

Em tempo

Revista da Faculdade de Direito de Marília - V.3 - Agosto 2001

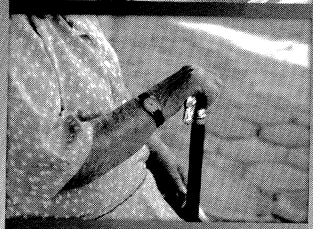
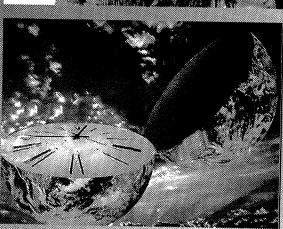
ISSN 1516-8964

ENTREVISTA

Direitos Humanos
e Cidadania

Com Oscar Vilhena Vieira

PONTO DE VISTA



ARTIGOS



ENSAIO FOTOGRAFICO

Por Ivan Evangelista Júnior

Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

FACULDADE DE DIREITO DE MARÍLIA

Em tempo

Revista da Faculdade de Direito de Marília
Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

V. 3 - Agosto/2001

*Organização
Heloísa Helena Siqueira Correia*

Em tempo	Marília	V. 3	p.1 - 124	2001
----------	---------	------	-----------	------

**Fundação de Ensino Eurípides
Soares da Rocha**

Mantenedora das Faculdades

Presidente

Luiz Carlos de Macedo Soares

Vice-Presidente

Terêncio Bertolini

1º Tesoureiro

Hildebrando Tenório Gomes

2º Tesoureiro

Miguel Silva

1º Secretário

Fernando Terciotti

2º Secretário

Gilberto Antonio Temple

1º Procurador

Arnaldo Mas Rosa

2º Procurador

Luiz Nunes

Diretoria Acadêmica

Diretor Geral das Faculdades

Telmo Correia Arrais

Vice-Diretor Acadêmico

Márcio Antônio Rodrigues Sanches

Secretário Geral

Joviro Gati Magnani

Bibliotecária Geral

Sônia Regina Machado

Faculdade de Direito de Marília

Diretor

Edinilson Donisete Machado

*Coordenador Adjunto
do curso de Direito*

Flávio Bento

Em tempo

Em tempo é uma publicação anual da
Faculdade de Direito de Marília, da
Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

Conselho Editorial

Edinilson Donisete Machado

Flávio Bento

José Geraldo A. B. Poker

Samyra Haydeé Dal Farra Napolini

Benedito Pereira Filho

Antônio Carlos Segatto

Vinício Carrilho Martinez

Oscar Vilhena Vieira

Fernando Coelho

Organização: Heloísa Helena Siqueira Correia

Jornalista responsável: Bahiji Haje (Reg. 19.458)

Revisão: Antônio Vicente S. Pietroforte,
Maria Cláudia Galera e Ricardo Maria dos Santos

Assistente de Produção: Rogério Florentino Pereira

Assessoria Técnica: Aline Oliveiros Correia

Ilustrações: Karmo

Endereço: Av. Hygino Muzzi filho, 529 - Caixa Postal 2041 - Marília - São Paulo
Cep: 17.525-901 - Tel: (14) 421-0833 - Fax: (14) 423-2516

E-mail: revista@fundanet.br

Todos os direitos reservados. É proibida, de acordo com
a lei, a reprodução total ou parcial desta revista sem a
expressa autorização de seus editores.

Em Tempo / Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.
Faculdade de Direito de Marília.
- v.3, (Ago. 2001) -.- Marília : Fundação de Ensino Eurípides
Soares da Rocha, 2001

Anual
ISSN 1516-8964

1. Direito 2. Direitos Humanos 3. Cidadania I. Fundação de
Ensino Eurípides Soares da Rocha

Apresentação

- Quantas linguagens são necessárias para compreender o mapa de um mundo, cuja ordem quer se estabelecer predominantemente pela força econômica? - Apenas uma?

- Quantas linguagens são necessárias para desmascarar a suposta coerência econômica, pseudo terra firme da organização social? - Todas? - Desde os muitos pontos e para todas as direções?

- Utopos, u-topos – grita um coro de milhares, formado por aqueles que se cansaram de viver, abstraindo a vida e condenando-a a enunciados logicamente perfeitos.

Em tempo faz questão de estar presente no irreal momento do descanso, para fazer lembrar que as imperfeições não se diluem no conjunto maior do mapa, ao contrário, os problemas sociais são relevos altíssimos que direcionam os ventos e tempestades do futuro.

Professores da Graduação e do Mestrado da Faculdade de Direito de Marília, assim como os professores de outras instituições e leitores, revelam a percepção de estarem localizados todos, igualmente, sob o mesmo céu, aquele que a ninguém e a nada protege.



As fotos utilizadas na montagem da capa são de autoria de Ivan Evangelista Júnior, Su Stathopoulos e Fábio Marcel Alexandre da Silva

Sumário

Apresentação.....	5
Entrevista	
Direitos humanos e cidadania Oscar Vilhena Vieira.....	7
Artigos	
A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL <i>Benedito Pereira Filho</i>	15
DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO À IMAGEM <i>Cláudia de Freitas Felicíssimo</i>	27
VERDADE PROCESSUAL OBJETIVÁVEL E LIMITES DA RAZÃO JURÍDICA ILUMINISTA <i>Eduardo Cambi</i>	35
SISTEMA PREVIDENCIÁRIO E CIDADANIA: A IMPORTÂNCIA DOS RECURSOS PREVIDENCIÁRIOS PARA MILHÕES DE BRASILEIROS E PARA MILHARES DE COMUNIDADES <i>Flávio Bento</i>	49
LIBERDADES PÚBLICAS E DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL <i>José Benjamim de Lima</i>	60
APONTAMENTOS PARA A LEITURA DE O PRÍNCIPE, DE MAQUIAVEL <i>José Geraldo Poker</i>	69
JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS <i>Luciano Henrique Diniz Ramires</i>	77
A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL NO BRASIL E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA <i>Marcelo Gazzzi Taddei</i>	82
SENSO CRÍTICO E O ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO <i>Marcos Conforti</i>	91
CONEXÃO DE CAUSAS <i>Olavo de Oliveira Neto</i>	98
KANT, SCHOPENHAUER E O DIREITO DE MENTIR <i>Oswaldo Giacoia Junior</i>	103
Ponto de Vista	
AMPLIANDO O EXERCÍCIO DA CIDADANIA: A FORMAÇÃO DE VERDADEIROS LEITORES-PRODUTORES DE TEXTO <i>Cyntia Graziella Guizelim Simões Giroto</i>	110
LIBERDADE DE CRENÇA E DE CULTO RELIGIOSO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS TUTELADOS CONSTITUCIONALMENTE <i>M. Helena Diniz</i>	115
Ensaio fotográfico <i>Ivan Evangelista Júnior</i>	117

Entrelinhas

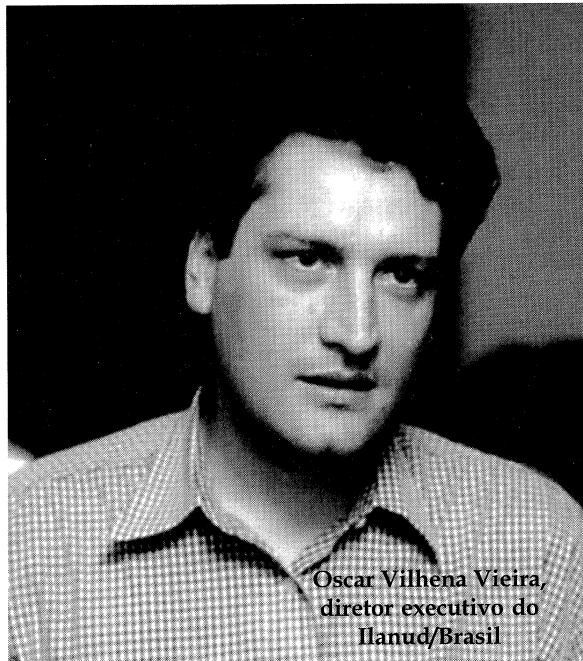
Direitos humanos e cidadania

Entrevista com Oscar Vilhena Vieira



A conta dos direitos sociais ainda não foi paga pelo governo FHC

Para o professor Oscar Vilhena Vieira, os direitos sociais são tão fundamentais como os direitos à liberdade de expressão, a não ser torturado etc. Para ele, a frustração que as pessoas sentem em relação às promessas feitas pela Constituição decorre de uma certa ingenuidade dos que acreditavam que o simples fato de se constitucionalizar um direito o transforma em realidade. "A positivação de um direito é apenas um primeiro passo na luta pela sua implementação." Mestre e doutor em ciência política, Vilhena é professor de Direitos Humanos e Teoria Geral do Estado na PUC/SP, diretor da Escola de Direito Público e membro do corpo docente do Curso de Mestrado em Direito da Fundação Eurípides. Desde 1997, é diretor executivo do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente - Ilanud/Brasil. A experiência no órgão faz com que emita uma opinião realista sobre o papel da Polícia Militar. "É o principal legado do regime que passou". Na entrevista a seguir, Vilhena traça um panorama sobre os avanços e retrocessos dos direitos humanos no país:



Oscar Vilhena Vieira,
diretor executivo do
Ilanud/Brasil

Em tempo: Qual é a situação dos direitos humanos no Brasil? Há avanços significativos desde o final da ditadura militar?

Oscar Vilhena Vieira: Para responder a esta pergunta com um mínimo de acuidade, devo dividir a resposta em pelo menos três planos, que são o normativo, o político e o material. No plano normativo, tivemos uma enorme evolução. Saímos de um regime onde os direitos, embora constitucionalizados, eram a todo momento suspensos por atos institucionais, para uma Constituição extremamente generosa, no plano dos direitos. Como outras constituições que reagiram a um passado de arbítrio, a Constituição brasileira de 1988 buscou assegurar os direitos indispensáveis à dignidade de forma mais ampla possível. Nesse sentido, não só reage a um passado próximo, a ditadura militar, mas a uma história marcada pela desigualdade, pela violência e pelo

arbítrio. Ainda no plano normativo, deixamos uma situação de absoluta delinquência em relação ao direito internacional dos direitos humanos, para um posição de total integração com a normativa internacional. Hoje, o Brasil é parte dos principais tratados de direitos humanos, tanto na esfera global, como regional. Também no plano jurídico, o Brasil deu uma passo de extrema relevância ao elaborar o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei modelo para diversos outros países. Evidente que tantos avanços decorrem de uma mudança política sobre como nossos governantes passaram a pensar a questão dos direitos humanos. Não há aqui qualquer ingenuidade a respeito dos nossos governantes. O fato é que, ao deixarmos um regime de exceção, até por necessidade de legitimação, os novos ocupantes do poder precisavam se diferenciar dos antigos. Vocalizar a gramática dos direitos humanos sempre é uma boa fórmula. Esta lógica começou no século XVII, quando o primeiro ato substantivo dos revolucionários, tanto americanos como franceses, após a derubada do antigo regime, foi proclamar direitos. Sarney, em sua primeira visita à ONU, firmou os principais tratados de direitos humanos dos quais o Brasil se recusava a tomar parte. Por outro lado, também houve uma mudança muito grande em relação à transparência, especialmente na esfera federal; o Brasil, hoje, não nega que haja violações. Basta consultar os relatórios feitos pelo próprio governo. Aderir à gramática dos direitos, no entanto, não significa conjugá-la na prática. Nesse plano material, pouco avanço houve. Se hoje não mais se viola o direito daqueles que fazem oposição ao regime, ou mesmo os direitos políticos básicos da população, continuamos tomando conhecimento de práticas de sistemática violação dos direitos humanos, seja de direitos civis ou sociais.

“Se hoje não mais se viola o direito daqueles que fazem oposição ao regime, ou mesmo os direitos políticos básicos da população, continuamos tomando conhecimento de práticas de sistemática violação dos direitos humanos, seja de direitos civis ou sociais.”

Em tempo: Como vê a política do governo FHC para os direitos humanos?

Vilhena: O presidente Fernando Henrique Cardoso foi um dos articuladores dessa nova retórica dos direitos humanos desde o período como ministro das Relações Exteriores, no governo Itamar Franco. Criou uma secretaria de direitos humanos, que definitivamente colocou a questão na agenda política nacional. Alguns avanços foram realizados, como a elaboração de um programa nacional de direitos humanos, depois replicado em muitos estados e municípios, Marília inclusive. Aprovou-se, nesse período, uma

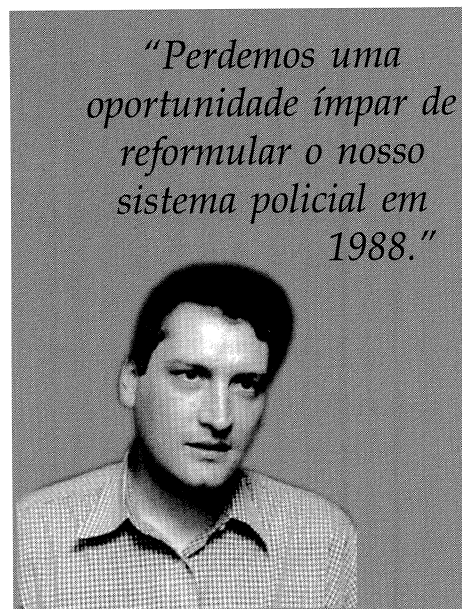
lei sobre a tortura, a criminalização do racismo, assim como se suprimiu a jurisdição militar para aqueles policiais militares denunciados por crimes dolosos contra a vida. O governo, no entanto, poderia ter ido mais longe, com a supressão da justiça militar estadual, na própria desmilitarização das polícias e na federalização da jurisdição em relação aos crimes contra os direitos humanos. Não se pode esquecer, entretanto, que grande parte das violações aos direitos

civis – ou seja, a questão da tortura, da violência policial – é de responsabilidade dos estados. O que talvez mais pese na conta do governo federal foi a sua desastrosa política social, que não possibilitou uma redução dos processos de exclusão, mantendo, assim, milhares de brasileiros à margem dos direitos sociais mínimos para uma vida digna. Esta conta não foi paga pelo governo FHC.

Em tempo: Embora a Constituição garanta direitos elementares aos cidadãos (saúde, educação, salário digno, moradia etc...), eles são uma ficção para a maioria da população...

Vilhena: Evidente. Quando falamos em direitos humanos, estamos nos referindo àqueles

valores, interesses e necessidades sem os quais não poderemos considerar a vida digna. Assim, os direitos sociais por você citados são tão fundamentais como os direitos à liberdade de expressão, a não ser torturado etc. Para que o pessimismo não nos atrapalhe a olhar a realidade, é fundamental observarmos que, se houve algum avanço, ainda que pequeno, nos últimos anos, foi na área da educação e da saúde. Hoje, temos a quase totalidade das crianças na escola. Pode-se dizer que a escola não é boa. Isso é uma verdade, mas ela está ampliando suas bases. No mesmo sentido, o sistema de saúde tem melhorado. Veja o caso da AIDS, em que o Brasil se tornou uma referência mundial. No que se refere à frustração que todos nós temos em relação às promessas feitas pela Constituição, isto decorre de uma certa ingenuidade daqueles que achavam que, pelo simples fato de se constitucionalizar um direito, ele iria se transformar em realidade. Isso, no entanto, não ocorre automaticamente. A positivação de um direito é apenas um primeiro passo na luta pela sua implementação. Para que um direito se torne um fato, uma verdade para todos, mais do que a sua constitucionalização é necessário que a sociedade esteja disposta a assumir as responsabilidades necessárias para viabilizar direitos. Não podemos ser hipócritas. A cada direito corresponde uma obrigação. Se os cidadãos não estão dispostos a assumir suas responsabilidades, dificilmente viveremos num pleno sistema de direitos. Por outro lado, é fundamental que as instituições sejam dispostas e estejam dispostas a transformar os direitos em efetivos benefícios à sociedade. Se não houver esta determinação, como não parece existir no Brasil, só estaremos contribuindo para um processo de erosão da autoridade dos direitos.



Em tempo: Qual é a sua avaliação sobre a Polícia Militar no Brasil? Há inúmeras denúncias de maus tratos, tortura... De seu ponto de vista, qual seria a solução para o problema?

Vilhena: A Polícia Militar parece ser o principal legado do regime que passou. Perdemos uma oportunidade ímpar de reformular o nosso sistema policial em 1988. Infelizmente, a pressão das polícias manteve um sistema ineficiente, que pouco tem contribuído para levar paz às pessoas. Dizem que as instituições são boas quando, embora submetidas a uma má chefia, continuam funcionando bem; e que são más quando, embora submetidas a uma boa chefia, não conseguem funcionar adequadamente. Ao meu ver, este último caso é o de nossas polícias. Ambas não têm se demonstrado capazes de enfrentar a criminalidade a que estamos submetidos. Mais do que isso, a violência e a corrupção tornaram-se parte do cotidiano de maus policiais. O número de homicídios praticados pela Polícia Militar é inadmissível para um país que se arvora a posição de democrático. A

banalidade com que se mata ou tortura é incompatível com o *ethos* do regime. A solução seria a transformação das duas polícias. O primeiro passo seria a desconstitucionalização. Poderíamos, através de uma lei orgânica federal, estabelecer os parâmetros básicos para a organização das polícias estaduais, deixando a cada estado a sua própria regulamentação. Penso que a simples união não seria adequada. Poderíamos criar uma polícia ainda mais poderosa, o que é um risco. Talvez, pudéssemos pensar em polícias unificadas municipais, havendo um corpo, também unificado, estadual, que fiscalizasse as polícias municipais e agisse subsidiariamente

quando essas não tivessem se comportando adequadamente. Porém, nada disso adianta se não migrarmos para um modelo de polícia comunitária, próxima à população e aos seus problemas.

Em tempo: Como vê o aparecimento do PCC e a questão prisional em geral?

Vilhena: O sistema prisional brasileiro é muito ruim. Hoje, temos em torno de 200 mil presos em péssimas condições carcerárias e, principalmente, sem nenhuma perspectiva de ressocialização. E não há pior política de segurança do que manter um ineficiente sistema prisional. Hoje, gasta-se mais de R\$ 600,00 por mês para que quase a metade dos sentenciados volte a delinquir. É nesse ambiente promíscuo que vemos surgir o crime organizado. A Casa de Detenção é o emblema da falência do sistema penitenciário brasileiro. Isso não significa que não haja prisões adequadas e bons profissionais. Os últimos secretários da administração penitenciária em São Paulo foram (e são) excelentes. O fato, no entanto, é que entram mais presos do que saem. E o estado não tem capacidade, e nem é desejável que o faça, para construir cerca de mil vagas por mês.

Em tempo: Como avalia a condenação do coronel Ubiratan Guimarães, responsável pelo massacre do Carandiru, em que foram mortos 111 presos?

Vilhena: É a aplicação da lei. Algo que deveria ser banal, mas no Brasil, com a nossa tradição de desrespeito aos direitos humanos, pareceu-me algo extremamente positivo. Espero que sirva de sinalização para os maus policiais de que a temporada da impunidade está terminando. Que a tortura e a violência serão combatidas.

Em tempo: Com a internacionalização dos direitos humanos, alguns ditadores têm sido levados às barras dos tribunais, como é o caso do chileno Pinochet ou do iugoslavo Milosevic.

Os dirigentes dos países centrais também não deveriam ser responsabilizados por promover guerras, apoiar golpes, muitas vezes em nome dos direitos humanos?

Vilhena: Sem dúvida nenhuma. É necessário, no entanto, tomar cuidado para não se afogar o bebê com a água do banho. As primeiras autoridades a serem julgadas por tribunais internacionais não foram latinos ou africanos, mas alemães em Nuremberg. De qualquer forma, entendo que o grande teste para o sistema internacional de direitos humanos seja a sua aplicação de maneira imparcial para todos os que violam direitos. Será Kissinger detido em algum aeroporto do mundo, em face do seu papel no Vietnã ou na América Latina? A honestidade do sistema será demonstrada aí. O fato de não se punir Kissinger não significa, no entanto, que não devamos querer a punição de nossos maus governantes.

"É fundamental que as instituições estejam dispostas a transformar os direitos em efetivos benefícios à sociedade. Se não houver esta determinação, só estaremos contribuindo para um processo de erosão da autoridade dos direitos."

Reticências



A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Benedito Pereira Filho*



Abstract

The present essay aims to emphasize the importance of jurisdictional tutelage by the State, and, above all, to stress the need for interpretation concerning certain institutes which should grant citizens their nonrestrictive rights to seek jurisdictional action, adequate both to their will and in accordance with the actual owner in power. In this sense, the text tries to focus on the adverse consequences of a misplaced jurisdictional rendering, altogether uncompromised with its real meaning, which is, inexorably, to give the jurisdictionees answer to their conflicts in strict consonance with a State labeled by the Federal Constitution as lawfully Democratic.

Key-words

Jurisdiction, power, action, lawsuit, jurisdictional action.

Resumo

O presente trabalho tem por escopo realçar a importância da tutela jurisdicional por parte do Estado mas, sobretudo, apontar de forma contundente a necessária interpretação que se deve buscar acerca de certos institutos para possibilitar ao cidadão o seu irrestrito direito a ação jurisdicional adequada aos seus anseios e condizente com o verdadeiro dono no Poder. Nesse diapasão, procura-se por todo o texto enfocar os males que redundam numa prestação jurisdicional equivocada e descompromissada do seu real sentido que é, inexoravelmente, permitir aos jurisdicionados resposta a seus conflitos em estrita consonância com um Estado rotulado pela Constituição Federal como Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave

Jurisdicção, poder, ação, processo, atividade jurisdicional

* Professor da disciplina Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Marília, mantida pela Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Mestre e Doutorando pela Universidade Federal do Paraná, em Curitiba e Advogado, em Marília-SP.

1. Jurisdição

Apesar da obviedade, é sempre oportuno recordar que o Estado, ao coibir o exercício do direito pelas próprias mãos do interessado,¹ obrigou-se, inexoravelmente, a prestar a tutela jurisdicional. Dessarte, conclui-se, sem maiores dificuldades, que se for inadimplente no seu mister, abrirá oportunidade não só para questionamentos, mas, para que o credor da tutela jurídica possa, então, realizar seu direito com sua própria força.²

A real prestação da tutela jurisdicional é, assim, imprescindível para o bom convívio da sociedade. Desta feita, o Estado deve aparelhar-se de meios técnicos, físicos e administrativos (pessoal) capazes de fornecer campo propício para o desempenho dessa sua relevante função.

A par dessas premissas, é forçoso reconhecer que jurisdição é muito mais dever do que poder. A aparente contradição é facilmente desfeita se lembrarmos que todo poder emana do povo e esse, ao delegá-lo a um órgão responsável pela jurisdição, tem, em contrapartida, o direito de cobrar o serviço e aquele o dever de prestá-lo. A situação, guardadas as devidas proporções, é a mesma que se passa entre mandante e mandatário.

Talvez seja desnecessário dizer que jurisdição é poder porque precisa ser exercitada, em muitos casos, coercivamente. Para isso, é o judiciário parte integrante da soberania do Estado. Mas isso, antes de negar, só reforça o seu dever de tutela ao bem da vida solicitado pelo interessado.

Esse raciocínio autoriza afirmar que o conceito simplório de jurisdição como sendo "o poder de dizer o direito ao caso concreto", se não pode ser desconsiderado, deve, então, ser aditado para incluir o DEVER de se prestar a tutela jurisdicional prometida a todos.

Para isso, antes de se analisar o instrumento viabilizador de tal incumbência, o processo, é importante esclarecer que o poder judiciário, responsável pela tutela jurídica deve exercê-la de forma independente e compromissada com os fins sociais e o bem comum,³ com vistas à proteção dos direitos inerentes aos cidadãos, principalmente, aqueles previstos na Constituição Federal

como verdadeiras garantias, exercitáveis, inclusive, contra o Estado.

Essa independência, todavia, advém mais da conscientização da sua atuação do que, propriamente, da estrutura e previsão legal. É cediço no meio jurídico que a corte máxima, o Supremo Tribunal Federal, tem seus onze ministros indicados pelo presidente da república e sabatinados pelo senado, o que, invariavelmente, acaba por estreitar a relação entre esses poderes.

Nesse desiderato, é necessário apontar que, apesar da unicidade do poder, há a sua divisão em três funções: a legislativa, executiva e judiciária, com vistas a uma melhor aplicabilidade. Para tanto, cada função, investida de poder suficiente para sua atuação, guarda independência, apesar da harmonia que deve existir entre elas.

No entanto, desses três poderes que ramificaram do gênero, somente o judiciário não é eletivo. Ou seja, o poder que emana do povo acaba sendo somente o legislativo e o executivo, justamente esses os responsáveis pela elaboração das leis que serão aplicadas pelo judiciário que não emanou do detentor do poder.

Significa, então, que o judiciário para ser um poder forte, capaz de fazer valer sua independência, tem de aplicar o direito ao caso concreto e não a lei.⁴ É que, por vezes, essa lei, elaborada pelas esferas legislativa e executiva, sofre todo tipo de contágio, *lobby*, acabando por atender aos anseios de certas classes privilegiadas da sociedade em detrimento da maioria, justamente a que mais precisa de políticas governamentais e nestes casos só o judiciário será capaz de reparar a iniquidade.⁵

Por isso, o real sentido da jurisdição tem de enfrentar essa questão com transparência e acuidade. É preciso compreender que o judiciário não obstante sua ascensão ao poder ser pela via indireta, goza das mesmas prerrogativas dos demais, razão pela qual não pode se deixar passar por mero funcionário deles, o que ocorre toda vez que se aplica a lei ao caso concreto, sem levar em consideração questão ideológica, política, econômica, social etc., que envolveram sua criação, sob o pobre argumento de se fazer justiça aplicando a

legislação abstrata ao caso concreto.

O povo precisa de um judiciário grandioso, indefectível, altamente qualificado e aparelhado para desenvolver com esmero e eficiência a função jurisdicional, respeitando e fazendo com que se respeite, antes e acima de tudo, a Constituição.

2. Processo

O exercício da jurisdição civil é exequível graças ao seu instrumento denominado processo que disponibiliza a atuação das partes interessadas e, também, do juiz. O que já autoriza dizer que a finalidade do processo civil está, não só na vontade das partes em resolverem conflitos, mas, também no interesse do próprio Estado que tem, como visto, o dever de prestar a jurisdição.

Destarte, equivocada está a corrente subjetivista segundo a qual a finalidade do processo civil estaria em servir de instrumento apenas às partes envolvidas no conflito. Da mesma forma, enganam-se aqueles defensores da corrente objetivista que vêem neste instrumento apenas a possibilidade do Estado prestar a sua função jurisdicional através do poder competente.

Escorrito, portanto, o entendimento do sempre coevo processualista gaúcho Ovídio Araújo Baptista da Silva (SILVA, 1997, p. 42-43), defensor da corrente mista, para quem a finalidade do processo está tanto na atuação das partes, que têm interesse no desfecho da causa, como, por via oblíqua, no próprio Estado que se utiliza dele para se desincumbir do seu débito com o cidadão de prestar a justiça quando e se invocado.

Se o escopo da jurisdição é tutelar direito e se o faz por intermédio do processo, não precisa muito esforço para vislumbrar a relevância desse instrumento para a atividade jurisdicional.

3. Direito e Processo

Direito e Processo, portanto, seguem, invariavelmente, um ao lado do outro, harmonizando autonomia e instrumentalidade. É possível, porém, a atuação de um independentemente do outro. Assim, quando o juiz extin-

gue o processo sem julgamento de mérito, atua apenas no plano processual, não passando de um juízo de prelibação, sem questionar a existência ou não da pretensão de direito material trazida para os autos. A pronta e efetiva realização da obrigação por parte do obrigado constitui, por outro lado, a realização do Direito sem a necessidade do processo.

Surgido o conflito, obedecidos os princípios e normas do processo, ter-se-á a tutela jurisdicional prestada, conjungindo a necessária atuação Direito/Processo.

Se entre as pessoas e o direito reclama-se uma ponte, que é o processo, isto o reveste de fundamental importância, razão pela qual deve ser bem estruturado para comportar com satisfação a incumbência que lhe é rogada. Então, compreendê-lo significa aparelhar-se para uma melhor aplicação do Direito e, conseqüentemente, para uma harmonização do convívio social, fim último do Estado.

Na escala evolutiva do direito processual, dentre as fases mais acentuadas, a da instrumentalidade do processo é, atualmente, a mais festejada. Cândido Rangel Dinamarco carrega a bandeira com sua obra intitulada *A Instrumentalidade do Processo*, alçando vôos bem altos, fugindo ao chamado "processualismo",⁶ na procura do esperado processo de resultado.

Seguindo esta linha do instrumentalismo, o processualista deve ter uma visão introspectiva, ou seja, endoprocessual, eliminando qualquer formalismo exacerbado que possa se converter numa negação de justiça. É evidente que toda atuação, por mais simples que possa ser, necessita de programação e ordenação. Outra exigência não poderia ser do processo, mas o exagero da forma acarreta em dar mais importância à emenda do que ao soneto.

Quer-se dizer com isso que, não obstante a inegável importância da visão instrumentalista do processo, que ameniza a cegueira própria das paixões, que resume o processo com o fim em si mesmo, é necessário algo mais.

Para o processo se caracterizar realmente num instrumento hábil, capaz de realizar a verdadeira justiça preconizada pelo Estado de Direito, alguns dogmas devem ser revistos. No campo da tutela executiva, por exemplo, não se pode mais admitir o princípio segun-

do o qual não existe execução sem título, sendo, também, necessário, rever a excessiva proteção colocada a cargo do executado capaz de frustrar qualquer execução forçada.

O processo é a oportunidade que as partes têm para resgatar o diálogo, agora de forma ordenada e instruída pelo Estado-juiz, visando atender humanitariamente àquela demanda social trazida a juízo, objetivando a composição do conflito com igualdade, para que não existam perdedores e vencedores, mas sim convencidos.

Diante disto, a instrumentalidade do processo deve ser corroborada por um atuar do Estado, materializado na pessoa física do juiz, que vai muito além da vetusta idéia de neutralidade. O juiz, assim como as partes, os sujeitos da relação processual, portanto, deve estar interagido, pronto ao diálogo, à procura da forma mais fácil para se chegar à decisão, equacionando os binômios justiça/rapidez.

No processo, o campo de atuação não deve e não pode se restringir apenas às partes. O juiz tem de ser um agente ativo e não passivo. Não pode aceitar as "verdades" trazidas para os autos se com sua atividade puder alcançar o pano de fundo do conflito e resolvê-lo da forma mais próxima possível da realidade.

Para isso, é necessário que ele, sem perder a responsabilidade do dever/poder de dizer o direito, se iguale às partes, para dar oportunidade de ouvi-las e jamais se posicionar de forma equidistante, observadora, ainda que conforme as regras do processo,⁷ mas sem sua intervenção, sob a especiosa capa de neutralidade.

É inocência ou artifício retórico defender radicalmente a presença da neutralidade nas decisões judiciais. Ao decidir, invariavelmente, o julgador descarrega todo um subjeti-

vismo na sua convicção. Sua cultura, seus hábitos, sua posição social etc., são fatores que pesam na hora de decidir. Somente através de uma atuação mais perto possível das partes e, de um modo geral, de todos os envolvidos na relação processual, conseguirá amenizar essas ditas influências.

O mundo jurídico vê, então, no direito e no processo um papel de vital importância para a harmonia da sociedade. Contudo, além das normas elaboradas (direito) e do instrumento (processo) para viabilizá-las, quando necessário, é fundamental a atuação do juiz.

Não somente como uma pessoa poderosa, detentora da jurisdição,⁸ mas, principalmente, como alguém capaz de aplicar os princípios gerais do direito e não simplesmente a lei como lhe é posta pelo poder competente. É necessário compreender, de um vez por todas, que Direito não se resume à existência de leis.

Como bem relata o Advogado e Professor de Direito Processual Penal Edson Vieira Abdala, "o julgador, mesmo que não saiba ou não deseje, quando decide baseado somente no direito positivo, apenas repete o sistema e infunde a me-

gaestrutura estatal ao cidadão, podendo até ser o executor expresso ou tácito daqueles que dominam o conjunto da sociedade. O juiz pode tudo, dependendo apenas da sua habilidade para fundamentar, não necessitando se esconder na legislação inflexível para ser mais ou menos juiz." (ABDALA, 1995, p. 65)

Alternativo ou não, o que importa é que o juiz não pode se subsumir a uma lei injusta, desatualizada ou inadequada para o caso, sob o pretexto de estar aplicando a lei ao caso concreto e, assim, de estar realizando justiça.

O processo deve ser, portanto, mais do que um instrumento de aplicação do direito positivo, deve ser utilizado por todos, princi-

*"Não obstante a
inegável importância
da visão
instrumentalista do
processo, que ameniza
a cegueira própria das
paixões, que resume o
processo com o fim em
si mesmo, é necessário
algo mais."*

palmente pelo juiz, como meio de aplicação do Direito, visto não só aquele positivado, mas o do povo, da sociedade.

