrílega (*Ibid.*, 23).

Ocorre, porém, que a Idade Moderna – que pouco a pouco viu ascender a burguesia na ordem política e promoveu o liberalismo a núcleo de concepção filosófico-social, econômica e política – instituiu o *fazer* deliberadamente leis, um tanto ao capricho dos órgãos legislativos. Numerosas vezes os poderes, em especial o executivo e o legislativo, vêem-se sob pressões ora de “lobbies” que cuidam de interesses das classes dirigêntes, ora de pressões emocionais resultantes de fatos ou situações chocantes que comocionam a opinião também das classes intermédias. Só não vemos as classes subalternas, as oprimidas e marginais lograrem exercer qualquer pressão sobre os nossos poderes políticos oficiais. Em nossa realidade, votar é dever de todos, mas influir politicamente é possibilidade de poucos, estes estando nas classes dirigentes e nas intermédias.

Para não ficarmos na vaguidade das afirmações teóricas, seria importante que, a esta altura, pudéssemos examinar alguns exemplos concretos destas últimas décadas no Brasil. Ora estaremos focalizando ocorrências concernentes às ditaduras do Estado Novo e Militar de 1964-1985, ora nos concentraremos em alterações legais ocorridas já em período mais recente e que se quer ver considerado como democrático. De todo modo, sempre estaremos examinando pressões sofridas pelos poderes legislativo e executivo, as quais acabaram resultando em inovações no campo da normatividade jurídica.

Em um período no qual o Congresso Nacional estava praticamente com suas forças políticas imobilizadas, os Bancos e Instituições Financeiras exerceram forte pressão sobre o Executivo, que de forma espúria então legislava mediante os decretos-leis, obtendo o Decreto-lei nº 911, de 01/10/1969, o qual tomava por base o Artigo 2º, § 1º do Ato Institucional nº 5 (de 1968), combinando-o com o Artigo 1º do A.I. – 12 (de 1969). Privilegiando interesses dos Bancos e Instituições Financeiras, fazia-se a “alienação fiduciária”; isto é: o cidadão comprava, por exemplo, um automóvel com empréstimo; mas, enquanto não pagasse a última parcela (com

todos os juros) ao Banco ou à Financiadora, ficava apenas como depositário/usuário do carro, durante esse tempo pertencendo, o bem adquirido, à entidade que fez o empréstimo. Coisa ótima para os Bancos e Financeiras, em razão da impossibilidade legal de pena de prisão por dívida em situação de real impossibilidade do seu pagamento.

Do mesmo segmento histórico-político foi aquela que ficou conhecida como “Lei Fleury”, resultante, como se sabe, de pressões militares interessadas em proteger o seu mais violento coadjuvante do período de torturas. Anota, a respeito, Alberto Zacharias Toron, em seu livro *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*:

“... no governo Médici, veio a assim chamada Lei Fleury (nº 5941/73), embora tida, na época, como espúria porque tinha um destinatário certo, era, e é, justa porque afinada com o princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade, como preferem alguns), que permitiu aos réus primários e de bons antecedentes ficarem em liberdade após a pronúncia e assim recorrerem da sentença condenatória” (1996: 72).

O que, neste passo, mais uma vez ressaltamos é o sistema de pressões de setores com interesses escusos produzindo inovações legais. Certamente que, antes do Delegado Sérgio Paranhos Fleury, muito cidadão mereceu (de verdade!) uma aplicação mais objetiva do princípio constitucional da presunção de inocência; mas, a coisa só se materializou legislativamente sob a pressão dos militares apoiadores da chamada Linha Dura.

Eis por que as origens das leis, que podem apresentar resultados mais ou menos acertados, são motivos de estranheza em nosso contexto. A impressão que fica é a de pouca (às vezes quase nenhuma) auscultação das urgências e necessidades da sociocultura e, por outro lado, ações pressionadoras de setores privilegiados da

sociedade sobre decisões legislativas (ainda que na época dos *decretos-leis*).

O mesmo jurista acima focalizado (A. Zacharias Toron), dedica-se ao longo de todo um livro bastante respeitável a elucidar-nos importantes aspectos da Lei 8.072, de 25 de junho de 1990, que é denominada “Lei dos Crimes Hediondos”. Tal escritor que, como bom penalista, mostra não acreditar no mito da repressão penal, lembra-nos que o homicídio da atriz de televisão Daniela Perez e outros crimes que atingiram membros da chamada “classe média”, bem como a chacina de menores supostamente delinqüentes e certamente desvalidos, cometida por grupos de extermínio, “*em 06 de setembro de 1994, com a Lei nº 8.930, reafirmando a linha de recrudescimento do direito penal, ampliaram a incidência da Lei nº 8.072 para incluir como hediondos o homicídio qualificado e o praticado em ‘atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente’*” (1996: 73-74).

Como já advertia Émile Durkheim ainda no século XIX, os crimes brutais que mexem com a substância emocional da *consciência coletiva*, suscitam sentimentos gerais de vingança e punição. Ora, vários estratos sociais abalados por crimes desse tipo, exerceram pressões muito fortes sobre as atividades legislativas, originando o ambiente de “Law and Order” com seus movimentos duramente punitivos e castigadores e, mais do que isto, originando a Lei dos Crimes Hediondos. Nisto não vemos uma pressão má, mas um direcionamento bastante equivocado de tais pressões. De todo modo, antes de serem atingidas as classes intermédias, um número imenso de homicídios se registrou sem que isto possibilitasse aos humildes exercerem pressão sobre o legislativo. Vemos, então, que os pontos de partida dos atos legislantes continuam criando uma surda insatisfação naqueles segmentos sociais que não fazem “lobbies” e sequer têm voz para ser ouvida e levada em conta.

É sabido que a Lei 883, de 21/10/1949, a qual passa a permitir o reconhecimento de filhos adulterinos é, **em sua origem**

no período ditatorial do Estado Novo, resultado da forte influência de uma figura nacional muito prestigiada à época (um único homem poderoso) que tinha interesse de contentar sua amásia com o reconhecimento de um filho adulterino tido com ela. Antes disso, quantíssimos filhos de adultérios pobres ou apenas remediados na vida ficaram sem reconhecimento! Quando boa parte do povo se declara desiludida com as leis e com a justiça, constatamos que as raízes de tais problemas uma vez mais se fincam no painel de desigualdades sociais, no qual as classes dirigentes e intermédias pressionam e obtêm leis que defendam seus interesses, enquanto às classes subalternas, oprimidas e marginais resta colher as migalhas que às vezes caem dos banquetes dos poderosos.

Quando uma comissão de juristas notáveis, como Ada Pellegrini Grinover, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Zelmo Denari – assessorados estes por outros tantos notáveis, produziu o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor (D.O.U. de 04 janeiro de 1989), fê-lo com exemplar espírito democrático que se materializou em cuidadosa auscultação da sociedade. O anteprojeto era muito bom e ainda recebeu contributos do Ministério Público de São Paulo ao ser apresentado como projetos de lei pelos deputados Geraldo Alkimin Filho e Michel Temer, enquanto outros deputados e senadores também apresentavam outros projetos de lei.

Quando anunciadas audiências públicas para amplo debate do assunto, os empresariados industrial, comercial, de consórcios e da construção civil principalmente, movimentaram-se para praticar seus habituais “lobbies” autodefensivos. Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim escreveram, na obra *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*:

“...o lobby dos empresários, notadamente os da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota, nos plenários

das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto, ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um item legislativo extremamente formal, e que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era” (1998: 9).

Foi, a matéria, transfeita em Lei, podendo ser aprovada em 11 de setembro de 1990. Coisa apenas de formalismo, pois os juristas chamam tal lei de Código, uma vez que o Congresso Nacional sequer se importou em retirar do texto as menções ao vocábulo Código (arts. 1, 7, 28, 37, 44, 51, etc.) (*Ibid.*, 9).

Como a classe empresarial raramente se dá por vencida, caiu com suas pressões sobre o Executivo, aí conseguindo obter (à época do ex-Presidente Fernando Collor) 42 votos presidenciais. Nesta orgia de vetos, Ada P. Grinover e A. H. de Vasconcelos e Benjamim apontam vetos lamentáveis de coisas vanguardistas e socialmente importantes, outros vetos dizem-nos compreensíveis, outros ainda irrelevantes e finalmente outros ineficazes. Mas, de todo modo, o Projeto fora atingido em aspectos relevantes.

Temos aí verdadeira aula para entendermos nossa classe dirigente. Primeiramente, aparenta ser seu “slogan”: “Depois de mim, o dilúvio!”, pois quase nunca se mostra voltada para o bem comum. Depois, joga pressões sobre o Legislativo, e quando vê que perderá no jogo de influências faz manobra visando ter tempo de eleger “outros” legisladores (gente sua, ao que tudo indica). Perdendo também no ardil procedimental, impõe seus “lobbies” a um Executivo que tinha a consistência de uma figura recortada em papel; só aí logra provocar alguns estragos sociais, mas estragos que lhes favoreçam o mórbido egoísmo.

Voltaire de Lima Moraes, em ótimo artigo publicado pela Revista dos Tribunais (*Da tutela do consumidor*, ano 78, maio de 1990, vol. 655), apresentando excelente estudo da sociedade de consumo, demonstra a necessidade de que o Estado tutele o consumidor; mas o que até hoje vemos é uma viabilização bastante precária do Código Nacional de Defesa do Consumidor. Entraves seguem existindo e nos dão a impressão de novos (e discretos) *lobbies*.

Há uma questão intrigante, no entanto, a ser levantada: por que, no que respeita ao nascedouro do atual Código de Defesa do Consumidor, os *lobbies* e pressões dos interesses econômicos não funcionaram sobre o nosso Legislativo, quase sempre tão suscetível a tais manobras? Ocorre que o Brasil se situava já com injustificável atraso em relação aos ideais de defesa do consumidor, os quais, tendo vindo de antes, foram bem acentuados após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918); ideais fortemente retomados pela inteligência privilegiadamente perceptiva do presidente norteamericano J.F. Kennedy, na década de 60, e que, neste século XX acabaram fazendo impressionante trajeto histórico, tal como o estuda competentemente Luiz Otávio de Oliveira Amaral em seu artigo “História e fundamentos do direito do consumidor” (Revista dos Tribunais, ano 78, vol. 648, out. de 1989).

Esses ideais deram, por exemplo, em terras estadunidenses, tantos frutos que, como observa Oliveira Amaral:

“Nos Estados Unidos da América há mais de 600 entidades privadas de proteção ao consumidor. Algumas, em que pese serem particulares, dispõem de modernos meios de atuação (laboratórios, jornais, revistas e etc.) que são mantidos por subvenções de toda natureza” (Ibid., 35).

O mesmo articulista lembra-nos que, nos E.E.U.U., há cinco agências do governo que se dedicam à proteção do consumidor: a *Federal Trade Commission*, de âmbito geral, o *Consumer's*

Education Office, que forma e treina pessoal para a educação do consumidor, o *Food and Drug Administration*, que protege rigorosamente o consumidor relativamente a alimentos, medicamentos e cosméticos, a *Consumer Product Safety Commission*, que padroniza normas de produção e uso, e as *Small Claim Courts* que, à semelhança do projetado para os nossos Juizados de Pequenas Causas, espalham-se pelo país “*protegendo o consumidor e desobstruindo a justiça comum*”(Ibid., 35).

Assim que, em relação a muitos países do mundo, vinha o Brasil atrasado. De modo que parece-nos ter funcionado, em relação às resistências do Legislativo aos *lobbies*, o princípio sociológico que contrapõe *maiorias cognitivas* e *minorias cognitivas*, no sentido de não se querer seguir pertencendo ao “clube” dos retardatários de minoria. Procuro esta hipótese menos maliciosa inclusive com a convicção de que nem tudo é tão problemático entre os nossos legisladores.

4. BRASIL: OS PODERES E AS LEIS

Na linha de pensamento, nestas páginas já visitada, de Friedrich A. von Hayek, alterar o conjunto das normas jurídicas ou criar leis novas por ato de vontade legislativa é coisa historicamente recente, e que se foi acentuando a partir da ascensão da burguesia, com a Revolução Francesa (século XVIII).

Transcrevamos, uma vez mais, importante texto de von Hayek:

*“Para o homem moderno, por outro lado, a idéia de que toda lei que governa a ação humana é **produto de legislação** parece tão óbvia, que a afirmação de que o Direito é mais antigo que a legislação se lhe afigura quase paradoxal. (...) Porém, na forma em que é hoje amplamente aceita, a saber, que toda lei é, pode e deve ser produto da **livre invenção** de um legislador, essa idéia é factualmente falsa, um*

produto errôneo daquele racionalismo construtivista que já descrevemos” (s/d: p. 83).

Na verdade, a idéia da *livre invenção de leis* pode ser falsa, como diz von Hayek, mas instituiu-se como um fato aceito nos tempos atuais. Neste ensaio, nosso intento é o de, considerando os três poderes oficiais e explícitos e os novos poderes não-oficiais e implícitos, analisar a situação das classes sociais no Brasil, perante a *criação* de leis. Já vimos que as classes subalternas, as oprimidas e as marginais não têm qualquer força para influir na elaboração e promulgação de leis. No entanto, as classes dirigentes e as intermédias têm manipulado seriamente o quadro político e legal do nosso país. Mesmo em coisas grandes, que afetam aos três poderes, que enfim provocam alterações em toda a vida nacional, as manipulações são conhecidas.

Caio Navarro de Toledo, excelente figura da sociologia política brasileira, em seu pequeno grande livro intitulado *O governo Goulart e o golpe de 64* (1984), observa que as classes dirigentes e setores importantes da classe média-alta instaram o militariado a tentar vários golpes de Estado de extrema direita; mas tais intentos fracassaram na posse de Jucelino Kubitschek, depois na posse do bizarro Jânio Quadros, tendo fracassado de novo na renúncia do próprio Jânio e na posse de João Goulart.

Então, informa-nos o Prof. Navarro de Toledo, o empresariado resolveu organizar-se juntamente com as forças armadas e, sem pressa estabanada, estes setores prepararam-se – agora sem qualquer amadorismo – para o golpe civil-militar de 1964. O IPES (Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais) e o IBAD (Instituto Brasileiro de Ação Democrática) fizeram-se no quartel-general das classes dominantes, atribuindo-se naturalmente ares de institutos de estudos para a democracia. Ambos foram criados e eram alimentados pelo *empresariado* (“bloco de poder multinacional e associados”) e por aqueles chamados por Darcy Ribeiro de *patriciado*. Na inauguração, contavam com 80 membros,

mas em 1963, só de empresários contavam com 500; foram envolvidos cafeicultores, usineiros, pecuaristas, a Texaco, a Shell, a Ciba, a Schering e mais: Coca-Cola, IBM, Esso, Cigarros Souza Cruz, Hanna Mining Corp., General Motors. Conseguiram 297 financiadores norteamericanos, e mais financiadores de: Alemanha Ocidental, Inglaterra, Bélgica, etc. (Toledo, 1984: 84-86).

Foi de forma, portanto, extremamente organizada que as classes dirigentes e setores da classe média alta tomaram o poder, em 1964, pelas mãos dos militares. Estes últimos haviam desenvolvido, de forma paranóica mas compreensível no período da Guerra Fria, uma geopolítica que necessariamente desaguava em pavor de um perigo inexistente: o comunismo e seus avanços. Mas, de qualquer modo, desse golpe derivaram 21 longos e sofridos anos de arbítrio (*Ibid.*, 1984: passim).

Eis um grande exemplo no qual os novos poderes não-oficiais prejudicam severamente as histórias do Executivo, de um Legislativo manipulado e silenciado com cassações e perseguições, incidindo negativamente até mesmo sobre o Judiciário em suas práticas. Ora, classes com tais poderes de organização em benefício dos seus interesses, muito mais facilidade sentem em pressionar e influir em um Legislativo dividido em representações de facções econômicas e em um Executivo sempre necessitado de fazer alianças políticas altamente problemáticas.

Nesse redemoinho político-social, sofrem caladas as classes subalternas, as oprimidas e as marginais, as quais nem se podem politizar, preocupadas que vivem em conseguir sua mera sobrevivência.

CONCLUSÃO

Vemos, com satisfação indisfarçada, que a Resolução 1886 da Reforma do Ensino Jurídico, ao situar a Sociologia Jurídica entre as disciplinas essenciais à formação do Bacharel em Direito,

demonstra entender que os juristas têm que “tomar pé” da realidade político-social; que não devem seguir encerrados em um tecnicismo desalmado e descontextualizante, a fim de que, inclusive, possam discutir a legislação com a qual lidam, abandonando a visão primitivamente totêmica de Leis e Códigos.

Não nos preocupemos: a mediocridade sempre reagirá a cuidar de qualquer coisa que esteja fora do seu acanhado quintal. Esta continuará a praticar um pseudo-Direito que tem existência em si mesmo e se reduz a umas tantas manobras técnicas. Agora precisamos investir em espíritos mais amplos, em inteligências e percepções que sempre souberam ser, o Direito, algo que nasce da sociedade, volta-se para os conflitos sociais e objetiva contribuir para a melhoria da sociedade.

O que realmente desejamos é que as reflexões simples que configuram este ensaio, não tenham a finalidade de dar respostas e esgotar o assunto; que, muito ao contrário, signifiquem sementes de inquietação plantadas em terra boa e fecunda – terra que deverá produzir muito além da modéstia das idéias aqui apresentadas. Com uma esperança quase mística e com real espírito cívico, temos o direito de desejar tempos vindouros mais justos e solidários para este nosso sofrido país. País assim ferido pela miséria e a desigualdade e cheio de cicatrizes das dificuldades porque nossa classe dirigente, até agora, escreveu uma história melancólica de descaso pelo bem comum.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. “História e fundamentos do direito do consumidor”. In Revista dos Tribunais, ano 78, out. de 1989, vol. 648.
- BARROS, Wellington Pacheco. *A interpretação sociológica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 1978.
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos de sociologia do Direito*. Brasília: Editora da UnB, 1986.

- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- MADISON. *The Federalist*. Oxford: Max Beloff, 1948.
- MONTESQUIEU. *De l'Esprit des Lois (in: Oeuvres Complestes)*. Dijon: Bibliothèque de la Pléiade, 1951, tomo II.
- MORAES, Voltaire de Lima. "Da tutela do consumidor". *În Revista dos Tribunais*, ano 78, maio de 1990, vol. 655.
- Papa Paulo VI. *Encíclica Populorum Progressio*. Petrópolis: Vozes, 1969.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª ed., 1997.
- _____. *Os brasileiros: teoria do Brasil*. Petrópolis: Vozes, 8ª ed., 1985.
- TOLEDO, Caio Navarro de. *O governo Goulart e o golpe de 64*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- Von HAYEK, Friedrich August. *Direito, Legislação e Liberdade*. São Paulo: Visão, s/d.

ARTIGO

O PENSAMENTO POLÍTICO DOS HELENOS - UMA OPINIÃO ACERCA DE SUA NATUREZA

Eduardo Mansano BAUMAN*

INTRODUÇÃO

O homem, ao conhecer, está ligado às estruturas epistêmicas de seu tempo, ou seja, às condições que determinam o sistema básico de conceituação que lhe permitirá "ler" o que se passa a seu redor, conferindo às experiências perceptíveis o devido significado.

Assim, parece-nos natural perquirir, acerca do alcance do universo político da Grécia clássica, que nesta área desenvolveu um pensamento verdadeiramente universal, por qual razão os helenos não ultrapassaram o mero paroquialismo em sua práxis política, ou não vieram a desenvolver um império ou federação duradoura.

A pesquisa necessária à resposta de tal questionamento conduz, entretanto, a outro enfoque, que denota a inadequação da formulação das questões enfocadas, nos termos propostos.

Por primeiro, insta consignar que a causalidade ali implicada não está linearmente ligada à premissa primeira. É

(*) (Mestrando em Direito - PUC-Campinas)

natural, em nosso século, entendermos que o sucesso de uma doutrina supostamente universal em sua elaboração intelectual esteja umbilicalmente unida à sua abrangência material.

Assim, estaríamos condicionados a entender que uma doutrina política, para demonstrar seu pleno crédito, devesse espalhar-se em amplo espectro territorial e demográfico.