Qualquer entrave que venha prejudicar esta atuação política dos sujeitos da relação processual, dificultando o entendimento, o diálogo, o acordo entre as partes, deve ser repudiado. Nesse sentido, a linguagem jurídica tem se mostrado, também, um verdadeiro incesso à justiça.

O mundo jurídico, por tratar de questão de tão grande relevo, deve proporcionar um amplo acesso, sendo qualquer tipo de exclusão veementemente combatida. Por esta razão, num país subdesenvolvido como o Brasil, com índices de analfabetismo altíssimos, excluir pela linguagem é um mal que deve ser urgentemente reparado.

A linguagem jurídica, de um modo geral, é incompreensível à maioria. Diante da brutal ignorância, os operadores do Direito conseguem ludibriar aqueles que, por razões várias, não conseguem entender o que está se passando com o seu "direito". Esta técnica maldosa e artificiosa é utilizada inclusive pelo legislador constituinte, haja vista o artigo 5º com seus incisos grafados em romanos, embaraçando até mesmo estudiosos. Justamente no título que cuida dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão.

Compartilha do mesmo entendimento o Professor Doutor René Ariel Dotti:

"após os anos de convivência inócua e irritante com o dialeto economês, a sociedade não pode mais suportar as dúvidas e as inquietações fabricadas por uma linguagem tecnicista, rebarbativa e alienante que marca um novo código de dominação ideológica: o bacharelês." (DOTTI, 1997, p. 04)

Justiça, segundo o pensamento desse renomado jurista paranaense, é, do ponto de vista institucional, um serviço público e, como tal, precisa ser eficiente, transparente e capaz de atender satisfatoriamente o povo.

Continua o professor:

[...] é preciso, com urgência, estabelecer um processo de diálogo eficiente entre os operadores da lei e militantes do foro, por um lado, e os meios de comunicação e o povo, de outro, para que os serviços da Justiça

não sejam comprometidos pela maldição da linguagem, assim como narram as escrituras a respeito da criação e os tempos primitivos do mundo: 'Por isso se chamou o seu nome Babel, porque ali confundiu o Senhor a linguagem de toda a Terra. E dali dispersou por toda a superfície dela (Genesis, 11, 9).' (DOTTI, 1997, p. 04)

Linguagem rebuscada, excessivamente erudita, ofende o princípio da igualdade ao permitir compreensão apenas a uma ínfima parcela da sociedade.⁹ O uso desmedido do latim é outro fator degradador do pleno acesso à justiça. Mas, demonstrando desconhecimento da própria legislação, uma vez que o artigo 156 do Código de Processo Civil exige o uso do vernáculo, o próprio legislador se utiliza de expressões latinas.¹⁰

Carlo Ginzburg também denuncia esse ato:

Começou denunciando a opressão dos ricos contra os pobres através do uso de uma língua incompreensível como o latim nos tribunais: 'Na minha opinião, falar latim é uma traição aos pobres. Nas discussões os homens pobres não sabem o que se está dizendo e são enganados. [...]' (GINZBURG, 1998, p. 51)

Com tudo isso, tem-se uma legislação confusa, exagerada, oportunista, constituindo-se numa verdadeira inflação legislativa, culminando, muitas vezes, em verdadeiras injustiças abstratas, que, por essa razão, não pode ser concretizada pelo judiciário.

Segundo relato do jornal "O Estado de São Paulo", edição do dia 13 de abril de 1997, o Brasil tem 9,4 mil leis federais e mais de 100 mil decretos, sendo que só no Estado de São Paulo há 41 mil leis estaduais. Somente no ano de 1996, a Assembleia Legislativa Paulista aprovou 141 leis ordinárias.

Em virtude dessa conjuntura, convive-se com dispositivos confusos e extravagantes que inviabilizam os serviços dos operadores jurídicos. A mesma reportagem acima mencionada descreve alguns artigos do incrível Decreto Federal nº 56.585, de julho de 1965, que gasta uma página e 11 (onze) artigos para

descrever o ovo.

É interessante transcrever alguns artigos para dar uma exata idéia da legislação a que se está submetido:

Art. 1º. Pela designação de ovo entende-se o ovo de galinha, sendo os demais acompanhados da indicação da espécie de que procedem;

Art. 3º. O ovo, segundo a coloração da casca, será ordenado em dois grupos: I- Branco e II- De cor. Enquadra-se no Grupo I o ovo que apresente casca de coloração branca ou esbranquiçada. Enquadra-se no grupo II o ovo que apresente casca de coloração avermelhada;

Art. 11. Os casos omissos serão resolvidos pelo diretor do Serviço de Padronização e Classificação do Ministério da Agricultura.

Segundo ainda relato do jornal, na mesma página, o Decreto 56.586 autoriza o cidadão Manoel Jorge Curi a pesquisar esmeralda no município de Conquista, Estado da Bahia.

Com toda esta panacéia, como respeitar o artigo 3º da LICC, que obriga a conhecer toda a legislação existente, sob pena de responsabilidade?¹¹

O direito realiza-se com o seu fiel cumprimento, voluntariamente, por respeito às normas existentes ou pelo efetivo cumprimento do comando exarado na sentença ou acórdão, pelo judiciário. Declarar direito, seja abstrata ou concretamente, não significa, na maioria das vezes, satisfazer eficazmente àquele que dele tanto necessita.

Por essas razões, o papel do juiz transcende o simples aplicar a lei ao caso concreto, como se fosse uma luva que perfeitamente se encaixa nos dedos conforme, romanticamente, é ensinado nos bancos escolares e aplicado por muitos.

Não se está, com isso, querendo discutir o acerto da teoria unitária ou dualista do direito, agudamente debatida entre renomados processualistas. Pretende-se, apenas, olhar pelo lado "do consumidor do direito" porque ele se satisfará com a sua efetiva realização e isto só ocorrerá com o pronto respeito pela norma existente ou, então, como já se dis-

se, pelo efetivo realizar do comando expresso na decisão judicial.

O raciocínio é evidente. Se "A" é credor de "B" e necessita da intervenção do Estado-juiz para receber seu legítimo crédito, pouco ou quase nada lhe interessa a declaração judicial desse crédito. A sua satisfação só virá com a efetiva atuação jurisdicional, agindo coercitivamente sobre a vontade do devedor para cumprir, com ou sem sua vontade, a obrigação devida. Nesse sentido, o direito concretiza-se com a sentença, mas só será satisfeito, consumado, com a efetiva e integral realização do comando nela expresso, que realmente interessa ao credor.

Há leis em abundância, a quantidade, porém, não corresponde, equitativamente, à satisfação jurídica.

Por isso, nesse jogo, o juiz é, indubitavelmente, a peça fundamental. E essa peça deve ser lapidada não no judiciário, onde o vazo, com certeza, já vendou-lhe os olhos, mas sim desde os bancos escolares, com um ensino jurídico desmascarado, de cunho filosófico, sociológico, ético, enfim, voltado para os reais problemas sociais.

O ensino jurídico deve perder aquele culto de formalismo exacerbado, assombroso, incutindo na mente dos futuros bacharéis uma irreabilidade que só os mais auspiciosos irão perceber com o desenvolver da profissão, lutando contra estes mitos, sendo que a maioria, lamentavelmente, cairá numa profunda decepção, culminando em maus profissionais ou em mudanças de profissão.

Esses e outros problemas afetos ao mundo jurídico foram bem focalizados pelo professor Roberto A. R. de Aguiar (1996). Seu texto *A Contemporaneidade e o Perfil do Advogado*, merece uma leitura pausada. O autor demonstra, com clareza e objetividade, as várias facetas do campo jurídico.

Finalizando, o processo como instrumento da jurisdição deve ser filtrado, não só do exagero da forma, mas de todos esses males, somado a uma atuação mais contundente de um juiz consciencioso da função social que exerce.

Tem de ser assim, porque a sua tão decantada efetividade depende desse interagir, sabedor de que a parte credora da ju-

risdição precisa do seu direito material violado restabelecido exatamente na mesma proporção que o tinha antes da alegada violação. Caso contrário, é preciso lhe dar a oportunidade de tentar refazer o estado anterior à ofensa, pela própria força.¹²

4. Do direito de ação

Os lexicógrafos, com rara variação, definem, no campo jurídico, ação como sendo “invocação do poder jurisdicional do Estado para fazer valer um direito que se julga ter”. A esse conceito técnico, deve ser aditado, como já salientado, que o aludido poder jurisdicional é antes de tudo, um dever.

Realmente, tem a ação processual esse condão de provocar a atividade jurisdicional tendente a satisfação de uma pretensão de direito alegada pela parte que se sente titular. A ação não fica, entretanto, adstrita ao direito estritamente processual. É que temos a ação de direito material que, se eficaz, desnecessário se faz o uso da ação de direito processual.

No entanto, há processualistas que negam a ação no plano material. Fábio Luiz Gomes, citando o professor Ovídio Araújo Baptista da Silva, adverte que quem pensa dessa forma alega que

“o monopólio da jurisdição pelo Estado fez com que a mesma fosse transformada na ação processual”. (SILVA, 1997, p. 130)

Não obstante entendimento nesse sentido, é evidente a presença da ação de direito material. Nos socorre mais uma vez Fábio Luiz Gomes (SILVA; GOMES, 1997, p. 130) ao lembrar com propriedade a permissão do desforço imediato do artigo 502 do código civil, que autoriza o uso da força para proteção de um direito subjetivo-material violado.

Como se percebe, a ação de direito material sempre poderá ser utilizada, só cedendo

lugar à ação de direito processual quando restar ineficaz, tendo em vista o monopólio estatal e, logicamente, a proibição da justiça pelas próprias mãos. Sendo assim, se o devedor instigado pelo credor, cumpre o avençado, houve ação de direito material sem necessidade da ação de direito processual. Aliás, em muitos casos, o uso dessa primeira é imprescindível ao interessado, sob pena de torná-lo carecedor da ação por falta de interesse processual.

5. A utilidade da ação de direito processual

A restrição da ação de direito material para hipóteses específicas e, no mais, dependente da atuação da outra parte, faz surgir como consequência lógica da presença do Estado na solução dos conflitos, o uso da ação de direito processual que possibilitará, via processo, a entrega da prestação jurisdicional às partes litigantes.

A ação, e daqui em diante se reportará sempre a de direito processual, proporciona, às partes e ao Estado-juiz, a chance de resta-

belecer uma situação que por algum motivo está causando desconforto no seio da sociedade. Salvo os casos de processo necessário, como, por exemplo, anulação de casamento, a ação só será indispensável se as partes não chegarem a um consenso.

Permanecendo a controvérsia, sua utilidade é funda-

mental. Através dela, invoca-se a presença do Estado como terceiro imparcial para conceder solução pacífica ao caso levado a seu exame. O direito de ação não deve, por essa razão, sofrer obstáculos, restrições, sob pena de negação da jurisdição prometida em troca da retirada dos particulares da possibilidade de



se fazer justiça de mãos próprias.

Restringir esse direito é o mesmo que dizer ao cidadão que ele está sem proteção jurídica e proibido de utilizar de outro meio para guarida do seu desiderato. Ou seja, é deixá-lo com o maior prejuízo que um homem pode ter: o sentimento de injustiça.

Por isso, a doutrina não vacila em afirmar que o direito de ação é público, autônomo e abstrato. Em resumo, independe da existência ou não de um direito material, aliás, seu uso, independentemente da natureza da providência jurisdicional que se pretende, se constitutiva, condenatória, mandamental, declaratória ou executiva *lato sensu*, tem sempre uma declaração da presença ou não do direito substantivo de que se diz titular.

Esse argumento é inatacável porque, mesmo frente uma sentença de improcedência do pedido do autor que, nada obstante ter negado a existência do direito material pretendido, houve, indubitavelmente, o devido uso do direito de ação. Tanto é assim, que a leitura do artigo 75 do código civil deve ser "a toda pretensão de direito existe uma ação que o assegure" e não "a todo o direito..." pois, como visto, mesmo quando não se tem direito há possibilidade do uso da ação.

Da mesma forma, a garantia de acesso irrestrito à jurisdição, prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, consistente em conceder proteção jurisdicional a todo aquele que tiver seu direito violado ou ameaçado, deve ser estendida a quem sequer sofreu ameaça, pois o direito de ação não pode ser condicionado a nada.

5.1. Das condições da ação

Esse subtítulo já é uma contradição em relação à conclusão lançada no parágrafo anterior. Ora, se o direito de ação é a porta que dá acesso à jurisdição e se essa é um dever do Estado, como condicioná-lo às denominadas condições da ação? Como se pode julgar alguém carecedor da ação se a mesma constitui um direito público, autônomo e independente?

Parece que a contradição é evidente. Tenta solucionar o problema o processualista paulista Antônio Carlos Marcato (1999, p. 22). Esse renomado jurista busca uma saída para o pa-

radoxo afirmando que o direito de ação se divide em condicionado e incondicionado. Segundo seu entendimento, o direito de demandar é incondicionado, enquanto o direito à efetiva prestação da tutela jurisdicional de procedência ou improcedência do pedido é condicionado às condições da ação.

A diferença básica, então, seria que no direito de demandar (incondicionado) não haveria por parte do Estado o dever de pronunciar-se acerca do pedido formulado, já quanto ao direito de ação (condicionado) acarretaria ao Estado o dever de declarar ou executar o direito reclamado.

O esforço do processualista aliado a seu vasto conhecimento não são suficientes para resolver a flagrante contradição. A verdade é que toda vez que se extingue o processo sem julgamento de mérito, tendo como pretexto a ausência de condição da ação, nega-se a jurisdição.

Aliás, esse expediente tem sido utilizado em larga escala como forma de amenizar a quantidade de processo nos respectivos cartórios. Numa comarca de entrância especial, por exemplo, o indeferimento de uma petição inicial por ausência de uma condição da ação leva o autor a ajuizar nova demanda, com chances claras dessa nova ação ser distribuída para outra vara que não a inicial.

O menos avisado, inocente, poderia questionar alegando que ao autor caberia o recurso de apelação previsto no artigo 296, inclusive com juízo de retratação. Mas qual seria a racionalidade de se recorrer ao tribunal e ficar aguardando por dois ou três anos uma resposta se o autor tem ou não o direito de ação. Percebe-se que neste caso o tribunal nada mais fará do que declarar a existência ou não de um direito de ação que se diz público, autônomo e abstrato.

Além do mais, a previsão recursal do artigo 296 pode se constituir numa verdadeira anomalia. Basta o autor recorrer e o tribunal reformar a decisão que indeferiu a petição inicial por falta de condição da ação. Imaginem a seguinte situação: com a reforma, o réu é citado e comparece aos autos alegando como preliminar a falta de condição da ação que o juiz já havia vislumbrado. Como proceder agora esse magistrado? Extinguirá novamen-

te a relação processual, seguindo seu convencimento, agora corroborado com o do réu?

Seja qual for sua decisão, outro recurso será interposto e o tribunal terá que se manifestar sobre uma matéria já decidida. Quando, porém, decidiu da primeira vez, o fez sem a presença do réu, o que o impossibilita de alegar matéria preclusa. Por outro lado, a câmara estará preventiva e, certamente, não mudará sua decisão anterior. Dessarte, esse dispositivo, além do improvável uso, pode levar os sujeitos da relação processual a uma verdadeira arapuca.

Na realidade, a análise realizada pelo juiz quanto às condições da ação é e sempre será julgamento de mérito. Não se pode concluir que o pedido é juridicamente impossível, se a parte é manifestamente ilegítima ou se há falta de interesse de agir, sem adentrar, analisar o pedido do autor, o mérito da causa. Apesar da opção do legislador pela extinção sem julgamento do mérito, o processualista não pode deixar de admitir o equívoco em tal escolha.

É preciso também que se diga que as denominadas condições da ação podem e devem ser resumidas a apenas uma. Defender impossibilidade jurídica do pedido é uma aberração, pois se o Estado arrebatou o monopólio da justiça, como pode em dada circunstância alegar impossibilidade na prestação da tutela jurídica? No máximo, o que pode ocorrer é a falta de interesse.

Da mesma forma a ilegitimidade de parte não passa de falta de interesse no processo. Aquele que pleiteia direito alheio em nome próprio fora dos casos legalmente autorizados, não tem interesse no processo e, por via de consequência, deve, como quer o código, ser considerado carecedor da ação. Entretanto, para aqueles como nós, que vêm nas condições da ação julgamento de mérito, a decisão deveria

ser de improcedência do pedido.

5.2. Do indeferimento da petição por ausência de condição da ação

De toda essa celeuma, o mais grave é, sem dúvida, o indeferimento da petição inicial por suposta ausência das condições da ação. Como já salientado, o uso indiscriminado dessa prerrogativa acaba constituindo-se em total negação da jurisdição. O dever na prestação da tutela jurisdicional, aliado a necessidade do processo e da ação, faz com que

se prestigie o princípio da instrumentalidade da forma, impedindo indeferimentos desprovidos de real necessidade.

O expediente de extinguir a relação processual por ausência de condição da ação, deve ser usado toda vez que for necessário para prestar a jurisdição e não negá-la. Explica-se! Se, diante de uma legitimação ordinária, o autor pleiteia direito alheio, é necessário o indeferimento justamente para proteger o direito daquele que realmente é titular. Demonstrada a falta de interesse da parte ma-

“A ação de direito material sempre poderá ser utilizada, só cedendo lugar à ação de direito processual quando restar ineficaz, tendo em vista o monopólio estatal e, logicamente, a proibição da justiça pelas próprias mãos.”

nifestamente ilegítima, nega-se a proteção jurídica pleiteada e, por via oblíqua, protege-se o interesse do verdadeiro titular, ainda que este não esteja nos autos e portanto não se sabe quem é.

O indeferimento da petição inicial é tão desastroso que, mesmo em situação acima citada, deve-se buscar solução que dê continuidade à relação processual. A Revista dos Tribunais 642/188 traz à baila acórdão unânime da 2ª Câmara do TJ-BA datado de 04.04.89, na apelação número 760/87 com a seguinte decisão:

“Embora a ação de investigação deva ser requerida pelo filho, não ocorre ilegitimidade da parte quando, por imprecisão técnica, a ação foi requerida pela genitora da

menor impúbere interessada, visando ao reconhecimento."

Também acórdão unânime número 11.486 da 2ª Câmara do TJ-MA, de 05.04.90, citado pelo professor Humberto Theodoro Júnior em Código de Processo Civil Anotado, suscita a seguinte conclusão:

"Para propor ou contestar ação - CPC, art. 3º - basta o menor esboço de direito e legitimidade. O juiz não deve ser tão rigoroso, a ponto de exigir que este conceito se aprofunde, além, pelo menos, da expectativa de direito que legitima o exercício da ação."

6. Conclusão

A prestação da tutela jurisdicional é dever do Estado. O processo e a ação são meios colocados à disposição das partes para cobrar daquele que deve prestá-la o adimplemento da sua obrigação. Por mais que se obedeça a ritos procedimentais e princípios processuais, é mister compreender a dinâmica do direito - material e processual - de forma interdisciplinar e consciencioso de que o importante é a entrega da tutela jurídica por parte do Estado.

De todos os sujeitos envolvidos nessa tarefa, o juiz por ter o dever aliado ao poder, precisa ser capaz de avaliar as várias situações levadas a juízo para proceder com dinamismo capaz de cumprir o labor que está incumbido.

Respeitado o princípio de demanda, deve o juiz agir durante todo o tempo da relação processual em busca da solução de mérito para a causa posta sob seu exame. Dessarte, não é porque a parte dispôs de uma determinada produção de prova que o juiz estará impedido de realizá-la. O princípio dispositivo, jamais será óbice para isso. Nesse ponto, é necessário demonstrar a diferença que existe entre esses dois princípios.

A doutrina, erroneamente, costuma confundir esses dois princípios como se fossem sinônimos. O princípio de demanda impede o juiz de agir de ofício para iniciar uma relação processual, enquanto o dispositivo permite às partes escolherem a realização de certos atos processuais já com o processo em curso.

No entanto, essa disponibilidade das partes em muitos casos não afeta o juiz que poderá agir de ofício em busca da efetiva tute-

la jurisdicional. Essa possibilidade não é nenhuma criação alternativa, muito embora poderia até ser, e está expressamente prevista no código em vários dispositivos.

Como exemplos, pode se apontar os seguintes artigos do Código de Processo Civil, com previsão expressa para o juiz agir de ofício ou lhe fornecendo condições para conduzir o processo em busca de uma sentença de mérito: artigo 130, 131, 262, 342, 343, 355, 382, 440, etc. Para se ter uma idéia, o artigo 130 acima citado, permite ao juiz que de ofício determine as provas necessárias à instrução do processo.

Por isso, a insistência numa conscientização dos magistrados do dever e do poder que eles têm para prestar a tutela jurisdicional. Nessa linha de raciocínio é possível, por exemplo, defender o deferimento de uma tutela antecipada de ofício, sem requerimento da parte.

O juiz, ao perceber que a contestação apresentada pelo réu só tem finalidade protelatória, mesmo sem o requerimento do autor, poderá conceder a antecipação da tutela como forma de coibir essa defesa desleal e imoral. Outro exemplo que pode ocorrer é, diante de uma situação de extrema urgência, o juiz conceder a tutela antecipada para evitar perecimento do direito, um dano irreparável ou de difícil reparação.

Aqueles que negam tal possibilidade alegam que o juiz não pode agir dessa forma porque estará ofendendo o princípio de demanda. Usam desse argumento porque confundem princípio de demanda com dispositivo. O juiz, quando concede uma tutela antecipada de ofício, o faz com a relação processual em curso, com a jurisdição já devidamente movimentada.

O que se poderia dizer é que nesses casos ele ofenderia o princípio dispositivo. Mas como já discutido, inclusive com citações de artigos acima, o juiz tem respaldo legal para enfrentar esse princípio. É bom lembrar que nenhum princípio reina de forma absoluta, intransigente. Assim, ao princípio dispositivo temos o inquisitivo que permite ao juiz tomar algumas decisões mesmo contrárias àquele princípio.

É possível, ainda, objetar alegando que o autor poderá não aceitar a antecipação da tutela por entender que não a requereu. Ora, se ele assim agir, o juiz estará autorizado a extin-

guir o processo sem julgamento do mérito por flagrante ausência de interesse processual.

Finalizando, entendemos que a verdadeira prestação da tutela jurisdicional tem de enfrentar essas e tantas outras questões de forma corajosa e compromissada com um atuar que vise, acima de tudo, o interesse do cidadão enquanto credor da proteção jurídica prometida pelo legislador constitucional e infra-constitucional.

NOTAS

¹ Hodiernamente ainda encontra-se no ordenamento jurídico resquícios da autotutela, como, por exemplo, a defesa da posse, que pode ser exercitada pela força do possuidor que se encontrar nessa qualidade no momento da agressão.

² Não é sem outra razão que convivemos com a chamada "justiça alternativa", presenciada nas favelas das grandes cidades, oriunda justamente da omissão do Estado em prestar a tutela jurisdicional que proporcionou ao particular, geralmente oportunista, o "direito" de preencher esse vácuo de justiça e, assim, prestar a sua a aquelas pessoas carentes.

³ Justifica plenamente esse raciocínio, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC - ao exigir do juiz, na aplicação da lei, perquirir as razões sociais e o fim comum que ela se destina.

⁴ "Roberto Lyra Filho parte da distinção entre Direito e Lei. Essa distinção, que aparece já nas próprias línguas, é tratada de modo concreto, pois terá como fio condutor a figura do Estado como legislador e a diferença entre a legalidade (que tende a rumar para o legalismo formal e autoritário) e a legitimidade (que procura confrontar a lei e a dominação). [...] A partilha (dos bens materiais) e sua regulação (nos contratos, delitos e penas) circunscreve a justiça geométrica ou distributiva e a justiça aritmética ou comutativa, sendo necessário distinguir entre o legislador - que ligitiza ou universaliza os direitos - e o juiz - que ressocializa ou concretiza a universalidade abstrata posta pelo legislador." (CHAUÍ, 1986, p. 19-20).

⁵ Qual a racionalidade capaz de explicar o fato de se extinguir a punibilidade do devedor que pagar o valor sonhado antes da denúncia e não ocorrer o mesmo com um cidadão que após furtar um bicicleta a devolve ao dono, intacta, antes da denúncia? Todos não são iguais perante a lei?

⁶ A evolução do processo, ao passar da fase autonomista, "[...] atingiu a paroxismos tais que se consagrou o equívoco de considerá-lo um fim em si mesmo, naquilo que passou a ser conhecido como **processualismo** [sem grifo no original] [...]" (DANTAS, 1997, prólogo).

⁷ "Mas a escuta não deve alcançar, como se poderia pensar apressadamente, apenas os litigantes, mas também o pró-

prio juiz, o qual não tem sido treinado à democracia (ouvir/escutar/dialogar) mas à prepotência. Via de regra, ele entra no processo com preconceito de tratar com pessoas de "menor significado", que nada tem a dizer, mas apenas a ouvir sua "respeitável decisão". (CARVALHO, 1995, p. 17).

⁸ "Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de "checks and balances", à paralela expansão dos "ramos políticos" do estado moderno." (CAPPELLETI, 1993, p. 19).

⁹ "Aproveito a ocasião para jurar que jamais fiz um poema ou verso ininteligível para me fingir de profundo sob a especiosa capa de hermetismo. Só não fui claro quando não pude [...]" (BANDEIRA, 1957, p. 91).

¹⁰ São exemplos, entre outros, o artigo 29, inciso III da Lei 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, bem como o artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.971/94, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, utilizando, respectivamente, os termos *pro rata* e *de cujus*.

¹¹ "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece." Art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

¹² "Na verdade, quem pensa em termos de "efetividade do processo" deve classificar as tutelas a partir dos seus resultados no plano do direito material, independentemente das suas características processuais." (MARINONI, 2000, p. 58).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDALA, Edson Vieira. Esquisitice de juiz (dois novos fundamentos para a rejeição da denúncia). In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Lições alternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista)*. São Paulo: Acadêmica, 1995. pp. 59-66.
- AGUIAR, Roberto A. R. de. A contemporaneidade e o perfil do advogado. In: *OAB Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. pp. 129-142.
- BANDEIRA, Manuel. *Itinerário de pasárgada*. Rio de Janeiro: São José, 1957.
- BRASIL. *Código civil*. 50. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL. *Código de processo civil*. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 21. ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. trad. por Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* trad. por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

- CARVALHO, Amílton Bueno de. Direito alternativo e processo. In : RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Lições alternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista)*. São Paulo : Acadêmica, 1995. pp. 9-17.
- CHAUÍ, Marilena. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito. In : LYRA, Deodoró Araújo (Org.). *Desordem e processo*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1986.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo : Dialética, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. rev. e atual., São Paulo : Malheiros, 1994.
- _____. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Malheiros, 1996.
- _____. *Execução civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Malheiros, 1997.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.
- DOTTI, René Ariel. A justiça e a linguagem cifrada. *Folha de Londrina*, Londrina, 28 de abril de 1997, cad. 1. p. 4.
- GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes : o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela inquisição*. 10. reimpressão, trad. por Maria Betânia Amoroso, São Paulo : Companhia das Letras, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coors.). *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.
- LYRA, Doreodó Araujo (Org.). *Desordem e processo : estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1986.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 7. ed., 2. tiragem, São Paulo : Malheiros, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo : Malheiros, 1997.
- _____. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo : Malheiros, 1995.
- _____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1994.
- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo : elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba : EDIBEJ, 1996.
- OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. trad. por Heitor Cavalcanti Poppe, São Paulo : Editora Globo, [s/d].
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. In : TUBENCHALAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coors). *Livro de Estudos Jurídicos*. 1. ed., vol. VII, Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. pp. 91-119.
- _____. Democracia, participação e processo. In : GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coors.). *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. pp. 83-97.
- _____. *Direito, poder, justiça e processo : julgando os que nos julgam*. 1. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- _____. *Inovações no código de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- PEREIRA FILHO, Benedito. Embargos do devedor. Ausência de impugnação especificada. *GENESIS - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba : Genesis, v. 4, ano II, jan./abr. 1997. pp. 173-183.
- _____. O necessário reconhecimento da união estável. *Journal da Fundação*. Marília, n. 12, ano III, maio 1997. p. 2.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo : Revista dos Tribunais. n. 642. p. 188.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Lições alternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista)*. São Paulo : Acadêmica, 1995.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil : processo de conhecimento*. 4. ed. rev. e atual., vol. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Curso de processo civil : execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 3. ed. rev. e atual., vol. 2, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Democracia moderna e processo civil. In : GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coors.). *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. pp. 98-113.
- _____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. rev. e aument., Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1995.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 4. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- VASSOURAS, Vera Lúcia Conceição. *O mito da igualdade jurídica no Brasil : notas críticas sobre igualdade formal*. São Paulo : V.L.C. Vassouras, 1994.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO À IMAGEM

Cláudia de Freitas Felicíssimo*



Resumo

Ao se analisar os direitos fundamentais do homem, percebe-se que eles abrangem uma totalidade de direitos de suma importância para a sua interação com os indivíduos dentro da comunidade em que vive e dos demais povos que existem em todo o globo terrestre. E por que particularizar o direito à imagem? Porque é necessário situá-lo no novo espaço aberto ao homem para participar, ativamente, de uma sociedade em expansão com a tecnologia que avança, inexorável, sobre o mundo todo, exigindo, cada vez mais, formas jurídicas para garantir o homem em seus direitos primordiais - os da personalidade.

Palavras-chave

Imagem, dano moral, responsabilidade civil, imprensa.

Abstract

The analysis of humankind's fundamental rights leads to the awareness of a vast range of rights that are essential to the individual's interaction in their own community and all over the world. Why specify the right to image? Because it's necessary to place the individual in the new arena that is now open for them to play an active role in a society ever-expanding technologically the world over. This requires more and more alterations, and also new legal ways, in order to guarantee people's primordial rights, i. e. their personality rights.

Key-words

Image, civil liability, moral damages, press.

* Mestra em Direito das Relações Sociais, sub área de Filosofia do Direito pela PUC-SP, professora de Introdução ao Direito e Filosofia do Direito na Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha" de Marília/SP.

El derecho a la propia imagen es una manifestación del derecho a la intimidad, y consiste en poder disponer y usar de la misma e impedir su reproducción o divulgación por cualquier medio sin nuestro consentimiento. (Del Rio, 1986)

O direito à imagem é um bem jurídico autônomo das pessoas jurídicas ou físicas.

O dano à imagem de pessoa jurídica dar-se-á se o lesante atingir sua idoneidade financeira, a qualidade de seus serviços e produtos, divulgar segredo de sua tecnologia, de seu processo especial de fabricação, por meio da imprensa ou de qualquer outro meio de comunicação que, ao fazer uma propaganda, pode apresentar uma péssima imagem de uma firma no mercado.

O atentado à imagem de uma pessoa física dá origem à obrigação de indenizar e pode ocorrer de várias maneiras, entre elas:

- a) a reprodução pública da imagem, sem autorização de seu titular, por meio de fotografia, pintura, escultura, caricatura ofensiva, TV, vídeo ou filme cinematográfico, exceção para as publicações com fins didáticos, científicos ou com eventos de interesse público ou que acontecem publicamente;
- b) a modificação de um retrato feita por computador, com recursos ofertados por *software* de processamentos de imagem, causando menoscabo ao retratado;
- c) a reportagem ousada e sensacionalista que, sem escrúpulos, publica fatos verídicos ou falsos, que abalem o prestígio social de alguém;
- d) a reprodução romanceada, em filme cinematográfico, da vida de pessoa de notoriedade, sem a devida autorização, caso em que o autor do roteiro, o produtor e os co-produtores responderão solidariamente pelos danos;
- e) o uso de legendas deturpando o contexto de uma publicação, fazendo com que a imagem do retratado passe a ter um significado que venha a adulterar sua personalidade, ao alterar a realidade fática, com inverdades;
- f) a exibição pública autorizada pelo retratado, mas desvirtuada por quem fez a divulgação, utilizando-a em anúncios, para fins de propaganda ou em álbuns de figurinhas, provocando dano moral e patrimonial, favorecendo apenas o anunciador do produto e a

agência de publicidade, privando o retratado de obter um benefício, que se erige em lucro cessante indenizável. A autorização dada para uma determinada publicidade não dá direito para publicá-la em outra ou a inseri-la em qualquer texto não declarado pelo fotografado;

g) o ato de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornografia envolvendo menor. Pela gravidade, o ato torna-se ilícito penal, punido com reclusão.

Por suas peculiaridades, a indenização do dano moral puro se configura como uma pena pecuniária, ou multa: é pena civil. Enquanto tal, está sujeita ao princípio de legalidade das penas, conforme se acha expresso na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, XXXIX: "...não haverá pena, sem prévia cominação legal."

Jurisprudência Espanhola – Tribunal Superior – conforme TC 1ª S 26 Nov. 1984, LA LEY, 1985-1,65:

El art. 8.1 LO 1/1982 de 5 May ha sido interpretado en el sentido de que la ley sólo puede autorizar las intromisiones por imperativo de interés público, y que viene, por tanto, a exigir, con carácter general, para que el derecho fundamental a la imagen ceda ante otro derecho que legitime la intromisión producida, la existencia de un interés público, que se halla muy distante de subyacer en el mero interés criminalístico de quien, con el propósito de obtener un beneficio económico, acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de un tercero, procediendo además, sin consentimiento del mismo; ello cabe sostenerlo con mayor fuerza aún cuando la persona cuya imagen se comercializa sin su consentimiento tiene un carácter público que acredita el interés económico de la difusión, hasta tal punto que la legislación contempla expresamente su explotación, y así sucede concretamente, con quienes ejercen la profesión de deportistas, respecto de la cual el RD 1006/1985 de 26 Jun. (relación laboral de los

desportistas profesionales) alude de manera expresa, en su art. 7.3, a la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas.

Jurisprudência Brasileira - 1TARJ - Julgado - Direito Autoral - Proteção à imagem - artistas contratados para filmes cujas fotos foram utilizadas em fotonovelas - indenização devida. (Rel. Juiz Thiago Ribas Filho - j. em 1/8/78)

Sem sombra de dúvida, a pessoa representada em fotos pode-se opor à reprodução de sua imagem, fixada para efeito de realização de filme cinematográfico e admitida exclusivamente com a finalidade de angariar publicidade para o mesmo filme, prevalecendo a vontade dela sobre a do proprietário do retrato, o que se explica pelo fato de ser ela a maior interessada, não se admitindo que, contra a sua vontade, seja exposta sua figura em público, favorecendo o interesse de terceiro.

Como bem salienta Hermano Durval (p. 75):

"O retrato não interessa apenas ao seu autor. A pessoa retratada e os seus sucessores podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato."

Não obstante as longas digressões doutrinárias sobre a conceituação do direito à imagem previsto pelo artigo 666 do Código Civil Brasileiro e a lei nº 5.988/73, que regula os direitos autorais e, o seu artigo 82, que protege a utilização de obra fotográfica, não deve

haver dúvidas em que o uso da imagem de uma pessoa para publicidade comercial implica na obrigação de retribuir à participante o benefício que o anunciante obteve com esse procedimento. É, aliás, prática corrente em toda parte, inclusive no Brasil.

Se o uso não apenas der proveito, mas ofender o retratado, o dano deve ser ressarcido pelo simples princípio de que a ninguém é dado locupletar-se com o bem alheio.

O dever de indenizar decorre da simples utilização de um direito personalíssimo, o da imagem, mas existem limitações a

essa prerrogativa, a saber: a notoriedade da pessoa retratada, os interesses públicos e culturais, bem como a presença do sujeito em cenário público. Esta última restrição é que deve ser analisada.

Bem diz Caldas (1997, p.101)

determinarem os nobres e transcendentais objetivos da ciência e da cultura o relaxamento do direito de as pessoas interditarem a divulgação de particularidades de sua existência. Manifestada uma doença nova, preocupante, o interesse científico, que é um interesse da humanidade,

pode suscitar a divulgação de fatos da vida do paciente, ...enfim, adentrar fronteiras de sua intimidade. O mesmo se diga em relação ao interesse cultural acerca de costumes, estilos de vida, ou de formas particulares ou exóticas de agir ou de ser de determinados segmentos ou grupos sociais, povo, nação.

E conclui que só não pode, em nenhuma hipótese, o interesse científico ou cultural autorizar abusos, devendo predominar, em cada caso, o bom senso como elemento determinante para se saber a extensão da invasão na vida privada de alguém sob a desculpa de um falso interesse geral e nobre.

"Os Estados devem atender à necessidade de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e nacional e de harmonizar a legislação interna com as obrigações convencionais."

Lopes (1990, p. 37) assinala que,
ainda quando resulte dificuldade para fixar os exatos limites entre o direito à intimidade e o de informação, não se deve deixar que um asfixie o outro, ou vice-versa.

Veja-se a doutrina italiana e seu pensamento corrente:

... dalla riservatezza deriva una possibilità di sfruttamento economico dell'immagine, cui corrisponde un danno di natura patrimoniale che dev' essere risarcito. (de Cupis, 1961, p. 284).*

Em uma passagem de estudo doutrinário, o professor Walter Moraes (p. 346) pondera que

se a lei conferiu ao sujeito um direito de impedir a disposição de sua imagem, é porque ofereceu tutela aos seus interesses relativos a tal bem.

No título II da Constituição Federal/88, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo I, artigo 5º, está localizada a norma que reconhece genericamente o direito à intimidade, em nível constitucional, sendo implícitos o direito à honra, à imagem, ao recato e ao segredo, invioláveis.

A competência territorial para ingressar com ação pelo dano moral cometido contra a imagem de alguém é do foro do lugar onde a divulgação sem o consentimento da vítima, foi feita igualmente domicílio da pessoa lesada, não obstante poder ser a foto divulgada, editada e distribuída em outro lugar (artigo 100, a, do Código de Processo Civil brasileiro).

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro e ali também assinada pelo Brasil. Diz, no artigo XII:

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra

tais interferências ou ataques.

Os Estados-partes, em tratados de direitos humanos, encontram-se obrigados a organizar o seu ordenamento jurídico interno de modo que as vítimas de violações dos direitos neles consagrados disponham de um recurso eficaz perante as instâncias nacionais.

O cumprimento das obrigações de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e esses são chamados a aplicar as normas internacionais, adotando o critério de primazia da norma mais favorável às vítimas, seja ela de direito internacional ou de direito interno.

Assim, os tratados de direitos humanos impõem deveres que implicam a interação entre suas normas e as de direito interno. Os Estados devem atender à necessidade de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e nacional e de harmonizar a legislação interna com as obrigações convencionais.

Mostra disso deu o governo brasileiro ao conseguir alterar a essência do capítulo sobre liberdade de imprensa, que integra a Declaração da VII Cúpula Ibero-Americana de Chefes de Estado e do Governo, assinada em 09 de novembro de 1997, em Isla Margarita, na Venezuela. A expressão "informação idônea" (*información veraz*, em espanhol), incluída inicialmente no texto, foi retirada do capítulo, passando a ser apenas referência na declaração, seguida do veto a qualquer censura ou restrição.

Segundo uma fonte diplomática, a delegação venezuelana se empenhou para a inclusão do termo *información veraz* porque no país a imprensa é ligada aos partidos políticos.

A Constituição da Espanha, em seu artigo 20, reconhece o direito de comunicar ou receber a *información veraz*.

A delegação brasileira ao lado das delegações da Argentina, do Chile, de Portugal e do Uruguai lutou pela modificação e só aceitou manter a expressão no texto como um desdobramento da liberdade de expressão. O sexto capítulo da declaração, intitulado Direito à Informação, estabelece que "é requisito indispensável à democracia o direito à liberdade de expressão, informação e opinião

e isto constitui o fundamento da informação idônea, sem restrições ou censura”.

Derradeiramente, acrescenta-se que no V Congresso da União Internacional, um dos temas que mereceram realce no relatório foi o direito à intimidade:

O que resta protegido na pessoa do ser humano, uma vez que foram postos de lado sua honra, sua vida, sua integridade física, seu direito a ser reconhecida como autora de suas obras intelectuais, científicas e artísticas, enfim, todos estes tributos tutelados por direitos desde longa data reconhecidos, definidos, classificados, é o direito de ser deixado em paz, de não ser importunado pela curiosidade e indiscrição. Aí está a sua essência.

Não há confundir o direito à intimidade com o direito à imagem, compreendido neste o sentido econômico. Ambos decorrem da mesma natureza – personalidade – são semelhantes, não iguais.

Um está tutelado, outro embrionário na construção dogmática científica, em seu valor pensante mais alto, a crítica.

Responsabilidade civil por danos morais à imagem

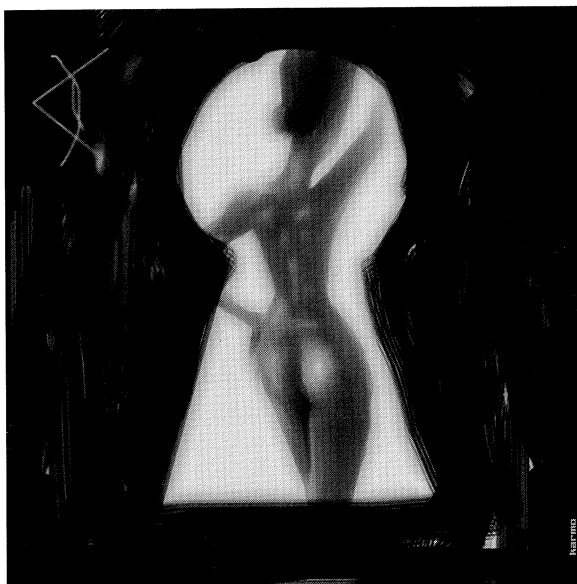
Sérgio Luiz B. Presta (1998, p. 18) aponta que a sociedade brasileira, durante os longos e tristes anos de ditadura que perduraram no país, viu seus direitos individuais e de cidadania, não só serem desrespeitados, mas também ignorados.

Com a promulgação do texto da Carta Política de 1988 houve, de forma expressiva, um avanço nos direitos e garantias dos indivíduos.

Ressurgiu, com a Constituição, um instituto que estava com pouco uso no país – quase esquecido – o instituto da RESPONSABILIDADE CIVIL, instrumento jurídico eficaz para ressarcimento à vítima dos atos ilícitos contra ela praticados em seus direitos fundamentais.

O artigo 5º da Constituição Federal/88, no seu inciso X, promulga:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação.



O STJ assim também decidiu, pela pena do Relator Claudio Santos (p. 289) e na mesma forma preferiu a Súmula 37, que diz “serem acumuláveis indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.”

Inexistindo critérios previstos por lei, explica Santini (1997) dever a indenização ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evi-

dentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame, fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para fixação do dano, haja vista que, costumeiramente, a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu.

A responsabilidade por danos encontra-se no Código Civil atualmente em vigor, respaldada na Constituição de 1988, que se caracteriza, no dizer do Ministro José Augusto Delgado,

no âmbito das garantias processuais, por assegurar direitos e deveres individuais e coletivos, através de normas que concretizam, quando aplicadas, a sempre almejada melhoria do aparelhamento processual, que tem a função, no momento, de servir como meio e fim operantes para garantir aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a aplicação dos dogmas jurídicos concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, tudo concedido como valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. (Delgado, 1998)

A responsabilidade civil é a forma encontrada para coagir aqueles que infringem os direitos de outrem, a realizarem a reparação do dano causado.

Essas garantias são mais uma prova de que só existe sucesso em uma sociedade, quando o respeito e o afeto configuram-se entre os seus membros.

É o que se chama *affectio societatis*. Quando, por algum motivo, esse afeto ou esse respeito é abalado, cabe ao Poder Judiciário, restituir o *status quo ante*, ou então, quando isso não é mais possível, utilizar-se do instituto da Responsabilidade Civil, para compensar a vítima pelo dano causado.

A reparação pelo dano moral não visa reparar no sentido literal a dor, pois essa não tem preço. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, ressaltou em sentença de sua lavra que

a dor, a alegria, a vida, a liberdade, a honra ou a beleza são de valores inestimáveis. Isso não impede, porém, que seja aquilatado um valor compensatório, que amenize aquele dano moral a que São João, apóstolo, chamava de "danos de alma". (Andrade, 1994, p.9)

O dano moral na Lei de Imprensa

Giovanni Battista Ugo, na obra *Digesto Italiano*, afirma que

"No Brasil, a imprensa pode ser considerada um quarto poder, ao lado do Executivo, Legislativo, e Judiciário, face à influência que exerce, principalmente como formadora de opinião."

(Ugo, 1925)

o desenvolvimento do saber humano é trabalho de um extraordinário número de pessoas, que se sucedem no tempo e que se estendem no espaço; convém aproximar todos esses esforços, de uns e de outros, combinando-os e harmonizando-os. E é a imprensa que, maravilhosamente, provê a este fim: ela conserva e transmite, à mais distante posteridade, a preciosa relíquia legada pela idade antiga; coadjuvada por outros prodigiosos meios da civilização moderna, recolhe com grande rapidez as notícias de todo o mundo e prontamente as comunica e divulga ao mais escondido rincão.

No Brasil, a imprensa pode ser considerada um quarto poder, ao lado do Executivo, Legislativo, e Judiciário, face à influência que exerce, principalmente como formadora de opinião.

A verdadeira missão da imprensa, mais do que a de divulgar fatos, é a de difundir conhecimentos, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade.

Dentro da grei humana, é grande a sua importância em virtude de seu índice de

penetração popular e imensa facilidade em construir ou destruir reputações, em estruturar ou desintegrar a sociedade, em edificar ou debilitar os povos, pelo domínio das consciências, através de noticiários e comentários honestos ou tendenciosos.

À boa imprensa já deve o Brasil a independência nacional, a abolição dos escravos e a implantação da República, entre tantos serviços já prestados. O jornal é auxiliar do poder; dá uma voz aos interesses que sofrem; se o ínfimo julga-se sacrificado, pode defender e advogar sua causa perante a nação.

A Carta Magna assegura a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

No entanto, mecanismos devem ser sempre criados para que estas disposições constitucionais sejam respeitadas na prática da atividade da imprensa brasileira.

O trabalho da imprensa é absolutamente necessário em um país democrático, mas igualmente é importante o respeito aos direitos constitucionais dos cidadãos.

E, no ressarcimento do dano moral, às vezes, ante a impossibilidade de reparação natural, na *restitutio in integrum* procurar-se-á atingir uma situação material correspondente. Por exemplo, no delito contra a reputação, pela publicação em jornal, do desagravo. Mas em regra, a reparação é pecuniária.

A nossa Constituição Federal, no inciso V do artigo 5º, dispõe:

é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Conclusão

O direito à imagem é um direito personalíssimo, eis que cada um é senhor absoluto das condições em que deseja aparecer em público. A tutela do direito à própria imagem tem o mesmo fundamento que assegura a inviolabilidade do sigilo epistolar, dos diários ou jornais íntimos e que os anglo-saxões englobaram na rubrica do *right of privacy*,

isto é, o direito à reserva da vida íntima, que Royer-Collard, em 1819, obteve na famosa expressão *La vie privée droit être murée*.

O direito à imagem constitui a base e o pressuposto de todos os demais direitos. E porque o constituem, veio o Estado a protegê-lo, desde a antiguidade mais remota, sentindo que, no seu respeito e observância, "repousa a própria vida social".

Já no século XVIII, definiu Kant (p. 447), a personalidade: "é ela a liberdade e a independência diante do mecanismo da natureza inteira."

Sócrates bradou, certa feita, perante seus discípulos:

"Sou filho de mim mesmo; as minhas ações são a minha qualidade, e meu procedimento é todo meu ser".**

NOTAS

* Trad.: "...da reserva deriva uma possibilidade de desfrute econômico da imagem, a qual corresponde um dano de natureza patrimonial que deve ser ressarcido."

** Sócrates notabilizou-se pelos diálogos que mantinha com as pessoas, em praças públicas. Para ele, "desnecessário dizer com palavras o que revelava com o exemplo de sua conduta." Assim, muito do que se diz com sendo de sua autoria, encontra-se em considerações esparsas em relatos proferidos por seus discípulos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vanessa Verdolim Hudson. *Sentença* publicada no Diário Oficial de Minas Gerais em 10 de setembro de 1994.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS e RESOLUÇÃO 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos de personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Ed., 1961.

DEL RIO, José M. Leite. *Derecho de la persona*. Madrid: Tecnos. 1986.

DELGADO, Ministro José Augusto. *A Tutela do processo na Constituição de 1998 – Princípios Essenciais*. Jurisprudência Brasileira – Cível e Comercial, Edições Juruá, __.

_____. *Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão – as Garantias do Cidadão na Justiça*. Ed. Saraiva: São Paulo, s/d.

FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. *SÚMULA nº 221 do Superior Tribunal de Justiça*. Estudo Jurídico. Revista Consulex, ano III, vol. II, nº 31, julho de 1999.

JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA – TC 1ª S 26 Nov. 1984, LA LEY, 1985-1,65.

LEITE, Paulo Roberto S. da Costa. Doutrina – *Dano Moral no Direito Brasileiro*. Revista Consulex, ano II, vol. I, nº 14, fevereiro de 1998, pp 46/48

LOPEZ, Roberto M. *Responsabilidad de los medios de comunicación social per la difusión de noticias*. Buenos Ires: Abeledo, Perrot, 1990.

MESQUITA, J. I. B. de. *O dano moral na Lei de Imprensa*. Revista Consulex, ano 1, 1997. (Entrevista)

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. Editora Saraiva, 2000.

PRESTA, Sérgio Luiz B. Doutrina – *Responsabilidade Civil*

e a Constituição. Revista Consulex, ano II, vol. I, nº 13, janeiro de 1998.

Referência – LO 1/1982 de 5 May: *protección civil del derecho al honor, la intimidad personal e familiar y a la propia imagen*.

Reportagem “Brasil altera capítulo da liberdade de imprensa.” *Jornal da Manhã*, Uberaba-MG, 08 de novembro de 1997.

Reportagem *Lei da Imprensa em seus trinta anos*. Revista Consulex, ano 1, 1997.

Reportagem *Nova lei de imprensa: é livre a manifestação do pensamento?* Revista Consulex, ano 1, nº 10, outubro de 1997, pp 10/14

ROSA, Antônio José M. Feu. Doutrina – *Ainda os direitos humanos*. Revista Consulex, ano III, vol. I, nº 29, maio de 1999.

SAMPAIO, Ricardo. Doutrina – *Aids, Raça, Sexo e Dano Moral*. Revista Consulex., ano II, vol. I, nº 18, junho de 1998, pp 24/29.

SANTINI, José Rafaelli. *Dano moral*. LED-Editora de Direito __, 1997.

SÃO PAULO (Estado). Ministério Público do Estado. Procuradoria Geral do Estado. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos, 1996.

ZANNONI, Eduardo. *El daño em la responsabilidad civil*. 2ª ed. actual. y ampl., 1ª reimp. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1993.

VERDADE PROCESSUAL OBJETIVÁVEL E LIMITES DA RAZÃO JURÍDICA ILUMINISTA

Eduardo Cambi*



Resumo

Este texto procura questionar os fins que podem ser buscados mediante a compreensão dos fatos realizada pelo mecanismo processual. Desmistifica a idéia de totalidade tentando encontrar limites ao conhecimento da causa deduzida em juízo.

Palavras-chave

Verdade, processo, prova, finalidade da prova, razão jurídica.

Abstract

This text intends to question the objectives that can be envisaged by the understanding of the facts done by the legal procedure. It demystifies the idea of totality or universality, trying to find limits to the suit.

Key-words

Truth, process, evidence, objective of the evidence, juridical reasoning.

* Mestre e doutor em Direito pela UFPR. Professor de Direito Processual Civil na PUC/PR. Assessor jurídico do TJ/PR.

Introdução

A Filosofia é uma decisão ou deliberação orientada pela verdade (Chauí, 1997, p. 90). A busca da verdade está ligada a uma decepção, a uma desilusão, a uma dúvida, a uma insegurança ou, então, a um espanto e a uma admiração diante de algo novo ou insólito (Chauí, 1997).

O Direito, por envolver conflitos de interesses que reclamam decisões, também é orientado pela verdade, ainda que, por diversas razões¹, essa verdade não seja absoluta². A constatação de que não se pode obter, através do mecanismo processual, a verdade absoluta não é suficiente para estabelecer um modelo de verdade, relativa e racional, que possa ser concretamente acertada pelo processo (Taruffo, 1992, p.25-6). Entretanto, a adequada objetivação da verdade processual vai depender do contexto jurídico e epistemológico que se adote (Uberty, 1992, p.1)³.

1. Concepções teóricas de verdade

De acordo com Chauí (1997, p.99-108) é possível identificar, pelo menos, três concepções teóricas de verdade, que se inter-relacionam.

Em grego, verdade é *aletheia* e significa tudo aquilo que está oculto, escondido ou dissimulado. A verdade é uma qualidade das próprias coisas. Conhecer é identificar a verdade na realidade; assim, a falsidade é a realidade dissimulada em aparências.

Em latim, verdade é *veritas* e refere-se ao rigor e à exatidão de um relato, no qual se diz o que aconteceu. Um relato é verdadeiro quando a linguagem enuncia fatos reais.

Destarte, os fatos ou as coisas são reais ou imaginários; os relatos sobre eles é que são verdadeiros ou falsos.

Em hebraico, verdade é *emunah* e significa confiança (*emunah* é uma palavra que tem a mesma origem da palavra "amém", que quer dizer "assim seja").

Quando se toma a concepção grega, a verdade é obtida pela correspondência ou adequação do intelecto à coisa e da coisa ao intelecto, através da razão. Essa noção de verdade se insere no paradigma do ser. Interessante notar que, dentro deste paradigma, dois

modelos se chocam: enquanto, para Aristóteles, o ser é a substância inerente à própria coisa, para Platão, o ser é a idéia que se deve ter da coisa. Trata-se, pois, de uma diferença significativa na medida em que, no modelo aristotélico, conhecer seria retirar, pela inteligência, a essência imanente à realidade física e sensível da coisa, ao contrário do segundo modelo, no qual a verdade é transcendente à coisa, pertencendo ao mundo das idéias. Desse modo, na gnosiologia platônica, o conhecimento não consiste em retirar das coisas as essências, mas lembrar-se das essências ao contemplar suas cópias, sombras ou reflexos, que são as coisas sensíveis (Corbesier, 1978, p.70). A verdade, para Platão, consiste na contemplação das essências, que é o resultado de um duplo exercício (moral e intelectual) bem como da disciplina da vontade que permite ascender do mundo sensível ao mundo inteligível (mundo platônico das idéias). No entanto, o acesso ao mundo metafísico das idéias não se revela a qualquer um, sendo fruto da disciplina, teórica e prática, que caracteriza a vida do filósofo (Corbesier, 1978, p.70). Por outro lado, na gnosiologia aristotélica, o ser necessário e universal encontra-se no mundo físico e pode ser conhecido através dos sentidos (Corbesier, 1978, p. 71). Assim, a verdade é contemporânea ao juízo, pois só um juízo é que pode ser verdadeiro ou falso. A verdade pode, então, ser conceituada como adequação entre o juízo (ou operação pela qual se revela a realidade) e a realidade: *adequatio intellectus et rei*. Essa noção de verdade traz, em si, a questão da totalidade, já que, para se saber se um juízo é adequado à realidade, é necessário que, desta realidade, possa ser extraído um outro conhecimento, além daquele proporcionado pelo juízo, a fim de que ambos possam ser comparados. Percebe-se, pois, que Aristóteles vale-se do método dialético, partindo daquilo que pode ser compreendido cotidianamente, isto é, o mundo histórico e concreto dos homens (o *factum*). Trata-se de um caminho que permite que o homem se aproxime da razão do seu ser, ou do fim da sua existência, que, nada mais é, que a felicidade (*eudaimonia*) (Corbesier, 1978, p.73)⁴. Essa concepção aristotélica da verdade, por ser caracterizada pela universalidade

de, é, posteriormente, desenvolvida pela Escolástica e, até hoje, ressaltada pela Igreja Católica (CARTA..., 1998, p.110-1)

Quando se toma a verdade como *veritas*, o problema da verdade se coloca no plano da linguagem, não dependendo mais da correlação entre o pensamento e as coisas, mas também da vontade⁵. Os racionalistas sustentavam que, para conhecer o verdadeiro, era preciso libertar a consciência dos preconceitos e dos dogmatismos da opinião e da experiência cotidiana a fim de que as evidências pudessem ser alcançadas, por indução, dedução ou intuição, formulando juízos verdadeiros aos quais a vontade deveria submeter-se; desta forma, o pensamento serviria como uma forma de controle da vontade, vez que esta vontade pode ser causa da falsidade e da mentira⁶. Com efeito, podendo-se controlar a vontade racionalmente, neste paradigma da linguagem, a verdade é vista como um acontecimento lingüístico e lógico, ou seja, o verdadeiro e o falso são definidos por critérios racionais, fixados na dimensão narrativa, sendo irrelevante a questão de saber se os fatos são verdadeiros ou falsos⁷.

Quando se toma a verdade como *emunah*, a verdade é dada pelo consenso, entre os agentes da comunicação, que requer argumentação, diálogo, mas também envolve a autoridade (intelectual e moral) de quem se comunica.

2. Critério pragmático para a definição da verdade

Além dessas concepções teóricas de verdade, é possível identificar um critério pragmático para a verdade, pelo qual um conhecimento é verdadeiro, caso seus resultados ou aplicações práticas possam ser verificados. Afinal, de nada adiantaria procurar ou mes-

mo encontrar a verdade, se esta não fosse praticada. Percebe-se, pois, que o discurso se desloca do campo do pensamento para o plano da ação.

Para Marx, é na prática que o homem deve provar a verdade, sendo que a separação entre teoria e prática seria meramente escolástica (até porque há dogmas religiosos que, por fazer parte de uma "crença", não podem ser logicamente verificados nem empiricamente demonstrados). Critica, assim, Descartes por ter separado o sujeito do objeto ("*Penso, logo existo*"), afirmando que o sujeito só é sujeito em

função do objeto e o objeto só é objeto em função do sujeito. Ademais, o sujeito só é sujeito enquanto e porque limitado pelo objeto e o objeto só é objeto enquanto limitado ou negado pelo sujeito. Por isso, sujeito e objeto se implicam mutuamente, sendo momentos distintos do mesmo processo dialético (Corbesier, 1978, p.80-1).

Hegel, por sua vez, afirmava que a verdade estava na Totalidade (Deus), sendo necessário, para se saber a verdade da espécie humana, contar a história da humanidade, porque o

ser do homem não lhe é dado pronto ao nascer, pré-fabricado na eternidade, mas algo que se revela através de sua história, de seu processo de formação, e na sua totalidade (Corbesier, 1978, p.77-8)). A verdade, então, só poderia ser revelada pela razão humana, mediante o contato efetivo do sujeito com o objeto.

O que há de comum entre Marx e Hegel é o legado heracliteano, que concebe o real não como unidade e imobilidade, mas como totalidade em movimento, contradição, mudança, permanente metamorfose⁸ (Corbesier, 1978, p.83).

A diferença entre Marx e Hegel é que a realidade, para este, é um produto da idéia e, para aquele, a idéia, antes de estar na cons-

"O Direito, por envolver conflitos de interesses que reclamam decisões, também é orientado pela verdade, ainda que, por diversas razões, essa verdade não seja absoluta."

ciência, está nas coisas, onde deve ser procurada; é da realidade que se pode retirar ou abstrair a idéia.

Nesse sentido, compreende-se que a questão da verdade objetiva não é teórica, mas prática, pois é, na prática, que o homem deve provar a verdade ou a realidade de seu pensamento. Corbesier recupera, destarte, o sentido grego da filosofia para afirmá-la não somente como discurso sobre a verdade, mas sobretudo como vida de acordo ou em harmonia com a verdade⁹.

Essa concepção pragmática da verdade é assimilada pela ciências positivistas que, sendo fundadas na razão iluminista, exigem, como critério de veracidade das teorias abstratas, a *verificabilidade*, embora restrinja o processo de verificação aos cânones da razoabilidade. Esse pragmatismo, todavia, ainda que adequado para o modelo positivista de ciência, calcado na noção de verificabilidade, não dá conta da busca da verdade, quando se extrapolam os limites da razão iluminista. Logo, esse critério pragmático, fundado neste modelo racional, adotado para as ciências positivistas, não pode ser tomado como universal e válido para todo o saber, pois não atende aos anseios de verdade, por exemplo, na psicanálise e na teologia, vez que ambas procuram a verdade, sobretudo, além da razão: aquela, no inconsciente, e esta, na fé.

3. A ciência do Direito e a razão iluminista

Não se poderia procurar dar um sentido "objetivo" para a verdade processual se não se compreendesse o *lugar* que esse conceito ocupa na ciência do Direito.

A modernidade, cuja sistematização teórica alcançou apogeu com o Iluminismo do século XVIII, procurou conferir ao Direito uma sustentação puramente racional. Quando se refere ao Iluminismo, fala-se em luz, que simboliza a razão, e opera-se uma cisão histórica entre a Idade Moderna e a Idade Média, que, estando centrada na perspectiva teocêntrica, permanecia nas trevas, porque baseada em dogmas da fé, que ofuscavam a razão. A noção iluminista de razão modificou a perspectiva filosófica (ou o modo de pensar), firmando, no racionalismo, a oposição ao dogma

medieval (Marques Neto, 1998, p.83).

Aliás, Hobbes (1974,p.31) dizia que a razão iluminista era "*em si mesma sempre certa*", comparava a razão à aritmética, que considerava uma arte infalível e certa, conceituando-a como sendo o cálculo das conseqüências das palavras.

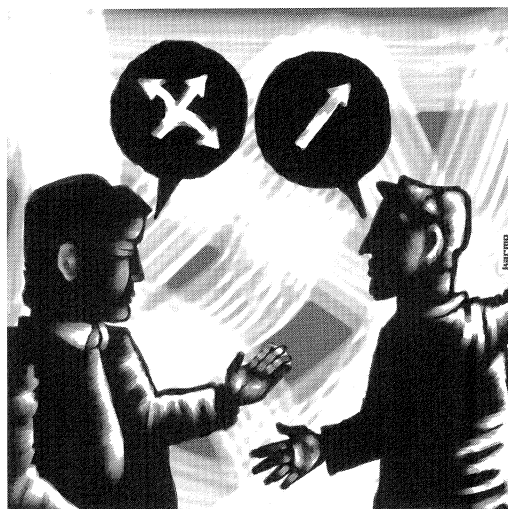
A razão passou a ser o critério, por excelência, de toda a objetividade e de toda a verdade possível. A razão iluminista é universal, supra-histórica, eterna e imutável, sendo idêntica a si mesma (isto é, imanente ao próprio objeto e, por isto, denominada de razão natural), válida por si mesma e fonte de todo o critério de validade. Essa reta razão foi colocada em lugar absolutamente único e privilegiado, para servir de instância última e suprema da verdade (Marques Neto,1998,p.83).

O racionalismo iluminista derrubou a fé cristã do lugar de instância superiora da verdade. Todavia, como asseverou Nietzsche, derrubar a fé do lugar de instância última da verdade e ali colocar a reta razão é, afinal de contas, conservar o principal, isto é, o *lugar*. Destronava-se Deus, entronizando a Razão (ou a Ciência), mas mantinha-se o *trono* (Marques Neto,1998,p.84).

Esse modelo racional serviu, dessa forma, de embrião dos sistemas de pensamento fechados e dogmáticos, que foram sendo sistematizados com base nas premissas iluministas. Houve, destarte, uma autêntica *dogmatização da razão*, vez que esta, alçada ao lugar de fundamento supremo da verdade, não poderia ser mais questionada. Por outras palavras, ocorreu a divinização da razão que, passando a ocupar o lugar de Deus (ou da Verdade), tornou-se, do mesmo modo, um dogma¹⁰. Isso implica na constatação de que todo o discurso, científico ou não, por mais rigoroso que seja não dá conta da totalidade, pois o princípio ou o fundamento do todo está sempre fundado em uma "crença", que não é suscetível de ser demonstrada racionalmente¹¹.

Buscou-se, para o Direito, como para outras disciplinas, tais como a Ética e a Política, engendrar formas de racionalização que o tornasse tão demonstrativo quanto a Lógica ou a Geometria. Formaram-se, então, duas correntes que procuraram dar uma justificação racional ao Direito. A corrente idealista

considerava o Direito Natural, mesmo sendo universal, eterno e imutável, passível de ser demonstrado logicamente, para afirmá-lo como estruturante do Direito Positivo que, por possuir conteúdo transitório, particular e variável, deveria ser conformado por ele. As correntes positivistas, por outro lado, basearam-se na postulação de que a essência do Direito é um objeto dotado de realidade empírica, ou seja, de existência independente. Nesta corrente, a ciência do Direito deveria traduzir a verdade imanente a um objeto “dado” previamente, através de uma linguagem pura, por um sujeito neutro que poderia captar essa verdade através do uso adequado de um método científico. Portanto, o Iluminismo consagrou o cientificismo, isto é, a ciência passou a ser a *forma* por excelência do conhecimento, sendo superior, em alcance, rigor e capacidade, de traduzir a verdade de seu objeto, em relação a todas as outras modalidades do conhecimento, como o filosófico, o religioso, o artístico, etc (Marques Neto, 1998, p.86-7).



Superada a corrente idealista, pela qual os homens poderiam aceder ao Direito Natural, mediante a razão, consagrou-se progressivamente a tendência de positividade de normas escritas, que atingiu seu ápice com o movimento conhecido como codificação, cujo marco inaugural foi o Código Civil Francês de 1804, em torno do qual formou-se a Escola da Exegese, que pregava a redução do trabalho exegético à explicitação literal dos textos de lei. A norma escrita instaurou o lugar de “objetividade” do Direito. Assim, os direitos passaram a ser procurados nos Códigos, por uma questão de segurança jurídica, em detrimento do valor justiça que

permeava o jusnaturalismo. É evidente que, por detrás dessa pretensa segurança jurídica, há a ideologia da classe burguesa que encontrou, na positividade do direito, uma forma de garantir a hegemonia política, social e econômica.