Entretanto, se nos é natural perguntar porque os helenos não desenvolveram uma federação sólida e duradoura, ou não superaram os limites da POLIS em sua brilhante formulação política, devemos entender que as pistas indicadas por uma pesquisa criteriosa denotam a impraticabilidade de tal resultado entre aqueles.

Ou seja, o fato de sermos herdeiros da tradição helênica, não implica que a maneira de pensar desse povo esteja representada entre nós isenta de alterações. Assim, nossa matriz epistêmica, no aspecto político, seria composta de uma gama multifária de elementos, que se acumularam no decorrer de dois milênios de vivência, com choques culturais não desprezíveis.

Introduzidos estes critérios buscaremos, em apertadíssima síntese, caracterizar e contextualizar o pensamento político helênico, diferenciando-o de nossa visão presente, de modo que, mesmo precariamente, possamos visualizá-lo em seu estado original.

NOSSO UNIVERSO

Entre todos os fatores que determinam o perfil político da sociedade ocidental, coletamos alguns que, nos parecem, indicam com particular correção seu caráter e natureza.

Por primeiro, temos que, entre nós, a democracia não é um mero sistema político, erigindo-se, antes, em um verdadeiro valor. Não se pergunta acerca da legitimidade ou equanimidade do regime vigente em um país. Questiona-se: este regime é democrático?

Desta feita, chegamos ao seguinte maniqueísmo: Há a tendência generalizada de entender-se que todos os regimes considerados democráticos sejam benfazejos aos povos a eles submetidos. Correspondentemente, há a disposição de considerar como tirânicas todas as monarquias, e oligárquicas todas as aristocracias.

De tal constatação, decorre outra: a de que o ato de consciência política atinge seu ápice no "votar em representantes que decidirão de forma efetiva os destinos da nação", significando que a democracia, entre nós é, antes, um arranjo indireto, onde uma suposta "aristocracia" legitimada por eleições determinará os contornos da estrutura política.

Este modo de ser político é justificado, quicá, por outra constatação: a de que nossa sociedade acredita-se caracterizada pela não somatividade, ou seja, o organismo social e conseqüentemente o organismo político não se restringiriam à mera soma dos componentes (no caso, à soma dos cidadãos), afigurando-se um todo diferente (ao mesmo tempo, mais e menos do que a soma das partes e, portanto, distinto em seu conjunto).

Outrossim, nossa sociedade também se caracteriza por um arraigado hedonismo, que se traduz em intenso imediatismo e reificação da beleza, da juventude e do sucesso.

Este estado de coisas leva à diferenciação, na consciência, entre o indivíduo, a sociedade e o estado, que estariam, no mais das vezes, em constante conflito entre si. O resultado é um individualismo desmedido, em todas as esferas.

Os indivíduos, cada vez mais, desejam a consolidação de direitos civis, que visariam protegê-los do estado bem como da pretensão de outros indivíduos. As sociedades tendem a sentir-se culturalmente ameaçadas face ao contato sempre mais intenso com outras sociedades. O estado, por seu turno, tende a exercer seu papel muito mais no manuseio do poder, face à perda de autoridade.

O hedonismo, entretanto, a par de fomentar o individualismo entre os componentes do universo ocidental, também lhes impõe um padrão de comportamento: os indivíduos devem acumular valores (propriedades, títulos, admiração e veneração de outros indivíduos); as instituições da sociedade devem agregar componentes¹. O estado, seguindo o mesmo raciocínio, deve acumular mais território, além de impor seu poder a outros estados², tanto quanto possível.

Balizados estes considerandos, que reputamos válidos para a caracterização de nosso universo, devemos nos afastar de nosso século e, à luz do que os helenos legaram sobre si próprios, encontrar a medida daquilo que nos diferencia e do que nos une a eles.

NOSSO UNIVERSO E O UNIVERSO HELÊNICO

Era corrente a noção, entre os helenos no século de Péricles, de que o governo da POLIS poderia desenvolver-se de acordo com os seguintes critérios: o governo de um, a monarquia; o governo de alguns, a aristocracia; e o governo de muitos, a democracia.

Se bem geridos esses regimes teriam cada qual as suas vantagens. Poderiam, no entanto, degingolar em formas anômalas, se desvirtuados. Assim, a monarquia, se distorcida, resultaria em tirania; a aristocracia, em oligarquia; e a democracia, em demagogia.

Tal noção já indica a vantagem dos helenos sobre nós: eles contavam com a prerrogativa da escolha. Nossa sociedade, ao erigir a democracia como valor, mascara as diferenças e faz com que todos os regimes busquem, ao menos formalmente, caracterizarem-se como democráticos³.

Esta liberdade de optar decorre da liberdade de pensamento, que não seria, neste particular, submetida ao patrulhamento ideológico de nossos dias. Por se tratar de uma

opção, e não de um valor absoluto, não era a democracia imune a críticas (Sócrates e Platão as fizeram), o que poderia, como exercício dialético, levar a seu aperfeiçoamento.

O cidadão ateniense, optando pela democracia, a exercia também, de forma bastante diferente da encontrada atualmente. O ato da consciência política do cidadão ateniense não se restringia à legitimação de representantes que fariam, em outras instâncias, as opções que realmente importavam. O ateniense, em seu ato, deliberava diretamente acerca dos assuntos relevantes à vida da POLIS, significando que sua participação era direta e efetiva, e não apenas representativa, o que molda de maneira absolutamente diversa a estrutura política daquela sociedade.

Os helenos também se diferenciavam pela noção de que seu universo, e conseqüentemente sua sociedade eram somativos, ou seja, o todo era constituído, exatamente, pela soma de seus componentes.

Esse conceito, sistematizado pelos estóicos, já era corrente entre os pré-socráticos (com a busca pela ARCHE) bem como entre os sofistas (Protágoras - "O homem é a medida de todas as coisas"). Assim, o microcosmo seria a imagem do macrocosmo, unidos ambos em um mesmo LOGOS.

Desta premissa inferem-se importantes conclusões: a sociedade política seria constituída pela soma de seus cidadãos, e a organização da POLIS representaria a organização de todo o universo político. Note-se que a sociedade helênica caracterizava-se, antes, pelo ideal eudaimônico, do que pelo hedonismo acima aludido.

Por não diferenciar o estado da sociedade⁴, o indivíduo, conscientizando-se de sua natureza política, deveria buscar a felicidade no âmbito da POLIS, em conjunto com seus iguais, exercitando com estes a efetiva participação nos negócios da cidade. A POLIS era, então, o âmbito em que o cidadão seria

educado e aperfeiçoaria suas qualidades, encontrando, com os demais cidadãos, a verdadeira autonomia.

Tal aspecto denota ainda mais a distância que nos separa deste universo: não importava tanto ao helênico o gozo de direitos civis para o contato com os demais indivíduos, pois já eram assegurados de forma consistente entre os cidadãos das várias PÓLEIS e suas colônias, existindo diversos institutos a assegurá-los⁵.

A orientação eudaimônica da sociedade indica assim que o indivíduo, não se diferenciando da sociedade ou do estado, não precisaria ter como medida de sua realização o acúmulo de valores, mas a obtenção de uma condição pessoal virtuosa, que se caracterizaria pela excelência moral, intelectual e, portanto, política.

Estabelecido o contraste entre nossa sociedade e a dos helênicos, podemos passar a discorrer acerca de suas características, que se afiguram únicas.

O UNIVERSO HELÊNICO

Os helênicos, em oposição aos bárbaros, acreditavam-se oriundos de um tronco comum, descendendo, todos, dos filhos de Hellas, personagem de onde deriva o termo Hélade, utilizado para designar toda a região da península balcânica.

Sua religiosidade, fundada no politeísmo, talvez seja o traço diferenciador mais marcante a distingui-los, afigurando-se o primeiro elemento de sua cosmovisão.

Segundo as narrativas de Hesíodo e Homero, tanto homens quanto deuses haveriam sido gerados pela terra (Gaia), o que lhes conferiria uma essência comum. A figura de ambos seria a mesma (antropomórfica), residindo os deuses no alto do monte Olimpo. Ocorre que mesmo a montanha mais alta deve estar fundada no solo, sendo certo que os deuses, apesar de fortes e

eternos, compartilhavam com os homens das mesmas dores e emoções.

Lembre-se, ainda, que deuses e homens poderiam relacionar-se entre si, gerando filhos. Neste caso, os Heróis, compartilhando de uma parcela absolutamente humana, inspiravam a obtenção da ARETE, ou seja, da excelência em todas as áreas da vida social.

Não se olvide ao fato de que a POLIS organizava-se em torno de uma estrutura tribal, onde os cidadãos acreditavam descender de um determinado Herói, compartilhando com este seu exemplo de virtude.

Pois bem, se os deuses deveriam servir como inspiração da conduta humana, era certo que, apesar de serem todos ligados por laços consangüíneos, viviam também em constante conflito, cada qual cultivando sua própria particularidade.

O traço da religiosidade helênica refletiu-se em sua organização política: os helenos eram todos integrantes de um mesmo povo, no entanto, deveriam manter sua autonomia, para a busca da virtude dentro do âmbito de sua própria POLIS.

Como já dissemos, não importava tanto ao heleno o fruir de direitos individuais, que eram respeitados pelas PÓLEIS em geral, mas sim participar de seu ato instituidor, de sua fecundação obtida mediante o contato pessoal com os demais cidadãos.

Nesse particular, vislumbra-se todo o sentido da obtenção da virtude: o cidadão educado, possuidor da verdadeira ARETE, utilizaria de sua excelência para participar da gestão dos negócios de sua POLIS. Desta forma, o cidadão atingiria a verdadeira autonomia, vez que, em conjunto com seus iguais, seria livre para determinar os rumos de sua própria existência.

A ENÉRGEIA helênica, no entender de José Cavalcanti de Souza, reside exatamente nesse caráter comunitário da POLIS, ou melhor, no sentido discursivo do termo LOGOS. A força da

vivência política helênica e pujança de seu universalismo decorre diretamente da possibilidade de experimentar, direta e imediatamente, os resultados práticos do ato legislativo levado a efeito pela assembléia dos cidadãos.

Fechando o ciclo, constatamos que a necessidade de participar, gerir e constatar é decorrente da própria estrutura da educação helênica. Os jovens eram introduzidos, desde cedo, nos clássicos (Homero, Hesíodo) que, apesar de escritos, eram difundidos oralmente. Era comum saber-se de cor a *Iliáda* ou a *Oração Fúnebre* de Péricles, assim como várias das tragédias. Daí deriva a importância da retórica no cotidiano helênico.

Não sem razão, a palavra que designava entre eles o termo verdade (ALETHEIA) pode ser traduzida literalmente como "não esquecimento". Tratava-se, assim, de uma sociedade que entendia o real como imanente, onde os valores que faziam de uma POLIS ser o que ela era, não poderiam ser esquecidos.

Tornam-se claros, agora, os conceitos que denotam a natureza do pensamento político helênico. Paroquial, sim, e não haveria como não ser. Como poderia o cidadão de Atenas deliberar sobre o que é melhor para o cidadão de Argos? Como escolher outros para o exercício de funções próprias do cidadão que se educou para realizá-las?

E ao mesmo tempo universal: a busca constante da excelência, o exercício dialético dos argumentos, a prova quotidiana do acerto da deliberação, a noção de que o microcosmo é a representação do macrocosmo, aliados à liberdade de escolha entre as várias opções, conduziram a um pensamento refinado e genial, que somente poderia germinar em uma sociedade verdadeiramente livre.

CONCLUSÃO

Bem observado o imaginário social helênico, denota-se a inadequação dos questionamentos que motivaram a presente

reflexão. Como aponta Luís Villoro: "As razões que justificam as idéias justificam-se, por sua vez, em outras razões, até chegar, como suposto de todas elas, às crenças básicas, que aceitaríamos espontaneamente sem dar delas razões explícitas. Esta é uma distinção epistemológica importante; ela implica em sustentar que a totalidade das nossas opiniões descansaria, em último termo, sobre um conjunto de crenças que aceitamos, ainda que não sejamos conscientes das razões que possam justificá-las".

Assim, ao formularmos as seguintes questões: "Por que os helenos não ultrapassaram o mero paroquialismo em sua práxis política; ou por que não constituíram um império, já que desenvolveram um pensamento verdadeiramente universal em termos políticos", denotamos uma parcialidade e um reducionismo que impregna nossa capacidade de conhecer, prejudicando a compreensão de nosso próprio universo.

No caso, estamos louvando o expansionismo e o imperialismo, em detrimento do conhecimento do que seria a verdadeira participação política. Regis de Moraes, aliás, preleciona: "Sempre que absolutizamos um relativo criamos uma forma mítica. Por exemplo: tudo desejarmos explicar com apelo às formas e relações de produção é absolutizar o econômico, tirando-o da condição de um relativo vital (mitificando-o); da mesma forma erigem-se mitos como os da religião, do sexo, da técnica, do Estado, do partido, etc.".

Desta feita, colhidos alguns elementos que caracterizam a matriz epistêmica helênica do século de Péricles, podemos superar a miopia de nossa visão atual e vislumbrar as motivações e espírito deste povo.

Assim, constatamos: não desenvolveram os helenos um império, apesar da sofisticação de seu pensamento político, porque seria impossível para eles fazê-lo. Seu gênio decorria das delicadas condições específicas acima relacionadas. Sua vivência política implicava em contato, em diálogo direto, em memória diária de suas

tradições, o que seria de todo incompatível com a existência de esferas representativas distantes, governos centralizados e ordens não discutidas com todos os cidadãos.

Em suma, não poderiam (como efetivamente não o fizeram) fugir de sua matriz epistêmica. E este dado deve ser reconhecido pelos pesquisadores de nosso século. Exemplificando, não se pode rotular como totalitário o ensinamento de Platão⁶, à luz de elementos casuísticos e atuais, despidos de pesquisa isenta e profunda acerca das condições de sua elaboração.

Mais adequada seria a questão proposta por Max Weber: "Por que um homem obedece a um outro?"⁷. Weber, em sua resposta, chega ao importante conceito da legitimação, que é a autoridade consensual, sem oposição perceptível.

Assim, podemos notar que Atenas, apesar de esporádicas medidas de força no âmbito da Liga de Delos, mantinha o equilíbrio entre as POLEIS congregadas, exercendo seu comando predominantemente com o exercício de sua autoridade. Verificasse a validade de tal argumento com a constatação de que Liga de Delos se manteve coesa, mesmo após a definição da sorte na Guerra do Peloponeso.

Outra não é constatação no âmbito da própria POLIS, onde a autoridade de um cidadão era determinada, antes, pelo consenso de sua escolha, pelo brilho de sua oratória ou por qualquer outro traço que denotasse a excelência de sua postura e formação (ARETE).

Autonomia, virtude e liberdade são, em suma, os conceitos a definir o caráter do cidadão helênico, em sua vivência política, e a chave para a compreensão de seu universo e seu legado aos pósteros. Ecos de seu pensamento espalharam-se por Roma, Bizâncio, pela Cristandade, pelo Islã, reverberando até os dias atuais.

BIBLIOGRAFIA

BARKER, Ernest - Teoria Política Grega - Editora Universidade de Brasília - 2ª edição.

VERGNIÈRES, Solange - Ética e Política em Aristóteles - Paulus - 1999

SISSA, Giulia e Detienne, Marcel - Os Deuses Gregos - Companhia da Letras - 1990

SHIRLEY, Robert Weaver - Antropologia Jurídica - Editora Saraiva - 1987

Notas de aula - Sociologia Jurídica - disciplina ministrada por Regis de Moraes - 1º semestre de 1999 - Curso de Mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas

NOTAS

- (1) Vejamos o exemplo das religiões: algumas delas são caracterizadas pelo caráter missionário (no universo ocidental, a maioria dos fiéis professa uma fé missionária). Assim, quanto maior o número de fiéis, maior o prestígio dessa congregação religiosa, e maior a probabilidade de que a mesma mantenha os fiéis existentes e venha com isso a converter ainda mais outros a seu credo.
- (2) Note-se o ufanismo com que são louvadas as empreitadas diplomáticas, que possibilitaram a incorporação do território do Acre, ou a avidez com que os norte-americanos tomaram posse de seu território, no decorrer de apenas um século.
- (3) Esta distorção, típica de nossos tempos, faz com que se auto-intitulem democráticos regimes absolutamente díspares, tais como o da antiga Alemanha Oriental; o brasileiro pós-64: o chinês; o francês; o inglês; o norte americano; todos com características e contornos próprios, o que dificilmente poderia agregá-los em um mesmo grupo.
- (4) Note-se: por reconhecer-se somativa, a sociedade era o próprio estado, ou seja, ambos confundiam-se em um só organismo, como preleciona Ernest Barker.
- (5) Como menciona Celso Lafer, os gregos acreditavam-se todos amigos, em oposição aos inimigos (os bárbaros), o que levou à constituição de institutos protetivos dos cidadãos de uma POLIS quando vivendo ou negociando em outra, ressaltando-se, neste item, a PROXENIA, a ISOPOLITEIA e a SIMPOLITIA.
- (6) Vide a crítica de Karl Popper ao pensamento político de Platão.
- (7) Weber, Max, in "Economia e Sociedade". Para buscar uma resposta, Weber faz uma importante distinção entre AUTORIDADE (que é a obediência voluntária porque o indivíduo crê que ele deve obedecer); e PODER (que é a obediência obtida apesar da oposição).

ARTIGO

AÇÃO POPULAR E LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS*

Como regra geral, a proteção aos direitos individuais, onde há uma prevalência do interesse pessoal, é efetivada por iniciativa do próprio titular do direito. E, no que se refere aos direitos coletivos, liberdades públicas, direitos subjetivos públicos, há a possibilidade da utilização de outros mecanismos de proteção, tal como a Ação Popular.

A Ação Popular representa uma das formas de exercício da soberania popular (CF, arts 1 e 14), por meio da qual, concede-se ao povo a oportunidade, de forma direta, de exercer a função fiscalizatória do Poder Público, tendo por base o princípio da legalidade dos atos administrativos e o fato de que a res pública (República) é patrimônio do povo.

Esta ação poderá ser utilizada tanto de forma preventiva: ajuizada antes da consumação dos efeitos lesivos ou repressiva: ajuizada objetivando o ressarcimento do dano ocorrido. Assim, a Ação Popular tem por objetivo maior tutelar os interesses difusos, outorgando aos cidadãos "uti cives e não uti singuli", o direito de promover a defesa de tais interesses.

(*) (Mestranda em Direito Processual Civil)

A doutrina dominante defende que a Ação Popular é um dos instrumentos legais aptos a tutelar os direitos subjetivos públicos ou as liberdades públicas quando os mesmos forem desrespeitados ou obstados. Seu objetivo maior é garantir o efetivo acesso à justiça. Dessa forma, constata-se que a Ação Popular está inserida no contexto geral das ações de natureza coletiva.

É interessante salientar, que um dos reflexos do regime integrado de mútua complementariedade, entre as variadas ações efetivadas pela jurisdição coletiva, é o da recepção da ação popular por parte da ação Civil Pública. O artigo 1, caput da Lei 7.347/85 é uma prova disso.

A ação popular tem por objeto o interesse difuso à preservação da probidade, eficiência e moralidade na gestão da coisa pública, assim como, a tutela do meio ambiente e do patrimônio público em sentido amplo (CF, art. 5, LXXIII; arts. 37 e 170, VI, LAP, arts. 1 e 4). É possível também a tutela do interesse difuso dos consumidores (CDC, art. 81, I; Lei 7.347/85 art. 1 caput). Sua finalidade, segundo a melhor doutrina, é a desconstituição do ato lesivo e condenação dos responsáveis à reposição ao "status quo ante", permitida a tutela cautelar: Lei 4.717/65, arts. 1, 5, parágrafo 4, 11 e 12. Isso, sem haver prejuízo das perdas e danos. A ilegalidade possibilita a desconstituição do ato impugnado acrescido do ônus do ressarcimento, em espécie ou sucedâneo que se apresente idôneo.

A Ação Popular não pode ser relegada ao descaso por ser imprescindível que em um Estado de Direito como o nosso haja participação de todos na difícil tarefa de gerir a coisa pública. Este ideal está presente até mesmo em nossa Lei Maior, por exemplo, em seus artigos 216, parágrafo 1º, 225 e 227.

Hodiernamente, a Ação Popular é uma medida apta a anular qualquer ato lesivo ao meio ambiente, como se dá com relação ao patrimônio histórico e cultural. Entende-se que chega

até mesmo a ultrapassar os bens de valor artístico, estético e histórico, afinal, o patrimônio cultural deve ser analisado de forma ampla.

Como salientado acima, a Ação Popular tem sido compreendida como sendo uma ação (des) constitutiva, ou "constitutiva-negativa" (que tem por finalidade a anulação do ato impulado de lesivo ao patrimônio público) e condenatória, (que objetiva a responsabilização do(s) sujeitos implicados no ato impugnado, com a inclusão também, de terceiros beneficiados diretamente, como prevê o artigo 6 da Lei 4.717/65).

Nas palavras de José Afonso da Silva, "o que se pede, pois, imediatamente, na demanda popular, é uma sentença constitutiva negativa, isto é, uma sentença que decrete a invalidade do ato lesivo ao patrimônio daquelas pessoas, entidades ou instituições. Em decorrência dessa decisão, deverá a sentença condenar os responsáveis em perdas e danos". Sendo assim, a ação popular constitucional possui natureza desconstitutiva e condenatória, que se desenvolve em um processo de conhecimento.

Se inicialmente, entendia-se ser necessário para a propositura de uma Ação Popular, a existência de duplo requisito a ilegalidade do ato e a lesividade de cunho econômico, atualmente, dispensável é o requisito da ilegalidade, já que a ofensa à moralidade por si autoriza o desfazimento do ato pela Ação Popular. Dessa forma, subsiste assim, apenas a lesividade, mas não, obrigatoriamente, de cunho patrimonial.

No que concerne ao pólo ativo na Ação Popular, pode ser constituído por uma pessoa física, ou seja, singular, na pessoa de um cidadão eleitor, ou ainda, mais raramente, pode ser integrado, por exemplo, por um tipo de litisconsórcio facultativo, originário, com outro(s) cidadão(s), apesar de o parágrafo 5º do artigo 6 da Lei 4.717/65 permitir o litisconsórcio facultativo ulterior e a assistência.

Por outro lado, o pólo passivo na maioria das vezes, apresenta um cúmulo subjetivo, porque a finalidade do legislador é

a de alcançar e trazer para o âmbito da ação não apenas os responsável(is) direto(s) pela lesão, e sim todos aqueles que tenham participado seja de forma direta ou indireta pela omissão, além dos terceiros e beneficiários. O que se procura é resolver em uma única lide de cognição ampla e exauriente, as responsabilidades imediatas, e também formar os títulos para uma oportuna resolução das pendências correlatas que irão se ajustar via de regresso (Lei 4.717/65, arts. 6 e 11).

Desta forma, devem ser citados os seguintes sujeitos para a formação de um litisconsórcio passivo necessário, simples: A) as pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas, valendo para estas últimas, o rol das entidades enunciadas no art. 1º daquela lei; B) os agentes públicos que de alguma forma concorreram para o ato sindicado, ou seja, "que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão"; (nesse rol, lembra Hely Lopes Meirelles, deverá constar também o avaliador, "se a ação visar a ato ou contrato lesivo em razão de avaliação inexata"); C) os beneficiários do ato, direta ou indiretamente, agentes públicos ou não (lei supra, art. 6 e parágrafo 1). A esse rol do pólo passivo deve-se acrescentar os que lhe podem aderir ulteriormente (assistentes, litisconsortes), apesar de o parágrafo 5º do artigo 6º da lei referir-se somente a "litisconsorte ou assistente do autor". Como ressalta Hely Lopes Meirelles, retificando posição anterior, não se pode destacar o ingresso de "intervenientes passivos que tenham legítimo interesse na defesa da causa, tais como os funcionários não citados para integrar a lide, mas que, se procedente a ação e declarada a sua culpa no ato ou contrato lesivo, poderão ser regressivamente responsabilizados pelo dano (art 11)".

Ao examinarmos a Ação Popular como mecanismo constitucional oferecido a qualquer cidadão que objetive a invalidação de atos ou contratos administrativos (ou que a eles possam ser equiparados), ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e

municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos, não há como não analisar o papel do Ministério Público nesta Ação.

O Ministério público é definido constitucionalmente como sendo "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 CF)". Ele não integra o Poder Judiciário apesar de desenvolver suas funções essenciais, primordialmente, no processo e perante os juízos e tribunais. Enquanto instituição, o Ministério Público não possui legitimação para o ingresso de Ação Popular, porém como parte pública autônoma tem a função de zelar pela regularidade do processo e de promover a responsabilização civil e criminal dos responsáveis pelo ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, manifestando-se, em relação ao mérito, com total independência funcional (CF, art. 127, par. 1).

Não obstante, mesmo não possuindo legitimação ativa originária para propor a ação enquanto órgão do Ministério Público (sendo que pode exercer esse direito como simples cidadão), o Parquet possui funções variadas: é "custos legis" e agente impulsionador da produção probatória (parágrafo 4º do artigo 6º da lei); assume a titularidade da ação, sendo dessa forma um "legitimado ativo subsidiário ulterior", na hipótese de o autor originário desistir da ação ou ainda ser "absolvido de instância" (art. 9. da lei), o que equivaleria, atualmente, à extinção do processo sem julgamento do mérito por inépcia da inicial ou abandono do feito: CPC, art. 267; assume a execução, funcionando como "exequente subsidiário ulterior", se o autor popular, ou outrem por ele, não der início à execução no prazo de 60 dias do trânsito em julgado (art. 16 da Lei). Consoante a opinião de parte considerável da doutrina, o órgão do Ministério Público, pode vir a atuar nas seguintes condições: "a) oficiante e fiscal da lei; b) ativador das provas e auxiliar do autor popular; c) parte principal; d) substituto do autor; e) sucessor do autor; f) titular originário da ação popular, como simples cidadão".

Infelizmente, a legitimação ativa na ação popular em grande parte é concedida somente ao cidadão e não, de forma concorrente a outros co-legitimados, como é o caso do regime de Ação Civil pública, da Lei 7.347/85, art. 5º. Com a preocupação de garantir aos jurisdicionados maior amplitude de defesa, a melhor doutrina defende que na redação do referido dispositivo legal deveria constar que qualquer cidadão, partido político com representação na Câmara ou no Senado da República, associação ou sindicato é parte legítima para propor ação popular. A falta de legitimação ativa do Ministério Público apresenta-se como contrária ao caráter inovador de nossa atual Magna Carta, a "Constituição cidadã", principalmente, porque paradoxalmente, a mesma amplia sua incidência quando permite ampla tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos no que tange à defesa da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Existe um número reduzido de leis extravagantes que prevêem em relação a uma mesma situação material tantas funções ministeriais diferentes como a Lei n. 4717, de 1965, que dispõe sobre a ação popular. Chega-se ao ponto de ser possível encontrar, por exemplo, em apenas quatro dispositivos, três atribuições bem diferenciadas, quais sejam: a) legitimação ativa ad causam originária (para propositura de ação penal, para propositura da ação civil de responsabilidade e para a propositura de ação de execução; b) legitimação ativa ad causam superveniente para prosseguir na ação popular caso o autor dela desista ou ocorra o que o estatuto processual revogado chamava de absolvição de instância; c) legitimação interventiva especial para officiar como custos legis.

A atuação do Ministério Público no processo da ação popular é de extrema importância para que se alcancem os objetivos para os quais essa ação foi pensada, ou seja, garantir a moralidade administrativa e proteger a coisa pública contra a fraude, a improbidade, o favoritismo, a aplicação inidônea de bens

e dinheiros públicos ou outros atos ilegais da Administração que causem dano ao patrimônio público.

Entendo, que de forma alguma a ampliação da legitimidade desvirtuaria a essência da Ação Popular de ser ela do povo. Pelo contrário, haveria na realidade, a possibilidade do Ministério Público, que possui melhores condições institucionais, representar a comunidade de forma mais efetiva. Justamente porque o objeto da Ação popular apresenta-se como o restabelecimento da legalidade e a repressão da imoralidade, possui natureza indisponível, acionasse, prossegue-se no processo ou intervém o Ministério Público.

Conforme o preceituado pelo parágrafo 4º do artigo 6º da Lei 4.717/65, de Ação Popular: "O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou de seus autores". Tal dispositivo tem sido interpretado por muitos doutrinadores de forma incisiva.

O Ministério Público é considerado órgão instituído para promover a atuação jurisdicional das normas de ordem pública. Sendo assim, é órgão do Estado (não do governo) que tem por finalidade promover a atuação jurisdicional das normas de ordem pública, o que demonstra que sua atuação no processo não é apenas administrativa. Assim, interessa a esse órgão tudo o que for relativo ao interesse público, com a devida observância da lei e dos interesses da sociedade.

As funções do Ministério Público são duas: seja como parte, seja como fiscal da lei ("custos legis"). Ao funcionar como parte ele atua como órgão agente (art. 81 do CPC), e ao funcionar como fiscal da lei, custos legis, atua como órgão interveniente (artigo 82 do CPC).

A regra geral é que o Ministério Público deve direcionar seu trabalho no sentido de garantir interesse público, o bem comum,

e somente excepcionalmente dirá respeito ao interesse da parte a quem aproveita (se for o caso) a atuação da Lei. Apesar de haver o entendimento de grande parte da doutrina de que o Ministério Público não teria legitimidade ativa para intentar a Ação Popular, posições contrárias e lúcidas tem ganhado força, com o devido embasamento legal. Consoante o disposto pelo artigo 25, IV, b, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público de número 8.625, de 12-02-1993, além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: ...IV- promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei;...b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem...; além do preceituado pelo mesmo artigo 25, VIII que preceitua: ... "ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas". E, conferindo esses textos com o do artigo 5, LXXIII, da CF: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público (...), à moralidade administrativa, (...)", não resta outro caminho senão o de repensar toda essa matéria.

O que diferencia a ação popular constitucional da ação civil pública que objetiva anular atos lesivos à moralidade administrativa é a legitimação ativa, na primeira o legitimado ordinário é o cidadão, na segunda, o Ministério Público. Já no que tange ao objeto e a causa de pedir há identidade.

O Direito é um fenômeno humano e social, e por esse motivo não pode ficar avesso às necessidades sociais em constante processo de alteração. Sua função é tentar, na medida do possível, equilibrar e harmonizar os conflitos sociais. Diante da relevância da questão, os conflitos emergentes das relações sociais merecem destaque especial e estudo minucioso. Urge que todo nosso

ordenamento legal seja apto a eliminar insatisfações e fazer com que o Direito seja cumprido. Em outras palavras, a prestação da tutela jurisdicional, garantida por lei aos consumidores do Direito, deve ser efetiva. Diante de tal realidade, não podemos deixar de revisitar o processo como um todo no afã de atualizá-lo naquilo que se mostrar necessário. Por isso, não podemos ficar estagnados no tempo na interpretação do direito enquanto o mundo sócio-político e econômico passa por verdadeiras revoluções. Consoante o entendimento de parte considerável da doutrina, a extensão da legitimação ativa à ação Popular, para o Ministério Público é sem dúvida constitucional. Nossa própria Carta Magna, em seu artigo 129, IX, de forma clara aceita que se conceda ao "parquet" uma ampliação de funções se as mesmas não colidirem com suas finalidades primeiras. Assim, ao examinarmos o dispositivo constitucional abrangente de número 127, que afirma incumbir ao Ministério Público a "defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais (...)", o entendimento mais acertado é que caberia aqui perfeitamente a titularidade da Ação Popular para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Cabe salientar que aqui não se discute quanto à legitimação extraordinária do Ministério público, seja na ação civil pública, seja na ação popular criada pela LNMP, nem sobre a mesma caracterização da legitimação na ação popular constitucional. Na primeira, o "parquet", na segunda, o cidadão, funcionam sempre como substitutos processuais da coletividade. Estas são legitimações extraordinárias, disjuntivas e concorrentes que podem ser efetivadas por qualquer um dos legitimados, seja em nome próprio ou no interesse da coletividade. Agora, se elas forem efetivadas em ações distintas tendo o mesmo objeto e causa de pedir haverá litispendência. Também haverá litispendência, por exemplo, no caso de serem intentadas duas ações populares constitucionais, uma por certos cidadãos e outra por outros, ambas com o mesmo objeto e causa de pedir.

Na Ação Popular o pedido imediato tem natureza desconstitutiva-condenatória, enquanto que o pedido mediato será essencialmente a insubsistência do ato lesivo a estes interesses difusos: a) patrimônio público, não só no sentido estrito de "erário público" (= dinheiro ou tesouro público), de forma abrangente, englobando as entidades de que o Estado participe e tomando-se esse termo "patrimônio" de forma a abranger os bens e valores históricos, artísticos, turísticos, paisagísticos, sacros, arquitetônicos etc, enfim, que estructurem o conceito de "patrimônio cultural"; b) meio ambiente, no sentido atual desse conceito; c) moralidade administrativa, que atualmente, como ressalta Lucia Valle Figueiredo, não é mais uma expressão fugidia, mas que comporta efetivo controle, a partir da razoabilidade, da "relação de congruência lógica entre os motivos (pressupostos fáticos) e o ato emanado, tendo em vista a finalidade pública a cumprir", d) Estado ou sociedade civil enquanto consumidores, tomando-se por base o conceito de interesse difuso (CDC, art. 81, I) e o largo espectro em que vêm conceituados o consumidor (CDC, art. 2 e parágrafo único), o fornecedor, o produto e o serviço (CDC, art. 3 e parágrafos).

Entendo que a ampliação do poder fiscal do Ministério Público, de sua legitimidade ativa para propor Ação Popular só contribuiria para o necessário combate às ilegalidades ocorridas na gestão da coisa pública. A procura em se preservar a ética na administração, o ressarcimento devido aos cofres públicos em decorrência do dinheiro malversado ou desviado; a recuperação do meio ambiente vilipendiado; a restauração de prédios de importante valor histórico ou arquitetônico etc, só vêm contribuir para se atingir o bem comum. Há na realidade, cumulação sucessiva do pedido desconstitutivo (anulação) seguido do pedido condenatório, podendo no entanto, haver apenas o pedido de desconstituição, como por exemplo: quando houver apenas denúncia de ofensa à moralidade administrativa, o pedido pode restringir-se a desconstituição,

do ato pelo fato de que nem sempre ocorrerá lesão ao erário público em hipóteses como esta.

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de decretar a nulidade dos processos de ação popular nos quais os beneficiários diretos não tenham sido citados ou que a citação tenha sido irregular. Por outro lado, no que tange à legitimidade ativa, primeiramente há de se salientar, que, apesar de qualquer cidadão possuir legitimidade para propor Ação Popular, para que ingresse no feito seja como litisconsorte, seja como assistente do autor deverá provar seu interesse processual.

A lei de Ação Popular tem por finalidade precípua a defesa dos bens públicos, o que demonstra ter por objeto os interesses difusos à preservação da probidade, eficiência e moralidade na gestão da coisa pública, do meio ambiente e do patrimônio público em sentido amplo. Busca proporcionar condições para que seja possível o retorno ao "STATUS QUO ANTE", ou seja, voltar na medida do possível ao momento anterior à ilegalidade/imoralidade. Essa lesão decorre em geral do desvirtuamento das funções inerentes a Administração Pública, que em essência é a de um "munus" público, um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade.

A partir do momento em que a obrigatoriedade do administrador público em cumprir com responsabilidade os ditames do direito e da moral administrativa que pautam o seu exercício funcional deixa de ser observada, algo deve ser feito, para que a coletividade sofra o menos possível.

Tendo em vista seu caráter de remédio constitucional, a Ação Popular deve ser utilizada sempre que preenchidos os requisitos legais. Assim, não ampliar a legitimidade ativa do Ministério Público para permitir que o mesmo possa propor a Ação Popular como órgão, é obstar a defesa plena dos jurisdicionados. E, especialmente nos dias de hoje em que a discussão a respeito da necessidade de reforma de nosso sistema de justiça é uma constante,

não só entre operadores do Direito, mas na sociedade brasileira como um todo; não alargar as possibilidades de defesa dos consumidores do Direito é um contra-senso. É fato, que da inadequação de nosso sistema Judiciário, decorre a ineficácia social da prestação jurisdicional. Hodiernamente, o que se discute não é a independência e autonomia do processo; a preocupação maior atualmente é com a efetividade do processo, se ela existe no sentido de proporcionar de forma ampla o direito substancial. A preocupação em garantir a quem tem um direito tudo o que esse direito pode proporcionar não é atual e já fora defendida com ênfase pelo grande Chiovenda.

Questionamentos a respeito da efetividade do processo, a necessidade de ele ser apto para eliminar insatisfações e fazer com que o Direito seja cumprido ensejaram reflexões e propostas de mudança na prestação da tutela jurisdicional. O objetivo visado é adequar a própria prestação da tutela jurisdicional e seus instrumentos às necessidades contemporâneas. A adequada proteção jurídica como um dos direitos inalienáveis do ser humano implica um processo adequado e justo que garanta tutela efetiva ao titular do interesse juridicamente protegido. O escopo primordial do processo é a tutela concreta dos direitos. Tendo em vista a enorme quantidade de litígios e o congestionamento da atividade jurisdicional, os estudiosos do Direito têm procurado encontrar meios de agilizar a Justiça. Assim, não há justificativa para que em nome de formalismos extremos e comportamentos engessados pelo tempo, não avancemos para um futuro muito mais gratificante.

Conforme preceitua o art. 16 da Lei disciplinadora da Ação Popular: “Caso decorridos 60 (sessenta) dias de publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante, do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave”. Essa é uma outra hipótese de legitimidade do Ministério Público para a propositura de Ação civil. De forma

diferente do preceituado no parágrafo 4º do artigo 6º, que prevê legitimação extraordinária concorrente originária - haja vista que são legitimados desde o início o Ministério público e qualquer cidadão - nesse caso a legitimação do parquet é superveniente e dependente da ocorrência de omissão por parte daquele que já tinha legitimação anteriormente. Superveniente, pelo fato de que em tese, antes de decorrido o prazo de sessenta dias, não possui legitimação ativa; dessa forma, até tal momento processual só estão legitimados para dar início ao processo de execução o autor do processo de conhecimento ou qualquer interessado. Outra diferenciação que pode ser salientada quanto à natureza das ações para as quais o Ministério Público possui legitimidade: na hipótese do parágrafo 4º do artigo 6º, o parquet recebe legitimação para mover uma ação de conhecimento que, a rigor, é desvinculada da ação popular propriamente dita; na hipótese do artigo 16, ao parquet é conferida legitimidade para iniciar uma ação de execução que terá por objeto exatamente a satisfação do direito reconhecido na própria ação popular.

O artigo 9º da lei de Ação Popular, que é mais uma hipótese de legitimação extraordinária concorrente conferida ao Ministério Público dispõe que: "Se o autor desistir da Ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no artigo 7, II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação". Faz-se necessário salientar que essa legitimidade concedida ao MP restringe-se apenas ao prosseguimento na ação e não para a sua promoção. Afinal, segundo grande parte da doutrina, o Ministério Público de forma alguma é legitimado para dar início ao processo da Ação Popular. Há na verdade, concorrência entre a legitimação extraordinária do Ministério Público e a legitimação de qualquer cidadão que não tenha participado do processo até aquele momento. A legitimação do Ministério Público para prosseguir na Ação Popular quando da

extinção anormal do processo é facultativa é só irá ocorrer caso o órgão do parquet entender pela necessidade concreta de dar continuidade ao processo.