O Estado passou a deter o monopólio da produção normativa, havendo uma aproximação, quase tautológica, entre o conceito de lei e o de Direito. A formalização lógica passa a ser mais importante que o conteúdo substancial, ficando o papel da filosofia restrito aos aspectos lógico-formais da ciência, além da busca da verdade ser considerada menos relevante que a criação de condições de possibilidade para que o discurso possa ser considerado como verdadeiro. Essa formulação adquiriu maior elaboração em Hans

Kelsen que procurou depurar a ciência jurídica de todo e qualquer conteúdo ético, político, religioso e axiológico; o Direito deveria ficar imune às impurezas subjetivas e ideológicas. Preocupou-se, assim, não com a substância da norma jurídica, mas com a forma lógica desta norma.

Essa visão da ciência do Direito, baseada na razão iluminista, todavia, limita a pretensão de veracidade às amarras da verificabilidade. O silogismo, mecanismo da verificabilidade por excelência, passa a ser considerado como a forma lógica de aplicação do Di-

reito. O Iluminismo visava, com isso, proteger sua noção de democracia, pois, através do mecanismo lógico do silogismo, poderia se garantir o princípio da separação dos poderes, separando rigidamente as funções do juiz das funções do legislador (e, com isso, despolitizando as atribuições jurisdicionais), “racionalizar o poder”, eliminando qualquer influência subjetiva do juiz na decisão, além de assegurar a certeza dos direitos, pela aplicação mecânica da lei, vez que a lei representava, simbolicamente, a maior garantia à liberdade pessoal¹² (Calamandrei, 1954, p.57). No entanto, a verdade, no contexto deste silogis-

mo judicial, fica sujeita a boa vontade do legislador, isto é, à falibilidade das leis, ficando a razão dogmatizada na aplicação formal e acrítica da premissa maior, descuidando-se dos aspectos substanciais e concretos e, por isso, gerando o sério risco de consagração da injustiça: *dura lex sed lex*.

4. *Fides et ratio*

A Carta Encíclica *Fides et Ratio* é, nesse sentido, uma provocação quanto ao papel a ser exercido pela filosofia contemporânea. O Papa João Paulo II critica a filosofia moderna que, ficando escrava da razão iluminista, tem-se mostrado incapaz de voltar-se às questões metafísicas e, com isso, condicionar a busca da verdade.

A filosofia tem-se descurado de indagar questões fundamentais como a da inevitabilidade da morte, deixando de buscar um sentido para a existência humana.

A crise do racionalismo é marcada pela ausência de tentativas em se responder às perguntas radicais sobre o fundamento último da vida humana (*Quem sou eu? De onde venho e para onde vou? Por que existe o mal? O que é que existirá depois desta vida?*). A falta desse tipo de indagações contribuiu para que a filosofia moderna caísse no niilismo que, calcado no efêmero, considera tudo fugaz e provisório, abandonando a busca da verdade para assumir, como objetivo único, a obtenção da certeza subjetiva ou da utilidade prática.

Segundo o Papa João Paulo II, a “*fé e a razão (fides et ratio)* constituem como que as duas asas pelas quais o espírito humano se eleva para a contemplação da verdade. Foi Deus quem colocou no coração do homem o desejo de conhecer a verdade e, em última análise, de conhecer a ele, para que, conhecendo-o e amando-o, possa chegar também à verdade plena sobre si próprio” (CARTA..., 1998, p.5).

Francesco Carnelutti, há mais de trinta anos, já havia constatado a deficiência da razão para se chegar à verdade, afirmando que a

verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos tentar compreender, porque Cristo disse:

‘Eu sou a verdade’. (...). Todos os grandes pensadores reconheceram a insuficiência do saber, a começar por Sócrates: se o verdadeiro saber é saber de não saber, que coisa é necessária para constatar essa insuficiência? (...). Essa coisa não pode ser senão a fé” (Carnelutti, 1965, p.4-9)¹³.

Mais importante que ver a fé como forma de integração da deficiência do saber, é, todavia, reconhecer os riscos do cientificismo ao dogmatizar a razão iluminista. Para o positivismo, as afirmações de caráter metafísico – como a própria justiça – são destituídas de sentido. Recusa-se a aceitar outras formas de conhecimento que não aquelas dotadas de razão, ficando relegado ao campo da imaginação, tanto o conhecimento religioso e teológico, como os saberes ético e estético; os valores são reduzidos a simples produtos da emotividade e a noção de ser é posta de lado para dar lugar ao fato puro e simples. Assim, tudo o que se refere à questão do sentido da vida fica desprezado como sendo parte do domínio do irracional ou da fantasia, empobrecendo a reflexão sobre a existência humana (CARTA..., 1998, p.118-19) e instaurando o ceticismo, que acarreta o niilismo, que só favorece a destrutiva ambição de poder¹⁴, ao invés de constituir um modo de emancipação e dignificação do ser humano.

Além disso, o racionalismo iluminista desconsidera o potencial concretizador do intérprete, considerando-o como um ser miticamente neutro e, assim, desprezando a dimensão hermenêutica do direito¹⁵. A tarefa de interpretação consiste em concretizar a lei genérica e abstrata em cada caso, isto é, em sua aplicação. Entre a hermenêutica e a dogmática jurídicas há uma relação necessária, na qual a exegese crítica deve ocupar uma posição essencial, pois não é sustentável a idéia de uma hermenêutica hermética e totalizante, pela qual a sentença seja um simples ato de subsunção lógica¹⁶. Afinal, a compreensão pressupõe uma relação vital entre o intérprete e o texto a ser interpretado. Aliás, quem lê um texto se encontra, também ele, dentro do texto que percebe; o leitor também pertence ao texto que entende¹⁷ (Gadamer, 1997, p.482-3).

5. Objetivação da noção de verdade no processo civil

Como a verdade absoluta, porque implica no conhecimento do todo, não pode ser alcançada através do processo – e, a rigor, por nenhum instrumento engendrado exclusivamente pela inteligência humana – Calamandrei sugere que todo o juízo de verdade se reduza, logicamente, a um juízo de verossimilhança, afirmando, baseado em Wach, que todas as provas não são mais que provas de verossimilhança; destarte, o juiz, ao concluir que determinada alegação de fato é verdadeira ou falsa, nada mais fez do que atingir, em sua consciência, o grau máximo de verossimilhança possível de ser conseguido em relação aos meios de conhecimento existentes e disponíveis no processo. Calamandrei chega, então, a sustentar que a verossimilhança é uma sub-rogação da verdade, já que o juiz não pode ver a verdade, senão sua aparência ou, também, sua ilusão¹⁸ (Calamandrei, 1955, p.164-6).

No entanto, a solução proposta por Calamandrei induz a equívocos, já que, no mesmo texto, afirma que, para se chegar a um juízo de verossimilhança, deve-se recorrer a um critério de ordem geral, já adquirido em precedência, mediante a observação do que ocorre normalmente (*quod plerunque accidit*) (Calamandrei, 1955, p.169-71).

Ora, se o critério para se formar um juízo de verossimilhança é o da normalidade, basta a mera afirmação dos fatos, independentemente de qualquer elemento de prova. Se essa assertiva é correta, não há como sustentar que todo juízo se reduz a um juízo de verossimilhança. A própria noção conceitual de verossimilhança impossibilita concluir que todo juízo final e definitivo é de verossimi-

lhança; logo, a conclusão de que a verossimilhança é uma sub-rogação da verdade não se sustenta ou, no mínimo, não pode ser generalizada. Não se pode afirmar, pois, que todo juízo de verossimilhança é definitivo, nem, tampouco, final.

O juízo de verossimilhança é aquele que independe da produção de provas, bastando a mera alegação dos fatos, já que está fundado em uma máxima da experiência, que refere-se à frequência com que se produzem, na realidade, fatos do tipo daquele alegado. Trata-se, pois, de um juízo genérico e abstrato sobre a existência

do fato típico, fundado no critério da normalidade. Todavia, como o que é considerado normal pelo senso comum nem sempre se revela verdadeiro pela ciência (exemplo clássico desta assertiva é a percepção humana de que o sol gira em torno da terra, que teve que ser desmistificada pela física copernicana), não se pode afirmar que todo juízo de verossimilhança é verdadeiro, isto é, definitivo e final, ainda que se vislumbre essa possibilidade, nos casos em que a realização da prova não seja necessária (que são, por exemplo,

as hipóteses elencadas no artigo 334/CPC).

No entanto, para se evitar equívocos quanto ao conceito de juízo de verossimilhança, parece conveniente ressaltar a noção de verdade relativa como escopo a ser buscado pelo processo, especialmente quando os fatos alegados necessitarem de ser demonstrados através de provas (art. 333/CPC). Assim, ao lado da noção de verossimilhança e com o intuito de evitar confusões terminológicas¹⁹, pode-se objetivar o conceito de verdade relativa como sendo o juízo resultante do confronto da afirmação da ocorrência do fato, pelas partes, com a demonstração da sua ocorrência, pelo juiz, através das provas produzidas no processo²⁰.

“É evidente que, por detrás da pretensa segurança jurídica, há a ideologia da classe burguesa que encontrou, na posituação do direito, uma forma de garantir a hegemonia política, social e econômica.”

Carnelutti, por sua vez, depois de esclarecer que a verdade é divina e não humana, já que os homens só conseguem conhecer algumas das partes das coisas e somente Deus é capaz de conhecer todas as suas partes (ou o todo), afirma que o processo deve buscar não a verdade, mas a certeza (Carnelutti, 1965, p.5). Entretanto, o conceito carneluttiano de certeza, apesar de se opor à idéia de verdade absoluta (ou de verdade como sinônimo de totalidade), não se afasta da noção de verdade relativa.

O conceito carneluttiano de certeza decorre de uma explicação etimológica. A palavra certeza (ou, se preferir, *certezza*) deriva do verbo *cernere* que, em italiano, significa não tanto *ver*, mas *discernir*, isto é, *ver claro*, que é mais que ver e exprime uma capacidade dos sentidos, uma atividade, uma fadiga, onde se pode notar o parentesco entre *cernere* e *certare* e também uma relação entre *cernere* e *crescere*. Afirma, então, que a certeza pertence ao sujeito, enquanto a verdade ao objeto, concluindo que a verdade, em outras palavras, é objeto da certeza (Carnelutti, 1960, p.116).

O conceito carneluttiano de certeza, ao invés de eliminar a noção de verdade relativa, é, antes, uma forma de objetivá-la.

É interessante perceber a íntima relação entre certeza e verdade, através da explicação que Carnelutti faz do verbo *discernir* ou *ver claramente*. Para Carnelutti, viver é caminhar e o homem, para caminhar, tem que ver onde coloca os pés; assim, mais importante do que foi deixado para trás, é saber o que vem adiante. Destarte, o problema da vida é o problema do futuro, já que o futuro não é claro. O futuro, aos poucos, descobre-se por si mesmo, quando alguma coisa nova acontece; todavia, este não é o problema, porque se resolve por si mesmo. O homem tem a necessidade de descobrir qualquer coisa, antes que a coisa se descubra por si mesma. Ou seja, o homem não se contenta em *ver sem prever*, que é um ver antes que se possa. Então, o *prever* se resolve no *saber*, que é um ver que não se vê: o ver é físico; o saber, metafísico. Com efeito, a certeza é um tornar presente o futuro antes que se faça presente por si só; e, assim, um alargar, além dos limites, o presente ou um apropriar-se do futuro (Carnelutti, 1950, p.116-7).

Entretanto, se o processo, através da

aplicação do direito, deve buscar a certeza, é importante constatar como se forma o juízo. Se o direito deve gerar certeza, o direito além de *ver*, tem também que *prever* (Carnelutti, 1950, p.117). Como é a lei que prevê, poderia se chegar à conclusão de que, para se ter a certeza, bastaria a formulação de um juízo ou de um raciocínio com base na lei; todavia, se o direito se reduzisse às leis, a certeza não seria um problema e o raciocínio silogístico seria perfeitamente adequado à realização deste fim.

A crítica do silogismo judicial é, então, necessária, porque esse modelo racional distancia a atividade jurisdicional da situação da vida concreta em que se insere. A sentença deve ser repleta de vida, já que a justiça é uma criação que surge de uma consciência viva, sensível, vigilante e humana (Calamandrei, 1954, p.63). É este calor vital que é necessário pregar e desenvolver no juiz; caso contrário, a democracia ficará ameaçada pelo perigo da indiferença burocrática e da irresponsabilidade anônima²¹.

Com efeito, o direito, mais do que buscar a realização da certeza, deve buscar a concretização da justiça. A certeza deve estar à serviço da justiça, ao invés da força, sob pena de, admitindo-se o contrário, ser o direito passível de arbitrariedades. A lei deve servir como instrumento para se alcançar a justiça; caso contrário, sua certeza não se aproximará da certeza da justiça. Por isso, não se pode confiar sempre nas leis, vez que, apesar de serem necessárias, às vezes, fazem ver um depois que não é aquele que deveria ser visto (Carnelutti, 1950, p.119-20)²².

A finalidade do processo é servir-se das formas para resolver os problemas relativos à substância da justiça. O processo deve ser um método para que as leis abstratas sejam traduzidas em sentenças, cujo conteúdo seja a justiça concreta²³. É entorno da noção de justiça, mas também de uma possível verdade relativa, que se pode procurar pontos de contato entre o pensamento de Calamandrei e Carnelutti.

Calamandrei afirma - na famosa seção de abertura do Congresso Internacional de Direito Processual, realizado, em 1950, em Florença, depois de mais de vinte dois anos, entre os quais a Europa foi marcada por regimes totalitários - que o processo, para ser consi-

derado como instrumento de razão, e não como estéril jugo de força e de destreza, deve ser entendido, antes de tudo, como um método de cognição, isto é, de conhecimento da verdade e que os meios probatórios estão dirigidos e podem servir para alcançar e fixar a verdade; não as verdades absolutas, que escapam dos homens, mas aquela que se discute nos debates judiciais, aquela que os homens normais e honestos, conforme a comum prudência e segundo a boa-fé, chamam e sempre chamaram de verdade. Contudo, conclui que a finalidade do processo é a justiça, da qual a determinação da verdade é apenas uma premissa

Aliás, se a idéia de verdade não fosse pressuposta no processo, o processo não teria sentido. A verdade relativa não é, pois, uma abstração, mas uma concretização da justiça no caso concreto; afinal, a justiça nasce da verdade reconhecida (Capograssi, 1950, p.19-20).

Para se obter a certeza da justiça, uma vez que certeza vem do verbo discernir (ver claramente), é necessário julgar e, para isso, é preciso escolher, eliminando as dúvidas²⁴; afinal, como ensina Carnelutti, o resultado do processo depende da bondade da escolha (Carnelutti, 1965, p.7)²⁵. Como julgar é difícil, os homens têm que ser ajudados e o direito lhes oferece essa ajuda, livrando-os do juízo da ignorância e, por isso, ensinando-os (Carnelutti, 1950, p.123).

Portanto, para que a decisão seja justa, é preciso que o juiz conheça os fatos e suas repercussões jurídicas. Os fatos chegam ao conhecimento do juiz, através das alegações das partes, e, para que sejam capazes de persuadi-lo, devem ser verificados, quando necessário, através das provas²⁶. Assim, a certeza da justiça é resultado de um certame, isto é, da

dialética entre as partes, com a participação do juiz e com a colaboração de todos aqueles (v.g., testemunhas, peritos, etc.) que são necessários para recompor, como se fosse um vivo quebra-cabeças, um momento da vida passada.

Cabe, às partes, pelo princípio dispositivo, alegar e provar os fatos, cumprindo ao juiz, que deve ser estranho aos interesses em jogo (princípio da imparcialidade) e que deve desconhecer aquilo que deve ser julgado (o processo requer, por ser um instrumento público, que o juiz seja impedido de valer-se de seu conheci-

mento privado, quanto aos fatos debatidos, salvo se estes forem notórios), reconstruir o passado (ou melhor, os fatos controversos relevantes) e concretizar a justiça, através dos mecanismos que o direito lhe proporciona. A sentença, pois, para ser justa, deve ser a objetivação da verdade, relativa aos métodos de conhecimento disponíveis no processo. No entanto, apesar do direito salvar o juízo da ignorância, não elimina a possibilidade de erro; por isso, o juiz não consegue se livrar do problema da verdade e da justiça e, ainda que a coisa julgada en-

cubra os dramas psicológicos que o norteiam ao sentenciar, a consciência de quem persegue a verdade e pretende fazer a justiça só consegue ficar em paz quando se tem o melhor julgamento possível, isto é, quando se julga tal como gostaria de ser julgado.

Conclusão

A noção de verdade, ainda que tenha uma inegável dimensão mítica, parece ser um conceito útil para a ciência, principalmente quando se procura repensar os seus fundamentos e as suas funções, no contexto social. A objetivação da verdade não deixa de ser uma premissa metodológica necessária para a ope-

“O processo deve ser um método para que as leis abstratas sejam traduzidas em sentenças, cujo conteúdo seja a justiça concreta. É entorno da noção de justiça, mas também de uma possível verdade relativa.”

racionalização da ciência, implicando, assim, não só em pontos de chegada (como, por exemplo, saber se a verdade processual deve ser substancial), mas na sua própria formulação epistemológica.

O Iluminismo procurou dar “objetividade” à ciência, consagrando um modelo positivista, em que verdade e razão seriam duas faces da mesma moeda. A razão iluminista, ocupando o lugar da fé medieval, tornou-se um dogma, cujo efeito foi restringir o papel da filosofia do direito às indagações lógico-formais, restringindo a busca da verdade ao silogismo jurídico e, com isso, descuidando-se do caráter metafísico da justiça, inerente à dimensão hermenêutica das regras jurídicas que servem de premissa maior desta operação lógica.

Convém, portanto, ressaltar as limitações da razão iluminista, na tentativa de objetivação da verdade, a fim de que a filosofia do direito possa, libertando-se das amarras positivistas, colaborar na construção de mecanismos jurídicos, não hermetizados, nem totalizantes, para que possam contribuir para a plena realização individual e coletiva, reafirmando, através da busca da verdade possível, seu ideal permanente de dar sentido à existência humana.

O processo, enfim, deve continuar a perseguir a verdade, não tomando-a como um dogma, que dificulte a tutela jurisdicional, mas como um ideal a ser perseguido em busca da concretização da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, inc. XXXV, CF); afinal, a ciência jurídica de nada serviria se não estivesse preocupada com a concretização de métodos capazes de distribuição de justiça entre os homens, segundo a verdade possível de ser processualmente reconhecida.

NOTAS

¹ Dentre os argumentos que se pode usar para justificar a impossibilidade de se alcançá-la, através do processo judicial, pode-se citar como exemplos: o juiz não dispõe de instrumentos cognoscentes nem de tempo e de liberdade de pesquisa, tal como dispõe o cientista ou o historiador (p. ex., o juiz não pode basear-se na sua ciência privada, mas julgar com base nas provas disponíveis nos autos); o processo

deve chegar, ao final (impossibilidade de pronunciamento judicial *non liquet*), o mais rápido possível, evitando que o tempo seja um ônus que venha a prejudicar àquele que tem razão; as limitações legais ao uso dos meios probatórios para o conhecimento dos fatos (v.g., vedação de provas obtidas por meios ilícitos; art. 5º, inc. LVI, CF); necessidade de estabilidade das relações jurídicas, através da consagração da garantia da coisa julgada, evitando a rediscussão permanente das questões de fato e/ou de direito.

² Na precisa lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “a verdade está no todo, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das partes que o compõem. Seria, enquanto vislumbável como figura geométrica, como um polígono, do qual só se pode receber à percepção algumas faces. Aquelas da sombra, que não aparecem, fazem parte – ou são integrantes – do todo, mas não são percebidas porque não refletem no espelho da percepção. Ademais, esta figura multifacetada, por evidente, não pode ser tomada – ou confundida – com apenas uma de suas faces. Por isto, sem que se fira o princípio da não-contradição (ARISTÓTELES, *Metafísica*. Trad. de Leonel Vallano, Porto Alegre: Globo, 1969, Livro IV, p. 86 e ss; Livro X, p. 206 e ss: ‘o mesmo atributo não pode, ao mesmo tempo, pertencer ao mesmo sujeito com relação à mesma coisa’ [p. 92]), é plenamente possível afirmar que a parte-face é e não-é ao mesmo tempo. Naquilo em que não-é (na percepção quando da reconhecimento da instrução processual, por exemplo), marca a falta da verdade, à qual, para chegar-se, ‘é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é’”. Cfr. Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. No prelo. V., também, Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: Revista da Faculdade de Direito (UFPR), vol. 30, 1998. Pág. 191.

³ Qualquer resultado de uma pesquisa fatual, é dependente do contexto na qual venha a ser desenvolvida, da metodologia seguida e da finalidade pré-fixada. O problema da “objetividade” da ciência, então, não se resolve através da obtenção de um pressuposto conhecimento absoluto e incontrovertido, mas da elucidação, mais exata possível, de fatores, como, por exemplo, as hipóteses de trabalho que constituem a motivação da pesquisa, quais os postulados implícitos na condução da pesquisa, qual a incidência dos instrumentos empregados sobre os escopos a alcançar. Cfr. Giulio Ubertis. *La ricerca della verità giuridiziale*. In: *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Coord. Giulio Ubertis. Milão: Giuffrè, 1992. pág. 1.

⁴ Segundo Hans-George Gadamer, para Aristóteles, o conhecimento é um momento essencial do ser ético (cfr. *Verdade e Método*. Trad. de Flávio Paulo Meuves. Petrópolis: Vozes, 1997. Pág. 465 e seg.).

⁵ Descartes, apesar de ter uma visão idealista, entendia que o livre arbítrio (a vontade livre) tornava possível a revelação da verdade. Todavia, sendo o homem livre, seria capaz de iludir-se, apesar também de ser capaz de negar o erro e a ilusão, descobrindo e revelando a verdade. Diante da possibilidade do homem enganar-se, Descartes transferia à Deus a garantia real da veracidade das idéias claras e distintas, pois, sendo Deus infinitamente bom e justo, não poderia enganar-nos, revelando-nos algo confuso e obscuro. Cfr. Roland Corbesier. *Verdade e liberdade*. Cit. pág. 73.

⁶ Essa idéia foi explorada pela Filosofia cristã que relacionou o pecado original ao livre-arbítrio, para afirmar que a vontade livre, sendo mais forte que o pensamento (intelecto), pode ser pervertida, tornando-se má-vontade. Desta forma, atribuiu à vontade humana a responsabilidade pelo pecado original. Cfr. Marilena Chaui. Convite à Filosofia. Cit. pág. 102.

⁷ A análise da veracidade dos fatos é alheia ao modelo semiótico-narrativístico, já que a apreciação da linguagem não está relacionada com a realidade empírica dos fatos. Assim, a narração de um fato no processo (p. ex., por uma testemunha) não é substancialmente diversa da narração de um fato em um romance. A questão da primeira narrativa dos fatos ser pretensamente verdadeira, ao contrário da segunda, não é particularmente importante, na análise da questão lingüística. Ademais, a coerência da narração, critério lógico-formal geralmente utilizado pelas teorias semiótico-narrativas, não é sinônimo de verdade; basta pensar em um depoimento testemunhal coerente, mas mentiroso, ou em uma reconstrução judicial dos fatos bem motivada, sob o perfil argumentativo, mas não fundada sobre as provas. Cfr. Michele Taruffo. La prova dei fatti giuridici. Cit. pág. 32-33; pág. 149-150.

⁸ A questão ontológica, para a Filosofia, foi constitutiva e fundante de toda a construção histórica do pensamento ocidental, devendo ser lembrada a célebre polêmica entre os pré-socráticos Parmênides, para quem o ser tende para um equilíbrio estático, e Heráclito, para quem o ser é eterno movimento (o ser é designado por *Panta-rei* que, em grego, significa "tudo flui"), como a chama de uma vela que consome a si mesma. Cfr. Maria Francisca Carneiro e Potiguar Acácio Pereira. Considerações sobre o sujeito de direito: problema de conhecimento, objeto e predicados. In: Revista da Faculdade de Direito (UFPR), vol. 30, 1998. Pág. 236.

⁹ Roland Corbesier ilustra seu pensamento com o exemplo dos primeiros cristãos que não se limitavam a professar a fé, mas também a testemunhavam, através do sacrifício e do martírio, com a própria vida. Cfr. Verdade e liberdade. Cit. pág. 83-4.

¹⁰ "Colocar a razão no lugar do dogma não significa, por conseguinte, estar a salvo do dogma. A razão pode perfeitamente ser dogmatizada, e de fato muitas vezes já o foi e o é, assim como qualquer de suas formas de expressão, entre as quais as ciências e a Filosofia". Cfr. Agostinho Ramalho Marques Neto. Sobre a crise dos paradigmas e o direito alternativo. Cit. pág. 85.

¹¹ Agostinho Ramalho Marques Neto, em recente Seminário (Ética e Lei: uma leitura da Antígona de Sófocles. De 21 a 25 de Setembro de 1998), na Faculdade de Direito da UFPR, trouxe, ilustrativamente, a preocupação do físico Marcelo Gleiser que indaga a origem do universo, perguntando-se o que teria acontecido segundos antes do Big-Bang. A teoria física mais evoluída sobre a gênese universal, ainda não dá conta, pois, de responder racionalmente todas as questões referentes à existência humana; e, por isso, o saber racional mostra-se deficiente, não podendo ser escolhido como critério absoluto da verdade. Tanto é que Marcelo Gleiser, após discutir as teorias sobre a origem do universo, conclui que todas são limitadas, quando confrontadas com o Absoluto, encerrando seu livro com a inquietante assertiva filosófica: "O Ser precede o Devir" (v. A dança do universo.

Dos mitos de criação ao big-bang. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. Pág. 394). A deficiência do saber racional é apontada, também, pelo Papa João Paulo II, na recente Carta Encíclica *Fides et ratio*, asseverando que, na vida de uma pessoa, as verdades acreditadas são mais numerosas que as verdades verificadas. Indaga o Sumo Pontífice: "quem seria capaz de avaliar criticamente os inumeráveis resultados das ciências, sobre os quais se fundamenta a vida moderna? Quem poderia, por conta própria, controlar o fluxo de informações, recebidas diariamente de todas as partes do mundo e que, por princípio, são aceitas como verdadeiras? Enfim, quem poderia percorrer novamente todos os caminhos de experiência e pensamento, pelos quais se foram acumulando os tesouros da sabedoria e religiosidade da humanidade?" (Cfr. Carta Encíclica *Fides et ratio*. Cit. Pág. 44-5). Afirma, então, que, se, por um lado, a crença é uma forma imperfeita de conhecimento, que precisa ser progressivamente aperfeiçoada por meio da evidência, por outro lado, é mais rica que a evidência, porque supera a capacidade cognoscitiva individual, incluindo a capacidade do sujeito de inter-relacionar-se com outras pessoas, tendo oportunidade para, confiando nos outros, descobrir a verdade sobre si mesmo (Idem. Pág. 45).

¹² Ademais, como é intuitivo, a lei, sendo o produto das forças hegemônicas representadas no Parlamento, não simboliza a vontade geral (Rousseau) nem, muitas vezes, a vontade da maioria da população.

¹³ Invertendo a ordem, mas mantendo os fatores, o Papa sentenciou: "Ao desassombro (parresia) da fé deve corresponder a audácia da razão" (Cfr. Carta Encíclica. Cit. pág. 68).

¹⁴ Vale-se, aqui, de um conceito de poder enquanto forma de repressão, ainda que se possa reconhecer, com Michel Foucault, sua função produtiva no meio social ("Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso" Cfr. Microfísica do poder. 13ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998. Pág. 8). Mais importante, neste ponto, é reconhecer que a verdade não existe fora do poder ou sem poder; a verdade, não obstante seja um mito, é deste mundo: cada sociedade tem seu regime de verdade, ou seja, tipos de discursos, mecanismos, instâncias, técnicas e procedimentos que acolhe e faz funcionar como verdadeiros. É, por isso, que Foucault, atribuindo à verdade um conceito processual, assevera: "por verdade não quero dizer o conjunto das coisas verdadeiras a descobrir ou a fazer aceitar, mas o conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder". Cfr. Microfísica do poder. Cit. pág. 13.

¹⁵ Conforme já tivemos oportunidade de salientar: "É preciso acordar do sono confortável e conformista, produzido pelo raciocínio jurídico neutro e hermetizado e, por isso, alienante e incapaz de solucionar dignamente os litígios que pulsam no cotidiano. Trata-se, pois, de combater os efeitos perniciosos decorrentes do dogma da razão iluminista, buscando outro modelo racional, menos repressor, que não tome o homem como escravo de verdades pré-concebidas, unívocas e intocáveis" Cfr. Discurso em homenagem a José Lamartine Correa de Oliveira Lyra e seus alunos (e colegas), nossos professores. In: Discursos e homenagens. Colação de Grau Turma 1993/97. Direito UFPR. Curitiba: JM, 1998. Pág. 29. A interpretação

das leis conforme à Constituição apresenta-se como um modelo racional aberto, ainda mais quando se considera a Constituição brasileira de 1988, que, sendo compromissória, reconhece a idéia de sociedade pluralista e da existência de interesses sociais contraditórios, optando pela construção jurídica de uma sociedade livre, justa e solidária, que promova o bem estar e o desenvolvimento de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação (art. 3º, inc. I e IV, CF). O modelo da interpretação conforme à Constituição, por ser um método arejado, rejeita a univocidade das soluções hermenêuticas, assegurando a possibilidade de realização da justiça no caso concreto.

¹⁶ Mesmo, no sistema da legalidade, quando afirma-se que o juiz é *la boche de la loi* (Montesquieu), não se deve entender que ele não seja mais do que um porta-voz inanimado e mecânico da lei; ao contrário, a lei, por mais precisa e minuciosa que seja, deixa ao juiz, tanto na reconstrução do fato, quanto na busca de relação entre o fato e o preceito jurídico, um certo âmbito de movimento e de eleição, dentro do qual não só pode, como deve, buscar respostas, mais do que na lei, na própria consciência. De modo que, também no sistema da legalidade, a lei deixa ao juiz uma margem de discricionariedade, dentro da qual, pode vir a ser, através da interpretação e da aplicação, ainda que possa não se dar conta disso, um criador do direito. Cfr. Piero Calamandrei. *La función de la jurisprudencia en el tiempo presente*. In: *Estudios sobre el derecho procesal civil*, vol. III. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1973. Pág. 234. Contudo, a idéia de interpretação construtiva não se aplica somente aos casos em que a solução jurídica dada pela lei se mostra injusta, mas também nos casos de lacuna legislativa. Antes da CF/88, que reconheceu expressamente a proteção estatal às uniões estáveis (art. 226, par. 3º), o Judiciário, através da Súmula 380/STF, já admitia a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, desde que comprovada a sociedade de fato entre os concubinos. Neste caso, o Judiciário se anteviu ao constituinte e ao legislador (Lei 9.278/96, art. 5º), fazendo justiça independentemente da existência de uma prévia regra jurídica a ser tomada como premissa maior. O mesmo raciocínio já foi reconhecido, apesar da ausência de súmula ou de texto legislado expressos, aos homossexuais que constituem sociedade de fato a ensejar a partilha dos bens comuns (v. REsp. n. 148.897-MG – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 10.2.98). Dentro desta perspectiva crítica: cfr. Luiz Edson Fachin. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Pág. 93-102.

¹⁷Philippe Sollers, escrevendo sobre as “Confissões” de Santo Agostinho, assevera que “*ler é sobretudo entrar em si mesmo, aprender a considerar-se como um mundo de sinais, de mensagens codificadas, de rebus*” Cfr. O estilo de deus. In: *Folha de São Paulo*, 29/11/98. Caderno Mais. Pág. 7.

¹⁸Essa idéia é defendida, na doutrina brasileira, por Sérgio Cruz Arenhart (cfr. A verdade substancial. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, vol. 3. Pág. 685-695).

¹⁹Com efeito, o conceito de verossimilhança não se confunde com a noção de verdade possível de ser obtida no processo. A verossimilhança concerne ao fato enquanto objeto de alegação ou, mais propriamente, a mera alegação do fato; assim, não tem nada a ver com a prova ou com o seu êxito previsto *ex ante*. Por isso, o juízo de verossimilhança prescin-

de de elementos de prova, não exprimindo conhecimento sobre a assertiva daqueles fatos que requerem a necessária realização de provas; a verossimilhança revela-se, enfim, em momento anterior à aquisição das provas. Tecnicamente incorreta, pois, é a redação do *caput* do artigo 273 do CPC, exigindo, para a concessão da tutela antecipada, prova inequívoca da verossimilhança da alegação; nota-se que o legislador confundiu o conceito de verossimilhança com o de probabilidade já que a alegação pode ser verossímil independentemente da existência de prova, enquanto o conhecimento da assertiva de fato, que demanda prova, para a formação de um juízo de cognição sumária, requer probabilidade. O fato provável, em oposição ao fato verdadeiro (ou, se preferir, certo), equivaleria, então, a um tipo de *probatio inferior* ou de “prova frágil”. Portanto, da afirmação verossímil não deriva nenhum elemento a favor da sua probabilidade ou da sua veracidade nem a alegação não verossímil significa não provável, nem “menos verdadeira”; destarte, o conceito de verossimilhança não corresponde ao de probabilidade nem ao de verdade. Cfr. Michele Taruffo. *La prova dei fatti giuridici*. Cit. Pág. 164-165; 475-487.