Somente após a mudança de mentalidade de todos aqueles que de alguma forma forem responsáveis pela distribuição da Justiça é que haverá Reforma Real na máquina judiciária. De nada adianta formular leis dignas dos maiores elogios se aquele que for aplicá-las ou de alguma forma trabalhar com elas não compreender que o seu sentido maior será SEMPRE O BEM COMUM. Nesse sentido, em nome da efetividade do Direito, entendo que assim como a Ação Civil Pública pode ser iniciada pelo Ministério público, também deveria ocorrer com a Ação Popular. Tendo em vista o interesse público que permeia toda a Ação Popular, os escopos do MP, e o fato de haver quase que uma identidade entre o objeto da Ação popular e o da Ação Civil Pública (como é possível constatar pela análise do artigo 5, LXXIII da CF com o art. 25 da LONMP), toda esta questão envolvendo a legitimidade ativa do MP na Ação Popular necessita de revisão. Urge que os estudiosos do Direito analisem detidamente tal problemática tendo como ponto de partida o questionamento a respeito do motivo da proibição do MP iniciar a Ação Popular apesar de ela ter o mesmo objetivo da Ação Civil Pública. Apenas o nome das ações é que passou a ser diverso, visto que o objeto é idêntico. Entendo que deveria haver a ampliação do poder de fiscalização do MP para que ele possa melhor defender a comunidade e garantir a ela uma Administração baseada na moralidade, na probidade e na legalidade, vista de forma abrangente. Entendo que esse trabalho do MP deverá estar sempre estruturado em nome e interesse do povo, a quem substitui processualmente na Ação Popular. Afinal, a Ação Popular foi o primeiro remédio processual criado para amparar interesses difusos e coletivos. A legitimação que se apregoa aqui, seria do tipo concorrente, sendo obrigatória a propositura da ação por parte do MP e facultativa ao cidadão. Entendo que este seria o posicionamento que melhor atenderia aos

interesses do povo de forma global. Isso se dá porque o MP é dotado de melhores condições em todos os aspectos para apresentar a petição e dar prosseguimento à ação popular, até mesmo para combater possíveis perseguições por parte daqueles que não desejam de forma alguma que a Justiça seja feita.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Jorge Luiz de, Formas de Atuação do Ministério Público Cível", RF n. 246, "Ação Popular e o Ministério Público", RT n. 436, fev/72.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de, "A Ação Popular e a Constituição de 1988", RT v. 729, jul/96, p. 75-79.

ALVIM, Arruda, Ação Popular, in Revista de Processo, vol. 32/163.

GRINOVER, Ada Pellegrini, "Uma nova modalidade de legitimação A Ação popular. Possibilidade de Conexão, Continência e Litispendência", COA, jul/95.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, "Ação Popular", 3 ed., RT, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes, "Mandado de Segurança", 17 ed., Editora Malheiros, 1996.

MESQUITA, Luiz José de, "O MP na Ação Popular", RT 574, ago/83.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, "A Ação Popular do Direito Brasileiro como instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados "Interesses Difusos", RePro28.

ARTIGO

ROUBO COM ARMA DE BRINQUEDO

Carlos Henrique MACIEL

“Fazer a lei e não a mandar executar é autorizar a coisa que se quer proibir.”

(THOMAS PAINE)

1. INTRODUÇÃO

Estatui o Código Penal brasileiro:

“Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

.....”

(*) Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e Professor de Direito Constitucional da PUC-Campinas

O comando, que prevê uma das espécies de **roubo circunstanciado**, tem suscitado interessante contenda acerca da abrangência da palavra “arma” nele inserida. Não raras as hipóteses em que o salteador, aparelhado com instrumento objetivamente inócuo, mas arremedando arma de fogo verdadeira (em geral, revólver e pistola), toma a vítima de assalto e, anunciando-lhe o roubo, acaba por ameaçá-la de morte em caso de resistência, para, em seguida, lograr êxito em seu intento abjeto.

Problema, que inspira o presente trabalho, é descobrir se o emprego de arma de brinquedo pelo ladrão, durante a abordagem da vítima, tem ou não força para determinar, de maneira obrigatória, o suplemento da punição, nos termos do art. 157, § 2º, inciso I, do CP.

Instaurada a polêmica, são de pronto visualizados dois ideários antagônicos, os quais, partindo de proposições diversas, encontram soluções díspares, uma autorizando (*teoria subjetivista*), outra não (*teoria objetivista*), o acrescentamento expiatório. Suas ponderações - como sói acontecer entre os cintilantes juristas que as subscrevem - vêm vestidas de inteligentes argumentações, o que coloca seus leitores num balanço vertiginoso, ora tendendo a uma, ora a outra, de acordo com o momento em que se depararam com cada qual das exposições teóricas.

O desenvolvimento e a crítica dessas lições, como a adição de pequeno contributo à pesquisa, são as finalidades deste escrito.

2. TEORIA SUBJETIVISTA

Para o número maior dos hermeneutas, o vocábulo “arma” tem extensa aplicação, envolvendo inclusive as chamadas “armas de brinquedo”. Vale dizer: caso o ladrão se utilize de contrafação, que, por sua forma, instile, no espírito da presa, fundado amedrontamento, ainda que imaginário, concretizar-se-á a referida causa especial de aumento de pena.

A primeira escola toma por base o **elemento psicológico**: para que a majorativa seja reconhecida, basta a vítima supor a autenticidade do instrumento perante si brandido pelo sujeito ativo. Esposa-se a tese de que a norma repressiva sob comento ordena apreciação *a parte subjecti*: importa a “realidade do temor” que domina o ofendido; não a “realidade da coisa” empregada à guisa de intimidação.

É a posição assumida pela maioria dos Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“Se houve intimidação da vítima por não saber que se tratava de arma de brinquedo, justifica-se o aumento de pena a que alude o art. 157, parágrafo 2º, I, do Código Penal.”¹

“Desde que a arma utilizada pelo agente ativo intimide a vítima, embora não idônea para a realização da violência ou ameaça, justifica a majorante da pena no delito de roubo.”²

A interrogação foi também submetida à análise do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que, após a reiteração de vários julgados, assim sumulou:

“No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena.”³

3. TEORIA OBJETIVISTA

Contudo, é honesto dizer que há quem discorde:

“Constatada, mediante exame pericial da arma utilizada no roubo, a impossibilidade de produzir disparos, descabe a observância da causa de aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal. O quadro é semelhante àquele revelado pelo emprego de arma de brinquedo, valendo notar que não se pode colocar na vala comum situações concretas em que a potencialidade do risco tem gradação diversa. A hipótese está

compreendida pelo *caput* do citado artigo, no que cogita da grave ameaça, isto considerada a óptica, da vítima, decorrente das aparências.”⁴

Para essa segunda corrente, há que se perquirir do **elemento realístico**: a majorante só sucede se a arma reúne condições materiais para o lançamento apropriado de projéteis. Aqui, o texto legal é encarado *a parte objecti*: desmerece-se o pavor interno da vítima, para se recorrer à potencialidade lesiva *in concreto* do artefato; ausente esta, a conduta do agente não extrapolaria os lindes da definição do roubo em sua modalidade fundamental.

4. CRÍTICAS ÀS TEORIAS TRADICIONAIS

Ouso discordar, a despeito da magnitude dos signatários dos arestos *ut supra*, de ambas as linhas, no que tange ao plano *argumentativo*, muito embora, no campo *eficacial*, seja compelido a me filiar à vertente psicologista, ou seja, a afirmar que, em face do emprego de arma de brinquedo no roubo, o sistema regente obriga o Juiz a recrudescer a resposta estatal ao delito. Explico-me.

Não me convence a arguição de que a lei criminal teria prestado tamanha reverência ao estado anímico da vítima. A avaliação é arbitrária, na medida em que desprovida de eloquência no Estatuto Penal aborígene, apresenta-se mais como invocação dramática, que se pretende suficiente ao enchimento do pretenso vácuo legislativo.

Falta-lhe solidez, ante a contradição que a arruína. Assevera que o *sentimento de medo*, em que mergulha aquele que, por lapso, crê na genuinidade da arma que lhe é apontada, dá azo à tipificação do impropriamente chamado **roubo qualificado**, com fulcro no art. 157, § 2º, I, do CP. Ora, é exatamente esse *sentimento de medo* que se ergue na elementar da “grave ameaça”

catalogada na descrição do **roubo simples**, em consonância com o que reza o *caput* do enunciado. Então, há como que um *salto quântico*, pulando-se imponderavelmente da “cabeça” para o “parágrafo” do artigo, sem que a tal corresponda mudança de alicerce valorativo: a isolada e extrema inquietude do sujeito passivo estaria justificando, ao mesmo tempo, duas acepções entre si inconfundíveis. A Lógica com isso não se compraz.

Remata-se com um contra-argumento irresponsável: assentado que a *arma fictícia* “qualifica” o roubo tão-só por sua simples capacidade de infundir terror na vítima, ter-se-ia, também, por inarredável, de majorar a reprimenda caso a ameaça fosse exercida mediante *simulação de porte de arma*, porque, em si, a noção de subjugação, de que o ofendido, aqui, erroneamente cogita, é idêntica àquela. Ou seja, um dedo esticado sob a camisa, por equivaler à exibição de arma de brinquedo, determinaria o aumento da apenação entre um terço e a metade. Parece-me uma conclusão inaceitável.⁵

Quem *simula* estar armado, armado *não está*; e, sem que o agente esteja armado, não se perfaz a condicionante do “emprego de arma”, por ausência física do instrumento (real, lúdico ou simulacro). A simulação de porte de arma para o cometimento de roubo é atípica em relação à majorante, devendo subsumir-se a ação à modalidade fundamental do delito (art. 157, *caput*, do CP). Pois, se o ingrediente psicológico do lesado possuísse grau tão alto de substância, recair-se-ia no *nonsense* da punição por roubo circunstanciado caso a vítima, tomada de histeria diante da abordagem, simplesmente *imaginasse* a presença de arma, sem que o larápio gesticulasse com propriedade nem tivesse, *a priori*, a intenção de a declarar.

Tampouco me convence a opinião materialista construída a partir da equiparação natural da “arma de brinquedo” à “arma ineficiente” (defeituosa ou descarregada). A assemelhação, que se força para elidir a majoração da penitência, acaba, na verdade, por

ocasionar efeitos exatamente opostos, consoante será visto mais adiante. O tiro sairá pela culatra...

A afinação sob esse diapasão conduziria a sérios transtornos. A uma, porque o reconhecimento da majorante do emprego de arma no roubo sempre estaria na dependência da apreensão e exame do artefato, com enormes embaraços práticos à aplicação do tipo penal; a duas, porque, implicando traição ao escopo da política criminal, geraria o enfraquecimento da missão repressiva do Estado e propiciaria, com certeza, a impunidade relativa do criminoso.

5. CONCEITO DE ARMA

Pois bem! *Quid juris?*

Com a devida licença, alvitro que o *punctum pruriens* da discussão encontra-se alhures. Há que se investigar, adequada e cientificamente, o alcance da expressão “arma” contida na disposição regravada (art. 157, § 2º, I, do CP).

No *Léxico*, **arma** é “instrumento ou engenho de ataque ou de defesa”.⁶ Trata-se de generalidade conglomerando um sem número de espécies, tais como: “arma de fogo” e “arma branca”; “arma biológica”, “arma nuclear” e “arma química”; “arma automática”, “não-automática” e “semi-automática”; “arma de repetição” e “de retrocarga”; “arma de arremesso”; “arma de dois gumes”; “arma de curar ataques”; “arma raiada” (ou “estriada”); etc....

Na *Doutrina*, costuma-se fixar a diferenciação entre “arma própria” e “arma imprópria”. Assegura que, *lato sensu*, **arma** é todo instrumento material com capacidade de propiciar ao ser humano condições para um acometimento ou sua repulsa. Desde que se preste o objeto, preponderante e useiramente, àquele sentido teleológico, receberá a denominação de **arma própria** (ou

stricto sensu); caso contrário, confeccionada para finalidade outra, porém servindo, extraordinariamente e por desvio dela, como meio vulnerante de investida, ou resistência, estar-se-á diante de uma **arma imprópria**.

Confira-se a preleção acertada: “*Armas próprias* são os objetos, instrumentos, máquinas ou engenhos, com potencialidade ofensiva, fabricados para servirem como meios de ataque ou de defesa. *Armas impróprias*, tudo aquilo que, não sendo fabricado especialmente para servir como instrumento de ataque ou de defesa, pode eventualmente ser utilizado para esse fim. Tudo que sirva para matar ou ferir, poderá ser utilizado como arma, embora não seja esse uso a principal destinação do objeto, como acontece com uma foice, um machado, um ancinho, instrumentos agrícolas que se podem converter em arma.”⁷

Os dicionários e a *communis opinio doctorum* apenas nos oferecem pistas; contudo, importa conferir se tais significações são perfeitamente adaptáveis ao rigor da nomenclatura jurídica vigente.

Já no *Direito*, pode-se declarar, sem preocupação com a redundância, que **arma** é aquilo que a lei grafa como tal. Cuida-se de substantivo concreto ao qual a legislação adere qualificações, impondo-lhe - como se vê em seguida - ordem classificatória.

6. TEORIA NORMATIVISTA

Dentre outros atos normativos, dispomos de um Caderno Legal que “... estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências.” Trata-se da Lei Federal nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Além do conceito tradicional de **arma de fogo**, sob as categorias de “uso permitido”, “proibido” e “restrito”, e de artefatos análogos (art. 10, *caput*, §§ 2º e 3º, III, e art. 11), nela estão disciplinadas duas figuras inéditas: a) a **arma de brinquedo**, produto industrial com

forma de arma, mas destinado ao entretenimento, sobretudo infantil;
b) o **simulacro de arma**, objeto artesanal imitativo de arma verdadeira (art. 10, § 1º, II, e art. 15).⁸

Por conta disso, pode-se especular sobre a natureza da “arma de brinquedo”. Na aceitação popular, “arma de brinquedo” não é arma; é *brinquedo*.⁹ Entretanto, na concepção jurídica, “arma de brinquedo”, desde que utilizada para o fim de cometer crimes, não é brinquedo; é *arma*.¹⁰ E como “arma” deve ser tratada para todos os efeitos penais, incluindo, obviamente, a configuração da circunstância aumentativa da pena no roubo.

“O juiz atribui aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar; porque se presume haver o legislador, ou escritor, usado expressões comuns; porém, quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica.”¹¹ A regra hermenêutica se impõe com maior tensão no Direito Penal, em face da sua excepcionalidade.

Logo, existe, perante nosso Direito Positivo, uma unidade jurídico-ontológica entre **arma de fogo** (ainda que enguiçada ou desmuniçada) e **arma de brinquedo** (da qual o “simulacro de arma” se avizinha): ambas são **armas**, posto que no mundo dos fatos mantenham plena diferença e evidente gradação. Daí a falha paralogística em que incorre o realismo: quando, à guisa de eliminação da causa majorante, faz coincidirem “arma de brinquedo” e “arma de fogo ineficiente”, acaba por brindar a tese que o combate, porquanto a arma de fogo, embora inidônea, por defeito mecânico ou ausência de munição, recebe a mesma disciplina legal do instrumento eficiente.

Claro que a falsificação não poderá ser grosseira a ponto de despertar, na vítima, a percepção *ictu oculi* da inidoneidade do objeto empunhado pelo ladrao, sob pena de se arrogar em *ineficácia absoluta do meio* empregado (cf. art. 17 do CP) e ocasionar a descaracterização da elementar da “grave ameaça”.

Assim, também, a ação deverá ocorrer sob situação concretamente facilitadora do engano.

Ademais, no uso da arma de brinquedo para o roubo há um nítido desvirtuamento da *causa finalis* do objeto, com competência para que mesmo o homem de entendimento mediano a desacredite como pura peça de recreação: da inocência do divertimento passa-se à delinquência, galga-se o ultraje à lei.

Saliente-se uma dedução final: se o porte de “arma de brinquedo”, nas condições do art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97,¹² é, indubitavelmente, erigido em *crime autônomo*, com maior razão e sem menores empecilhos poderá funcionar como simples *causa majorante* de crime patrimonial (cf. arts. 157, § 2º, I, e 158, § 1º, do CP).

7. TRATAMENTO PENAL

Deve-se ressaltar que a intimidade psíquica do ofendido e a impropriedade da arma utilizada pelo agente no roubo não são elementos de todo desprezíveis. Em absoluto, não devem ser negligenciados pelo juiz da sentença, particularmente por ocasião do cálculo da punição e da escolha do regime prisional.

Em aplicação do “princípio da necessidade e suficiência do resgate estatal” (cf. art. 59 c/c art. 68 do CP), o Magistrado fixará a pena-base considerando os limites de reprovação e prevenção do crime, devendo acrescê-la ao perceber um maior sofrimento psicológico da vítima.

Mais astuto do que propriamente perigoso, o sujeito ativo do crime, assim executado, poderá, à míngua de circunstâncias contrárias, iniciar o desconto da reprimenda em modelo *semi-aberto* (cf. art. 33, § 2º, b, do CP). Em verdade, ele não age na “mão grande”, por faltar virtualidade ofensiva ao

mecanismo alardeado; atua artificialmente, e, no plano objetivo, não submete a presa a um risco de morte *in concreto*. Sua personalidade anti-social, conquanto presente, é notoriamente mitigada, merecendo a imposição de regime mais brando que o fechado (cf. art. 33, § 3º, do CP).

O ofendido não ficaria mais tranqüilo logo ao ser inteirado sobre a ineficácia da arma? Por acaso, não seria mais reprovável a ação do assaltante que, desarmado, espancasse a vítima com extrema e bárbara violência?

8. CONCLUSÕES

Em breve síntese, podem-se arrolar as seguintes conclusões extraídas das premissas acima expostas:

a) a **teoria objetiva**, que, no caso de emprego de “arma de brinquedo”, recomenda o afastamento da majorante impressa no inciso I, do § 2º, do art. 157, do CP, peca pela inconsistência, por pressupor distinção entre coisas *tecnicamente* indiferenciáveis (“arma de fogo”, “arma de brinquedo” e “simulacro de arma”);

b) a **teoria objetiva** estorva em demasia a aplicação da norma repressiva;

c) a **teoria subjetiva**, que, ao contrário, aconselha a elevação da pena, atinge fecho correto, apesar de estribar-se em argumentos inconvincentes, já que se firma, *exclusivamente*, em pressuposto (“temor da vítima”) que é comum ao *caput* do art. 157 do CP (“grave ameaça”);

d) a **teoria subjetiva** não consegue explicar a inviabilidade do acréscimo punitivo no caso de simples *simulação* de porte de arma pelo larápio;

e) **arma** é conceito jurídico e vem definido pela Lei 9.437/97, enlaçando as figuras diversas;

f) por conseguinte, “arma de fogo”, “arma de brinquedo” e o “simulacro de arma” são, *ex vi legis*, classificados como **armas**, para todos os efeitos penais;

g) **sob o ângulo normativo**, praticado com “arma de brinquedo”, o roubo se vê *circunstanciado*, por aplicação extensiva do art. 10, § 1º, II, da Lei 9.437/97;

h) **sob o ângulo lógico**, obtém-se idêntico efeito prático, porquanto não seria coerente a incriminação soberana do “porte de arma de brinquedo”, para o cometimento de infrações penais, e a sua inabilitação como mero incremento do castigo;

i) é necessário que o instrumento fictício contenha um mínimo de aparência com arma real, além do que tenha o delito sido cometido em ambiência fática apta ao êxito do fingimento (local, horário, luminosidade, estado intelectual e emocional da vítima, etc...); e

j) no anexo das conseqüências do crime de roubo com arma de brincadeira, a pena-base poderá ser aumentada; contudo, *in principio*, o regime prisional mais adequado é o semi-aberto.

NOTAS

(1) Cf. **STF**, 2ª Turma, Min. Moreira ALVES, *RECrn*º 90.031/SP - DJU 5/10/79, p. 7.445 (*RTJ* 95:299). Idêntica redação em **STF**, 2ª Turma, Min. Cordeiro GUERRA, *RECr* nº 99.036/SP - DJU 11/3/83, p. 2.478 (*RTJ* 106:838).

(2) Cf. *RTJ* 90:338.

(3) Cf. *Súmula* nº 174.

(4) Cf. **STF**, 2ª Turma, Min. Marco AURÉLIO, *HC*nº 70.534/RJ - DJU 1º/10/93, p. 20.215.

(5) Logo, penso equivocada a suposição - baseada na proeminência da “eficácia psicológica” sobre a “eficiência da arma” - a que chegaram alguns segmentos do Poder Judiciário paulista (“... a simulação de porte de arma de fogo ou o porte e exibição de arma de brinquedo, um e outra caracterizam a situação inscrita no inc. I, § 2º, art. 157, CP.” - cf. **TACRIM/SP**, 11ª Câmara, Juiz Ricardo DIP, *Ap. Crim.* nº 1.198.227-5, em 10/4/00, fls. 117) e o festejado jurista Luiz Vicente CERNICCHIARO (“O que conta não é arma em si, mas intimidação do ataque.” (v. *Questões Penais*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 110).