²⁰Como o processo civil é um processo *de partes*, constitucionalmente estruturado pelo princípio do contraditório, há sempre duas forças psicológicas, contrastantes entre si, que tendem a persuadir o juiz, de maneira que a decisão judicial implica, em todo o caso, em uma eleição. No entanto, como a visão do juiz está institucionalmente limitada pela vontade das partes, que fixam o objeto do processo (princípio da congruência; arts. 128 e 460, CPC), ele não é completamente livre para dar razão a quem deseje, mas está obrigado a dá-la à parte que, valendo-se dos meios técnicos apropriados, melhor consiga persuadi-lo, demonstrando que tem razão. Cfr. Piero Calamandrei. *El proceso como juego*. In: *Estudios sobre el proceso civil*, vol. III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1973. Pág. 262. V., também, Piero Calamandrei. *Il giudice e lo storico*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. XVI (Parte I), 1939. Pág. 113. Essa visão pode ser mitigada, através da exegese da regra contida no artigo 130 do CPC, que confere poderes instrutórios ao juiz; todavia, ainda que o processo civil deva ser influenciado, em nome do interesse social pela justiça das decisões, pelo princípio inquisitório, não se pode perder de vista os interesses dos litigantes, principalmente através do respeito e do incentivo à dialética processual: - a vontade do juiz nunca é soberana, absoluta, mas condicionada à vontade e ao comportamento das partes, isto é, à iniciativa, ao estímulo, à resistência ou à aquiescência delas. E o mesmo pode-se dizer, com relação a cada uma das partes, cuja atividade se plasma e se adequa, em todo momento do processo, aos estímulos que as chegam pelo comportamento do juiz e da parte contrária. Cfr. Piero Calamandrei. *Processo e Democrazia*. Cit. Pág. 124.

²¹Os juízes são responsáveis pela realização da justiça. Calamandrei traz um exemplo bastante ilustrativo: em uma praça, encontra-se um homem enforcado, condenado à morte por um juiz. A sentença foi executada, mas era injusta, porque o enforcado era inocente. Ora: quem seria responsável pela morte do inocente: o legislador, que estabeleceu abstratamente a lei, ou o juiz, que a aplicou concretamente? Tanto um, quanto o outro, poderiam salvar suas almas com o pretexto do silogismo. Enquanto o legislador pode afirmar que a lei é somente a premissa maior, geral e abstrata, que ameaça a todos, mas não fere ninguém, o juiz, em

contrapartida, pode dizer que, em sendo a sentença um silogismo, cabia-lhe somente extrair a conclusão da premissa imposta pelo legislador. Assim, tanto um, quanto o outro, safariam-se da responsabilidade, enquanto o inocente balançaria na forca. Com efeito, Calamandrei conclui que esta não pode ser a justiça de uma democracia; este juiz não pode ser digno da Cidade dos homens livres. Os juízes, a despeito do que sustentava Montesquieu, não podem ser considerados "êtres inanimés", feitos de pura lógica, mas juízes com alma, *engagés*, que saibam suportar, com vigilante empenho humano, o grande peso desta enorme responsabilidade que é fazer justiça. Cfr. Piero Calamandrei. Processo e democracia. Cit. Pág. 63-6.

²²Vale, então, a advertência de Edgar Morin, quando afirma que devemos "apreender a viver com a incerteza e não, como nos quiseram ensinar há milênios, a fazer qualquer coisa para evitar a incerteza. Certamente é bom ter certeza, mas se é uma falsa certeza isso é muito ruim. Porque o problema verdadeiro continua consistindo em privilegiar a estratégia e não o programa". Cfr. Epistemologia da complexidade. In: Novos paradigmas, cultura e subjetividade. Coord. Dora Fried Schnitman. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. Pág. 285.

²³ Segundo Calamandrei, o processo deve servir para conseguir que a sentença seja justa ou, ao menos, para conseguir que a sentença seja menos injusta ou, ainda, para que a sentença injusta seja cada vez mais rara (cfr. *Proceso y justicia*. In: *Derecho Procesal Civil*, vol. III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973. Pág. 211).

²⁴ O ato de julgar, ou de eliminar as dúvidas, é um ato de liberdade; por isso, os antigos afirmavam, como elemento do julgar, o "*rectitudinis zelus*", isto é, o amor à justiça, a abertura à verdade, a vontade de realizar aquilo que é justo. Cfr. Giuseppe Capograssi. *Giudizio, processo, scienza, verità*. Cit. Pág. 12.

²⁵ Capograssi, por sua vez, afirma que a garantia do resultado é decorrente da via da pesquisa e que a pureza dos meios garante a verdade dos fins. Cfr. *Giudizio, processo, scienza, verità*. Cit. Pág. 12.

²⁶ O termo "prova" designa todos os meios de conhecimento que são empregados no processo com a finalidade de formular uma decisão em torno da verdade ou falsidade das afirmações relativas aos fatos relevantes da controvérsia. Cfr. Luigi Paolo Comoglio. Corrado Ferri. Michele Taruffo. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995. Pág. 507. Através das provas, os fatos são percebidos, pelo juiz, que deve valorá-los; em outras palavras, a prova serve como *equivalente sensível* dos fatos, que constituem os objetos ou os meios da valoração. Cfr. Francesco Carnelutti. *Teoria Generale del Diritto*. 3ª ed. Roma: Soc. Ed. del "Foro Italiano", 1951. Pág. 374. Como primeiro julga-se e, depois, raciocina-se, as razões fundadas sobre as provas são o meio de testar o juízo. As provas servem, pois, para que o juízo seja testado pelo julgador; afinal, não se pode afirmar, com um mínimo de racionalidade, que um fato é verdadeiro ou falso, sem, antes, conhecê-lo. Cfr. Francesco Carnelutti. *Verità, dubbio, certeza*. Cit. Pág. 6. V., também, Francesco Carnelutti. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958. Pág. 126.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, *Metafísica*. Trad. de Leonel Vallano, Porto Alegre: Globo, 1969.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, vol. 3. p. 685-695, 1996.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 16 (Parte 1), 1939. p.105-128.

_____. *Processo e democrazia*. Padova: CEDAM, 1954.

_____. Verità e verossimiglianza nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 10 (Parte 1), 1955. p. 164-192.

_____. El proceso como juego. In: _____. *Estudios sobre el proceso civil*, Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973. v.3.

_____. Proceso y justicia. In: _____. *Estudios sobre el proceso civil*, vol. III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973. v.3.

_____. La función de la jurisprudencia en el tiempo presente. In: _____. *Estudios sobre el derecho procesal civil*, vol. III. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973.

CAMBI, Eduardo. Discurso em homenagem a José Lamartine Correa de Oliveira Lyra e seus alunos (e colegas), nossos professores. In: *DISCURSOS e homenagens*. Colação de Grau Turma 1993/97. Direito UFPR. Curitiba: JM, 1998.

CAPOGRASSI, Giuseppe. *Giudizio, processo, scienza, verità*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 5 (Parte 1), 1950. p.1-22.

CARNELUTTI, Francesco. Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 5 (Parte 1), 1950.

_____. *Teoria Generale del Diritto*. 3ª ed. Roma: Soc. Ed. del "Foro Italiano", 1951.

_____. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.

_____. Verità, dubbio, certeza. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 20 (2. série), 1965. p.4-9.

CARNEIRO, Maria Francisca; PEREIRA, Potiguara Acácio. Considerações sobre o sujeito de direito: problema de conhecimento, objeto e predicados. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 30, 1998. p.235-256.

CARTA Encíclica *Fides et Ratio*. Do Sumo Pontífice João Paulo II. São Paulo: Paulinas, 1998.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 9ª ed. São Paulo: Ática, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

CORBISIER, Roland. *Filosofia, política e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao "verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito*. (No prelo)

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 30, 1998. p.163-198.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meves. Petrópolis: Vozes, 1997.

GLEISER, Marcelo. *A dança do universo*. Dos mitos de cria-

ção ao big-bang. São Paulo: Companhia das letras, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. In: OS PENSADORES. São Paulo: Abril, 1974. v.14.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre a crise dos paradigmas jurídicos e a questão do direito alternativo. In: *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 30, 1998. p.69-99.

MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: Schinitman, D. F. (Coord.) *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

SOLLERS, Philippe. O estilo de deus. In: *Folha de São Paulo*, 29 nov. 1998. Caderno Mais.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1992.

UBERTIS, Giulio. La ricerca della verità giuridiziale. In: _____ *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Coord. Giulio Ubertis. Milão: Giuffrè, 1992.

SISTEMA PREVIDENCIÁRIO E CIDADANIA: A IMPORTÂNCIA DOS RECURSOS PREVIDENCIÁRIOS PARA MILHÕES DE BRASILEIROS E PARA MILHARES DE COMUNIDADES

Flávio Bento*



Resumo

O presente artigo visa mostrar uma das qualidades do sistema previdenciário pouco reconhecidas, que é a importância dos recursos vinculados aos benefícios previdenciários, especialmente das aposentadorias e pensões, para milhões de brasileiros e para o sustáculo da economia de muitas comunidades. O sistema previdenciário, apesar de todas as suas limitações, pode ser considerado um importante instrumento de redução das desigualdades sociais e, para muitos brasileiros, representa a efetivação do direito de cidadania.

Palavras-chave

Seguridade social, previdência social, cidadania.

Abstract

This paper aims to present one of the lesser known advantages of the social security system, which is the importance of the resources attached to the social security benefits, specially to the retirement ones and the pensions, for millions of Brazilians and for the support of many communities' economy. The social security system, despite its limitations, can be considered an important tool for reducing the social inequalities and, for many Brazilians, it represents the effective establishment of citizenship.

Key-words

Social security, citizenship.

* Professor dos Cursos de Direito da Faculdade de Direito de Marília, mantida pela Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", e da Universidade do Oeste Paulista; mestre em direito pela Universidade Estadual de Londrina; doutorando em Educação na UNESP, Campus de Marília.

1. Introdução

O sistema previdenciário representa uma das instituições mais importantes da sociedade moderna. Através dele, um grande contingente de pessoas são amparadas em várias situações adversas: na doença, na invalidez, na idade avançada, no desemprego involuntário etc.

Instituído na Alemanha, no final do século XIX, o atual sistema de Previdência Social, no Brasil, começou a ser estruturado no século passado, na década de 20. Embora o modelo previdenciário vigente tenha passado, desde o seu surgimento, por várias transformações, ele continua sendo alvo de muitas análises, discussões e questionamentos. E assim não poderia deixar de ser. Envolvendo milhões de brasileiros e movimentando um dos orçamentos mais significativos do país, a Previdência Social é uma grande instituição, complexa e problemática, mas, acima de tudo, uma instituição essencial para a sociedade brasileira, por representar um importante instrumento de proteção social.

O tema do presente estudo visa apresentar uma das qualidades do sistema previdenciário pouco reconhecidas, que é a sua importância como fator de desenvolvimento socioeconômico dos municípios brasileiros. Pode-se afirmar que a Previdência possui um valor incontestável para milhares de municípios. Os recursos oriundos do pagamento dos benefícios previdenciários, especialmente das aposentadorias e pensões, representam o sustentáculo da economia de muitas comunidades.

Mostra-se indispensável, especialmente nessa fase de implantação de reformas no modelo previdenciário, pesquisar essa face do sistema. É imprescindível conhecer essa sua faceta, analisá-la, discuti-la, pensá-la, objetivando o aperfeiçoamento da instituição, para que ela possa continuar e, se possível, aumentar sua influência positiva nas diversas comunidades que dela dependem para o seu desenvolvimento.

Entre as questões que serão analisadas, destacam-se o atual panorama da Previdência Social no Brasil, a atuação da Previdência como instrumento de distribuição de renda, seu valor como fator de desenvolvimento socioeconômi-

co dos municípios, além de outros assuntos considerados pertinentes ao tema proposto.

2. Noção de Previdência Social

O conhecimento que se tem sobre o tema "Previdência Social" pode ser analisado por dois prismas principais. Mediante o primeiro ponto de vista se pode verificar a idéia popular, a informação do povo. Este representa uma ciência superficial e se denomina conhecimento empírico, vulgar ou popular. Por meio do segundo aspecto, a noção que se alcança é mais aprofundada, por resultar de um complexo processo de investigação, segundo o qual se busca uma compreensão adequada do assunto. Esse conhecimento, denominado científico, se destina a compreender a idéia de Previdência Social em todos os seus fenômenos, utilizando-se de métodos rigorosos de estudo.

2.1 Conhecimento popular

Com relação ao conhecimento popular, imagina-se que a expressão "Previdência Social" é objeto de constante comunicação entre as pessoas. Sob esta perspectiva se reconhece que os meios de comunicação exercem importante papel no processo de exposição do assunto. A Previdência Social vem sendo discutida, dialogada, de forma constante, pelas imprensas escrita, falada e televisionada.

Percebe-se, entretanto, que a Previdência Social, considerada como instituição, bem como diversos assuntos a ela diretamente relacionados, como, por exemplo, as figuras dos aposentados e pensionistas, são costumeiramente apresentados de forma negativa.

A realidade destacada no final do parágrafo anterior é apresentada pela própria imprensa, como se pode ler em reportagem realizada pela Revista Veja, sob o título "Velha economia - Pesquisa mostra que metade das cidades brasileiras depende do dinheiro do INSS". Consta na matéria que "os aposentados costumam aparecer no noticiário de forma muito negativa sempre que um eventual reajuste nos proventos pode aumentar o rombo no caixa da Previdência Social. É como se eles fossem os vilões das finanças nacionais" (Velha, 2000, p. 142).

Em outra reportagem lê-se: "Iceberg à vista - O déficit da Previdência é o maior problema do país, capaz de liquidar a estabilização econômica. Veja por quê" (Lahóz, 1999). O autor do texto, ao comparar determinados problemas da economia brasileira à figura do iceberg, ressalta que

há, em particular, um iceberg que se destaca dos demais. Por seu tamanho, pela complexidade do tema, pela dificuldade das soluções. Chama-se Previdência Social. Ela representa o coração do déficit público brasileiro. É um daqueles problemas que destroem qualquer embarcação. O déficit da Previdência é, hoje, o maior problema da economia brasileira (Lahóz, 1999, p. 173).

Infelizmente, é necessário reconhecer que o sistema previdenciário brasileiro é associado a palavras e expressões negativas como rombo, déficit, sonegação, fraude, privilégios, filas extensas, mal atendimento etc. Esse aspecto se mostra excessivamente limitado. É uma visão demasiadamente restritiva. Todavia, reconhecem-se as dificuldades que tantas vezes se apresentam e que impedem de se chegar a um aspecto positivo, diante dos problemas que envolvem a Previdência Social. Entretanto, é importante destacar que o sistema previdenciário pode ser apresentado de forma positiva, e isto pode ser feito sem a intenção de mascarar seus problemas, mas, sim, com o objetivo de mostrar faces reais da Previdência que merecem consideração¹. Nesse sentido, ressalta-se a importante participação dos recursos vinculados aos benefícios previdenciários, para o desenvolvimento socioeconômico de diversos municípios brasileiros.

2.2 Conhecimento científico

Sob o aspecto científico, mostra-se interessante destacar que a formação de um sistema de proteção social denominado Previdência Social decorreu da existência de certos acontecimentos que afetam os homens e representam as chamadas contingências sociais. Contingências sociais "... são fatos ou eventos que ordinariamente ocorrem ou podem ocorrer na vida de cada indivíduo, diminuindo ou suprimindo sua capacidade de obter recursos para a satisfação de suas necessidades elementares e para prover à manutenção de sua família, assim como acontecimentos que aumentam seus encargos" (Vidal Neto, 1993, p. 11). São certos acontecimentos que impedem a pessoa de

... satisfazer às necessidades básicas de uma vida digna, ou mesmo de prover à sua subsistência e à de seus familiares, por seus próprios meios. (Vidal Neto, 1993, p. 10).

No direito positivo brasileiro, a Constituição Federal (Brasil..., 1988), em seu artigo 201, elenca, embora de maneira não taxativa, as contingências a que o sistema de Previdência Social

deve atender. As contingências sociais, protegidas pela Previdência Social brasileira, são: doença (comum ou resultante de moléstia profissional); invalidez (comum ou resultante de acidente do trabalho ou de moléstia profissional); morte (natural ou violenta, comum ou resultante de acidente do trabalho ou de moléstia profissional); velhice; tempo de contribuição - que antes da reforma constitucional da Previdência Social era tempo de serviço - ; reclusão; criação de filho menor de 14 anos, ou inválido; maternidade; desemprego involuntário.

O homem desenvolveu algumas medidas de proteção contra os eventos que diminuem ou suprimem a capacidade de prover sua

"Sob o aspecto científico, a formação de um sistema de proteção social denominado Previdência Social decorreu da existência de certos acontecimentos que afetam os homens e representam as chamadas contingências sociais."

subsistência e a de seus familiares. Esses sistemas de proteção, cada qual com peculiaridades próprias, representam ações que visam prevenir ou reparar as consequências causadas pelas contingências sociais. As formas de proteção contra as contingências são: (a) a assistência, privada ou pública; (b) a previdência privada, individual ou coletiva; (c) a Previdência Social, também denominada pela expressão seguro social; e, (d) a Seguridade Social.

A Constituição Federal (Brasil..., 1988), no artigo 194, consagrou a Seguridade Social como forma de proteção contra as contingências sociais, em nosso país, abrangendo as ações de proteção à saúde, à previdência e à assistência social.

A Previdência Social é uma forma de proteção contra as contingências sociais, ou técnica de proteção social. Desenvolve-se como um serviço público, gerenciado e administrado pelo Estado, destinado à prevenção contra as contingências sociais; à reparação ou redução de suas consequências, especialmente para propiciar meios indispensáveis de manutenção do segurado ou de seus dependentes; e à reabilitação dos beneficiários, quando necessária e possível. É um sistema organizado com base nas técnicas do seguro privado, mediante custeio obrigatório dos segurados, dos empregadores e do Estado.

Na legislação brasileira, em especial no artigo 1º da Lei n. 8.213, 24 de julho de 1991 (Oliveira, 2000), consta que “A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e de reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”².

3. A Previdência Social ensinada nas academias

O ensino da Previdência Social nas instituições superiores, notadamente nos Cursos de Bacharelado em Direito, segue um padrão tradicional. O sistema previdenciário é estudado na disciplina Direito Previdenciário, ou em outras com denominações similares ou mais abrangentes, como Direito Previdenciário

e Infortunistica. A exposição de conhecimentos sobre o tema, entretanto, é habitualmente limitada às informações básicas; normalmente não há espaço para análises e discussões mais aprofundadas, pelo menos em nível de ensino praticado em sala de aula. Essa situação, entretanto, segue uma ordem natural, pois é com a participação nas disciplinas previstas no currículo do Curso Jurídico que o aluno recebe os primeiros ensinamentos sobre os diversos ramos do direito.

Os doutrinadores mais renomados, que estudam a Previdência Social e o Direito Previdenciário, este considerado como o ramo da Ciência Jurídica que disciplina as relações jurídicas envolvidas pela Previdência Social, seguem um modelo tradicional de exposição da matéria, que abrange, com alterações entre um e outro autor, a evolução histórica, a exposição das formas de proteção contra as contingências sociais (Seguridade Social, Previdência Social, assistência social etc.), a noção de Direito Previdenciário e de Direito da Seguridade Social, o custeio do sistema, os benefícios, e a questão dos acidentes de trabalho. Entre os principais estudos doutrinários mais recentes sobre o sistema previdenciário, destacam-se os seguintes autores e seus respectivos títulos: J. R. Feijó Coimbra, *Direito previdenciário brasileiro* (Coimbra, 1998); Odonel Urbano Gonçalves, *Manual de direito previdenciário* (Gonçalves, 1998); Pedro Vidal Neto, *Natureza jurídica da seguridade social* (Vidal Neto, 1993); Sergio Pinto Martins, *Direito da seguridade social* (Martins, 2000); Wagner Balera (coordenador), *Curso de direito previdenciário* (Balera, 1998); Wladimir Novaes Martinez, *Curso de direito previdenciário*, 4 tomos (Martinez, 1996, 1997, 1998a, 1998b).

No campo da pesquisa científica, verifica-se a existência de poucos estudos sobre a Previdência Social. Essas pesquisas se apresentam em número bem menor do que o desejado, especialmente se considerarmos a grande quantidade de Cursos Jurídicos existentes no Brasil. Em levantamento realizado pelo Ministério da Previdência Social e pela Comissão Econômica para a América Latina e Caribe, publicado no ano de 1993, foram relacionados, entre trabalhos realizados especi-

almente nas décadas de 80 e 90, 49 relatórios de pesquisa e 51 dissertações de mestrado ou teses de doutorado (BRASIL..., 1993, p. 169-174 e 193-199).

Conclui-se que no campo do ensino superior, relativamente à questão previdenciária, há pouco espaço, no modelo tradicional, para o exame de assuntos mais específicos, de interesse nacional, na área da Previdência Social. Há várias questões importantes que são ignoradas, inclusive pelo meio acadêmico, e que mereceriam a atenção da pesquisa científica, para que se pudesse alcançar e divulgar o conhecimento sobre esses diversos temas previdenciários importantes. Esses estudos serviriam, também, para se tentar desfazer a visão mínima e equivocada que se tem do sistema previdenciário no Brasil. Nesse sentido, cumpre aos educadores, em conjunto com o ensino do conteúdo básico e tradicional sobre a Previdência Social e o Direito Previdenciário, destacar e discutir os problemas previdenciários mais importantes e apresentar, também, os aspectos do sistema previdenciário que merecem consideração.

4. Panorama da Previdência Social no Brasil

Conforme já destacado no item 2.2, retro, a Previdência Social representa um importante sistema de proteção social, gerenciado e administrado pelo Estado, destinado à prevenção contra as contingências sociais; à reparação ou redução de suas consequências, especialmente para propiciar meios indispensáveis de manutenção à seus beneficiários, mediante a concessão de prestações pecuniárias como as aposentadorias, pensões, etc. Mostra-se importante destacar, antes de se avançar para o estudo de outros temas, algumas informações sobre o sistema previdenciário brasileiro.

Conforme informação do Ministério da Previdência e Assistência Social, em dezembro de 1999 foram pagos pelo Regime Geral da Previdência Social, que atende os trabalhadores da iniciativa privada, 18,8 milhões de benefícios (Brasil..., 2000b). De acordo com os da-

dos apresentados pelo Ministério, a quantidade dos benefícios pagos pela Previdência Social brasileira vem crescendo ano após ano, confor-

Ano	Quantidade de benefícios emitidos pela Previdência Social no mês de dezembro de cada ano (em milhões)
1995	15,7
1996	16,5
1997	17,5
1998	18,2
1999	18,8

Fonte: Brasil. Ministério da Previdência e Assistência Social. Informações, 2000b.

me demonstra o quadro abaixo:

Verifica-se, por meio dos números apresentados, que o sistema previdenciário brasileiro vem estendendo sua proteção à população, a cada ano, amparando os beneficiários nas situações de idade avançada, invalidez, morte, enfermidade etc.

O quadro seguinte indica a evolução da quantidade de novos benefícios que foram concedidos no período de 1995 a 1999, atestando que, anualmente, desde 1996, mais de dois milhões de brasileiros são amparados pelo sistema, de forma temporária ou perma-

Ano	Quantidade de novos benefícios concedidos no ano específico
1995	1.926.778
1996	2.179.875
1997	2.356.952
1998	2.346.817
1999	2.250.730

Fonte: Brasil. Ministério da Previdência e Assistência Social. Informações, 2000b.

nente, conforme o benefício requerido.

O valor médio dos benefícios pagos pela Previdência Social também vem evoluindo a cada ano. É necessário reconhecer, entretanto,

que esse valor médio se mostra muito aquém do necessário para atender as necessidades básicas de qualquer indivíduo. Em 1999, a média atingiu a importância de R\$ 278,47, enquanto que em 1995 o valor correspondia a R\$ 239,08.

Ano	Valor médio dos benefícios pagos pela Previdência Social
1995	R\$ 239,10
1996	R\$ 251,60
1997	R\$ 260,60
1998	R\$ 274,60
1999	R\$ 278,50

5. A face econômica da Previdência Social

Uma das características da Previdência Social é a forma tripartida de custeio, por ser o sistema mantido pela contribuição compulsória dos trabalhadores, das empresas e do Estado. O custeio é um dos temas centrais da Previdência, pois o regime é sustentado por contribuições, sem as quais ele não poderia ser estruturado. Como observa Alfredo J. Ruprecht, "a seguridade social só é capaz de cumprir sua missão quando dispõe de recursos necessários para isso" (Ruprecht, 1996, p. 95).

Os doutrinadores destacam, com clareza, a real importância do custeio para o sistema. Mozart Victor Russomano ressalta que ele

é o ponto de apoio da eficácia do funcionamento da Previdência Social. Dos recursos auferidos por meio do sistema de custeio é que depende a maior ou menor extensão dos benefícios concedidos, e a sua qualidade (Russomano, 1983, p. 137).

Pedro Vidal Neto esclarece que

"não é possível proporcionar benefícios e serviços sem a provisão de recursos econômicos para sua efetivação. O elenco das prestações e o nível dos benefícios depende dos meios econômicos disponíveis" (Vidal Neto, 1993, p. 181).

Conforme os termos da Constituição Federal (Brasil..., 1988) e da legislação do custeio, o financiamento do sistema é feito por toda a sociedade. Todos os mem-

bros da sociedade financiam o sistema de Seguridade Social, de forma direta ou indireta³.

O financiamento direto ocorre por meio do recolhimento das contribuições previdenciárias dos trabalhadores e empregadores, cujos recursos são direcionados exclusivamente para o atendimento do sistema de Seguridade Social. A contribuição indireta decorre do pagamento dos impostos, uma vez que tais recursos são repartidos pela União, mediante o orçamento, que destina uma parcela para a Seguridade. A principal forma de obtenção dos recursos para o custeio do sistema provém das contribuições diretas.

Conforme dados atuais, nos últimos anos vem ocorrendo um aumento acentuado

Ano	Arrecadação líquida	Pagamento de benefícios	Saldo previdenciário
1988	30,79	17,83	(+)12,959
1989	30,49	19,04	(+)11,450
1990	31,50	19,52	(+)11,981
1991	28,32	20,47	(+)7,850
1992	27,93	22,28	(+)5,657
1993	31,74	29,97	(+)1,772
1994	33,88	33,07	(+)0,809
1995	40,69	41,02	(-)0,325
1996	44,36	44,48	(-)0,124
1997	45,89	49,06	(-)3,177
1998	46,74	53,49	(-)6,752

das despesas previdenciárias. Por outro lado, embora a arrecadação da Previdência Social também apresente um quadro crescente desde 1993, a proporcionalidade do aumento da arrecadação não vem acompanhando a do aumento das despesas, ocasionando déficits anuais nas contas previdenciárias.

Passe-se a destacar, de acordo com o quadro anterior, a evolução do saldo das contas da Previdência Social no período de 1988 a 1998, em bilhões de reais, relativo ao Regime Geral, que abrange os trabalhadores da iniciativa privada (Ornélas, 1999a, p. 11).

É importante esclarecer que o déficit nas contas da Previdência Social representa o reflexo de uma série de fatores. Dentre eles podem ser destacados: o decréscimo da taxa de natalidade; o aumento da expectativa média de vida do povo brasileiro e o respectivo envelhecimento da população; a redução no potencial de crescimento da massa de trabalhadores; a concessão de milhões de novos benefícios a cada ano; a queda na relação de proporção entre contribuintes e beneficiários⁴; a quantidade de trabalhadores no mercado informal; os reflexos de novas regras de seguridade inseridas na Constituição de 1988, que beneficiaram servidores públicos e trabalhadores do setor privado etc. (Ornélas, 1999a, p. 8). Deve ser destacado, também, o desequilíbrio ocasionado pelo sistema previdenciário dos servidores públicos, também custeado pela Previdência Social: menos de 20% (vinte por cento) dos segurados mantidos pelo sistema previdenciário são servidores públicos e consomem mais de 50% (cinquenta por cento) dos recursos destinados ao pagamento de aposentadorias, pensões e demais benefícios⁵.

Por esse prisma, destaca-se a importância das reformas da Previdência Social, como fator determinante para se reverter essa

situação negativa para a qual vem caminhando acentuadamente a proteção previdenciária no Brasil.

É necessário atingir o equilíbrio das contas da Previdência, por meio de medidas que adequem os sistemas de financiamento e de benefícios. Sem uma sólida base financeira, a Previdência tende a se direcionar para uma situação de colapso, o que colocará em risco esse importante mecanismo de proteção da sociedade.

6. A face social do sistema previdenciário

Um aspecto pouco estudado e divulgado é a relevância socioeconômica do sistema previdenciário em nosso país. Pode-se afirmar que além do componente protetivo – isto é, a

Previdência Social como técnica de proteção social estruturada para proteger o cidadão nas situações de idade avançada, invalidez, doença etc. – o sistema previdenciário exerce um destacado papel social, na medida em que representa a única ou a mais importante fonte de renda de milhões de famílias brasileiras, formando o sustentáculo financeiro de centenas de economias municipais.

Essa face social da Previdência possui, portanto, dois componentes que se sobressaem e que serão ressaltados nos itens subseqüentes deste estudo. O primeiro apresenta o sistema previdenciário como um importante mecanismo de distribuição de renda no Brasil. O segundo demonstra a importância dos recursos previdenciários para o desenvolvimento socioeconômico de milhares de municípios brasileiros.

6.1 O sistema previdenciário como instrumento de distribuição de renda

Tem-se afirmado que a Previdência So-



cial representa um dos maiores programas de renda mínima do mundo. Embora o sistema previdenciário possua como uma de suas características a obrigatoriedade de contribuição, verifica-se que ele assumiu, ao longo dos anos, o pagamento de milhões de benefícios para cidadãos que pouco ou nada contribuíram. Afirma-se que dos 11 milhões e 800 mil beneficiários que recebem prestações (aposentadorias, pensões etc.) correspondentes ao piso previdenciário mínimo – no valor do salário mínimo –, 7 milhões e 900 mil nada ou pouco contribuíram para a Previdência Social. Esses beneficiários representam aposentados rurais (6 milhões e 100 mil), pessoas que recebem a antiga renda mensal vitalícia (950 mil) e idosos e portadores de deficiência que recebem benefício assistencial custeado pela Previdência Social (860 mil) (Ornêlas, 1999b, p. XII) ⁶.

Por esse prisma, o sistema previdenciário pode ser considerado um importante instrumento de redução das desigualdades sociais e, para muitos brasileiros, representa a efetivação do direito de cidadania. Para milhões de brasileiros, o recebimento de benefícios previdenciários é o fator determinante para integrá-los no contexto social. Um dos mais importantes direitos cumprido pelo Estado a milhões de cidadãos, ao lado da prestação de serviços de saúde, é o pagamento de benefícios previdenciários. Se a cidadania pode ser considerada, de forma simplista, a qualidade que garante às pessoas direitos que devem ser assegurados pelo Estado, essa qualidade, para muitos brasileiros, somente é efetivada em função de sua inclusão social patrocinada pelo recebimento de aposentadorias e pensões do sistema previdenciário.

A importância do recebimento de uma prestação previdenciária no valor de um salário mínimo pode ser atestada pelos indicadores de condições de vida apresentados por França (1999, p. 411-413). O levantamento destaca os 131 municípios com menor renda *per capita* média no Brasil, em 1991, considerando o salário mínimo do mês de setembro daquele ano. Os municípios de Lastro, na Paraíba, e Tarrafas, no Ceará, apresentaram uma renda *per capita* média de 14% do salário mínimo. Os últimos 34 municípios listados constam com uma renda *per capita* média

de 22% do salário mínimo.

É possível afirmar, sem receio, que nos diversos municípios indicados na lista referida, os aposentados e pensionistas representam uma classe destacada⁷. Em muitas dessas localidades, os beneficiários da Previdência Social figuram como o grande contingente de cidadãos com renda certa e até privilegiada, numa realidade social muitas vezes dominada pelo desemprego e, também, pelo subemprego e pelas atividades informais que pouca remuneração trazem aos trabalhadores.