- (6) Cf. Aurélio Buarque de HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2ª ed., s/d., verbete "Arma".
- (7) Cf. Manoel Pedro PIMENTEL, *Contravenções Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1975, p. 114). Outra distinção: só a **arma própria** é passível de licença da autoridade para o porte legal, condição inviável em relação à **arma branca**. "As chamadas *armas brancas* (...) não podem ser chamadas de armas próprias, senão quando fabricadas para servir a esse fim. Assim, as facas, os facões, os machados, as 'peixeiras', não são armas *próprias*, enquanto que as lanças, os punhais, podem ser considerados como incluídos nesta categoria." (cf. Manoel Pedro PIMENTEL, *op. cit.*, p. 115).
- (8) Relevante assinalar que essa norma incriminadora não é extensível às chamadas **armas brancas**. A despeito de não haver - contrariando, na aparência, o modelo redacional empregado no restante dos dispositivos - vinculado literalmente as classes de "arma de brinquedo" e "simulacro de arma" às **armas de fogo**, o Legislador não fugiu à epígrafe que introduz o texto legal, Socorre-se, aqui, do "critério do justo": seria, *ad exemplum*, iniquidade a apenação, como **crime**, do porte ilegal de faca fictícia, em contraste com o porte ilegal de faca verdadeira, punível como mera **contravenção**, de acordo com o que reza o art. 19 da LCP, que, em relação às armas brancas, remanesce hígido.
- (9) No terreno ordinário, os termos "arma" e "brinquedo" são intelectivamente inconcordáveis. Guardam entre si uma antinomia que impede a adjetivação de um pelo outro, a não ser pela intervenção da fantasia que comanda a atividade lúdica.
- (10) Aqui, a inconciliação ideativa desaparece, por assumir conotação muito particular.
- (11) Cf. Carlos MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 9ª ed., 1979, p. 109.
- (12) *In verbis*:
 "Art. 10.:
 Pena - detenção de um a dois anos e multa.
 § 1º
 § 2º Nas mesmas penas incorre quem:
 I -
 II - utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes;
"

A CRISE DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Alexandre Nemer ELIAS*

1. UM RESUMO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

Desde o direito romano até a Revolução Francesa, o processo civil esteve muito ligado ao direito material sendo considerado como *simples meio de exercício de direitos*¹. Nas ordenações, o direito processual e o material faziam parte de um corpo só confundindo institutos que se interagiam intensivamente entre si dificultando o desenvolvimento jurisdicional.

Com a proclamação da Revolução Francesa e o surgimento dos princípios da separação dos Poderes e do monopólio da justiça por um poder soberano da nação, a legislação napoleônica, que era vigente, foi substituída pelo *Code de procédure civile* de 1806 começando, assim, as construções científicas entorno do direito processual.

A criação do *Code de procédure civile* francês de 1806 foi o marco histórico da evolução processual na Europa continental influenciando muito a Itália quando da ocupação francesa. Com isto, o direito processual italiano teve seus institutos e princípios

(*) Advogado especializado em direito do consumidor

Aluno do curso de especialização em direito processual civil pela PUC-Campinas.

nascidos das idéias francesas e assim copiados pelo *Codice di procedura civile* italiano de 1865.

Também na Alemanha, a legislação processual teve como ponto de partida o código processual francês, sobretudo na oralidade, dando surgimento, assim, ao *Zivilprozessordnung* de 1877.

Com todas estas modificações e com o advento da obra de Oskar von Bülow, *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, em 1868, os juristas europeus perceberam que o processo não era apenas a exteriorização do direito substancial e sim um complexo de atos que dão corpo e originam uma ligação entre os seus sujeitos.

Desde lá, se intensifica o estudo do direito processual como ciência própria que possui seus pressupostos, seus sujeitos e seu objeto e, acrescentando a tudo isto, Celso Neves instituiu, a contrário ao trinômio processual, o seu quadrinômio processual².

No Brasil, estamos presos ainda a certos dogmas que ligam, ou erroneamente o processo ao direito material confundindo o mérito aos pressupostos processuais e condições da ação, ou simplesmente abandonam todos liames necessários que assim caracteriza o processo como instrumento do direito material.

Na Itália, com a promulgação do Código de Processo Civil de 28.10.1940 e em vigor a partir de 21.4.1942, não se tem a preocupação quanto à ligação das condições da ação ao mérito da causa. O Código de Processo Civil italiano, com a influência de Redenti e Carnelutti, simplesmente afastou esta possibilidade que Liebman inseriu no direito processual brasileiro e adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 sob a influência de Buzaid.

Determina o artigo 100 do Código de Processo Civil italiano:

“Para propor uma demanda ou para contradizê-la será necessário ter interesse nela.”

Por isso, a inserção da condição *possibilidade jurídica do pedido* só faz regredir o direito processual à teoria utilizado em séculos atrás e acaba por difundir esta idéia imamentista atrapalhando as demais condições da ação.

Por quantas vezes não se vê o julgador extinguir o processo sem o julgamento do mérito porque aquele demandante não possui o direito material em nome próprio quando, na verdade, este deveria julgar o mérito antecipadamente impedindo que haja nova propositura da ação.

2. A CRISE DA AUTONOMIA DO PROCESSO CIVIL

A crise da autonomia do direito processual surgiu da própria evolução da escola processual brasileira em perceber que o Código de Processo Civil não mais estava apto a tutelar os novos direitos materiais tendo que reverter em grande *enxertos* de legislações esparsas para que se corrigisse esta falta, sem mencionar que, mesmo na Itália e na França, ocorre o mesmo porém, lá há uma diversificação legislativa que possibilita uma maior elasticidade em seus provimentos e tutelas jurisdicionais.

Percebeu-se que durante todo este século o direito processual se distanciou e muito do direito material na euforia da escola paulista em pregar a autonomia processual resultando na criação de vários institutos processuais que resultou na cisão do direito processual ao direito material. Sabemos, ainda, que esta preocupação não é só em nível nacional. Na Itália e na França a preocupação é a mesma.

É claro que a legislação nacional guarda certos resquícios da teoria imamentista da ação, porém, o que fazer neste sentido com um Código Civil criado durante a primeira década de nosso século se a teoria autônoma do processo só se firmou após a metade deste século até a atualidade.

Grande exemplo é o artigo 75 do Código Civil que reza:

"A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura."

É patente que a ligação entre a ação como instituto processual e o direito material é existente porém, deve-se comedir a força entre esta conexão já que um direito não pode interferir diretamente no outro sob pena de se perder a real finalidade de cada instituto.

Assim, com grande propriedade, PROTO PISANI ensina que entre o direito processual e o direito material existe uma *interdipendenza* já que:

"Come, infatti, il diritto processuale no potrebbe esistere senza il diritto sostanziale (indispensabilità del diritto sostanziale), così - è ora da aggiungere - il diritto sostanziale non potrebbe esistere senza il diritto processuale. Por nella diversità, vi è una stretta interdipendenza (cioè dipendenza reciproca) tra diritto sostanziale e diritto processuale)."³

Esta interdependência não chega ao ponto da autonomia e nem aproxima-se muito na doutrina que firmava a adjetividade entre os direitos influenciando muito nas conceituações como por exemplo do instituto da ação no direito processual.

Justifica-se este entendimento ainda na presença do monopólio jurisdicional pelo Estado e na proibição da autotutela e da autocomposição. Assim explica PROTO PISANI que:

"Ne segue che senza diritto processuale il diritto sostanziale non può esistere in un ordinamento caratterizzato dal divieto di autotutela privata (quanto meno non può esistere come fenomeno giuridico, in quantola sua attuazione, anziché essere garantita dallo Stato, è rimessa ai meri rapporti di forza: com la conseguenza che il detentore o i detentori del potere di fatto divengono i detentori del

*potere legale, indipendentemente da quanto dispongono le norme sostanziali e che i conflitti di interesse si risolvono non secondo "giustizia", alla stregua dei criteri legali, bensì secondo i rapporti di forza)."*⁴

Com isto não podemos chegar ao entendimento que não se tem uma independência e muito menos uma dependência entre os direitos processuais e materiais.

Engrandecer a importância do direito material impondo uma submissão ao direito processual resulta nos grandes problemas que hoje passa os juristas brasileiros na discussão da extensão de certos institutos como o das condições da ação notadamente quanto a *possibilidade jurídica do pedido* abandonada por seu criador nas últimas edições de seu *Manuale di diritto processuale civile*⁵, além das outras grandes confusões em se utilizar os princípios fundamentais de um direito material individualista em confronto a um direito processual extremamente social⁶.

Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo prosseguem com este entendimento na doutrina italiana reafirmando as posições quanto da interdependência entre o direito material e processual utilizando-se das garantias constitucionais para fundamentar a necessidade da elasticidade das tutelas processuais para alcançar a sua finalidade como meio:

"Gli ultimi due problemi dianzi prospettati completano il quadro garantistico, ponendo solide premesse per l'elaborazione di un concetto costituzionale di tutela, il quale sappia collocarsi al di sopra delle formali distinzioni tra diritto sostanziale e diritto processuale, incorporando senza contraddizioni aspetti giuridici dell'uno e dell'altro."

E continua:

*“Ora, l’effettività qualitativa, di cui si è fatto cenno, attribuisce alla tutela in senso costituzionale un’elasticità intrinseca e un’atipicità contenutistica, proprie dei remedies di common law, sottolineando la particolare rilevanza che, in proposito, assume lo scopo funzionale dell’«agire in giudizio», «per la tutela» di un diritto o di un interesse sostanziale (articolo 24, comma 1).”*⁷

Fica claro assim que a necessidade vem de uma exigência própria da Constituição da República tanto quanto na Itália quanto no Brasil. A exigência constitucional do acesso à justiça é mundial e não pode ser restringido e muito menos limitado por normas constitucionais não aptas a efetivar esta imposição.

Assim, a lacuna da norma que não protege o direito material em sua inteireza não pode ser obstáculo para a efetividade destas e, com fundamento no artigo 4^a da Lei de Introdução do Código Civil, é totalmente cabível o julgador mobilizar-se com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito para dar, à esta norma material, a efetividade reclamada pela Constituição da República.

Os mesmos autores arrolam os requisitos essenciais das tutela jurisdicionais necessárias atualmente:

“Così concepita ex ante, la tutela in senso costituzionale, cui tende l’azione in giudizio viene ad implicare:

a) la possibilità, seria ed effettiva, di ottenere dal giudice un provimento di tutela (cioè, in altre parole, un provvedimento di merito), il quale sai consocio alla natura delle situazioni soggettive tutelabili e sai omogeneo com esse, soddisfacendo pienamente il "bisogno di tutela" di chi abbia agito;

b) l'elasticità e la differenziabilità delle forme di tutela, in rapporto alle caratteristiche variabili dei diritti o interessi azionati;

c) la rilevanza garantistica di qualsiasi forma ammissibile di tutela giurisdizionale (sai essa: di condanna, d'accertamento o costitutiva; tipica o atipica; preventiva o reitregativa; esecutiva, o anche cautelare), purché omogenea con la situazione tutelabile e adeguata a tal punto da accordare il massimo possibili di protezione concreta.”⁸

Não é senão esta a idéia crescente em nosso direito. Cândido Rangel Dinamarco, com a enorme propriedade que lhe é peculiar, ensina que:

“A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional.”⁹

Portanto, elasticidade das tutelas processuais para alcançar toda e qualquer tipo de direito material é necessidade atual e imprescindível para o desenvolvimento do processo civil sem que seja necessário, a toda mudança legislativa no plano substancial, ter que alterar ou completar os dispositivos processuais para acompanhar o direito substancial.

A criação das Tutelas Específicas contidas no artigo 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor é um grande exemplo deste fenômeno.

Com elas percebeu-se a precariedade da classificação trinária dos efeitos das sentenças. os juristas devem tratar as tutelas da forma mais genéricas possíveis em uma procedimento de evolução elástico capaz de acobertar a prestação jurisdicional em sua totalidade.

3. A CRISE DA CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS EM FACE DA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE O DIREITO PROCESSUAL E O DIREITO MATERIAL

Um aspecto muito importante e que trouxe à doutrina processual a importância em reexaminar os conceitos formulados diante a eficácia sentencial no processo civil foi a identificação da insuficiência na concepção atual das eficácia das sentenças para a tutela de certos direitos materiais.

Luiz Guilherme Marinoni, precursor desta idéia no direito brasileiro, importando a doutrina italiana sobretudo a de Salvatore Mazzamuto¹⁰ além de Cristina Rapisarda¹¹ e Adrea Proto Pisani¹², alerta, com com grande propriedade, os aspectos negativos da imutabilidade do direito processual. Com isto, explica que:

*"Portanto, a primeira conclusão que se impõe, quando se constata que a doutrina processual moderna vive o momento da redescoberta dos laços do direito processual com o direito material, é no sentido de que a classificação trinária das sentenças, pelo simples fato de ignorar as necessidades do direito material, não está de acordo com as novas tendências do direito processual civil."*¹³

Apesar de concordar em termos com o emérito professor da Universidade Federal do Paraná, discordo no ponto que esta necessidade seria suprida quando da inserção das tutelas executivas para todos os direito materiais e da inserção da tutela material quando da prevenção do dano e do ilícito.

Isto só iria prorrogar mais problemas já que a possibilidade do surgimento de outras tutelas materiais que exigirão procedimentos e tutelas diferenciadas é só uma questão de tempo.

Uma saída para isto, com fundamentona doutrina italiana, é a criação de uma tutela processual única que acobertaria um procedimento condicionado ao desenvolvimento processual e dirigido

pelo julgado até que, ao final, tenha este mesmo julgado, a possibilidade de escolher a tutela que melhor ampararia o direito.

É claro que esta idéia é posta aqui a grosso modo não podendo ser analisada a fim de delimitar o alcance do instituto, porém, o próprio MICHELE TARUFFO admitiu esta idéia quando da análise constitucional do direito de ação visto *supra*.

4. CONCLUSÃO

Portanto, é de grande importância somar à fase instrumentalista, ora em curso, o conceito de interdependência do direito material ao direito processual, afastando do processo os valores materiais que impedem este direito de evoluir aos seus escopos sociais pois se prendendo a valores individuais prevalentes do direito material.

Não se devem apenas religar os laços entre o direito processual e o direito material. É necessário que esta relação seja suficientemente distanciada afastando as miscigenações institucionais entendendo que o processo não vive sem o direito material e muito menos o direito material vive sem o processo.

Portanto, a instrumentalidade não é somente do direito processual mas também do direito material e se para isto seja necessária a reformulação das tutelas jurisdicionais pela aplicação do artigo 4^a da Lei de Introdução do Código Civil, os julgadores deverão ater-se à necessidade da efetividade processual até que então seja possível, por uma reforma legislativa, a concretização deste sonho.

Portanto, vê-se que o direito processual pode e deve ter uma certa autonomia desde que não se prejudique a estrutura fundamental do próprio direito.

Discordo, assim, daqueles que pregam a qualquer ramo do direito a qualidade de *finalidade extrínseca*. Para mim, não há

campo jurídico que possa ser independente e seja o elo final da corrente.

O fim do Direito não é o próprio Direito e sim o aspecto geral incorporado por aqueles que se socorrem deste seja materialmente ou processualmente.

NOTAS

- (1) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 42.
- (2) *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 199.
- (3) *Lezioni di diritto processuale civile*. 3ª ed., Jovene Editore: Napoli, 1999, p. 04.
- (4) *Op. cit.*, p. 04.
- (5) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 153.
- (6) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 161.
- (7) *Lezioni sul processo civile*. 2ª ed., Bologna: il Mulino, 1998, p. 64.
- (8) *Op. cit.*, p. 65.
- (9) *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 25.
- (10) *L'attuazione degli obblighi di fare*. Napoli: Jovene, 1978.
- (11) *Inibitoria (azione)*. Enciclopédia Giuridica Treccani. V. 17.
- (12) *Op. cit.*, p. 34.
- (13) MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO SINÔNIMO DE DIÁLOGO JUDICIAL

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS*

RESUMO

O presente artigo refere-se à análise sucinta de questões relevantes acerca do princípio do contraditório e da ampla defesa consagrado em nossa Magna Carta (artigo 5, n. LV). As alterações ocorridas em decorrência da nova redação do dispositivo no sentido de que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", ampliando o seu alcance e o seu verdadeiro significado como fonte de diálogo judicial nortearam esse estudo.

ABSTRACT

This article refers to the brief analysis of important subjects concerning the beginning of the contradictory and of the wide defense consecrated in our Magna Carta (article 5, n. LV). The alterations happened due to the new composition of the device in the sense that "to the litigants, in lawsuit or administrative,

(*) Advogada e aluna do Curso de Mestrado em Direito Processual Civil da PUC-Campinas.

and to the accused in general are insured the contradictory and wide defense, with the means and resources to her inherent ", enlarging its reach and its true meaning as source of dialogue judicial they formed sediment that study.

INTRODUÇÃO

No afã de se atingir a efetividade do processo chegou-se ao entendimento de que há necessidade de revisitar uma série de institutos jurídicos e questões relevantes para o Direito de forma geral, no sentido de se mudar a mentalidade dos operadores do Direito e reformular a idéia de prestação jurisdicional. A cooperação das partes no processo é uma dessas questões. Para ser possível escolher-se a norma jurídica aplicável mais adequada ao caso concreto, para que a interpretação da "mens legis" seja a mais plausível, deve haver um trabalho conjunto entre as partes e o julgador. Isso, sempre no sentido de se atingir uma maior efetividade do direito, para que o direito de defesa e a tutela de outros valores sejam garantidos, como por exemplo, a concentração e a celeridade do processo.

A Justiça deve ser estruturada no sentido de se assegurar da melhor forma possível o direito de se defender, com possibilidade das partes influenciarem de alguma forma na decisão judicial, com a oitiva das mesmas para esclarecer e declarar o que for necessário e sobre aquilo que diga respeito aos rumos que o litígio irá tomar, consoante a filosofia adotada pela nossa Magna Carta, em especial, com referência ao princípio do contraditório. Deve-se ter sempre em mente que a melhor decisão não é a que beneficia as partes, mas sim, o interesse público, satisfazendo-o a ponto de garantir maior confiabilidade à administração da justiça.

I. ALGUNS DADOS HISTÓRICOS RELEVANTES:

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não figuram historicamente de forma explícita no que tange aos procedimentos civis e administrativos:

No processo criminal:

Emenda Constitucional n.1/69	artigo 153, parágrafos 15 e 16
Constituição de 1967	artigo 150,
Constituição de 1946	artigo 141, parágrafos 25 a 27
Constituição de 1934	artigo 113, número 24 a 27
Constituição de 1891	artigo 72, parágrafos 15,16 e 23
Constituição de 1824	artigo 179, n 11 e 17

Direito Comparado:

Alemanha	artigos 2 (2),103 e 104
EUA	Emendas V e VI
França	Preâmbulo; artigo 66
Portugal	artigos 27, 29 e 32
Venezuela	artigo 60 (5)

A Magna Carta de 1215 diferenciando-se da anterior que alcançava apenas o processo penal, prevê e possibilita um contraditório mais atuante e amplo que atinge não só o processo penal, mas também os processos civil e administrativo.

O princípio do contraditório é espécie da qual o princípio do devido processo legal é gênero. Esse princípio do "due process of law", expressão originária do direito inglês é compreendido como a base de todos os demais princípios e possui como substrato a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, pleiteando o que acredita ter direito e defendendo-se de forma plena de todas as

acusações a ela imputadas mediante a utilização de todos os meios legalmente permitidos.

A primeira ordenação jurídica a citar o princípio do devido processo legal ou garantia de um julgamento regular, que se tem conhecimento, foi a Magna Charta de João Sem-Terra no ano de 1215, denominado de "law of land", posteriormente, no ano de 1354, durante o reinado de Eduardo III, chamado de "due process of law".

O direito ao procedimento do contraditório deriva do princípio do devido processo legal.

Consoante se extrai de lições doutrinárias tradicionais, o princípio do contraditório sempre foi considerado como exigência de audiência e igualdade das partes, imprescindível e contrapondo-se ao princípio inquisitorial. Manifestar-se-ia especialmente quando o interesse público devesse sobrepor-se ao particular. No entanto, tal definição, assim como a do próprio processo sofreram alterações significativas em decorrência da evolução histórica da sociedade e de suas novas necessidades. Na medida em que o Direito apresenta como pressuposto servir à sociedade e por ela clamar por maior efetividade do Direito, passou-se paulatinamente a mesclarem-se preocupações extremamente privatísticas do direito com questões publicísticas, mais voltadas às questões sociais do direito, ao fim social, ao bem comum. Assim, os jurisdicionados anseiam pela concretização de seus direitos, não aceitando meras promessas formalísticas. Desta feita, iniciou-se um processo pelo qual, aos poucos, procura-se eliminar formalismos exacerbados da doutrina processual conceitualística, como, por exemplo, ao conceber o princípio do contraditório não apenas como uma mera possibilidade de participação no processo, mas sim como uma garantia de efetiva participação. Seria dessa forma, um verdadeiro direito fundamental.

O princípio do contraditório é uma garantia, um direito constitucionalmente assegurado. Ele possui uma história e não se mostra de forma alguma indiferente às circunstâncias e valores da

época em que é exercido. Um bom exemplo disso é o de que, antes, o contraditório só ocorria com a submissão voluntária da parte passiva da demanda.

Hodiernamente, com a influência de novos valores, o princípio do contraditório tem sido entendido de forma mais ampla, principalmente no que tange à necessidade de maior ativismo judicial, e na busca da efetividade do Direito. Há procura pela satisfação efetiva dos consumidores do direito e não apenas por meras declarações formais de que se tem direito.

O ideal de que a Justiça deve estar mais próxima, mais acessível, mais efetiva, tem marcado os mais avançados sistemas legais do nosso século. Assim, não se pode mais conceber o contraditório de maneira meramente formal, como simples requisito técnico de caráter não essencial, mas sim, o compreender como sendo realmente imprescindível para um processo justo. O diálogo judicial conquista dessa forma, lugar de destaque na formação do juízo, elevando a colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, consoante as regras formais do processo.

2. NOÇÃO DE PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ANALISADO SOB A LUZ DA MODERNIDADE:

Hodiernamente, o princípio do contraditório e da ampla defesa representa verdadeiro objetivo político do provimento jurisdicional o administrativo mediante a outorga, pelo ordenamento jurídico, de garantias de participação igualitária das partes no processo. Há dessa forma, relação intrínseca desse princípio com o tratamento paritário das partes no processo - consagrado no artigo 121, I do CPC e com o princípio constitucional do Direito de Ação. É direito indisponível e que assegura a todos os indivíduos, indistintamente, o direito de defender-se amplamente contra as acusações que lhes são imputadas. É nesse sentido, garantia que às

partes seja dado o direito de falar, dentro dos limites legais, de dialogar, e buscar o convencimento do magistrado. O exame das questões apresentadas aos magistrados deve ser realizado sob o prisma do princípio da efetividade, buscando-se sempre a satisfação do jurisdicionado. A ele deve ser conferido o direito e a possibilidade de exigir que o Estado apresente à sociedade instrumentos capazes de compor as controvérsias de forma adequada e útil. Assim, às situações materiais apresentadas deve haver correspondentes formas de tutela aptas a garantir a realização do direito que delas emerge.

3. RELAÇÃO INTRÍNSECA DO TRINÔMIO INFORMAÇÃO-REAÇÃO-DIÁLOGO EXISTENTE NO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA:

Ao contrário da submissão voluntária da parte passiva da demanda, espera-se que o princípio do contraditório e da ampla defesa seja utilizado agora como instrumento para as partes poderem atuar ativamente dentro do processo. Deflui daí, a necessidade de se criar ambiente propício ao diálogo, à colaboração das partes para o esclarecimento de uma situação controvertida levada ao magistrado para que seja composta da melhor forma possível. E, para tanto, nada melhor do que a participação dos maiores interessados, as partes, que antes de tudo, têm as melhores condições para explicarem os meandros, pontos obscuros da lide apresentada. Afinal, eles a vivenciaram desde o seu nascimento e de alguma maneira tiveram suas vidas alteradas por ela, e por isso possuem grande interesse na sua composição.

Não se concebe mais o princípio do contraditório como sendo simplesmente a oportunidade de audiência bilateral, prerrogativa considerada atendida quando se concede às partes o direito de serem ouvidas. Objetiva-se agora, uma ampla e efetiva investigação da verdade. Além de serem informados do que ocorre no processo, às partes deve ser assegurado o direito de falar efetivamente no processo, explicitando suas razões e dialogando

com a outra parte e com o julgador. Ao invés de uma participação meramente formal das partes, busca-se o diálogo entre elas e o julgador, esperando-se também desse, um maior ativismo. O consagrado brocardo "da mihi factum dabo tibi ius", deve, diante dessa postura dialética do processo, ganhar contornos mais abrangentes.

Se por um lado, com essa nova postura, não se obrigará mais que o julgador contente-se com uma visão parcial extraída do material fático trazido ao processo exclusivamente pelas partes, por outro, será garantida a possibilidade de o julgador atuar em maior conformidade com a sua função social. Ao invés das partes terem que se sujeitar passivamente às decisões jurídicas ou fáticas da causa efetuadas pelo magistrado, elas terão a oportunidade de pronunciar-se e intervir efetivamente no processo. A investigação da "verdade" não ficará a cargo somente do julgador, mas será desenvolvida em parceria com as partes, que não mais serão vistas como meros "objetos" de pronunciamento judicial. A forma passiva, acrítica cede lugar ao ativismo conjunto das partes e julgador, orientados sempre pela possibilidade de se analisar criticamente o que lhes for apresentado, expondo dentro dos limites legais, as suas razões, garantindo maiores oportunidades para se chegar a melhor decisão, garantindo o direito a quem realmente o possua. Assim, por meio do diálogo consciente, da efetiva participação das partes e julgador no processo, há a oportunidade para que os princípios democráticos, em especial, o referente à dignidade humana, possam imperar.

4. EMBASAMENTO LEGAL, A QUEM SE DIRIGE E PRINCIPAL DIFERENÇA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

O princípio do contraditório e da ampla defesa encontra embasamento legal em dispositivos como o relativo ao direito de ação e de defesa (art. 5, XXXV), que consagra o direito de invocar

a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Pode ser evocado tanto por quem invoca a jurisdição como por aquele contra quem se age - demandado.

Todos os litigantes indiscriminadamente podem evocar o amparo do princípio do contraditório e da ampla defesa, seja autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistente, MP atuando como parte ou custos legis. Ou seja, todos os que tiverem a intenção de invocar uma pretensão consubstanciada em um direito material perante o Estado-juiz, possuem igualmente o direito de invocar o princípio sob tela em seu favor. Não obstante, os auxiliares da Justiça como o perito e as testemunhas não possuem a prerrogativa de invocá-lo pela inexistência de pretensão em jogo.

Diferentemente dos demais princípios constitucionais, o princípio do contraditório e da ampla defesa não admite exceções. Ele deve ser observado integralmente. Objetiva-se com isso proporcionar às partes igualdade de oportunidades e instrumentos processuais para que as mesmas tenham condições de assegurar seus direitos e pretensões da forma mais ampla possível. Tais prerrogativas devem abranger desde o direito de ação da parte que pleiteia a instauração do processo para a prestação da tutela jurisdicional até a defesa a ser objetivada pela parte contrária naquela ação.

5. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS:

Com relação aos processos administrativos, apesar de no campo administrativo não haver necessidade de tipificação estrita que subsuma a conduta à norma de forma rigorosa, não se pode conceber que a capitulação do ilícito administrativo apresente-se tão aberta a ponto de ser capaz de atrapalhar o direito de defesa. Mesmo porque, é fato notório que a ninguém pode ser imposta uma

penalidade sem que lhe tenha sido assegurado direito de defender-se de forma ampla, contraditar o que lhe foi imputado, conforme o preceituado pelo princípio do devido processo legal e de alguma forma o prejudica.

6. IDÉIAS PRINCIPAIS

O princípio constitucional do contraditório consiste em se garantir às partes as mesmas oportunidades e instrumentos processuais hábeis para a efetivação de seus direitos e pretensões, ao ajuizar uma ação, ao deduzir respostas, ao requerer e realizar provas ou ainda ao recorrer das decisões judiciais.

A nossa Magna Carta de 1988 previu o princípio do contraditório e ampla defesa em um único dispositivo, aplicável expressamente aos litigantes, em qualquer processo, judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (art. 5, inciso LV). No que tange ao processo penal, são consideradas indispensáveis quer a defesa técnica exercida por advogado, quer a autodefesa com a possibilidade concedida ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. Em decorrência desse princípio advém a necessidade e obrigatoriedade de se dar ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo seu adversário. Afinal, somente conhecendo-os poderá efetivar o contraditório de forma ampla. Além de ser um princípio informativo do processo, sendo desta forma, parte integrante da estrutura objetiva que é o processo, apresenta também um aspecto subjetivo não menos relevante, que analisa esse princípio não apenas como sendo uma garantia fundamental, mas como verdadeiro direito fundamental. Assim, tal princípio deve ser entendido como princípio constitucional, norma jurídica positiva, e de hierarquia superior.

É sabido que em todo processo contencioso há pelo menos duas partes: o autor e o Réu. Ao autor (demandante) a instauração da relação processual que só completa com o chamamento do réu a juízo. Mas essa situação circunstancial,

ocasional e exterior, de um dos sujeitos pleitear perante o judiciário o acolhimento de suas pretensões antes do demandado não pode ser utilizada como justificativa para se conceder ao primeiro armas diversas daquelas oferecidas ao segundo. A paridade de armas entre os sujeitos parciais do processo deve ser efetivada e o contraditório seja observado na medida em que se proporciona às partes igualdade de meios processuais para que ambos tenham igualdade de condições para fazerem valer seus direitos ao menos no que tange aos recursos processuais. O contraditório possui relação direta com o princípio constitucional da igualdade que reza que todos são iguais perante a lei. A lei não deve privilegiar ou perseguir, mas buscar regular a vida em sociedade de forma equânime. Às partes deve ser assegurado o direito de participação no processo mediante a utilização de todos os meios e armas permitidas pelo direito objetivando o convencimento do magistrado. Este, por sua vez, deve ter a liberdade possível e necessária para proferir um julgamento favorável a quem realmente possua o direito em questão. E, consoante lição do jurista Cândido Rangel Dinamarco, "Na teoria do poder fala-se em sua dinâmica, para designar o modo como ele se exerce, ou seja, o que em direito processual é o processo". Na realidade, as definições pecam um pouco pela imprecisão, não sendo raro falar de algo como o "mecanismo de transmissão dos resultados de seleção" como sendo o poder mesmo e não o processo mediante o qual se exerce. Certo é, no entanto, que hoje facilmente se compreende que todo poder se exerce mediante um procedimento, caracterizando-se este como processo desde que seja feito em contraditório.

A análise do princípio do contraditório e da ampla defesa não pode realizar-se de forma desvinculada do exame do devido processo legal. Constata-se com a leitura do nosso texto constitucional que o mesmo incorporou o princípio do devido processo legal, já consolidado na "Magna Charta Libertatum" de

1215, de extrema relevância no direito anglo-saxão. Da mesma forma, o artigo XI, número 1, da Declaração Universal dos direitos do Homem dispõe:

"todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

A nossa atual Constituição foi inovadora em comparação às anteriores por ter feito de forma explícita referência ao devido processo legal e também à privação de bens como matéria apta a beneficiar-se dos princípios próprios do direito processual penal. Expressão originária do direito inglês o "due process of law", ou princípio do devido processo legal consubstancia-se na garantia de um processo regular para que haja um julgamento justo. Tem como fulcro assegurar a dupla proteção ao indivíduo, seja no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, ou no âmbito formal ao garantir-lhe igualdade de condições com o Estado persecutor e ampla defesa.

Portanto, pode-se assinalar que o princípio do devido processo legal consiste na oportunidade efetiva concedida às partes de ter acesso à justiça, seja ao pleitear tutelar direitos que acredita ter, seja ao se defender de forma plena das acusações contra eles imputadas. E, como já anteriormente salientado, o princípio do contraditório e da ampla defesa deflue desse princípio "mater", e, que, conforme mandamento constitucional deve ser assegurado a todos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados de forma geral.

CONCLUSÃO

O princípio do contraditório e da ampla defesa é manifestação do Estado Democrático de Direito, relacionando-se

diretamente com o princípio da igualdade das partes e com o direito de ação. Ao se assegurar o princípio do contraditório e da ampla defesa assegura-se também o direito de ação e o direito de defesa, prerrogativas de todo o cidadão indispensáveis para o desenvolvimento da sociedade de forma ampla e efetiva.

Finalizando, o princípio do contraditório como sinônimo de diálogo judicial corresponde a uma verdadeira garantia de democratização do processo, impedindo que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* sejam utilizados como mecanismos opressores e autoritários que só serviram até hoje para impedir que a efetividade, como sendo a satisfação do jurisdicionado, ocorra de forma plena.

BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. 2v.
- CAPPELLETTI, Mauro. Relatório geral. **Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceeding**, Milano: Giuffrè, 1973.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. (coordenador) **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DENTI, Vittorio. **Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio**. Rivista di Diritto Processuale, XXIII (1968):217-231.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- GRASSO, Eduardo. **La collaborazione nel processo civile**. Rivista di Diritto Processuale, XXI (1966) : 580-609.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Criminais Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARZIA, Giuseppe. **"II contraddittorio nel processo esecutivo"**, in Rivista di Diritto processuale, 1978, II (v. também trad. Brás.: "O contraditório no Processo Executivo", in Revista de Processo, vol. 28).

A METAFÍSICA CONJETURAL DE MIGUEL REALE

Constança Marcondes CESAR

Se a fonte remota do pensamento de Miguel Reale é a obra de Kant, a fonte próxima da recente evolução de seu pensamento é a escola fenomenológica.

No texto que expressa de modo exponencial esta trajetória, *Verdade e Conjectural*¹, nosso autor busca "elaborar idéias metafísicas" que levem a compreender sujeito e objeto "na sua essencial correlação"².

A metafísica conjectural que Reale propõe consiste "numa tentativa de ir além dessa complicação dialética "do sujeito e do objeto, visando a algo que transcendentalmente a condicione..."³.

O ponto de partida da sua metafísica é a constatação de que o homem, na busca da verdade, se orienta por conjecturas. Reale começa por distinguir entre pensamento conjectural e discurso probabilístico, dizendo que o primeiro é apoiado em elementos qualitativamente considerados, em verossimilhança⁴, e recorre à imaginação, à intuição e à linguagem metafórica.

Negligenciado desde a Antigüidade - que privilegiou o pensamento analógico e probabilístico -, o pensamento conjectural não é um ceticismo, um relativismo, mas resulta da compreensão de que *verdade e conjectura* são termos complementares.

Quando há impossibilidade de se atingir diretamente o objeto visado, no plano do conhecimento ou da ação, a conjectura serve de fio condutor de reflexão; daí a volta, na filosofia contemporânea, ao mundo da vida e do senso comum, e à meditação sobre os futuríveis.

Reale pretende dar à conjectura não apenas a função de predição, mas "verificar se é possível atribuir ao pensamento conjectural um *status* lógico ou epistemológico próprio"⁵. Sua indagação encontra pontos de convergência com a temática da conjectura em Popper⁶, pondo em evidência o valor desta no que diz respeito à busca da verdade, e distinguindo-a do palpite gratuito.

A fonte kantiana do pensamento conjectural é evidenciada por nosso autor, quando este mostra que o pensador alemão, já na *Crítica da Razão Pura*, caracterizava a metafísica "como expressão de um raciocínio problemático"⁷, sem, contudo, abordar sistematicamente o assunto. O pensamento problemático, em Kant, exprime possibilidades lógicas; seu âmbito é delimitado por intuição e entendimento diversos do conhecimento racional; utiliza conceitos problemáticos, que abordam objetos não experienciáveis, mas passíveis de conhecimentos válidos, enquanto estes constituem princípios reguladores da razão pura. Kant estabelece correlações, ainda, entre pensamento problemático e pensamento analógico, fixando "as grandes linhas de uma metafísica problemática..."⁸, diz Reale, indagando sobre o sentido da história, da liberdade, da cultura⁹.

Um aspecto importante que o filósofo brasileiro põe em relevo, na obra de Kant, é a distinção entre *conjectura* e *quimera*: a conjectura "não contradiz a experiência, mas com ela se compatibiliza"¹⁰, tendo "o raciocínio problemático valor provisório, ou de mediação"¹¹.

O pensamento conjectural se caracteriza, segundo Reale, por quatro pontos: a) surge quando precisamos compreender o que não é abordável a partir das evidências empíricas; b) busca

transcender a experiência através do que é *plausível* aceitar, isto é, recusa contradições lógicas, recusa o absurdo; c) desenvolve-se no plano das *idéias*, porque não pode abordar seu objeto no plano dos *conceitos*; d) conjuga *intenção*, *recieriorialidade* e *imaginação*, para "pensar além daquilo que é conceitualmente verificável..."¹². É sempre tentativa de ir além da experiência, respondendo às questões *como se fosse possível* solucioná-las¹³.

Mais ampla que a probabilidade e a analogia, aliando razão e imaginação criadora, a conjectura busca superar a experiência, estabelecendo vetores de sentido.

O ponto de partida da metafísica realiana é Kant¹⁴; mas a filosofia de Reale quer ir além de Kant, colocando o pensamento conjectural como cerne de toda metafísica. Essa filosofia é, a seu ver, uma metafísica crítica, que "reivindica a validade do conjectural"¹⁵, afirmando-se como pluralista, hipotética e considerando a intuição como um dos elementos necessários do saber, mas só validade na medida em que se apresentar correlacionada aos outros elementos¹⁶. Tal metafísica não é ciência; esta última procede de problemas a soluções, enquanto aquela procede de problemas a conjecturas, isto é, "passa de um problema a soluções razoáveis ou plausíveis que envolvem outros problemas, até chegar-se a 'conjecturas fundantes'..."¹⁷. Seu objeto é a *validade*, não a *verdade* ou a *certeza*.

Recorrendo ao diálogo com a fenomenologia, especialmente a de Husserl e Merleau-Ponty, o filósofo brasileiro afirma a necessidade da metafísica e a faz desenrolar-se entre dois horizontes: o do âmbito da experiência e o da "transcendental razoabilidade", o de confronto com o transcendente¹⁸.

A validade da metafísica consiste em nos possibilitar uma certa perspectiva, uma apreensão mais clara de nosso desejo de transcendência e de significado, uma resposta às exigências espirituais de nossa época, uma "busca do sentido da *totalidade*..."¹⁹

Os temas privilegiados de sua metafísica são a liberdade, os valores, a cultura²⁰. Não se trata, aqui, de retomar o *cogito* de inspiração cartesiana; antes, deve-se buscar o que é comum a todos os eus, dialeticamente considerados, na sua relação inter-humana e na sua relação com o *Lebenswelt*. Ainda esse novo sentido da ontologia, inspirado em Hartmann, Husserl, Scheler, aparece na meditação de Reale sobre a ontologia dos valores²¹ e na sua leitura original do primeiro Heidegger, para quem a *temporalidade* e a *historicidade* são dimensões essenciais da existência humana.

A referência à corrente fenomenológica, pólo que marca o pensamento de Reale, não é contudo a de alguém que assume a escola como mero discípulo. A partir de Husserl, Heidegger, para além de Husserl, Heidegger: tal é a atitude de Reale, que estrutura uma filosofia própria. Correlacionando ontognoseologia e historicismo axiológico, nosso filósofo pretende "superar a atitude estática, puramente descritiva, do sujeito cognoscente perante a realidade, como ocorre na filosofia fenomenológica, para [levar] em conta a *originária historicidade do ser que conhece*"²².

Contra o *cogito* cartesiano, Reale põe o homem como um ser que pensa buscando alcançar novas verdades, novas realizações de seu ser, no tempo. A abertura para a *temporalidade* instaura o homem no mundo da *cultura*, do qual é inseparável. A permanente busca de aperfeiçoamento, de transcendência é também busca de comunicação, de intersubjetividade. Para além de Husserl, que postula o *eutranscendental*, Reale propõe a *intersubjetividade transcendental*, de um ser que se caracteriza pela *linguagem* e pela *abertura à alteridade*.