O Governo Federal tem destacado a importância da Previdência na área rural. Essa situação foi alcançada especialmente com as alterações advindas com a Constituição Federal de 1988 e as regulamentações posteriores. A atuação da Previdência, na área rural, propiciou o surgimento de um programa de renda mínima no país, pois muitos trabalhadores rurais recebem benefícios mesmo sem nunca terem contribuído. O Governo informa que “O impacto das mudanças na Previdência Rural, em 1993, sobre a renda das famílias mais humildes de pequenos agricultores, nos estados mais pobres do Brasil, foi impressionante. Mesmo nos estados mais ricos, onde a renda da produção agrícola é alta, como o Rio Grande do Sul, o impacto não chegou a ser desprezível, [...]. Nos pequenos municípios brasileiros, principalmente, do norte, nordeste e centro-oeste, a aposentadoria rural está movimentando a economia, desenvolvendo as micro-regiões e assegurando emprego e renda ao conjunto da sociedade. Em algumas localidades, 21% da população recebem o benefício. Se, pelo menos, mais uma pessoa da família depender dessa aposentadoria, quase a metade dos habitantes dessas cidadezinhas terá, na Previdência Rural, a garantia de uma renda mínima. Graças à ampliação desse programa, diminuiu a participação da pobreza rural no quadro geral de pobreza do país. O aumento da renda domiciliar que os benefícios proporcionam, termina por viabilizar, ainda, a própria atividade da agricultura familiar” (Brasil..., 2000c)

Enquanto não for possível adotar um programa de renda mínima, o sistema previdenciário continuará representando o mais importante instrumento de inclusão social e de renda mínima no Brasil. Embora essa atividade não seja o seu objetivo e nem uma fun-

ção adequada ao sistema, ela representa um dos aspectos positivos e pouco reconhecidos da realidade previdenciária brasileira.

6.2 A importância dos recursos previdenciários para o desenvolvimento socioeconômico dos municípios brasileiros

A outra face social relevante do sistema previdenciário, no Brasil, é a sua importância para o desenvolvimento socioeconômico de muitos municípios. Essa realidade foi muito bem demonstrada por meio de estudo realizado por Álvaro Sólton de França, intitulado "Previdência social e a economia dos municípios" (França, 1999).

Ao realizar seu estudo, o autor citado apurou, referente aos anos de 1996 e 1997: a) o valor dos benefícios previdenciários pagos em milhares de municípios brasileiros, b) a receita da arrecadação da Previdência nesses municípios e c) a respectiva importância do Fundo de Participação desses Municípios. As conclusões apresentadas foram feitas mediante a verificação desses três indicadores.

O Fundo de Participação dos Municípios é uma das formas de repartição das receitas tributárias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988. Através desse instituto, uma parte das receitas tributárias da União é repassada para os municípios brasileiros, como forma de compensação de riquezas e deficiências (Carazza, 1998, p. 400-410).

Constatou-se que, em muitos municípios, o valor correspondente ao pagamento dos benefícios previdenciários é superior à importância do Fundo de Participação repassada a essas localidades. Assim, para muitas realidades locais, os recursos direcionados pela Previdência Social possuem importância superior ao auxílio proveniente do meca-

nismo constitucional de redistribuição da receita fiscal, representado pelo Fundo de Participação dos Municípios.

O estudo de Álvaro Sólton de França demonstra que, em 3.154 dos 5.507 municípios pesquisados, o pagamento dos benefícios previdenciários supera o valor repassado pelo Fundo de Participação dos Municípios.

Desse modo, os recursos advindos do sistema previdenciário representam, em diversas localidades, o verdadeiro sustentáculo das economias regionais, movimentado o comércio e a prestação de serviços e, nas áreas rurais, até mesmo a própria atividade da agricultura familiar.

Verifica-se, ainda, que nos municípios mais bem situados com relação ao Índice Mundial de Desenvolvimento Humano, a importância dos recursos oriundos do sistema previdenciário é significativa. Considerando-se os 100 municípios mais bem situados pelo Índice, em 96 deles o valor dos benefícios pagos pela Previdência supera o auxílio do Fundo de Participação (França, 1999, p. xiv).

Conforme as informações constantes no estudo indicado, e ana-

lisando-se os dados relativos ao ano de 1997, podem ser extraídas as seguintes informações. Apenas nos Estados do Amapá, Roraima e Tocantins, o valor total do Fundo de Participação dos Municípios superou o valor dos benefícios pagos pela Previdência Social.

Em vários Estados, o percentual total de municípios em que o pagamento dos benefícios da Previdência Social supera o valor do Fundo de Participação é expressivo. No Rio de Janeiro, 81,3% dos municípios recebem mais recursos do sistema previdenciário do que do Fundo; no Espírito Santo, 79,2%; em Pernambuco, 74,4%; em São Paulo, 70,3%; no Paraná, 68,3%.

"Enquanto não for possível adotar um programa de renda mínima, o sistema previdenciário continuará representando o mais importante instrumento de inclusão social e de renda mínima no Brasil."

Os dados apresentados demonstram, estatisticamente, a relevância que os benefícios previdenciários possuem, como fator de desenvolvimento socioeconômico dos municípios. A importância real dessa conclusão, todavia, somente pode ser sentida pelos milhões de brasileiros e pelas milhares de economias regionais que dependem dos recursos previdenciários para sua sustentação. Contudo, não é demasiado atestar o grande valor desses recursos para o desenvolvimento de vários pólos regionais.

7. Considerações finais

Procurou-se, ao longo deste estudo, apresentar o sistema previdenciário sob um aspecto pouco reconhecido, que é a sua face social. Mediante esse aspecto, a Previdência Social constitui um importante mecanismo de distribuição de renda no Brasil e possui um valor considerável para o desenvolvimento socioeconômico de milhares de municípios brasileiros.

Afirma-se que uma atitude deve ser tomada pela sociedade brasileira: é preciso deixar de apresentar a Previdência Social de forma preponderantemente negativa, como ocorre costumeiramente nos dias atuais.

É importante compreender que o sistema repassa, mensalmente, para milhões de brasileiros, a sua única ou a mais significativa fonte de renda. Assim atuando, o sistema afasta a miséria de muitos lares, reduz as desigualdades sociais e representa o instrumento de efetivação do direito de cidadania de muitas pessoas deste imenso país, além de ocasionar outros reflexos positivos.

Por outro aspecto, constata-se que a Previdência Social constitui o principal repassador de recursos para milhares de municípios, superando os valores provenientes do Fundo de Participação dos Municípios, uma das formas de repartição das receitas tributárias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

Reconhece-se que a Previdência Social necessita ainda de muitos ajustes⁸. O que a sociedade brasileira não pode, todavia, é esquecer de discutir, também, os aspectos positivos do sistema de proteção social, inclusive para que se procure o aprimoramento desses

pontos e do sistema como um todo.

É necessário, entretanto, que diversas iniciativas estimulem o estudo de temas importantes para a Previdência Social. Espera-se que o Governo Federal, que as entidades comprometidas com o aprimoramento do sistema previdenciário e, principalmente, as instituições de ensino superior e de pesquisa, possam alavancar, cada vez mais, a discussão de temas e problemas essenciais para o desenvolvimento da Previdência Social. Essa é, ao lado de muitas outras, uma das lutas que devem ser travadas em defesa da cidadania.

Por fim, parafraseando Celso Barroso Leite, reafirma-se a convicção da importância cada vez maior do sistema previdenciário como instrumento de proteção individual e como fator, por excelência, de equilíbrio socioeconômico - em especial para inúmeras realidades regionais deste imenso Brasil (Leite, 1998, p. 32).

NOTAS

¹ PEDRO VIDAL NETO, ao tratar da relação entre a economia e a seguridade social e a Previdência Social, afirma que "[...] habitualmente se vê a seguridade social como um custo econômico, que onera os contribuintes, trabalhadores e empregadores, além de provocar desequilíbrios nas finanças públicas. [...] É necessário assinalar que a seguridade também pode ter efeitos positivos sobre a economia, por exemplo, ao elevar o nível sanitário da população, melhorando a produtividade; ao garantir ou ampliar o consumo, segundo o poder aquisitivo dos benefícios e o de promover o desenvolvimento de certos setores produtivos, como os ligados à assistência médica, etc." (Vidal Neto, 1993, p. 205).

² Nos dias atuais, a expressão tempo de serviço deve ser substituída por tempo de contribuição.

³ O artigo 195 da Constituição dispõe que: "A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos."

⁴ Em 1991 havia 2,4 contribuintes para cada beneficiário.

Em 1997 a proporção caiu para 1,7 contribuintes para cada beneficiário (Ornélas, 1999a, p. 9).

⁵ “Em 1997, cerca de 17% dos segurados (os 2,87 milhões de servidores públicos federais, estaduais e municipais) ficavam com mais da metade do que se gastava com Previdência Social no país. Os restantes 83% (16,6 milhões de trabalhadores, a maioria do setor privado), ficavam com o resto, menos da metade dos gastos” (Emediato, 1998, p. 271).

⁶ Esses números podem ser completados por informações atualizadas do MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. Para o MINISTÉRIO, em dezembro de 1999, o benefício assistencial para idosos e portadores de deficiência atingiu a marca de 1.032.573, e a quantidade de benefícios correspondentes à renda mensal vitalícia caiu para 885.724 (Brasil. Ministério da Previdência e Assistência Social. Informações, 2000b).

⁷ Ao tratar da incidência da seguridade social na economia, ALFREDO J. RUPRECHET apresenta uma afirmação que muito bem se aplica à realidade desses municípios: “... com relação ao consumo, é preciso levar em conta que a seguridade social provê serviços e bens que resultam em maior poder aquisitivo do filiado” (Ruprecht, 1996, p. 145).

⁸ Afirmou o ex-ministro WALDECK ORNÉLAS que: “É essa amplitude e complexidade que nos coloca o desafio de modernizar a Previdência Social, promovendo a melhoria do atendimento, assegurando um tratamento digno aos aposentados e pensionistas, prestando um serviço de qualidade aos segurados e aos contribuintes, como manifestação de respeito aos direitos de cidadania, mas também exercendo o controle gerencial e administrativo indispensável a uma instituição desse porte e importância” (Ornélas, 1999a, p. 22).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALERA, Wagner (coord.). *Curso de direito previdenciário*. 4.ed. São Paulo: LTr, 1998.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *A previdência social e a revisão constitucional*: levantamento bibliográfico. Brasília: CEPAL, 1993.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2000a.

BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social. Informações. *Panorama da previdência social*. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/>>. Acesso em: 13 jun. 2000b.

BRASIL. Palácio do Planalto. Secretaria de Comunicação de Governo. Publicações. Coleção de Documentos da Presidência da República. *Reforma agrária*: compromisso de todos. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 04 jul. 2000c.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 9.ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1998.

EMEDIATO, Luiz Fernando. *Previdência social no Brasil: pelo fim dos privilégios*. In: *Revolução na previdência*: Argentina, Chile, Peru, Brasil. Tradução Tânia Marques Cardoso e Paulo Castanheira. São Paulo: Geração Editorial, 1998. p. 271-289.

FRANÇA, Álvaro Sólón de. *Previdência social e a economia dos municípios*. Brasília: ANFIP, 1999.

GONÇALVES, Odonel Urbano. *Manual de direito previdenciário*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

LAHÓZ, André. Iceberg à vista - O déficit da Previdência é o maior problema do país, capaz de liquidar a estabilização econômica. Veja por quê. *Exame*, São Paulo, n. 23, p. 172-181, nov. 1999.

LEITE, Celso Barroso. Conceito de seguridade social. In: BALERA, Wagner (Coord.). *Curso de direito previdenciário*. 4.ed. São Paulo: LTr, 1998.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1996. t. 4: primeiras lições de previdência complementar.

_____. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1997. t.1: noções de direito previdenciário.

_____. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1998a. t. 2: previdência social.

_____. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1998b. t.3: direito previdenciário procedimental

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Aristeu. *Previdência social: legislação*. São Paulo: Atlas, 2000.

ORNÉLAS, Waldeck. O novo modelo previdenciário brasileiro: uma fase de transição. *Conjuntura Social*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 7-26, abr/jun 1999a.

_____. Prefácio. In: FRANÇA, Álvaro Sólón de. *A previdência social e a economia dos municípios*. Brasília: ANFIP, 1999b.

RUPRECHT, Alfredo J. *Direito da seguridade social*. São Paulo: LTr, 1996.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

VELHA economia: pesquisa mostra que metade das cidades brasileiras depende do dinheiro do INSS. *VEJA*, São Paulo, n. 1.642, p. 142, mar. 2000.

VIDAL NETO, Pedro. *Natureza jurídica da seguridade social*. São Paulo: Tese apresentada na Faculdade de Direito da USP. Inédita. 1993.

LIBERDADES PÚBLICAS E DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL

José Benjamim de Lima*



Resumo

O processo penal, instrumento de aplicação da lei penal, é também instrumento de tutela das liberdades públicas. A prova, direito das partes, pressupõe o respeito aos direitos e garantias fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Sua obtenção por meio ilícito, vale dizer, violando direitos e garantias fundamentais, é inadmissível. Uma vez declarada sua ilicitude pelo juiz, ela não pode gerar efeitos, não podendo ser considerada, nem, de qualquer modo, influir na sentença. Contudo, a proibição da prova ilícita não pode ser entendida como absoluta, devendo ser relativizada em situações excepcionais, com aplicação do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave

Liberdades públicas, processo penal, direito à prova, prova ilícita, princípio da proporcionalidade.

Abstract

The criminal proceeding, which is an instrument to put criminal law into practice, is also a tool of protection of public liberties. The right to bring evidence requires respect to the fundamental rights and guarantees and to the dignity of the human being. To produce evidence by illegal means, that is to say, violating the fundamental rights and guarantees is inadmissible. Once the judge states its illegality, the evidence has to be ignored, it can neither produce legal effects, nor, in any circumstances, influence the final judgement. However the prohibition to use illegal evidence cannot be understood as absolute or unconditional, for it requires a more flexible interpretation in some extraordinary cases, applying the Principle of Proportionateness.

Key-words

Public liberties, criminal process, the right to bring evidence, illegal evidence, principle of proportionateness.

* Professor de Processo Penal da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília/SP. Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro/Jacarezinho-PR.

1. O processo penal entre o direito de punir e o direito de liberdade

O processo penal é o único instrumento por meio do qual o Estado exerce seu direito-dever de punir as infrações penais. Somente através da jurisdição se realiza, no plano concreto, o Direito Penal, campo em que está vedada a auto-executoriedade estatal ou privada. É, também, no mesmo patamar de relevância, instrumento de tutela da liberdade jurídica dos acusados.

É dessa permanente tensão entre o direito da sociedade de defender-se, reprimindo e prevenindo crimes, e a necessidade de garantir o direito de liberdade e os valores da pessoa humana, que se alimenta o processo penal.

Tal dicotomia – defesa social/direitos de liberdade –

assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação do Estado de sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado se transforma na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas (Grinover, 1982, p. 20).

Conforme anota Chiavario (1994, p. 25),

o processo penal foi bem definido como um dos terrenos privilegiados para experimentar a autenticidade civil e democrática de um regime político: pelo modo como resultam fixadas as regras que devem servir ao Estado para determinar se um indivíduo é inocente ou culpado, e pelo modo como resultam organizadas as relações entre os vários sujeitos que operam no processo penal e as suas respectivas atividades, se podem extrair alguns entre os elementos mais preciosos para valorizar se e quando um povo, se e quando uma sociedade são coerentes com as suas afirmações de apego aos valores da civilização, da liberdade e da democracia.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹, enquanto expressão de um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos, entre outros valores, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF/88, artigo 1º, incisos II e III), garantiu, aos

brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (CF/88, art. 5º, *caput*).

Esses direitos e garantias fundamentais se particularizam, nos diversos incisos do artigo 5º da CF/88 em outras tantas regras mais específicas, entre as quais se incluem as relativas aos direitos de personalidade: o direito à integridade física e moral, à intimidade (com a proteção constitucional à vida privada, à honra e imagem, à inviolabilidade do domicílio, da correspondência, dos dados e comunicações pessoais) e à liberdade física e psíquica (de locomoção, de pensamento e sua expressão, de não sofrer constrangimentos senão em virtude de lei). Tais direitos encontram expressão, ainda, na proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante.

Trata-se, basicamente, dos chamados direitos de liberdade ou liberdades públicas, tradicionalmente entendidos como direitos às ações negativas, na medida em que

exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos (Bobbio, 1992, p. 21).]

É nesse contexto de garantia das liberdades públicas e dos direitos dos acusados que a questão da prova no processo penal adquire relevância porque é sobretudo no âmbito da atividade probatória desenvolvida no processo ou para o processo que se verifica (ou não) o respeito aos direitos fundamentais materiais. A atuação dos sujeitos processuais nesse campo, em especial a atividade desenvolvida pelos órgãos estatais de persecução penal (Polícia, Ministério Público, Juiz), não se pode fazer sem o respeito aos direitos do acusado.

O direito à prova, vale dizer, o direito de buscar a verdade no processo, quer seja exercido pelo Estado, quer o seja pelo réu, terá sempre como limite ético-constitucional os direitos e garantias fundamentais, as liberdades públicas.

Contudo, é importante ter em mente que na doutrina constitucional moderna

as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da

convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias (Grinover, 1990, p. 60).

Os direitos individuais, assim como as suas limitações, são hoje entendidos em sua dimensão social, como "direitos do homem inserido na sociedade", superando-se, assim, uma concepção de individualismo exacerbado, por outra que exige equilíbrio entre os direitos individuais e os direitos da sociedade.

Isso não significa, entretanto, que as atividades estatais no processo penal não tenham limitações na busca da verdade, visando ao exercício do direito de perseguir e punir. O processo penal, como já se afirmou, é também instrumento de tutela da liberdade do acusado e, enquanto tal, no embate com o Estado, o acusado não pode, jamais, ser reduzido a níveis incompatíveis com a sua dignidade (Grinover, 1990, p. 60-61).

2. O direito à prova no processo penal

O direito à prova, corolário do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário e do direito ao devido processo legal, está implícito em nosso ordenamento constitucional e sua *praxis* – sempre orientada pelo princípio da legalidade – tem regulamentação na legislação codificada. Essa normatização, entretanto, mostra-se insuficiente, razão pela qual, nesse âmbito, a construção doutrinária e a atuação da jurisprudência vêm tendo papel relevante.

Num sistema de base preponderantemente acusatória, como é o nosso, o direito à prova é sobretudo um direito das partes, em que pese manter o Juiz amplos poderes instrutórios, o que lhe permite desenvolver também atividade probatória. O brocardo "os crimes não podem ficar impunes" e o ideal ético do processo justo e da justa decisão impulsionam o processo penal em busca da verdade real. Verdade real que, diga-se, coloca-se mais como um horizonte e que nem sempre se verifica na *praxis* do processo, reduzindo-se, concretamente, no mais das vezes, à verdade processual.

Considerado em toda a sua extensão, o direito à prova inclui não só o direito de requerer e propor provas, mas também o de vê-las

admitidas e efetivamente produzidas, com a participação das partes (em contraditório) e do juiz, assim como o direito a que sejam as provas produzidas objeto de apreciação e valoração – livre, mas imparcial e lógico-racionalmente fundamentada – pelo julgador (Gomes Filho, 1997, p. 85-89; Fernandes, 1999, p. 66-70)..

Em que pese ser orientado pela busca da verdade real, o direito à prova não é um direito absoluto. A atividade probatória deve ceder, em face da tutela que o ordenamento jurídico confere a outros valores tão ou mais importantes que a busca da verdade para a boa aplicação da Justiça. Não se pode realizar em prejuízo ou em desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

Conforme anota Ada Pellegrini Grinover;

é no processo penal que o Estado de direito se preocupa em colocar limites aos poderes de investigação pública e privada, como proteção ao indivíduo (Grinover, 1982, p. 92).

Assim, para que a prova ingresse no processo, seja reconhecida válida e produza efeitos, deve ser legalmente admissível, isto é, não vedada, ou por ilicitude (violação a uma norma de direito constitucional ou material), ou por ilegitimidade (contrária a uma norma de direito processual impeditiva).

3. A proibição da prova ilícita

A proibição das provas obtidas por meios ilícitos, princípio ético do processo moderno, ganhou entre nós *status* de garantia fundamental a partir da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: "São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos" (artigo 5º, inciso LVI).

Com relação ao tema admissibilidade/inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, três posições principais se firmaram: 1ª) a prova ilícita, desde que verdadeira, deve ser admitida; 2ª) a prova ilícita não pode ser admitida, qualquer que seja a hipótese; 3ª) a prova ilícita pode ser admitida em determinadas circunstâncias, levando-se em conta os bens jurídicos em conflito. (Confira-se a respeito: Scarance Fernandes, 1999, p. 79).

A primeira posição, fundada na relevância do princípio da busca da verdade real

e da regra de que “os crimes não podem ficar impunes”, argumenta que o modo como foi obtida a prova não interfere no seu conteúdo material, vale dizer, no seu conteúdo de verdade. Assim, se se busca a verdade real, não há como deixar de atribuir valor probatório a qualquer meio de prova que traga ao juiz o conhecimento verdadeiro da existência do fato e suas circunstâncias, independentemente do modo como foi ela obtida. Aquele que agiu ilicitamente na obtenção da prova deve responder pela ilicitude que cometeu, recebendo punição, se for o caso, sem prejuízo da admissibilidade da prova.

A segunda, exatamente ao contrário, considera que a atuação ilícita de quem quer que seja, principalmente do Estado e seus funcionários, na obtenção da prova, é inaceitável e tem como corolário a invalidação dessa prova, independentemente da punição de quem violou direitos para obtê-la. Segundo essa corrente, admitir prova assim conseguida significaria prestigiar a própria ilicitude, o que não se coaduna com os princípios éticos que devem orientar o processo e a atuação de seus sujeitos, notadamente a atuação estatal. Admiti-la quando obtida nessas condições será sempre um estímulo à ilicitude ou ilegalidade.

Pela terceira posição, intermediária, sopesados os bens jurídicos tutelados em confronto, é possível a admissão de prova ilicitamente obtida “na hipótese de o bem jurídico alcançado com a prova ser de maior valor que o bem jurídico sacrificado pela ilicitude da obtenção” (Greco Filho, 1997, p. 200). Aplica-se, aqui, o princípio da proporcionalidade como critério de relativização da proibição constitucional.

Exemplo comumente mencionado é o de uma prova ilicitamente obtida que demons-

trasse a inocência de alguém, impedindo assim a sua condenação. Em tal caso, haveria um confronto entre dois valores fundamentais, protegidos pela Constituição: de um lado, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; de outro lado, o direito de liberdade, que tem como corolário a garantia de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV da CF/88). Parece não haver dúvida de que, nessas circunstâncias, seria melhor admitir a prova ilícita e com base nela absolver, do que condenar um inocente.

No que se refere, entretanto, à utilização do princípio da proporcionalidade como

critério para justificar a admissão de uma prova ilícita e condenar o réu, a doutrina é mais reticente, tendendo a afirmar a impossibilidade dessa utilização, uma vez que o inciso LVI do art. 5º da CF/88 parece ter privilegiado de maneira absoluta a legalidade processual, impondo-a como limite à busca da verdade real.

Contudo, deve-se levar em conta que não existem direitos absolutos;

nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais (Greco

Filho, p. 201).

Nessa mesma linha, pondera Luiz Flávio Gomes:

A questão central segundo o constitucionalismo moderno, não é se o legislador pode ou não restringir direitos, senão se sua intervenção se dá dentro de limites excepcionais e proporcionais. Algumas normas constitucionais prevêm expressamente a possibilidade de limites a direitos fundamentais (...). Outras normas não contam com a previsão de restrição. Nem por isso foi restabelecida a doutrina dos direitos absolutos. Não existem direitos absolutos. Nem sequer o direito à vida,

“O direito à prova, corolário do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário e do direito ao devido processo legal, está implícito em nosso ordenamento constitucional.”

que é o mais relevante é totalmente intangível. (Gomes, 1997, p. 173-174)

Mutatis mutandis, o que acima está dito com relação ao legislador pode ser entendido como sendo também o papel do juiz, a quem cabe, na aplicação do direito, intervir, dentro “de limites excepcionais e proporcionais”, para solucionar questões que envolvem direitos fundamentais em colisão com direitos da comunidade.

Isso não significa colocar, genericamente, o interesse da perseguição penal, no mesmo plano dos direitos e garantias fundamentais. Adotar tal critério significaria contrariar frontalmente a clara opção do legislador constituinte pela inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, tornando-a letra morta.

Mas a opção constitucional, entretanto, como já afirmado, não pode ser entendida em termos absolutos. Se o fosse, não se poderia utilizar uma prova obtida ilicitamente para demonstrar a inocência de alguém. Essa possibilidade já demonstra, por si só, que o princípio da proibição da prova obtida ilicitamente não é absoluto, estando sujeito à ponderação. E no caso de prova em desfavor do réu, poderá haver situações singulares que justifiquem, igualmente, a ponderação.

Sempre competirá, pois, ao juiz, no caso concreto, quando houver conflito entre direitos e garantias fundamentais, confrontar e sopesar os bens jurídicos envolvidos, a fim de admitir ou não a prova obtida ilicitamente (nesse sentido: Scarance Fernandes, 1999, p. 82; Barbosa Moreira, 1996, p. 15).

Justificar-se-á a aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, também conhecido pela expressão oriunda da doutrina alemã como princípio da proibição do excesso, “em situações tão extraordinárias, que a inadmissibilidade da prova ilícita poderia produzir resultados desproporcionais, desusuais e repugnantes” (Grinover, 1982, p. 113).

É nesse sentido que a jurisprudência alemã e de outros países (Gomes Filho, 1997, p. 105), com fundamento da teoria da proporcionalidade, têm admitido a derrogação de certas regras de exclusão de prova, em especial quando se trata de melhor prevenir e reprimir a criminalidade grave e organizada. O

argumento é o de que a efetiva realização da justiça é igualmente bem jurídico de extrema importância no Estado de Direito, legitimando, em certas situações, o sacrifício dos direitos individuais.

No dizer de Gomes Filho (1997, p. 106),

não se pode contestar que o critério da proporcionalidade encontra hoje agasalho nos textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes, e de outras expressões mais agudas da criminalidade.

Em nota de rodapé, Gomes Filho menciona a legislação anti-máfia italiana e a legislação anti-terrorista de diversos países da Europa ocidental.

Cumprir observar, entretanto, que a aplicação do princípio da proporcionalidade não é pacífica e nem isenta de críticas.

Em primeiro lugar porque há risco de excessivo subjetivismo judicial na sua utilização, trazendo insegurança jurídica. Para minimizar esse risco e garantir a segurança jurídica é indispensável que os tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, construam, a partir de reiteradas decisões, essa valoração proporcional de bens jurídicos em colisão.

Depois, sua aplicação *pro societate* em matéria de prova ilícita é sempre discutível do ponto de vista ético, já que é inaceitável que o Estado, por seus funcionários, utilize-se de meios imorais e ilícitos na obtenção da prova, com violação dos direitos e garantias individuais.

De qualquer modo, eventual ponderação de bens jurídicos, com derrogação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, só se justifica mesmo em situações realmente excepcionais, se considerarmos a clara opção do legislador constituinte pela rejeição da prova ilícita.

Tratando-se de um princípio, havendo colisão com outro princípio igualmente relevante, a solução deve ser buscada pelo critério da ponderação, verificando-se qual deles tem um peso maior no caso concreto. Nas palavras de Robert Alexy (1993, p. 89):

Cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar invá-

*lido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.*²

3.1. A prova ilícita por derivação

Como desdobramento do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, surge a questão de saber até que ponto uma prova ilicitamente obtida repercute sobre outras provas do processo, transmitindo-lhes, por contaminação, o mesmo vício de ilicitude, resultando, tal como na prova primitiva, sua inadmissibilidade ou invalidação.

Não é infrequente que uma interceptação telefônica, uma busca e apreensão ilícita ou irregularmente executada, uma prisão ilegal ou uma confissão obtida maliciosamente ou mediante violência física ou moral, tragam informações que possibilitem a obtenção de outras provas do crime: a busca e localização de um cadáver num homicídio, a apreensão de coisas produto de roubo, de uma certa quantidade de entorpecente, a delação de um co-autor, etc.

Ainda que as diligências subsequentes para encontrar o cadáver, para apreender as coisas roubadas ou a carga de entorpecen-

te, para incriminar o co-autor, etc, tenham sido em si mesmas lícitas e regularmente executadas, elas só teriam sido possibilitadas pela ilicitude inicial. Essas provas, derivadas daquela diligência ou prova primitiva, ilícita, estariam contaminadas pela mesma mácula original?

Muitos doutrinadores respondem positivamente a essa indagação. Trata-se da conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada ou venenosa (*fruits of the poisonous tree*), também chamada *taint doctrine*, desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, segundo a qual não se pode admitir como lícita e válida nenhuma prova que se tenha produzido a partir de ou como consequência de outra prova ilicitamente obtida ou de diligência ilicitamente realizada, com violação de direito ou garantia fundamental. A doutrina alemã fala em **efeito à distância** (Gomes Filho, 1997, p. 109).

No direito brasileiro o tema já foi ao Supremo Tribunal Federal, especialmente no julgamento do HC 69.912-0/RS³, mostrando-se a Excelsa Corte bastante dividida quanto ao assunto, embora na ocasião, por razões circunstanciais, tenha saído vencedora a corrente que admitiu a ilicitude da prova por derivação.

Entendemos que a aplicação da teoria da ilicitude da prova por derivação, em princípio correta, não pode ser levada até as últimas consequências e entendida em sentido

absoluto. Deve se submeter a alguns temperamentos. Adotá-la de forma rígida e indiscriminada “levaria a que não pudesse ser aproveitada qualquer prova derivada” (Scarance Fernandes, 1997, p.68).

Posição inflexível nessa questão mos-



tra-se incompatível com a necessidade de preservar outros valores e direitos fundamentais também garantidos pela Constituição. Poderá, inclusive, haver situações em que o próprio criminoso, num contexto de atuação ilegal da polícia, terá o maior interesse em revelar detalhes e informações, que possibilitem o acesso a outras provas do delito, com o propósito deliberado de invalidá-las posteriormente, com base nesse princípio da contaminação.

Oportuna, quanto a esse tema, a crítica de José Carlos Barbosa Moreira:

A propósito: não merecerá particular reexame a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica, a doutrina dos 'frutos da árvore venenosa', em sua mais rígida formulação? Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ampliar em tal medida, para os infratores atuais e potenciais, a perspectiva de escapar às sanções cabíveis acaso contribuirá para satisfazer o generalizado clamor contra a impunidade, vista por tantos, com razões ponderáveis, qual fator relevante a aceleração do ritmo em que vai baixando o nível ético de nossos costumes - políticos e outros?" (Barbosa Moreira, 1996, p. 22)

Mesmo na jurisprudência americana, a doutrina da contaminação "se submete a atenuações significativas", como observa o mesmo autor (Barbosa Moreira, 1996, p. 22).

Entre essas atenuações ou limitações da regra dos frutos da árvore envenenada, a jurisprudência americana admite a limitação da "fonte independente" (*"independent source"*), a da "descoberta inevitável" (*"inevitable discovery"*) e a da purgação ou purificação da contaminação (*"purged taint"*).

No primeiro caso, uma fonte independente, lícita, substitui a fonte ilícita, validando a prova. No segundo, admite-se a prova quando se concluir que ela "seria inevitavelmente descoberta por uma investigação legal, sem relação com a violação ilegal" (Gomes Filho, 1997, p. 109). No último caso, o da purificação ou purgação da contaminação ou "mancha", ocorre a desvinculação da prova derivada da ilicitude inicial. É a situação do caso *Wong Sun x U. S.*, mencionado por Antô-

nio Magalhães Gomes Filho, com apoio em obra de Israel & LaFave, em que, após uma série de prisões ilegais e depois que um dos co-autores do delito tivera relaxada sua prisão e fora advertido sobre os seus direitos, resolveu esse co-autor, espontaneamente, confessar o seu envolvimento. Essa confissão foi considerada válida porque as circunstâncias atenuaram "a conexão entre a prisão e a prova obtida, dissipando o vício original" (Gomes Filho, 1997, p. 109)

4. A prova ilícita e sua exclusão material e jurídica do processo.

Diferentemente do Código de Processo Penal Italiano (artigo 190 e seguintes), nosso CPP não tem disposições específicas e detalhadas, regulamentando a atividade do juiz relativamente à admissibilidade e exclusão de provas. Entre nós, a admissibilidade é, via de regra, implícita. Mas nada impede que o juiz, a quem compete "prover a regularidade do processo" (art. 251 do CPP), exclua, de ofício, provas que julgue inadmissíveis.

Caso não haja exclusão ou invalidação de ofício, a parte prejudicada evidentemente poderá provocar provimento judicial a respeito, seja no sentido de impedir que uma prova ilícita ingresse no processo, seja para invalidá-la, uma vez tendo ingressado indevidamente.

Ao contrário do sistema processual americano, em que as provas, em princípio, ficam em poder das partes e são por elas apresentadas diretamente no Tribunal, o que permite questionar sua licitude ou legitimidade antes mesmo de seu ingresso no processo (Carvalho, 1995, p. 177), entre nós a prova, ao menos de acusação, é geralmente produzida de ofício pelos órgãos policiais, em fase pré-processual, sem que o investigado participe de sua produção e até mesmo, em certos casos, sem possibilidade de conhecê-las nessa fase (é o caso, por exemplo, dos procedimentos especiais ou incidentes especiais de meios de prova previstos nas leis 9034/95 e 9296/96, que se processam em apartado e aos quais nem o investigado e nem seu advogado têm acesso na fase investigatória).

Assim, exceto em algumas situações

processuais previstas em lei (depoimento de testemunha proibida de depor em razão de sigilo profissional, por exemplo), raramente o acusado poderá ter oportunidade de discutir a ilicitude ou ilegitimidade da prova antes de sua formação e ingresso nos autos. Em nosso sistema, o controle de admissibilidade da prova é geralmente feito *a posteriori*.

Contudo, se o investigado tiver conhecimento da existência de prova obtida ilícitamente durante a investigação policial não está impedido de buscar o seu desentranhamento do inquérito policial ou mesmo sua não produção, se tiver notícia prévia de sua realização. O mesmo vale para o processo, no qual o desentranhamento também deverá ser postulado.

No caso do inquérito policial, dependendo da situação, poderá o investigado impetrar *habeas corpus*, visando à não realização da prova ou a sua invalidação, com desentranhamento dos autos, ou até mesmo ao trancamento do inquérito policial, por falta de justa causa, se aquela prova é a única existente. Nesse sentido, menciona-se decisão do STF, anterior à CF/88 (RTJ 122/47), determinando não apenas o desentranhamento das gravações clandestinas, mas o trancamento do próprio inquérito policial, pela inexistência nos autos de outros elementos de convicção, não viciados, que pudessem justificar a continuidade da investigação criminal (Grinover e outros, 1992, p. 113-115).

No julgamento da causa, o juiz não poderá levar em conta aquela prova excluída por ter sido considerada inadmissível, tenha ou não sido desentranhada dos autos. O direito da parte é direito de exclusão jurídica da prova vedada (ilícita ou ilegítima), ou seja, ela deve ser considerada juridicamente ineficaz, não podendo produzir qualquer efeito. O julgador deverá analisar a causa como se aquela

prova jamais tivesse existido, desconsiderando-a inteiramente na formação de seu convencimento. Por isso, conveniente, além da exclusão jurídica, a própria exclusão física, pelo desentranhamento, de modo a evitar-se eventual consulta a ela, na fase de julgamento.

Entretanto, é claro que mesmo excluída a prova, pode ocorrer eventual influência de seu conteúdo na formação do convencimento do julgador, uma vez que, para decidir se a prova é admissível ou não, lícita ou ilícita, legítima ou ilegítima, o juiz terá que examiná-la. Mesmo determinando o seu desentranha-

mento, não há mecanismo processual objetivo capaz de evitar o impacto da contaminação psicológica de seu conhecimento pelo juiz e garantir que não gere qualquer efeito. A questão se insere no campo da subjetividade do juiz, que, em face de seu preparo técnico-profissional, deverá estar habilitado para, no processo mental de cognição, superar, pelo distanciamento crítico, o impacto de eventual contaminação psicológica⁴.

5. Conclusão

O disciplinamento constitucional e legal do direito à prova, em especial a proibição das provas obtidas por meios ilícitos, constitui importante garantia das liberdades públicas e, por extensão, do respeito à dignidade da pessoa e aos direitos humanos.

Entretanto, a proibição da prova ilícita não pode ser interpretada em termos absolutos. Na busca do processo justo, o juiz deve ter presente, na aplicação da lei, o princípio da proporcionalidade.

Com fundamento nesse critério, poderá, em situações realmente excepcionais, consideradas as circunstâncias concretas do caso e dos bens jurídicos em conflito, admitir prova obtida por meios ilícitos.

"No julgamento da causa, o juiz não poderá levar em conta aquela prova excluída por ter sido considerada inadmissível, tenha ou não sido desentranhada dos autos."

Essa valoração proporcional de bens jurídicos em conflito deverá ser construída a partir de reiteradas decisões de nossos Tribunais, de modo a garantir a segurança jurídica.

NOTAS

¹ Doravante, referida apenas como CF/88.

² Para Alexy as regras e os princípios são normas, porque dizem respeito ao dever ser e podem ser formuladas deonticamente (permissão, ordem ou mando e proibição). Norma é gênero do qual as regras e princípios são espécies. O que distingue as regras dos princípios é o fato de que aquelas só podem ser cumpridas ou não, enquanto estes, os princípios, podem ser cumpridos em diferente grau, dependendo das possibilidades reais e jurídicas. As regras seguem o regime do tudo ou nada, são válidas ou não; os princípios têm seu âmbito de possibilidades jurídicas determinado pelos princípios e regras opostos, segundo seu peso, aferido sempre no caso concreto. Cf. a respeito Alexy, op. cit., pp. 81 e ss., especialmente 83, 86 e 87.

³ A íntegra do v. acórdão pode ser lida na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 7/176-204.

⁴ Com a finalidade de evitar a influência psicológica de prova ilícita desentranhada do processo no julgamento da causa, projeto de reforma parcial de nosso Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, pretende que fique impedido de julgar o caso o juiz que decidiu sobre a ilicitude da prova e determinou sua exclusão do processo. Do julgamento da causa ficará incumbido outro juiz, que não tenha tido conhecimento da prova excluída. A proposta acrescenta parágrafos ao art. 157, entre os quais um 3º, com a seguinte redação: "O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença". (Cf. Reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal - Anteprojeto, publicação da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP e do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, com apoio da APMP - Associação Paulista do Ministério Público, página 68).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilícitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 205, p. 11-22, jul./set. 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Código de Processo Penal, 41ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios ieracuibaus para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal - um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, 1995, pp. 162-200.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRim)*, n. 5, 1994, pp. 25-36..

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal - as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1992.

ITÁLIA. Codice di Procedura Penale. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 1999.

SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCARANCA FERNANDES, Antônio. A lei de interceptação telefônica. In: Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal, críticas e sugestões* 4. São Paulo: RT, 1997.

APONTAMENTOS PARA A LEITURA DE *O PRÍNCIPE*, DE MAQUIAVEL

José Geraldo Poker*



Resumo

Em meio aos inúmeros trabalhos acadêmicos disponíveis sobre *O Príncipe*, de Maquiavel, pretende-se acrescentar uma contribuição um tanto diferente para sua leitura, enfocando três dos aspectos principais dos fundamentos epistemológicos da referida obra. Trata-se da apresentação de uma análise sobre as concepções maquiavélicas de natureza humana, da história e da condição do Estado, do príncipe e da política.

Palavras-chave

O Príncipe, Maquiavel, jogo da política, Estado.

Abstract

Among several available academic papers about Machiavelli's *The Prince*, a different contribution is intended to be added to its reading, focusing on three of the main aspects of the epistemological fundamentals of the above-mentioned work. The presentation is concerned with the analysis about Machiavelli's concepts of human nature, the history and condition of the State, of the Prince and politics.

Key-words

The Prince, Machiavelli, the frame of politics, state.

* Doutor em Sociologia pela FFLCH – USP, professor de Ciência Política da Faculdade de Direito de Marília – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”.

Devido em grande parte à forma direta como Maquiavel tratou a política, sua obra *O Príncipe* tem merecido comentários e análises diversas, resultantes das reações que obteve desde que foi tornado público, ainda em meados do século XVI. Há, portanto, uma vasta literatura sobre a referida obra, desde profundas análises acadêmicas a rápidas resenhas disponíveis na Internet. O que justificaria, então, a pretensão deste ensaio, de novamente enfocar *O Príncipe*?

De início, responde-se à pergunta destacando a complexidade da obra: embora trate da política de maneira simples e objetiva, ainda há muito que se analisar e refletir sobre a instrumentalidade da teoria construída por Maquiavel. A obra *O Príncipe* possuiu leitores ilustres, e influenciou algumas das grandes teorias sociais e políticas formuladas a partir do século XVIII.

Pode-se citar, como exemplo, a presença do pensamento maquiavélico na teoria do Estado proposta por Rousseau, que textualmente citou *O Príncipe* no capítulo VI do livro III, de *O contrato Social* (Rousseau, 1991, p.89). A despeito de sua concepção contratualista de sociedade e Estado, Rousseau incorporou a delicada condição política da estabilidade e do ordenamento social dentro de um Estado, fator este que não pode ser atribuído exclusivamente à racionalização da convivência entre as pessoas. Eis a característica do contrato proposto por Rousseau: para que se mantenha um Estado que garanta a liberdade e a igualdade, os cidadãos devem controlar passo a passo as atitudes do governo, dificultando que este venha a usurpar a soberania do Estado. Rousseau recomendou ao *povo* que atue como príncipe em relação aos governantes, invertendo a estratégia original de Maquiavel.

A mesma constatação pode ser feita quanto aos marxistas Lênin e Gramsci. Ambos se concentraram em analisar as possibilidades da classe operária vir a conquistar o poder do Estado, preocupando-se com a capacidade desta classe em exercer a hegemonia, isto é, de afirmar-se como classe politicamente dirigente. Observa-se neste ponto um raciocínio tipicamente maquiavélico, escondido em Lênin, mas explicitado por Gramsci na obra *Maquiavel, a política e o Estado Moderno*. Trata-se da

dupla dimensão do poder: a conquista e a manutenção, que exigem, respectivamente, competências e estratégias distintas de quem se lança numa aventura política. Tal duplicidade do poder explica porque nem sempre o poder econômico se estende ao poder político, ou porque a burguesia, que já era classe economicamente dominante desde o final do século XV, teve de submeter-se à dominação da nobreza até o final do século XVIII.

Para que se mantenha no poder, o príncipe precisa desenvolver o conhecimento de governo, que se constitui, proporcionalmente, num desafio maior do que a conquista do poder. Esta tese maquiavélica tornou-se a essência do argumento construído por Lênin no combate às teses anarquistas. Basicamente, em *O Estado e a revolução*, Lênin dedica-se a justificar a necessidade da permanência do Estado e da ditadura do proletariado depois da revolução proletária, partindo da análise de Marx sobre o episódio da Comuna de Paris, ocasião na qual a classe operária conseguiu chegar ao poder do Estado, mas não conseguiu se manter ali por muito tempo. Em vista disso, Lênin defendeu a tese de que a classe operária precisa manter a existência do Estado na pós-revolução até o momento em que todas as pessoas se tornem capazes de exercer funções dirigentes. Caso contrário, na dissolução pura e simples do Estado pela revolução, como pretendiam os anarquistas, por possuir o conhecimento de governo, a burguesia poderia vir a tornar-se novamente a classe dominante, mesmo com o proletariado assumindo o controle dos meios de produção. Para Lênin, o Estado precisa ser *extinto*, o que implica na gradativa transferência de suas funções para a sociedade civil. Dessa forma, não se correria o risco de a revolução sofrer um contragolpe, e a classe operária voltar a ser classe oprimida, ainda que depois da eliminação do regime de propriedade privada.

Por fim, resta mencionar a teoria política de Max Weber. Segundo a apreciação de Bobbio (1995, p. 88), a influência de Maquiavel pode ser verificada na obra de Weber sobretudo através da teoria da dominação carismática. A observação de Bobbio, nesse sentido, carece de completude. Um conhecimento simples basta para constatar que, embora

não esteja explicitado textualmente, não somente o conceito de dominação carismática, mas toda a teoria da dominação legítima construída por Weber contém elementos maquiavélicos. Um exemplo dessa afirmação encontra-se na definição de Estado, segundo Weber, concebido como uma situação de dominação, que se mantém e se afirma quando há o reconhecimento de sua legitimidade como instituição que pretende o monopólio da força para conservação da ordem.

Da mesma forma que em Maquiavel, apesar da força que possui, o Estado visto por Weber pode desaparecer a qualquer momento, por causa da composição eminentemente política que o faz permanecer numa condição de intensa fragilidade. Para a manutenção de uma determinada ordem, portanto, a força somente não basta, é preciso antes que sua utilização seja considerada legítima pelas pessoas que se submetem a ela. É neste instante que se torna importante a atuação do príncipe, ou do político, cujos procedimentos se orientam por valores específicos e somente podem ser julgados segundo os preceitos da ética das responsabilidades, e não a das convicções, que balizam as condutas das pessoas na esfera social.

E em meio a tudo que já se leu e se escreveu sobre *O Príncipe*, acrescenta-se o presente ensaio, que pretende oferecer um roteiro de leitura privilegiando três aspectos epistemológicos, eleitos como fundamentais para a compreensão da complexidade e originalidade da teoria política maquiavélica.

As mudanças européias características da modernidade, da transição do feudalismo para o capitalismo, formam o contexto de Maquiavel e de sua obra. Na Itália de sua época, o antigo Império Romano dera lugar a um território fragmentado em cidades-estado em permanente situação de guerra entre si, para

o que recorria-se aos condottieri, chefes militares mercenários, ou a aliados estrangeiros, sobretudo França e Espanha.

A instabilidade política era seguida pela decadência econômica, provocada em parte pela queda do Império Romano do Oriente, que trouxe consigo o bloqueio à rota para as Índias, lugar do qual a burguesia italiana trazia mercadorias para vender à nobreza da Europa central. A emergência da burguesia mercantil centro-européia e a decadência da nobreza feudal completavam a inviabilização da atividade comercial italiana, que foi a precursora do mercantilismo europeu característico do século XV.

Apesar disso tudo, paradoxalmente aconteceu na Itália, e naquela mesma época, o Renascimento, cuja estética antropocêntrica trouxe novas possibilidades de explicação e superação dos problemas humanos, inclusive os políticos.

Como homem da política, ex-membro do staff do governo de Florença, e tomado pelo espírito renascentista, Maquiavel concluiu que a única solução para a crise italiana seria a unificação

dos diversos reinos em torno de um governo centralizado, com um governante de poderes absolutos, a exemplo do que já existia na França, Espanha, Inglaterra, Portugal e Holanda, que descobriam no colonialismo a oportunidade de expansão territorial e de exploração econômica para a burguesia nascente.

A despeito de tudo que se diz em contrário, este foi o objetivo explícito de *O Príncipe*: oferecer a Lourenço de Médice, então príncipe de Florença, um guia de orientação através do qual pudesse unificar os reinos da Itália seguindo o modelo dos modernos estados acima citados. O guia escrito para Lourenço de Médice, no entanto, contém muito mais do que conselhos estratégicos de um político militante. Para ofere-

"Para que se mantenha no poder, o príncipe precisa desenvolver o conhecimento de governo, que se constitui, proporcionalmente, num desafio maior do que a conquista do poder."

cer conselhos, Maquiavel primeiro desenvolveu uma teoria da política considerando para tanto o poder e as suas contingências tal como se apresentavam para ele na realidade, sem se preocupar em construir idealizações. Por causa disso é que se pode atribuir a *O Príncipe* o momento de fundação da ciência política.

Como já se mencionou, em *O Príncipe* Maquiavel desenvolveu uma epistemologia dos fenômenos políticos que levam à concentração do poder dentro do Estado. Tal epistemologia pode ser encontrada basicamente em três elementos da construção teórica de Maquiavel: a concepção de natureza humana, a concepção da história e da condição do Estado, e a concepção do que seria o Príncipe na atuação política. Defende-se que através da análise dos elementos teóricos expostos, pode-se chegar a um conhecimento de *O Príncipe* geralmente não alcançado pelo iniciante na literatura política, a quem o presente artigo tem a pretensão de auxiliar. Mais ainda, pretende-se destacar nas concepções acima pontuadas algumas sutilezas teóricas importantes, que evidenciam a originalidade do pensamento político maquiavélico, em geral banalizado pelo jargão *o fim justifica os meios*. Tudo isso acredita-se poder demonstrar a seguir.

1. Sobre a concepção de natureza humana

Na construção lógica de *O Príncipe*, a tipificação da natureza humana é fundamental, dela começando todas as artimanhas para a conquista e manutenção do poder. Para Maquiavel, todas as pessoas compartilham de uma mesma natureza, que as faz agir de modo sempre previsível. Em geral, e a princípio, todas as pessoas carregam dentro de si a maldade e o egoísmo, são insatisfeitas e traiçoeiras. Dessas características resultam um comportamento político individual e outro coletivo. Maquiavel identificou no comportamento coletivo duas espécies de atitudes: a conduta do *povo*, que carrega um sentido positivo, ou de *vulgo*, no depreciativo. Como *povo*, diz Maquiavel, as pessoas não merecem confiança, porque "com satisfação mudam de senhor pensando melhor e esta crença faz com que lancem de armas contra o senhor atual" (Maquiavel, 1986, p. 11). E não há possibilidade de qualquer conquista

política sem contar com o favor do *povo*. Fica o *Príncipe*, portanto, permanentemente ameaçado pela natureza do *povo*, mas sabendo que não pode render-se a ela, senão pode vir a não se manter como príncipe. Quando agem como *povo*, as pessoas têm como característica não querer serem dominadas e rejeitar quaisquer modificações no modo de vida cotidiano, o que impõe ao príncipe alguns deveres, dos quais não pode se furtar, como se conformar com os costumes, reconhecer a propriedade dos bens dos súditos e não aumentar impostos. Mas, se agindo como *povo* as pessoas impõem condições ao príncipe, a atuação como *vulgo* permite ao príncipe reagir e dominar o *povo*. Agindo como *vulgo*, as pessoas, conforme sua natureza, são pragmáticas, imediatistas e guiam-se apenas pela aparência. É nesse momento que as pessoas, apesar de egoístas, traiçoeiras e ingratas, tornam-se vulneráveis e são facilmente enganadas pelas artimanhas do príncipe.

Quanto às condutas individuais, elas são semelhantes às do *povo*, carregadas de egoísmo e infidelidade. No entanto, como se trata de indivíduos que agem isoladamente, eles não representam ameaça ao príncipe, desde que ele saiba enfrentá-los. E, individualmente, as pessoas se dividem em aliados ou adversários do príncipe na disputa pelo poder, não existindo posições fixas ou permanentes: os aliados de uma ocasião podem vir a tornar-se os adversários de outra e vice-versa.

A tudo isto ainda há que se acrescentar um elemento teórico típico da originalidade de Maquiavel. Embora sejam as pessoas naturalmente imbuídas de uma péssima índole e avessas à qualquer dominação, isso não as impede de serem dominadas. Para que uma dominação aconteça, não é preciso que o príncipe insista na modificação interior das pessoas; basta que ele conheça a natureza de seu *povo* e saiba explorá-la como *vulgo*. Esse é um raciocínio derivado da filosofia renascentista, de não reconhecer obstáculos de ordem natural que não possam ser superados pela inventividade humana. Os homens, empregando as mesmas leis da natureza, conseguem subvertê-la a seu proveito.

2. Sobre a concepção de história

Maquiavel dedicou dois capítulos de

O Príncipe para explicar sua concepção de história humana, notadamente em relação aos fenômenos políticos. E é através da formulação da concepção de história vinculada à política que melhor se pode perceber em *O Príncipe* o duplo esforço maquiavélico de apresentar uma obra que se constitua, ao mesmo tempo, em teoria e prática da atividade política. Incorporando o ideal renascentista, Maquiavel via a história humana como uma construção em

constante movimento, derivada da relação entre duas forças: a fortuna (sorte) e a virtude (astúcia). A fortuna seria resultante de tudo quanto é alheio à subjetividade individual, o que impõe a esta última certas contingências. Nesse caso, na linguagem maquiavélica, por fortuna pode-se entender desde as forças naturais e orgânicas que condicionam objetivamente a vida efetiva de todos os seres, como os fenômenos climáticos ou as doenças, por exemplo, até o conjunto das conseqüências recíprocas da ação das pessoas sobre si mesmas e o ambiente, ações individuais que influenciam mutuamente novas ações, determinando a existência de uma realidade social objetiva em relação a cada indivíduo. Seriam classificados como fortuna, portanto, todos os fenômenos de ordem objetiva que extrapolam a capacidade de previsão ou de controle do sujeito.

A despeito de sua objetividade, a fortuna pode ser relativamente alterada pela ação individual, desde que dotada de virtude. Em *O Príncipe*, Maquiavel apresenta a virtude como o livre arbítrio, a força respon-

sável pela metade das ocorrências do destino, sendo a outra parte governada pela fortuna. Ação virtuosa é aquela cuja racionalidade proporciona o atuar de maneira adaptada às contingências do ambiente. Enquanto forma de ação, a racionalidade da virtude pode-se guiar pela ousadia ou pela cautela, posicionamentos estes que determinam o conteúdo da ação: avaliando as características do ambiente, o sujeito histórico tem

a possibilidade de formular e escolher as estratégias e tentar modificar suas contingências, sua sorte. Para exemplificar sua teoria do movimento da história, governada pela virtude e fortuna, Maquiavel (1986, p.140) utiliza a seguinte metáfora:

Comparo-a (a história) a um desses rios torrencias que, quando se encolerizam, alagam as planícies, destroem as árvores e os edifícios, carregam terra de um lugar para outro; todos fogem diante dele, tudo cede ao seu ímpeto, sem poder opor-se em qualquer parte. E, se bem

assim ocorra, isso não impedia que os homens, quando a época era de calma, tomassem providências com anteparos e diques, de modo que, crescendo depois, ou as águas corressem por um canal, ou o seu ímpeto não fosse tão desenfreado nem tão danoso.

Da concepção geral de história, Maquiavel apresenta também em *O Príncipe* uma leitura original da história da política, isto é, das experiências bem e mal sucedidas de conquista e manutenção do poder. Para Maquiavel, embora as circunstâncias sejam variáveis dentro da história, em se tratando da atividade política, esta possui certas regras e assemelham-se a um jogo, por isso o autor recomenda a observação do exemplo de grandes personagens,

porque palmilhando os homens, quase sem



pre, as estradas batidas pelos outros, procedendo nas suas ações por imitações, não sendo possível seguir fielmente as trilhas alheias nem alcançar a virtude do que se imita, deve um homem prudente seguir sempre pelas sendas percorridas pelos que se tornaram grandes e imitar aqueles que foram excelentes, isto para que, não sendo possível chegar à virtude destes, pelo menos daí venha a auferir algum proveito; deve fazer como os arqueiros hábeis que, considerando muito distante o ponto que desejam atingir e sabendo até onde vai a capacidade de seu arco, fazem mira bem mais alto que o local visado, não para alcançar com sua flecha tanta altura, mas para poder com o auxílio de tão elevada mira atingir o seu alvo. (Maquiavel, 1986, p.35)

3. Sobre a natureza e a condição do Estado, do príncipe e da política

Para Maquiavel, no jogo político do qual resulta o Estado, há três tipos de jogadores: o povo, os grandes (ou poderosos) e o príncipe, o protagonista maquiavélico. Num contexto político real, os atores todos estão jogando ininterruptamente e podem combinar-se como aliados ou adversários em situações pontuais, temporárias. Deve-se ressaltar que, na concepção maquiavélica, nenhum dos atores é passivo, ou seja, deixa-se dominar sem resistência permanente. A intenção de todos eles é ganhar o jogo, o que significa assumir e manter o controle absoluto do poder político dentro do Estado.

O povo quer emancipar-se, tornar-se livre da dominação. Os grandes querem o contrário, dominar o povo. O príncipe é aquele que pretende dominar os dois primeiros, concentrando em si todo o poder político. O povo e os grandes são componentes contraditórios de uma mesma coletividade. Já o príncipe pode surgir de dentro da coletividade, como resultado da contradição, ou vem de fora, proveniente de uma situação de dominação já provisoriamente consolidada numa outra coletividade.

No começo do jogo disputam apenas o povo e os grandes. O príncipe entra quando um dos jogadores se sente enfraquecido e, com receio de perder a disputa, alia-se ao príncipe.

pe. Caso o príncipe alie-se ao povo, torna-se mais difícil conquistar o poder, que com maior facilidade mantém. Se o príncipe alia-se aos grandes, conquista o poder com facilidade, mas a permanência é sempre difícil.

A existência de um Estado representa a vitória temporária do príncipe sobre os grandes e o povo, ou do povo sobre o príncipe e os grandes, ou ainda do príncipe e dos grandes sobre o povo. E porque representa o resultado momentâneo de uma disputa constante, Maquiavel configura o Estado como um fenômeno de existência frágil, que pode desaparecer ou mudar de forma a qualquer momento. O Estado, na ótica maquiavélica, não possui uma estrutura fixa e perene.

Ao contrário, porque o Estado se posiciona dentro das disputas entre as três forças, ele resulta de conjunturas, cuja marca é a instabilidade. Trata-se o Estado de uma situação de estabilidade provocada pela tensão entre as forças resultantes da atuação dos três jogadores. Tem-se aqui uma concepção original de Estado muito diferente da teoria do contrato, da qual derivou, entre outras, a formulação marxista, que como Maquiavel, considera Estado e governo como uma única e mesma coisa.

Conforme o resultado da disputa política, o Estado pode assumir duas formas, principado ou república, respectivas aos objetivos do jogo para os três atores. Se o povo mantém-se vencedor, tem-se a liberdade republicana, exercida como aristocracia ou democracia. Se os grandes vencem, ocorre o principado oligárquico. E se o jogo do príncipe for bem sucedido, tem-se a possibilidade de uma monarquia.

Há ainda variantes quanto às formas do Estado, derivadas das eventuais alianças entre os jogadores. Da aliança entre o príncipe e o povo, pode ocorrer o principado civil, meio termo entre a democracia republicana e a monarquia. E da aliança entre o príncipe e os grandes tem-se uma monarquia aristocrática, meio termo entre a monarquia e a oligarquia.

Para além dos resultados genéricos principado ou da república, Maquiavel apontou a possibilidade de um terceiro desfecho para o enfrentamento das forças. Trata-se da desordem política, que ocorre quando as forças em disputa não mais se polarizam. Não

havendo mais tensão entre as forças, o Estado perde a sustentação e desaparece. Novamente, pode-se observar a influência de Maquiavel sobre a teoria do Estado no marxismo.

Mas como sugere o próprio título da obra, em *O Príncipe*, Maquiavel concentrou-se na análise e sugestão de estratégias para o príncipe. Este se constitui num jogador essencial para Maquiavel, por ser um indivíduo que, com sua energia criadora, pode vir a construir, sozinho, todo um Estado. Deve-se lembrar que um dos objetivos da obra em análise foi o de apresentar um plano viável para a unificação da Itália.

O príncipe é uma pessoa que tem como característica assumir a política como modo de vida. Para Maquiavel, isso significa desejar permanentemente a conquista e a manutenção do poder absoluto, quer dizer, sem que precise repartir o poder com mais ninguém. A vida do príncipe é a tentativa de conquista permanente, e ao mesmo tempo, a preocupação em manter sob seu domínio o que foi conquistado.

Por causa da dupla tarefa que sua natureza de ser lhe impõe, o príncipe precisa avaliar constantemente as forças que dispõe em relação a possíveis objetos de conquista, não esquecendo de monitorar as intenções dos movimentos do povo e dos grandes, não importando que eles sejam aliados ou adversários do príncipe.

Em sua atuação, recomenda Maquiavel, o príncipe deve desenvolver-se no plano prático e teórico da política, ou seja, aprender com as próprias experiências e aperfeiçoar-se com a leitura

das histórias e nelas observar as ações dos grandes homens, ver como se conduziram nas guerras, examinar as causas de suas vitórias e de suas derrotas, para fugir às responsáveis por estas e imitar as causadoras daquelas... (Maquiavel, 1986, p. 87).

E como se trata da realização de sua condição de existência, o jogo da política para o príncipe não pode ser dirigido pelas limitações de ordem ética, legal ou moral. Tal consideração é seguramente aquela que mais assusta os leitores de Maquiavel. Na conquista e manutenção do poder, qualquer expediente pode ser válido, desde que proporcionem um resultado favorável ao príncipe. Pode um príncipe tomar o poder mediante traições, golpes de Estado ou usurpações, ou ainda usar da crueldade para chegar ao poder absoluto. Mas essas condutas somente serão consideradas válidas se o príncipe conseguir manter-se no poder.

Sobre as dimensões legal, moral e ética da política segundo Maquiavel, o enunciado do senso-comum de que os fins justificam os meios é equivocado. O que justifica os procedimentos do príncipe não são os fins que deseja atingir, suas intenções. Trata-se antes daquilo que consegue efetivamente, dos resultados das ações, estes sim é que vão validar ou invalidar a atuação política do príncipe.

O mesmo raciocínio pode ser observado, em parte, na teoria de Max Weber, para quem a

esfera da ação política é uma esfera distinta da esfera de ação social. A ação política é orientada conforme a ética da responsabilidade, que enfatiza a preservação do Estado. Diferente é a vida cotidiana, orientada pela ética das convicções, pela moral contida nas tradições, nos costumes.

Na perspectiva de Maquiavel, a vida política possui sua própria ética, que corresponde em exata medida à natureza do príncipe, o desejo inexplicável que o leva a agir com o pensamento fixo em alcançar e centralizar o poder em qualquer lugar, custe o que custar. Na avaliação maquiavélica, o bom príncipe seria aquele que consegue dominar

“Para Maquiavel, no jogo político do qual resulta do Estado, há três tipos de jogadores: o povo, os grandes (ou poderosos) e o príncipe, o protagonista maquiavélico.”

de maneira absoluta, subordinando tanto os grandes quanto o povo.

Quanto à promoção do bem comum, ele não pode ser considerado o objetivo das estratégias do jogo do príncipe. Consiste num fator accidental. O príncipe deve preocupar-se apenas consigo mesmo e com a própria realização, a conquista e manutenção do poder, o que não precisa ser necessariamente acompanhado do bem comum. Um príncipe pode manter-se no poder sem que para isso proporcione o bem-estar para o povo ou para os grandes. Tudo depende da virtuosidade do príncipe, de suas estratégias e artimanhas, daquilo que esconde e mostra de si mesmo, da maneira como faz e se desfaz dos aliados.

O que é fundamental para se entender o jogo do príncipe segundo Maquiavel, é que o príncipe sempre joga somente para si, para a conquista e manutenção do poder absoluto. Não cabem objetivos de outros jogadores na estratégia do príncipe. Por isso ele não pode se render a compromissos assumidos com eventuais aliados. Muito pelo contrário, o príncipe sequer precisa honrar a palavra dada, segundo Maquiavel, ou só cumprirá promessas se isso lhe for conveniente.

A descrição do perfil do príncipe e a forma de seu jogo, elaboradas de maneira tão simples e direta, seguramente impressionaram Rousseau. Tanto que o levaram a ler *O Príncipe* ao contrário, subvertendo as intenções originais de Maquiavel, influenciando inclusive a leitura marxista, sobretudo aque-

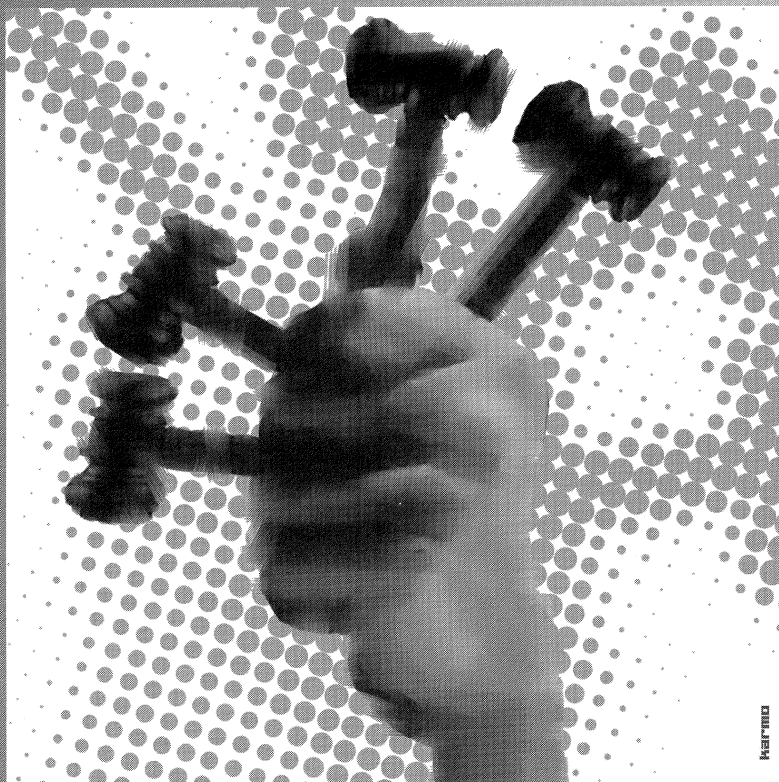
la de Gramsci, como já foi assinalado. Para Rousseau, a lição deixada por Maquiavel é clara: caso queira conquistar a liberdade e manter-se livre num Estado ideal, é preciso que um povo aprenda a agir como príncipe para permanecer detentor da soberania, e para que jamais precise recorrer a um deles para exercer o governo. Mas caso precise de um príncipe, um povo deve saber como controlá-lo, para não se deixar dominar por ele. Talvez seja esta uma das principais lições já apreendidas pela leitura de Maquiavel, cuja teoria, como já se disse, contém muito mais que o bordão *o fim justifica os meios*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, N. *A teoria das formas de governo*. 8 ed. Brasília : UnB, 1995.
- GRAMSCI, A. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. 8 ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1991.
- LENIN, V. I. *O Estado e a revolução*. São Paulo : Global, 1987.
- MAQUIAVEL, N. *O Príncipe*. São Paulo : Bertrand Brasil, 1986.
- ROUSSEAU, J. J. *Do contrato social*. 5 ed. São Paulo : Nova Cultural, 1991.
- WEBER, M. *Economia y sociedad*. 11 reimpressão. México : Fondo de Cultura Económica, 1997.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS

Luciano Henrique Diniz Ramires*



Resumo

A atividade jurisdicional do Estado deve ser prestada de maneira satisfatória aos cidadãos. Assim, com o intuito de proporcionar o acesso da população ao Poder Judiciário e objetivando a efetividade das decisões judiciais, foram criados os Juizados Especiais Cíveis, que representaram um avanço significativo nesse sentido. Ocorre, porém, que existem algumas questões polêmicas a respeito do procedimento utilizado nos Juizados Especiais Cíveis, principalmente em relação ao Código de Processo Civil.