Por essa razão, reconhece que pensamento e linguagem, "atos concomitantemente individuais e coletivos [são] condicionados por quatro fatores, a saber:

- a) a consciência intencional (...)
- b) a natureza infinitamente determinável de algo (...)
- c) a igual natureza de todos os homens (...)
- d) a historicidade originária do homem (...) ²³.

Para Reale, o homem, ser perfectível, ser pessoal, tem como mundo o mundo da cultura, acervo espiritual comum, progresso em direção a valores - objetivados e traduzidos em obras criadoras, bens constituídos.

Dáí, criticando Husserl, Reale afirmar o pensamento conjectural, que "não pode (...) ser reduzido a mero momento provisório de uma intuição eidética, porque já assinala o ponto culminante de nossa meditação ontológica sobre a insuperável relação *eu-mundo*, ou o que vem a dar no mesmo, *espírito-natureza*" ²⁴. E ainda: "se, de um lado, a *Lebenswelt* condiciona as estruturas objetivas das ciências, estas, de outro lado, afluem ao mundo da vida, de tal modo que (...) ele se converte (...) em um mundo transformado segundo variáveis condições históricas" ²⁵. Há, desta forma, uma *dialética de complementaridade* entre a experiência estruturada segundo esquemas lógicos, culturais, dominantes em certo tempo ou história, e a criação de conjecturas e hipóteses.

As *conjeturas metafísicas*, enunciadas apesar de sua inverificabilidade, delineiam o horizonte do mundo cultural, uma vez que constituem "o *horizonte envolvente*, englobante da cultura" ²⁶.

Recorrendo ao conceito gadameriano de efetividade histórica, Reale medita sobre a correlação entre *valor e tempo*: o tempo histórico é *tempo axiológico*, a experiência da temporalidade humana é uma experiência de valores. Esses valores, apesar da multiplicidade com que se apresentam na história, são *constantes*

que asseguram a harmonia do mundo da cultura, porque, para Reale, há uma *identidade essencial do espírito humano*, apesar da pluralidade de indivíduos e de tempos. O tempo qualitativo, o tempo axiológico é o tempo da liberdade, que instaura, na natureza, o mundo da cultura.

No pensamento conjectural, a metafísica é "*o englobante fundamental da cultura*"²⁷, dado que possibilita o transcender do individual em direção ao *eu comum*.

Reafirmando, para além de Kant e da fenomenologia, a possibilidade da metafísica; pondo em relevo a importância do pensamento conjectural na busca da verdade e dos valores; meditando sobre o sentido ontológico da cultura e do tempo, Reale nos instaura no mundo qualitativamente considerado, no tempo propriamente humano, da inquietação pelo dever-ser e pela liberdade.

NOTAS

(1) Lisboa, Fundação Lusíada. 1996.

(2) id., p.13.

(3) id., pp. 13-16.

(4) id., p.15.

(5) id., p.18.

(6) id., pp. 18-20.

(7) id., p. 26.

(8) id., p. 31.

(9) id., p. 33.

(10) id., ibid.

(11) id., p. 34.

(12) id., p. 36.

(13) id., ibid.

(14) id., p. 37.

(15) id., p. 41.

(16) id., ibid.

(17) id., p. 42.

(18) id., p. 43.

(19) id., p. 113.

(20) id., p. 115.

(21) Veja-se, sobre isso, o importante artigo *Invariantes Axiológicas*.

(22) id., *Verdade e Conjetura*, p. 89. O próprio Reale assinala, em nota, na mesma página, os textos em que explicitou sua posição original: *Experiência e cultura*, caps. VI e VII: *Filosofia do Direito*, p. 87 e segs.; *Teoria tridimensional do Direito*, cap. V; *Introdução à Filosofia e Paradigmas da cultura contemporânea*, *passim*.

(23) id., p. 91.

(24) id., p. 97.

(25) id., p.100.

(26) id., p. 102.

(27) id., p.106.

A INTERNACIONAL: MEMÓRIA, HISTÓRIA, HISTORICISMO E HISTORICIDADE

Anna Gicelle García ALANIZ¹

Eduardo Ramos DEZENA²

*Na primeira noite eles se aproximam
e roubam uma flor
do nosso jardim.
E não dizemos nada.*
*Na segunda noite, já não se escondem:
pisam as flores,
matam nosso cão,
e não dizemos nada.*
*Até que um dia
o mais frágil deles
entra sozinho em nossa casa,
rouba-nos a luz, e,
conhecendo nosso medo,
arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada.*
(Eduardo Alves da Costa - 1964)³

E, como se não fosse o bastante, querem roubar nossa memória...

Existem dimensões do conhecimento humano em que todos sentem-se autorizados a colaborar, muito embora ignorem os pressupostos teóricos e os procedimentos científicos que norteiam

tais áreas. Um dos exemplos mais comuns no cotidiano ocorre com a disciplina de História, em que basta o indivíduo ter acesso a algum material didático ou de divulgação para que passe a produzir análises ou pronunciar-se sobre fatos totalmente fora de contexto.

Não basta uma cronologia ou um arrazoadado de fatos para dar historicidade a qualquer produção literária. Foi-se o tempo, felizmente, em que a história institucional baseava-se em crônicas positivistas, que apenas reproduziam as versões dominantes, dando destaque a meia dúzia de personagens construídos conforme os interesses vigentes. Nos últimos cem anos, a História, enquanto disciplina científica, passou por diversas mudanças no enfoque e nos objetivos da produção de conhecimento.

A maior parte das mudanças deve ser analisada a partir da obra de Karl Marx, filósofo, jornalista, economista e historiador. Marx deu dimensão e sentido ao que até então não passava de “sagas” institucionais. E, acima de tudo, aperfeiçoou a dialética de Hegel, proporcionando aos intelectuais um meio seguro de examinar a evidência com rigor científico.

Entretanto, Marx pode ser lembrado, do mesmo modo, por seus trabalhos como jornalista político militante, que lhe renderam mais de um exílio, e colaboraram para a difusão da doutrina socialista. Nesse contexto, devemos salientar, também, que Marx sempre será lembrado por ter participado da Primeira Internacional e por suas polêmicas virulentas com Proudhon e Bakunin, principais expoentes à época do socialismo libertário, hoje conhecido como Anarquismo.

Qualquer artigo que se suponha científico, tratando das diversas *Internacionais*, deveria deter-se ao menos um momento para examinar essas polêmicas e seus desdobramentos, que perpassam o movimento operário internacional até os dias de hoje. Deveria lembrar o fato de que a maior parte dos militantes anarquistas de dois continentes foi sistematicamente exterminada e massacrada nos primeiros anos de nosso século e até às vésperas

da Segunda Guerra Mundial, por diversas instâncias da repressão oficial. Do mesmo modo, socialistas e comunistas têm sido perseguidos sem trégua nos últimos cem anos pelo ocidente afora.

Para ter acesso a esses fatos não basta consultar o pífio material didático oficial ou obras de divulgação de autores sem qualquer rigor científico. Existe uma vasta historiografia sobre o movimento operário - nacional e internacional - bem como dezenas de dissertações de mestrado e teses de doutoramento, defendidas nas principais universidades de nosso país, e que constam das bibliotecas da USP, UNICAMP, PUC-São Paulo e PUC-Campinas.

Este prólogo nada mais tem por objetivo que expressar nossa surpresa com o conteúdo da “**Revista Jurídica**”, Vol. 15, nº 2, 1999, quando à página 108 encontramos o artigo “**A INTERNACIONAL - UM POEMA MELODIADO DA HISTÓRIA**”, de autoria do Professor de Direito Constitucional, e membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Carlos Henrique Maciel. Surpresa esta que se prendeu a dois fatores: primeiro a publicação de uma matéria sobre um tema que tem sido considerado tabu e que, até pouco tempo atrás, certamente não seria aprovado pelo conselho editorial; segundo, pelo alto teor de incorreções contidas nesse artigo, que certamente poderão trazer alguma confusão àqueles que não conhecem a história de lutas dos trabalhadores no mundo, e nem a grandiosidade, abrangência e significado da **INTERNACIONAL**.

Com a devida *venia*, gostaríamos de lembrar ao autor do referido artigo que a versão em língua portuguesa da letra da **INTERNACIONAL**, existe há muitos anos, tendo sido elaborada por **NENO VASCO**, um militante anarquista.



Neno Vasco

4

Ressalte-se ainda que esta versão sempre foi conhecida pelos militantes libertários, que constantemente procuraram divulgá-la em seus jornais, livros, revistas, panfletos, enfim, através de qualquer forma possível.

Outrossim, esta versão sempre esteve ao alcance de qualquer pessoa. Em 1985, a Imprensa Oficial do Estado de São Paulo publicou o livro **“A VOZ DO TRABALHADOR - ORGAM DA CONFEDERAÇÃO OPERARIA BRAZILEIRA”**, Coleção *fac-similar* 1908 - 1915, com prefácio do Professor Paulo Sérgio Pinheiro, onde encontramos todos os exemplares publicados do jornal **“A Voz do Trabalhador”**, e onde, por exemplo na página 3 do jornal publicado no dia 1º de maio de 1909, encontramos a letra em português da **INTERNACIONAL**.

A INTERNACIONAL sempre foi um dos símbolos da resistência e da luta dos trabalhadores, quer fossem suas bandeiras vermelhas ou pretas. Poetas como Berthold Brecht enalteceram o valor deste hino, com o respeito e a dignidade que lhe são devidos:

A INTERNACIONAL⁵

Camaradas relatam:
Junto à montanha de Pamir
Encontramos uma mulher, responsável por uma fazenda de coco
Que tem convulsões sempre que ouve
A Internacional. Ela contou:
Na guerra civil seu marido era
Líder de um grupo de guerrilheiros. Bastante ferido
Deitado em uma barraca, foi traído. Levando-o preso
Gritavam os Guardas Brancos: Não mais cantarás
A tua Internacional ! E diante de seus olhos
Violentaram sua mulher sobre a cama.
Então o homem começou a cantar.
E cantou a Internacional
Também quando mataram a criança menor
E parou de cantar
Quando lhe mataram o filho
E ele parou de viver. Desde esse dia
Diz a mulher, ela tem convulsões
Ao ouvir a Internacional.
E, ela conta, foi difícil
Encontrar nas Repúblicas Soviéticas um lugar de trabalho
Onde ela não fosse cantada
Pois de Moscou a Pamir
Não é possível hoje em dia
Fugir à Internacional.
Mas um pouco mais raramente
É ouvidas em Pamir.
E continuamos a falar sobre seu trabalho.
Ela contou que até então o distrito
Havia cumprido o Plano somente até a metade.
Mas o lugar é estava inteiramente transformado
Irreconhecível, torna-se cada dia mais familiar
Muita Gente nova produz

Trabalho novo, novo descanso
 E no próximo ano o plano
 Será talvez ultrapassado
 E quando isso acontecer uma fábrica
 Será construída: quando estiver construída
 Bem, diz ela, neste dia eu
 Cantarei a Internacional.

Conforme já mencionamos, os socialistas libertários sempre procuraram divulgar a letra, em português, da INTERNACIONAL, como fez, por exemplo, Edgar Rodrigues:

A INTERNACIONAL

Letra de E. Pottier. Música de Degeyter

Tradução de Neno Vasco

De pé! ó vítimas da fome!
 De pé! famélicos da Terra!
 Da Idéia a chama já consome:
 a crosta bruta que a soterra.
 Cortai o mal bem pelo fundo!
 A pé, a pé! não mais senhores!
 Se nada somos em tal mundo,
 sejamos tudo, ó produtores!

Bem unidos, façamos,
 nesta luta final,
 duma Terra sem amos
 a Internacional!

Messias, deus, chefes-supremos,
 nada esperemos de nenhum!
 Unamos forças e tornemos
 a terra-mãe livre e comum!
 Para não ter protestos vãos,
 para sair deste antro estreito,
 façamos nós por nossas mãos
 tudo o que a nós nos diz respeito.

Bem unidos, etc.

Crime de rico a lei o cobre,
 o Estado oprime o desgraçado:
 não há direitos para o pobre,
 ao rico tudo é tolerado.
 À opressão não mais sujeitos!
 Somos iguais todos os seres.
 Não mais deveres sem direitos,
 não mais direitos sem deveres!

Bem unidos, etc.

Abominável na grandeza,
 os reis da minha e da fomalha
 edificaram tal riqueza
 sobre o suor de quem trabalha.
 Todo o produto de quem sua
 a corja rica o recebeu:
 querendo que ela o restituísse,
 reclama o povo o que é bem seu.

Bem unidos, etc.

Fomos de fumo embragados:
 Paz entre nós, guerra aos senhores!
 Façamos greve de soldados:
 somos irmãos, trabalhadores!
 Se a raça vil, cheia de galas,
 nos quer à força canibais,
 logo verá que as nossas balas
 são para os nossos generais.

Bem unidos, etc.

Somos o povo dos ativos,
 trabalhador, forte e fecundo.
 Pertence a terra aos produtivos.
 ó parasita deixa o mundo!
 ó parasita que te nutres
 do nosso sangue a gotear,
 se nos faltarem os abutres,
 não deixa o sol de fulgurar.

Bem unidos, façamos,
 nesta luta final,
 duma Terra sem amos
 a Internacional!

6

Ressalte-se que, além de divulgar a letra, Edgar Rodrigues também apresentou a parte das notas, facilitando a execução do refrão



De pé... ó vi-ti-mas da fôr-ma! De pé, fe-ré-til-con da Ter-ra! Da jo-
 de-las cha-ma já con- 'so-me a crosta bru-ta neg-ro ter-ra. Com tal o
 mel.... bem pe-lo fin-de-ia pé, a pé, não mole-se-nho-rui! Se
 na-da so-mos em tel mun-do, se-ja-mos tu-dos pro-du-to-res! Bem u-
 ni-dos, fa-ça-mos, nes-ta lu-ta fi-nal, du-ma Ter-ra sem
 a-mos, a In-ter-na-cio-nal! Bem u-ni-dos, fa-ça-mos, nes-ta
 lu-ta fi-nal, du-ma Ter-ra sem a-mos, a In-ter-na-cio-nal!



Bastaria que o Professor Carlos Henrique Maciel entrasse em contato com qualquer militante, de qualquer partido de “esquerda”, ou com militantes das “centrais sindicais”, membros de sindicatos, militantes libertários, ou ter pesquisado na biblioteca do Instituto de Filosofia, Ciências Sociais e História da Unicamp, ou no Arquivo Edgar Leuenroth, também da Unicamp, que certamente encontraria esta versão, tão antiga.

Por outro lado, uma leitura na versão feita por Neno Vasco demonstra que a tradução feita pelo autor do artigo publicado nesta Revista, não conseguiu captar a verdadeira essência da **INTERNACIONAL**. Com efeito, as diferenças na versão feita pelo Professor Carlos Henrique Maciel atestam que ele não buscou, realmente compreender o motivo pelo qual a **INTERNACIONAL** é tão importante para a luta dos trabalhadores, e para a luta de todos aqueles que acreditam na liberdade, e buscam preservar a humanidade nas relações sociais.

E, perguntamos, por que teria incorrido o Professor em tal erro?

A elegância e a civilidade impedem-nos de suspeitar de qualquer espécie de má fé, entretanto, o ar de amável condescendência empregado no artigo, leva-nos a refletir que talvez o Professor Carlos Maciel não atribua aos operários do mundo o *status* de sujeitos de sua própria História. Ao recuperar de maneira superficial e reduzida a trajetória das *Internacionais* e ligá-la ao surgimento da canção, o Professor Maciel omitiu diversas informações importantes para a compreensão do movimento operário internacional e da própria canção.

As *Internacionais* devem ser compreendidas em sua temporalidade, isto é, ligadas ao momento político que lhes era contemporâneo. Assim, devemos pensar na Comuna de Paris, na Guerra Franco-Prussiana e nas diversas revoltas por pão e liberdade ocorridas ao longo da Europa, nas fábricas e nas minas de carvão. Do mesmo modo, devemos chamar a atenção para os leigos, que o

fenômeno que chamamos de Revolução Industrial, criou e propagou situações extremas de confronto, durante décadas, no processo de implantação das novas relações entre o capital e o trabalho.

Lembrando um dos maiores historiadores do movimento operário inglês, Edward Palmer Thompson:

“Não deveríamos ter como único critério de julgamento o fato de as ações de um homem se justificarem, ou não, à luz da evolução posterior. Afinal de contas, nós mesmos não estamos no final da evolução social. Podemos descobrir, em algumas das causas perdidas do povo da Revolução Industrial, percepções de males sociais que ainda estão por curar. Além disso, a maior parte do mundo ainda hoje passa por problemas de industrialização e de formação de instituições democráticas, sob muitos aspectos semelhantes à nossa própria experiência durante a Revolução Industrial. Causas que foram perdidas na Inglaterra poderiam ser ganhas na Ásia ou na África.”⁸

Assim, não existe apenas uma história do movimento operário, mas tantas histórias quantos movimentos operários existem. Cada uma com suas referências específicas, que nem sempre remetem às *Internacionais*, como é o caso dos militantes anarquistas. Entretanto, as experiências comuns de luta, confronto, opressão e massacre, inerentes a esses tantos movimentos operários, fizeram com que a canção “**A INTERNACIONAL**”, viesse a tornar-se um hino comum aos mais variados setores das esquerdas.

A INTERNACIONAL constitui a memória do movimento operário e foi traduzida nas mais diversas línguas há mais de noventa anos. Essa memória deve ser respeitada, uma vez que está impressa com o sangue de milhares de mártires da causa,

aqui mesmo no Brasil, e pelo mundo afora. Atitudes de amável condescendência como a do Professor Carlos Henrique Maciel ofendem os detentores dessas memórias, bem como escandalizam os historiadores presentes.

A história oficial e institucional já conseguiu despolitizar completamente o Primeiro de Maio, relegando ao anonimato os mártires de Chicago. Se deixarmos que a versão “expurgada” e despolitizada que o Professor Carlos Henrique Maciel deu à **INTERNACIONAL**, sobreponha-se àquela de Neno Vasco, estaremos não apenas prestando um desserviço à memória, bem como auxiliando o opressor a privar-nos de nossos principais referenciais. E afirmamos isso por acreditar que a Internacional não constitui propriedade dos movimentos operários, mas um patrimônio de todos os oprimidos e da irmandade entre os homens.

NOTAS

- (1) Doutora em Ciências: História Social pela Universidade de São Paulo.
- (2) Aluno do Curso de Especialização em Direito Tributário - PUC-Campinas.
- (3) COSTA, Eduardo Alves da – **No caminho com Maiakóvski**, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1985. [Poesia Brasileira]. Quarta capa.
- (4) PRADO, Antonio Arnoni e HARDMAN, Francisco Foot - **Contos Anarquistas - Antologia da prosa libertária no Brasil (1901-1935)**, São Paulo, Brasiliense, 1985. detalhe da capa.
- (5) BRECHT, Bertold – **Poemas - 191-1956**, São Paulo, Brasiliense, 1986. pp.101/102.
- (6) RODRIGUES, Edgar – **ABC do sindicalismo revolucionário**, s.l.p., Edições Achiamé Ltda., 1987. p.71.
- (7) RODRIGUES, Edgar, op. cit, página 70.
- (8) THOMPSON, Edward P. **A formação da classe operária inglesa**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987. p.13. v.1: A árvore da Liberdade.

RAZÃO HERMENÊUTICA: FENOMENOLOGIA, HERMENÊUTICA E PSICANÁLISE

Marcos José Alves LISBOA
Mestrado/PUC-Campinas

INTRODUÇÃO

Atualmente, em nossa cultura, o homem padece da rejeição de sua constituição ontológica, de um ressentimento provocado pelo cientificismo. A visão de mundo empobrecida, desfocada, turva diante dos riscos da unilateralidade moderna. Conseqüentemente, vivemos num mundo marcado por relações dicotômicas, conflitos na compreensão do outro, crise existencial e vazio ético.

As expressões lingüísticas do homem, que incluem a sua fala, são proporcionalmente ambíguas porque ao mesmo tempo revelam-no e ocultam-no. Entre duas formas de pensar, este ser é seduzido apenas por uma: *o cogito*, representante do voluntário, da intenção, da consciência.

Nestes termos, no processo de decifração do homem, reconhecemos a necessidade não apenas de uma ontologia ou de uma reflexão sobre o que ele é; de uma epistemologia ou de uma meditação sobre o que é o conhecimento dele, mas também de uma razão hermenêutica, cujo propósito é efetuar uma crítica às ilusões do sujeito, isto é, do que ele pensa ser ou conhecer.

O objetivo deste trabalho consiste, portanto, na caracterização da razão hermenêutica, a partir das contribuições de Paul Ricoeur, no contexto filosófico contemporâneo. No primeiro momento, então, analisaremos a questão do método fenomenológico e a hermenêutica e, a seguir, examinaremos como a psicologia se inscreve no debate hermenêutico filosófico contemporâneo. Por fim, trataremos das contribuições e do alcance dessas formas de reflexão para a razão hermenêutica.

HERMENÊUTICA E FENOMENOLOGIA A LINGUAGEM E O PROBLEMA DO DUPLO SENTIDO

O campo epistemológico abordado por diversos tratados filosóficos é a linguagem.

Na fenomenologia, o homem somente conhece a si mesmo através da linguagem. Ciências humanas ou naturais, religião, poesia também se apropriam de suas qualidades. E cercado por expressões de mundos tão diversos, o homem contemporâneo encontra a sua limitação. Envolvido na dinâmica da linguagem multívoca, o homem encontra-se confuso entre o aparente e o real.

Constatamos o equívoco das expressões na relação mostrar-ocultar do duplo sentido, não somente das palavras que velam o que querem dizer, mas também do símbolo. Diz Paul Ricoeur:

“A expressividade do mundo surge na linguagem através do símbolo como duplo sentido”. (Da Interpretação, São Paulo, 1974.p.23)

Esta discussão aponta para o exame de dois modelos de hermenêutica, a princípio, concorrentes: a restauradora de sentido, isto é, aceitação da realidade da mensagem, e outra, a desmistificadora de redução de ilusões. Ambas têm em comum a exigência da decifração, ou seja, da interpretação. Daí Ricoeur afirma:

“Portanto, se as expressões de duplo sentido constituem o tema privilegiado desse campo hermenêutico, logo é através do ato de interpretar que o problema se inscreve numa filosofia da linguagem.”.(ibid.:p.19)

No debate hermenêutico da linguagem estabelece-se qual a relação entre o “sentido primeiro” e “segundo”, entre o aparente e o real. Isso constitui um desafio à inteligência, às possibilidades de interpretação. Na verdade, há uma implicação recíproca entre o símbolo e a interpretação. Diz o nosso pensador:

“Todo mythos comporta um logos latente que exige ser manifestado. A interpretação pertence organicamente ao pensamento simbólico de seu duplo sentido”(Ibid.,p.26).

No âmbito da linguagem, essa “estrutura intencional” do símbolo não dá margem a uma consciência enquanto certeza de si mesma, mas há de deixar o pensamento livre e insatisfeito. Abre novos horizontes intelectuais. Descobre que a razão por si mesma não pode ser juiz da realidade, do estabelecimento de verdades absolutas expresso no sentido único das palavras, mas, nas múltiplas significações do duplo sentido do discurso. Daí Ricoeur afirma que:

“O símbolo não é uma não linguagem. O corte entre linguagem unívoca e multívoca passa através da linguagem. Talvez o trabalho incessante da interpretação seja aquele que revela essa riqueza, essa sobredeterminação do sentido e torna manifesta a pertença do simbólico no discurso integral”. (Ibid.,p.27).

A QUESTÃO DA UNIVOCIDADE

Na filosofia, o conflito das interpretações é uma constante. Desde a Antiguidade Clássica, a ontologia exige univocidade do sentido do ser: *“O ser é, o não ser não é”*, segundo Parmênides, e esta é a única essência buscada, conforme a tradição

grega. Em outras palavras, apenas um sentido é, verdadeiramente, válido para efetuar a devida compreensão e o diálogo entre os homens.

Tratar o problema sob o enfoque epistemológico, da relação sujeito-objeto não promove uma compreensão significativa. Há de se considerar também além de um “discurso do método” a existência, isto é, uma ontologia.

A reflexão de Scheleiermacher e Dilthey, no período da filosofia positivista foi, justamente, fundamentada na questão do conhecimento. Dilthey, sobretudo, estabeleceu um conhecimento da história à luz da crítica kantiana.

HERMENÊUTICA E O ENXERTO DA FENOMENOLOGIA

Husserl, na sua fenomenologia eidética, apontou para a compreensão do mundo vivido ou o não dito enquanto intencionalidade anterior à busca de conhecimento objetivo.

“Antes da objetividade, há o horizonte do mundo; antes do sujeito da teoria do conhecimento, há a vida prática a que Husserl, às vezes chama de anônima, não porque esteja a regressar por este desvio, a um sujeito kantiano impessoal, mas porque o sujeito que tem objeto é proveniente desta vida prática” (BLEICHER, J. *Hermenêutica Contemporânea*, Lisboa, Ed. 70, 1980.).

Na opinião de Ricoeur a abordagem estrutural, como o faz a semiologia e a semântica, empobrece a significação do real. A linguagem não precede o sujeito, porque é este (o que inclui o seu próprio corpo) quem fala e na fala está implicado e comprometido. Por exemplo, na psicanálise a relação entre a linguagem e o desejo, pode ser entendida como relação entre o dito e o não dito; o desejo que mascara a intenção, tolhe as palavras, logo, se não lhe decifrar

o sentido não será senhor de si mesmo. O sujeito vê-se, então, como Édipo diante do enigma da esfinge: *“Decifra-me ou devoro-te”*. Diz Paul Ricoeur:

“Antes que o sujeito se ponha consciente e voluntariamente ele já estava posto no ser ao nível pulsional. Esta anterioridade da pulsão com respeito à tomada de consciência e à volição significa anterioridade no plano ôntico com relação ao plano reflexivo, a prioridade do existo sobre o penso” (Conflitos da interpretação, São Paulo, Imago, 1972.p.222)

A subjetividade hipostaziada, na filosofia moderna, torna-se alvo, neste ponto, da razão hermenêutica ou uma hermenêutica da existência cujo princípio se traduz na eliminação das ilusões da consciência abstrata, confiante de si mesma, para revelar o ser autêntico. Ricoeur afirma:

“Uma filosofia reflexiva que tendo inteiramente assumido as correções e as instruções da psicanálise e da semiologia, toma um caminho longo e indireto de uma interpretação dos signos, privados e públicos, psíquicos e culturais, onde se exprimem o desejo de ser e o esforço para existir que nos constituem”. (Ibid.,p.223)

A relação entre hermenêutica e fenomenologia é necessária para a devida reapropriação de si pelo sujeito. Ricoeur defende que através do método fenomenológico, ao tratar da questão da linguagem e da intencionalidade, o homem poderá conhecer a si mesmo e dirimir o problema da falsa consciência.

“O ponto de partida fenomenológico de Ricoeur leva a uma ampliação da perspectiva do si e à reconsideração da relação entre fenomenologia e hermenêutica, especialmente na sua forma ontológico-existencial” (BLEICHER, *Hermenêutica contemporânea*, Lisboa, Ed. 70,1980, p.304)

Exibir os contornos de uma situação nesses moldes, no entanto, revela outro problema: a questão da univocidade traz no seu âmago a equivocidade. Diz Ricoeur:

“Se o homem interpreta a realidade dizendo algo de alguma coisa, é porque os verdadeiros significados são indiretos. Só atinjo as coisas atribuindo um sentido a um sentido. A predicação, no sentido lógico do termo, dispõe em forma canônica uma relação de significação que constrange a ressituar a teoria da univocidade.” (Da interpretação, São Paulo, Imago, 1974, p.30)

EXEGESE E O CONFLITO DAS INTERPRETAÇÕES

A exegese bíblica enquanto a interpretação das Sagradas Escrituras remete-nos à noção de texto. Mas, na contemporaneidade, essa noção se expandiu, principalmente com Paul Ricoeur. O texto pode ter um sentido mais amplo do que o convencional. Não somente a obra literária, mas também mitos, sonhos e a própria ação humana estão à espera de interpretação, decifração, inteligibilidade.

Entretanto, ainda nos deparamos com outro obstáculo à interpretação na filosofia moderna, encontramos dois modos antagônicos e excludentes de interpretação: desmistificação e restauração do sentido. De um lado, a escola da suspeita de Nietzsche, Marx e Freud. De outro, a fenomenologia da religião, representada por Mircea Eliade e a psicologia complexa de Jung.

O conflito das interpretações, no entanto, para Ricoeur supõe um lugar comum onde, tanto uma hermenêutica restauradora quanto a redutora se relacionam dialeticamente, na equivocidade do símbolo.

“As duas hermenêuticas, uma voltada para o ressurgimento de significações arcaicas pertencentes à infância

da humanidade e do indivíduo; a outra para a emergência de figuras antecipadoras de nossa aventura espiritual, outra coisa não fazem que desdobrar em direções opostas os esboços de sentido contidos na linguagem rica e cheia de enigma que os homens, ao mesmo tempo, inventaram e receberam para dizer sua angústia e sua esperança.” (Ibid.,p.401)

Não podemos compreender o que é interpretar sem um exame prévio da importância da fenomenologia e do estruturalismo com relação à filosofia hermenêutica.

A fenomenologia contribui com a noção de intencionalidade aplicada ao sentido, conferindo-lhe “*facticidade*”. A linguagem tem uma intenção, quer dizer algo. Ao interpretarmos tomamos contato com o sentido expresso no texto e o contexto do autor (a produção de sua obra). Então, a compreensão de si mesmo, isto é, apropriar-se do sentido manifesto no texto, seja dito ou não dito, escrito ou não, passa, obrigatoriamente pela compreensão do *outro*. Este *outro* não implica, exclusivamente a subjetividade, o pensar do autor ou interlocutor, mas outra dimensão: o existir. A existência precede o pensamento. Difícil imaginar o pensamento por si mesmo, pensamento pelo pensamento, sem corpo, isento dos testemunhos e as impressões causadas pelo viver, pela vida marcada e tolhida diante da morte, da finitude.

“O objeto de toda a investigação é vencer o afastamento, na distância, entre a época cultural passada a que o texto pertence e o próprio interprete. Ao vencer esta distância, tornando-se contemporâneo do texto, o exegeta pode apropriar-se do sentido de desconhecido, transforma em familiar, torna-o seu. O que procura, então é o desenvolvimento da compreensão de si mesmo através da compreensão do outro. Toda a hermenêutica é, desta forma, explícita ou implicitamente, uma compreensão de si mesmo através do outro.” (BLEICHER.J, Hermenêutica contemporânea, Lisboa, Ed. 70, 1980. p.343.)

Entende-se, desta forma, a importância do deus grego Hermes enquanto mensageiro dos deuses, intermediário entre mortais e imortais, como aquele que torna a mensagem inteligível para o diálogo.

“É significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação, transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender.” (PALMER, R. *Hermenêutica*, Lisboa, Ed. 70, 1969.p.24)

Em outras palavras, o *cogito* é sinônimo de ilusão, falsidade, mas este *cogito exaltado* da filosofia cartesiana foi demolido e humilhado. O conhecimento imediato não indica mais a verdadeira natureza humana, e tampouco a realidade que o cerca. O homem não é quem acredita ser. Logo, nesta relação do *cogito* como falso, o *si mesmo como o outro*, temos o aparente como verdadeiro. Portanto, a verdade de uma compreensão ontológica fundamenta-se na equivocidade simbólica da linguagem.

“A interpretação leva ao conhecimento indireto da existência. Não visa só o sentido de um texto; ao invés, o texto é interpretado com uma determinada intenção: a de compreender a existência que é expressa no texto. Por conseguinte, a interpretação é simultaneamente intencional e existencial.” (BLEICHER, J. *Hermenêutica contemporânea*, Lisboa, Ed. 70, 1980. p.315)

O estruturalismo, por sua vez, permite compreender a linguagem, se tomada isoladamente, como um sistema de sinais, signos, mas por constituir a objetividade do próprio texto, evita uma interpretação puramente subjetivista.

A HERMENÊUTICA ARQUEOLÓGICA: A PSICANÁLISE COMO REFLEXÃO FILOSÓFICA

Séculos de opressão, de violência à imaginação, ao símbolo marcam a história do pensamento ocidental. Um esforço

de restituir o direito de cidadania à função simbólica foi empreendido, mas no período de efervescência do positivismo sob critérios puramente intelectuais. Tal propósito acarretou na valorização excessiva do signo em detrimento do significado.

O método interpretativo da psicanálise traduz bem essa noção de redução aplicada à hermenêutica. Por essa razão analisaremos, sucintamente, seus princípios norteadores.

A arquitetura psicanalista repousa sobre alguns eixos basilares. Primeiramente a negação da liberdade individual manifestada na casualidade psíquica; a existência do inconsciente enquanto receptáculo de dados biográficos, sobretudo aqueles que dizem respeito à infância; superego ou o censor, cuja a função é manter submersos, na inconsciência, as intenções de cunho libidinoso; a libido ou “tendência sexual”; e a tensão existente entre libido e superego.

“A imagem , o fantasma é símbolo de uma causa conflitual que opôs, num passado biográfico muito recuado (geralmente nos primeiros anos de vida), a libido e os contra impulsos da censura. Assim, a imagem é sempre significativa de um bloqueio da libido, ou seja, uma repressão afetiva”(DURAND, G.A imaginação simbólica, São Paulo, Cultrix, 1969. p.43).

A imagem, assim, foi reduzida a um motivo sexual infantil, revestida de um caráter anômalo , patológico, perverso. Assim, todos os seres humanos estão fadados às manifestações da libido. Tal determinismo só poderia reduzir o símbolo a um signo, apenas a um significante meramente indicativo sob o crivo dessa “tendência”.

“O defeito essencial da psicanálise de Freud é o de ter combinado um determinismo rígido, que faz do símbolo um simples efeito-signo, com uma casualidade única: a libido imperialista”.(Ibid.,p.45)

As imagens são de caráter onírico. Os sonhos realizam, apenas, desejos infantis reprimidos. Além de uma conotação, simplesmente neurofisiológica isto quer dizer que os sonhos são idéias, pensamentos. Assim sendo, estão imbuídos de significado, sentido.

Enquanto a expressão de um desejo exige uma interpretação cuja importância associa-se às forças instintivas da pulsão, para apreender a mensagem do sonho é necessário considerar a dinâmica de forças que atuam na dissimulação, no disfarce desse mesmo desejo.

O cogito cartesiano é, poderíamos assim dizer, por analogia o consciente enquanto origem de sentido. Porém, o exame da importância dos sonhos revela algo, até então, desconhecido para o sujeito, o inconsciente, o involuntário.

Freud, no contexto científico de sua época, não poderia deixar de associar a linguagem aos méritos da razão.

A distinção entre os termos esclarecido (ou decifrado) e obscuro se reflete na relação entre o ego, a realidade e o Narcísico.

O que seria, então, o verdadeiro? Afirma Ricoeur:

“Realidade é aquilo que o neurótico perdeu; é aquilo que o neurótico voltou às costas porque a realidade é insuportável” (RICOEUR, P. Da interpretação, São Paulo, Imago, 1974, p.220).

A realidade e o ego possuem uma relação essencial entre si. Para Ricoeur “a realidade é o que faz face a um ego forte”(Ibid.,p.230), em outras palavras, o ego, enquanto centro da consciência, assim como o sujeito, é construído no processo histórico. Assim, a realidade passa a apresentar um novo significado, até então não apreendido pelo homem.

A consciência, portanto, segundo Ricoeur é tarefa, ponto de chegada e não de partida como pressupõe a filosofia do cogito.

O conceito de narcísico representa exatamente o obstáculo à apreensão da verdade. É encerramento em si próprio pelo sujeito. É atenção dirigida, exclusivamente à própria imagem como a mais digna de sentido. Diz o nosso filósofo:

“Era o narcisismo que colocava obstáculo às descobertas de Copérnico, porque elas nos retiravam a ilusão de ocuparmos o centro do mundo; foi ele que se opôs às teorias evolucionistas de Darwin, o qual nos faz recair no imenso fluxo de vida; é ele, enfim que resiste à psicanálise porque ela abala o primado e a soberania da consciência.” (Ibid.,p.230).

O narcisismo significa, todavia, a negatividade no processo dialético da compreensão do outro. O outro, enquanto universo exterior ao das experiências vividas, é o ser por trás dos desejos.

O princípio de realidade, segundo Ricoeur, reclama um exercício de crítica, de suspeita, destruição dos ídolos.

“O valor corretivo do útil torna-se manifesto a partir do momento em que se considera que o desejo é uma fonte infinita de fantasias. O desejo mistifica. O princípio de realidade é o desejo desmistificado.” (Ibid.,p.228).

As contribuições do método psicanalítico inspiram uma reflexão hermenêutica, isto é, uma reflexão articulada com o concreto da existência. A circunscrição do sentido está no exercício de uma arqueologia do sujeito, de um recuar ao passado, às situações vividas, para descobrir um sentido oculto.

A psicanálise de Freud se inscreve no campo das hermenêuticas redutoras, ao lado da etnografia, opondo-se às hermenêuticas instauradoras do sentido.

CONCLUSÃO

Apropriar-se de seu verdadeiro “eu”, de uma vida mais autêntica constitui desafio para a fundamentação última de uma ontologia e, conseqüentemente, de uma ética. Tal exercício filosófico requer uma arqueologia, uma interpretação, como é proposta pela psicanálise. Esta forma de reflexão, ao lado da fenomenologia e da hermenêutica asseguram, com propriedade, a condição da razão hermenêutica: estar livre de preconceitos (o que não significa neutralidade, mas despojar-se dos disfarces e artimanhas do “eu narcísico” ou daquele conhecimento que se coloca como origem do sentido, do real, do verdadeiro) para o homem compreender a si mesmo e aos outros, compreender que suas vidas estão entrelaçadas no desejo de ser e no esforço por existir. Desejo e esforço são o denominador comum desta compreensão calcada na existência e possuem uma relação essencial entre si: o desejo nutre o esforço, o desejo impele o ser vivo à ação. Para Heidegger o desejo é inerente ao homem, à sua natureza: “O ser para as possibilidades se manifesta como puro desejo.” (*Sein und Zeit*, § 41). O desejo indica falta ou, na concepção de Leibniz, carência. O esforço, enquanto possibilidade, está próximo da *δύναμις* grega. O que é, então, este vazio existencial vivenciado pelo homem deste fim de século?

Examinamos a importância do indivíduo, da individualidade autêntica, despojada dos aspectos da personalidade narcísica. O “eu” exige diferenciação do irrefletido, do inconsciente, deste indeterminável, cuja grandeza revela os limites da nossa consciência.

Assim, reconhecemos a tarefa vital da hermenêutica na articulação do falado (ligüístico) enquanto expressão do pensamento e a experiência vivida. No entanto, apesar da atenção voltada para o apelo ontológico, a hermenêutica arqueológica revela-se limitada, se considerarmos a equivocidade do símbolo, porque, segundo Paul Ricoeur, todo o símbolo é duplo. A própria história da

filosofia revela essa equivocidade da hermenêutica. De um lado, o significante simbólico da hermenêutica arqueológica e, de outro, há o significado, a revelação da essência, há uma hermenêutica escatológica contra os determinismos e as leis causais.

Na equivocidade simbólica, a negatividade da dialética promoveria a dissolução dessas hermenêuticas, aparentemente concorrentes. Coerentes, então, assumiriam o verdadeiro significado no processo de decifração do homem. A hermenêutica representaria, desta forma, a água-ígneia (mercúrio) que estaria entre o ar e a terra, na mesma proporção que Hermes, entre Apolo e Dionísio.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BLEICHER, R. *Hermenêutica contemporânea*, Lisboa, Ed 70, 1980, 384p.
- DURAND, G. *A imaginação simbólica*, São Paulo, Cultrix, 1962. 114p.
- JUNG, C. G. *O homem e seus símbolos*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1964, 311p.
- PALMER, R. *Hermenêutica*, Lisboa, Ed. 70. 1969, 284p
- RICOEUR, P., *Da interpretação*, São Paulo, Imago, 1974. 443p.
- _____, *Conflito das interpretações*, ensaios de hermenêutica, São Paulo, Imago, 1972.