Palavras-chave

Acesso à Justiça; Juizados Especiais Cíveis; questões polêmicas.

Abstract

The State's jurisdictional activity should be done in a satisfactory way to its citizens. Therefore, trying to foster the access of people to the Law and aiming at the effectiveness of legal decisions, Special Civil Courts were created, which represent a progress in this way. There are, however, some polemic issues about the procedures in the Special Civil Courts, principally in relation to the Civil Process Code.

Key-words

Access to justice, Special Civil Court, polemic issues.

* Professor de Direito Processual Civil, nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Marília, Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha"; professor da Escola Superior de Advocacia – ESA da Subseção de Marília; Mestre em Direito pela ITE – Bauru; Advogado.

Intróito

A efetiva prestação da tutela jurisdicional aos indivíduos tem sido um dos escopos da maioria dos estudos relativos ao direito processual civil nos últimos tempos, pois sabe-se que a pacificação social somente será alcançada com a resolução, mais justa possível, dos conflitos de interesses existentes entre as pessoas.

Justifica-se tal preocupação pois, hoje, diernamente, temos visto uma grande insatisfação por parte dos operadores do direito e principalmente dos jurisdicionados, que acabam sendo as maiores vítimas do falho e moroso sistema atual.

No entanto, algumas alternativas foram criadas visando combater esse mal, com a intenção de tornar a atividade jurisdicional do Estado mais eficaz, satisfazendo as expectativas da sociedade.

Dentro desse contexto, foram criados pela Lei nº 9.099/95 (Nery Junior, 1999, p. 2237) os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que vieram a substituir os antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas, que eram disciplinados pela Lei nº 7.244/84 (Santos, 1998, p. 665).

Para Luiz Guilherme Marinoni

os juizados especiais, com seu procedimento simples, ágil e barato, têm papel altamente significativo na luta pelo efetivo acesso à ordem jurídica justa. (1999, p. 72)

Com efeito, os princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais estão capitulados no artigo 2º da mencionada lei: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além da necessidade de se buscar a conciliação ou transação, sempre que possível.

Ao comentar a respeito desses princípios Humberto Theodoro Junior entende que

o procedimento, na verdade, haverá de dessembarçar-se de toda a complexidade habitual do contencioso, cabendo ao seu condutor zelar para que tudo transcorra de maneira singela, transparente, livre de formas desnecessárias e inconvenientes, tudo dentro do menor tempo possível e com o mínimo de gasto para as partes (2000, p. 422).

Entretanto, existem algumas questões relativas ao processo nos Juizados Especiais Cíveis que merecem estudo, sendo respondidas somente após uma análise doutrinária e, se necessário for, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, o que pretendemos fazer neste artigo.

Os meios de prova utilizados nos juizados especiais cíveis.

Os fatos e circunstâncias alegados no processo precisam ser devidamente comprovados, pois são eles que amparam a pretensão da parte, isto é, donde emerge o direito postulado em juízo.

Por isso, todos os meios de prova existentes devem ser manipulados da melhor maneira possível pelas partes, visando proporcionar ao juiz um conhecimento o mais fidedigno possível acerca da verdade dos fatos, proporcionando condições para que a lide possa ser mais bem apreciada e julgada o mais próximo do justo.

Outrossim, nos Juizados Especiais Cíveis o aspecto probatório também possui grande importância, não obstante envolver questões de menor complexidade (ou de menor valor econômico), revelando ser necessário um estudo acerca dos meios de provas abrangidos pela parte cível da Lei 9.099/95.

O artigo 32 da mencionada Lei é bastante semelhante ao artigo 332 do Código de Processo Civil (Nery Junior, 1999, p. 832) ao estabelecer que

todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.

Por outro lado, o artigo 33 prevê que

todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

Referido artigo direciona a produção de provas, nos juizados especiais cíveis, somente para a audiência de instrução e julgamento, além de permitir a atuação do juiz no sentido de se eliminar o excesso de provas ou a

produção das que nada tenham a ver com a causa ou, ainda, as que sejam de caráter meramente protelatório.

O que se pretende é a celeridade também na produção de provas além da concentração das mesmas na audiência, além de levar à conclusão de que a prova pericial não está prevista no procedimento dos juizados especiais cíveis.

Com efeito, o artigo 35 prevê que “quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitidas às partes a apresentação de parecer técnico”.

Nesse sentido, João Batista Lopes escreve que

...não há lugar para a realização de perícia nos Juizados Especiais. Se a complexidade da prova exigir a produção de perícia, deverá o juiz dar-se por incompetente e remeter os autos à Justiça ordinária (2000, p. 171).

Portanto, entende-se que o procedimento célere dos juizados especiais cíveis não contempla a prova pericial nos moldes previstos no Código de Processo Civil mas, permite que o juiz obtenha informações técnicas necessárias ao esclarecimento de pontos duvidosos, através da inquirição de técnicos de confiança, o que pode ser considerada como sendo uma perícia informal, realizada de maneira oral, na própria audiência de instrução e julgamento.

Outro aspecto interessante diz respeito ao parágrafo único do artigo 35, que prevê a realização de uma espécie de inspeção em pessoas ou coisas, que pode ser realizada pelo juiz apenas durante a audiência de instrução e julgamento, e não no curso do processo, conforme a inspeção judicial prevista no CPC.

Na verdade, é mais uma tentativa de imprimir celeridade à produção de provas no

procedimento dos juizados especiais cíveis, adequando-as ao objetivo de prestar a tutela jurisdicional de maneira mais rápida e efetiva aos jurisdicionados.

Poderes do juiz em relação à instrução probatória

Hodiernamente, tem-se admitida uma atuação mais elástica do juiz no tocante à instrução probatória, porque o processo civil passou a ser visto não apenas como algo que interessa apenas às partes litigantes, mas também a toda a coletividade, pois, como se sabe, um de seus escopos é a pacificação social.

Por isso, não é mais admitida uma posição passiva do juiz face à produção das provas no processo, pois as mesmas atuam no sentido de convencer o julgador da veracidade dos fatos alegados pelas partes, possibilitando uma decisão a mais próxima possível do justo.

Tal idéia também está presente no procedimento dos juizados especiais cíveis, pois, segundo o artigo 5º,

o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Certamente, que o julgador não pode se contentar apenas com a verdade formal, mas deve sim, buscar a verdade real. Deve, porém, atuar com extrema precisão e equilíbrio, visto que necessita estar equidistante das partes, obedecendo sempre ao princípio da imparcialidade.

Outrossim, o artigo transcrito anteriormente também concede liberdade no tocante a apreciação das provas, consagrando o critério do livre convencimento motivado na valoração das provas, conforme previsto no artigo 131 do CPC, em consonância também com a previsão do artigo 93, IX, da Constituição Federal (Nery Junior, 1999, p. 169).

“Os fatos e circunstâncias alegados no processo precisam ser devidamente comprovados, pois são eles que amparam a pretensão da parte, isto é, donde emerge o direito postulado em juízo.”

Medidas urgentes nos Juizados especiais cíveis

As tutelas de urgência revestem-se da maior importância no direito processual civil, pois existem determinadas situações que necessitam de uma atuação rápida do juiz, visto que em razão da demora na conclusão do processo poderão advir danos ou outras consequências à parte.

Assim, interessa saber se são cabíveis nos Juizados Especiais Cíveis providências jurisdicionais de caráter urgente, não obstante inexistir previsão expressa na Lei 9.099/95.

Ernane Fidélis dos Santos entende que

por subsidiariedade, porém, poderá o juiz determinar medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação (CPC, art. 798) (1998, p. 690).

Por outro lado, são admissíveis a concessão de liminares e a antecipação da tutela nos processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis, conforme mencionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (1999, p. 2239).

Também, nesse sentido, foi ratificado, no VII Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais, realizado na cidade de Vila Velha, no Espírito Santo, no período de 24 a 27 de maio de 2000, o enunciado 26, que estabelece que "são cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis, em caráter excepcional". (Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, nº 2166, 03 a 09 de julho de 2000, p.1).

Portanto, apesar da ausência de previsão legal expressa a respeito da concessão de liminares e cautelares nos Juizados Especiais Cíveis, tais medidas podem ser concedidas através da aplicação subsidiária do

Código de Processo Civil, mesmo inexistindo o dispositivo expresso nesse sentido.

Dos recursos

Outro aspecto bastante interessante a ser analisado diz respeito aos recursos cíveis previstos na Lei 9.099/95, pois apenas e tão somente dois recursos podem ser interpostos: os embargos de declaração (artigo 48) e o recurso inominado, que equivale à apelação, previsto no artigo 41.

Os embargos declaratórios nos Juizados Especiais Cíveis podem ser opostos contra sentença ou acórdão, desde que haja obscuridade, contradição omissão ou dúvida, residindo neste último elemento a diferenciação em relação aos embargos previstos no Código de Processo Civil.

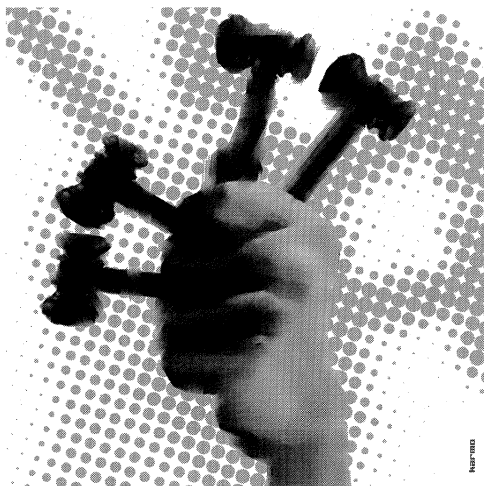
Isto porque a Lei 8950/94 eliminou do artigo 535 do CPC a dúvida como razão para interposição dos embargos de declaração, o que não foi observado pela norma que disciplinou a questão nos Juizados Especiais Cíveis, e que foi posteriormente sancionada.

Outras diferenças entre ambos dizem respeito à forma de interposição, pois nos Juizados Especiais os

embargos podem ser opostos oralmente (o que não é possível nos embargos previstos no CPC), e ainda, em relação aos embargos manifestamente protelatórios, visto que a parte que o interpôs pode ser condenada a pagar multa, segundo o art. 538, parágrafo único do CPC, o que não foi acolhido pela lei especial.

Por sua vez, o recurso inominado é o único

meio que as partes dispõem para impugnar as sentenças proferidas nos Juizados Especiais Cíveis (menos as que homologuem conciliação ou laudo arbitral) possuindo também algumas peculiaridades, pois ele é dirigido para um colegiado formado por três juízes de primeiro grau reunidos na própria sede do Juizado, e não para



Norman

um tribunal de instância superior.

Com isso, a apreciação dos recursos será descentralizada, diminuindo a quantidade de recursos encaminhados aos tribunais, o que contribui, ou pelo menos deveria contribuir, para o desafogar e agilizar o trabalho das instâncias superiores. Outra característica desse recurso é que, via de regra, ele é recebido somente no efeito devolutivo, podendo o juiz, excepcionalmente, dar-lhe o efeito suspensivo, o que não ocorre com a apelação, pois nesta o efeito suspensivo é concedido, em regra.

Assim, caso não tenha sido concedido efeito suspensivo ao recurso inominado, a sentença dos Juizados Especiais Cíveis pode ser executada provisoriamente, aplicando-se subsidiariamente o art. 587 do CPC.

A decisão do órgão recursal dos Juizados Especiais Cíveis é definitiva, não cabendo qualquer espécie de recurso para os Tribunais de Justiça ou de Alçada, nem mesmo cabe recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça¹.

No entanto, existe a possibilidade de ser interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, contra decisão do colegiado recursal, desde que nela se discuta questão constitucional, pois o artigo 102, III, da Constituição Federal, prevê o recurso extraordinário para julgamento de "causas decididas em única ou última instância", o que está configurado nesse caso.

Nelson Nery Júnior escreve que

no sistema dos juizados especiais cíveis (...) o acórdão proferido pelo colégio recursal é ato final, de última instância, dele não cabendo recurso ou revisão por qualquer tribunal local. Como é decisão de última instância, é recorrível por meio de recurso extraordinário (2000, p. 215).

Sendo assim, a interposição do recurso extraordinário é a última alternativa a disposição da parte para tentar reverter a decisão final proferida pelo colegiado recursal dos Juizados Especiais Cíveis.

Assim, conclui-se que outros recursos, previstos no CPC, não podem ser usados no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, como por exemplo, o agravo, inexistindo, portanto, a possibilidade de se questionar as decisões interlocutórias proferidas ao longo do processo².

Epílogo

O escopo desse trabalho foi fomentar a discussão acerca de algumas questões relativas aos Juizados Especiais Cíveis, que são um importante meio de acesso da população ao Judiciário, que busca a solução de seus conflitos.

Assim, não só os Juizados Especiais merecem a atenção dos estudiosos e operadores do direito, como tudo o que venha para contribuir para que a atividade jurisdicional do Estado seja mais próxima do cidadão, de maneira rápida e eficiente.

NOTAS

1 A Súmula 203 do STJ estabelece o seguinte: "Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais".

2 Humberto Theodoro Júnior entende ser possível a interposição de agravo retido, por invocação supletiva do CPC (2000, p. 438). Por outro lado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery mencionam que não só a decisão de mérito, mas também outras decisões, tomadas ao longo do processo, poderão ser questionadas quando da interposição do recurso inominado (1999, p. 2260). Acreditamos que a melhor solução é deixar para o recurso inominado a discussão acerca de todas as questões relativas ao processo, sejam elas processuais (e que poderiam ensejar a interposição de um agravo) ou de mérito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 190.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, 280.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 3000.

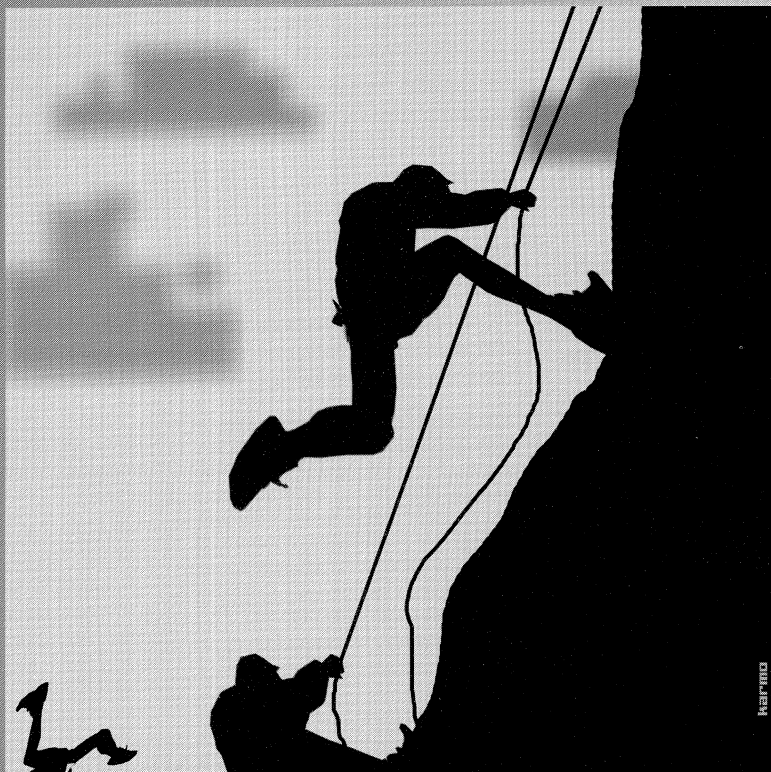
_____. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 568.

SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, 706.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, 486, vol. III.

A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL NO BRASIL E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Marcelo Gazzi Taddei*



Resumo

O processo de integração econômica verificado entre os países no final do Século XX incrementou a concorrência no âmbito mundial, exigindo que os empresários adequassem os seus produtos aos padrões dos concorrentes internacionais. Para enfrentar os grandes competidores estrangeiros, os empresários, muitas vezes, recorrem à concentração empresarial. Entretanto, o controle de uma grande fatia de mercado (*market share*) por um grupo empresarial pode acarretar restrições à livre concorrência, resultar no aumento arbitrário dos lucros e no domínio de mercado, em razão do abuso do poder econômico. Diante do problema, mostra-se necessária a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal responsável pela repressão às infrações à ordem econômica e pelo controle preventivo dos atos de concentração empresarial no Brasil.

Palavras-chave

Concentração; concorrência; monopólio; empresário; mercado relevante.

Abstract

The economic integration process among countries at the end of the twentieth century increased competition in the world. Businessmen have to fit their products to their international competitors' standards and sometimes, they resort to enterprise concentration in order to face powerful foreign competitors. However, the control of a large share of the market can cause restrictions for free competition, as well as result in an arbitrary rise of profits and in market dominance, due to the abuse of economic power. In view of this situation, the actions taken by Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) must be necessary. It is a federal autarchy, which is responsible for the infraction repression to the infractions done to the economic order and for the preventive control of enterprise concentration acts in Brazil.

Key-words

Concentration, competition, monopoly, businessmen, relevant market.

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Marília/SP – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” e da Universidade Paulista – UNIP, campus de São José do Rio Preto; mestre em Direito pela UNESP-Franca, SP; advogado.

1. Introdução

Recentemente, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), ficou bastante conhecida em todo o país em razão da criação da Companhia de Bebidas da América (AmBev). A fusão da Antarctica e da Braham, como todos os demais atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar no domínio de mercados, para se aperfeiçoarem, devem ser submetidos à apreciação e respectiva aprovação do Cade, autarquia federal responsável pela defesa e manutenção da livre concorrência no país.

No Brasil, a Constituição Federal (Juris Síntese, 1999, n. 19), ao dispor sobre a exploração das atividades econômicas, fundamenta a ordem econômica na valorização do trabalho humano e no princípio da livre iniciativa, elencando no art. 170, entre os princípios gerais da atividade econômica, o princípio da livre concorrência. De acordo com a previsão constitucional, vigora no país o regime econômico neoliberal, pelo qual a intervenção do Estado no desenvolvimento das atividades econômicas deve ser mínima, justificando-se apenas nas hipóteses previstas em lei e quando as condutas dos agentes econômicos causarem ou forem suscetíveis de causarem lesões às estruturas do livre mercado.

Para assegurar a defesa da livre concorrência o §3º, art. 174, da Constituição Federal, dispõe que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, domínio de mercado e ao aumento arbitrário dos lucros. Em atendimento ao dispositivo constitucional vigora atualmente no país a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Juris Síntese, 1999, n. 19), conhecida como lei antitruste brasileira, que tem por finalidade a defesa da livre concorrência por meio da prevenção e repressão às infrações à ordem econômica.

Na Lei nº 8.884/94 predominam dispositivos de caráter repressivo (arts. 15 a 53) em detrimento aos de natureza preventiva (arts. 54 a 58). Entretanto, como se constatou na visita realizada à autarquia em Brasília, DF, em julho de 1999, a aplicação da lei, em razão das alterações econômicas, inverteu essa equação. Atualmente, o Cade tem se de-

dicado muito mais à apreciação dos atos de concentração do que ao julgamento dos processos administrativos sobre condutas infrações. Essa predominante atuação preventiva da autarquia justifica-se pela atual política econômica brasileira destinada à abertura econômica, que expôs o país a todos os efeitos da concorrência internacional e ampliou a ocorrência de fusões, incorporações e outras formas de concentração destinadas a fortalecerem os empresários na acirrada concorrência com os competidores internacionais no mercado nacional e mundial. Diante da atual conjuntura e da grande relevância da atuação do Cade na defesa da livre concorrência, vale destacar os principais aspectos legais relacionados ao controle preventivo dos atos de concentração, previstos na legislação antitruste de 1994.

2. O Cade - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

A Lei nº 8.884/94 transformou o Cade em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça com o escopo de proporcionar maior agilidade no exercício de suas funções. O Cade possui jurisdição administrativa em todo o território nacional. Trata-se de jurisdição administrativa, e não judicial, porque o Cade integra o Poder Executivo. O Plenário da autarquia, sediada em Brasília, DF, é composto por um presidente e seis conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, após aprovados pelo Senado Federal. O mandato do presidente e dos conselheiros é de 2 anos, sendo permitida uma recondução.

Junto ao Cade funciona uma Procuradoria que presta assessoria jurídica à autarquia, a defende em juízo, emite pareceres nos processos de competência do órgão e, além das demais atribuições previstas no art. 10 da lei antitruste, promove a execução judicial das decisões e julgados do Cade, comunicando o Ministério Público Federal em seguida, que oficia junto à autarquia, para as demais medidas legais cabíveis.

No desenvolvimento de suas funções

o Cade é auxiliado por um órgão da administração direta federal, integrante da estrutura administrativa do Ministério da Justiça, denominado Secretaria de Direito Econômico (SDE). Entre as funções da SDE previstas pelo art. 14 da lei antitruste, destaca-se sua atuação como instância administrativa auxiliar do Cade. Compete à SDE instaurar processo administrativo para apuração e repressão das infrações à ordem econômica, remetendo ao Cade esses processos quando entender configurada a infração, ou recorrer de ofício à autarquia, na hipótese de decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo. A SDE também atua como órgão de fiscalização das práticas de mercado e do cumprimento das decisões do Cade, além de exercer o papel de órgão orientador em matéria de infração à ordem econômica.

Ao Cade, entre as funções previstas no art. 7º da Lei nº 8.884/94, compete decidir os processos administrativos instaurados pela SDE; decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei, considerando a gravidade da conduta caracterizadora da infração; apreciar os atos e condutas que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar no domínio de mercado, fixando compromisso de desempenho quando aprová-los.

Atendendo aos dispositivos previstos na lei, o Cade atua de forma preventiva e repressiva, ora proibindo certas negociações e intervindo nos possíveis efeitos prejudiciais da atuação empresarial, ora fiscalizando e punindo os responsáveis por comprovadas infrações à ordem econômica. O Cade supervisiona os atos e atividades empresariais orientando-se pela defesa da concorrência, não lhe competindo estimulá-la, pois não é órgão formulador de política de fomento à concorrência.

O Cade é instrumento da promoção da política econômica do Poder Executivo. Nesse contexto, devem ser consideradas as hipóteses em que a prática empresarial, embora tipificada como infração à ordem econômica ou restritiva à livre concorrência, repercute favoravelmente em outros aspectos da economia (desenvolvimento econômico e tecnológico, redução da taxa de desemprego, geração

de tributos, melhoria na qualidade dos produtos ou serviços, aumento da produtividade). Ao decidir pela aplicação da sanção e aprovação do ato de concentração a autarquia não pode ignorar eventuais reflexos positivos da prática empresarial. A lei antitruste permite ao Cade aprovar com restrições ato de concentração lesivo à livre concorrência ou atenuar, ou mesmo não aplicar penalidade à conduta caracterizadora de infração à ordem econômica (Coelho, 1996, p.26).

A natureza dos atos do Cade é idêntica à dos atos dos demais órgãos administrativos. Os pronunciamentos da autarquia, embora revestidos de formalidades semelhantes às dos órgãos judiciais, não fazem coisa julgada e estão sempre sujeitos à revisão do Poder Judiciário, da mesma forma que os demais atos administrativos. A possibilidade de revisão judicial dos atos do Cade é assegurada pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV, art. 5º, da Constituição Federal.

3. Controle preventivo dos atos de concentração empresarial na Lei nº 8.884/94

O controle preventivo dos atos de concentração empresarial é previsto no art. 54 da Lei nº 8.884/94. De acordo com este dispositivo, os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar no domínio de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. O §3º do art. 54 determina que os atos que objetivavam qualquer forma de concentração econômica, seja por meio de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou agrupamento societário, que implique participação de empresário ou grupo de empresários resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 400 milhões de reais, devem ser submetidos à aprovação do Cade.

Quando presentes os requisitos previstos na lei, torna-se obrigatória a apreciação do ato de concentração pelo Cade, cuja aprovação é condição para o seu aperfeiçoamento.

De acordo com o §4º, art. 54, da Lei nº 8.884/94, o ato deverá ser apresentado para análise previamente ou no prazo máximo de 15 dias úteis contados de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que enviará, imediatamente, uma via ao Cade e outra à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

De acordo com o previsto na lei antitruste (§4º, art. 54), não é necessário que o ato seja submetido à análise da autarquia previamente à assinatura dos respectivos instrumentos. Conforme exposto, as partes possuem o prazo de quinze dias úteis seguintes à realização da operação para submeterem o ato à apreciação do Cade (a AmBev foi constituída em 1º de julho de 1999 e o pedido de análise protocolado no dia 2 de julho de 1999), podendo, assim, concretizarem o negócio jurídico antes do pronunciamento da autarquia. Se o ato for rejeitado pelo Cade, o § 9º do art. 54 determina a sua desconstituição, total ou parcial.

A inobservância do prazo de apresentação, segundo o §5º do art. 54, será punida com multa pecuniária de valor não inferior a sessenta mil UFIRs nem superior a seis milhões de UFIRs a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo de abertura de processo administrativo. Já foi decidido no Cade (Ato de Concentração nº 119/97, de 22 de outubro de 1997) que a data da realização da operação tratada pelo §4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 é aquela a partir da qual se efetivam as obrigações entre as partes contratantes e o prazo não é suspenso pelo recesso do Cade, que não alcança a SDE, onde a documentação é protocolada (Franceschini, 1998, p.713).

A apreciação do ato de concentração pelo Cade é informada por manifestações técnicas de dois órgãos da administração federal:

a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), sendo que cada uma possui o prazo de 30 dias para se manifestar. Entretanto, a decisão da autarquia não se encontra vinculada aos pareceres emitidos por esses órgãos, podendo o Cade decidir de forma contrária aos entendimentos manifestados.

Na sua decisão, o Cade orienta-se de acordo com os dispositivos legais, podendo autorizar o ato se entender que esse atende às seguintes condições previstas no §1º, art. 54

da Lei nº 8.884/94: aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico (inciso I); os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais (inciso II); não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços (inciso III); sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (inciso IV). Todas es-

sas condições referem-se à defesa e não ao estímulo da concorrência, o que afasta das decisões do Cade a incidência de teorias como a da concorrência potencial, que são aplicadas para estimular e não defender a concorrência.

Segundo o § 2º do art. 54, são considerados legítimos os atos de concentração econômica desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do §1º, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final. Assim, de acordo com o referido § 2º, o Cade não poderá impugnar os atos de concentração se três das quatro condições do § 1º estiverem presentes, desde que,

"Mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado."

vale ressaltar, demonstrada a necessidade da concentração por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, além da ausência de prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Nessa hipótese, a atuação do Cade na apreciação do ato de concentração deve considerar os fatores que o inspiraram (motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum). A avaliação desses fatores, de competência exclusiva do Poder Executivo, trata-se de um poder exercido dentro de certos limites estabelecidos por lei, que uma vez ultrapassados pode caracterizar desvio de poder. Esses limites encontram-se estabelecidos no § 2º do art. 54, pelo qual o ato de concentração é admitido e legítimo, mesmo que possa ser prejudicial à livre concorrência ou resultar no domínio de mercado relevante de bem ou serviço se estiverem presentes pelo menos três das quatro condições previstas no § 1º do art. 54.

Se apenas uma ou duas das condições previstas forem atendidas, o Cade não poderá considerar regular o ato submetido à sua apreciação, ainda que invoque motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, pois não se encontram presentes os pressupostos legais para a sua admissão. Por outro lado, o Cade não pode rejeitar o ato de concentração se três das quatro condições forem preenchidas e existir motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, desde que não haja prejuízo ao consumidor.

A lei não esclarece se compete exclusivamente ao Cade decidir sobre a existência de motivo preponderante da economia nacional e do bem comum para justificar determinados atos, ou se referida competência estende-se a outros órgãos do Estado. Diante da lacuna, tem-se afastado o monopólio da autarquia como a única com a incumbência para a definição desses fatores. Nesse aspecto, deve-se destacar o pedido realizado pela conselheira do Cade e relatora do processo da AmBev, Hebe Romano, à Secretaria de Política Industrial, requerendo um parecer sobre o motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum alegado pelas requerentes em seu pedido de aprovação do ato.

Na hipótese do Cade aprovar o ato sub-

metido a sua apreciação na forma do art. 54, definirá os termos do compromisso de desempenho a ser firmado pelos interessados, de forma a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1º do art. 54. No compromisso de desempenho são estabelecidas metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, sendo o cumprimento dessas metas acompanhado pela SDE e pelo Cade. O §3º do art. 58 prevê que o descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do Cade e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.

Quanto à previsão de multa pelo descumprimento dos termos firmados no compromisso de desempenho, cumpre destacar que a Lei nº 8.884/94 não apresenta disposição específica a respeito, o que afasta a possibilidade de sua imposição, com base no princípio da legalidade. Entretanto, o Cade tem previsto multa diária no valor mínimo de 5.000 UFIRs, pelo descumprimento dos termos de compromisso de desempenho, com fundamento no art. 25 da lei antitruste brasileira, que não autoriza expressamente essa possibilidade, senão vejamos:

Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do Cade determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência – UFIR, ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator.

4. A delimitação do mercado relevante e a atuação do Cade

A expressão mercado relevante foi introduzida no direito antitruste brasileiro pela Lei nº 8.884/94. Mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. A delimitação do

mercado relevante é fundamental para a atuação do Cade tanto no julgamento dos processos administrativos referentes às infrações à ordem econômica como na análise dos atos de concentração. A partir da delimitação do mercado relevante é possível verificar se a conduta causa, ou pode causar, a eliminação da concorrência, o domínio de mercados e o aumento arbitrário dos lucros.

Os percentuais de participação no mercado de cada empresário possuem relevância e ganham expressão na medida em que são conferidos em função dos segmentos específicos em que atuam. Essas participações se reduziram e diluíram, se a referência fosse ampliada para maiores parcelas ou mesmo para toda a economia do país. Assim, a definição de mercado relevante é feita em dois níveis: o geográfico e o material.

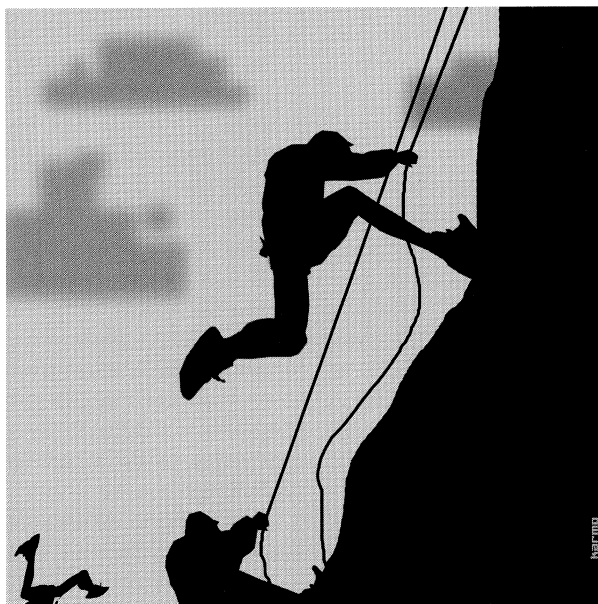
O mercado relevante material (ou mercado do produto) é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que fornece. A delimitação do mercado relevante material é feita a partir da perspectiva do consumidor, se este pode substituir um produto ou serviço por outro igual ou semelhante, ambos pertencem ao mesmo mercado relevante material. Assim, a fungibilidade dos produtos para o consumidor faz com que integrem mercado relevante material idêntico. Se a mercadoria ou o serviço podem ser perfeitamente substituídos conforme a avaliação do consumidor médio, por outros de igual qualidade, oferecidos na mesma localidade ou região, então o mercado relevante compreenderá também todos os outros produtos ou serviços potencialmente substitutos.

Paula Forgioni destaca que produtos aparentemente semelhantes, normalmente, não fazem parte de um mesmo mercado relevante: uma caneta de plástico e outra de metal precioso, certamente, não satisfazem idêntica necessidade do consumidor e não se encontram em relação de concorrência. A intercambialidade do produto não é fácil de ser constatada. Assim, deve-se valer da presunção de que dois ou mais produtos são fungíveis quando o aumento no preço de um deles conduz ao aumento da procura do outro, o que os coloca no mesmo mercado relevante material (Forgioni, 1998, p.207).

A ampliação dos limites do mercado relevante material é estratégia comum nas defesas antitruste e segundo Forgioni (1998), seguramente será bastante utilizada pelos agentes econômicos brasileiros para desvencilhar-se da necessidade de autorização do Cade para práticas concentracionistas (Forgioni, 1998, p.209). No caso Ambev o mercado relevante material

proposto foi o das bebidas em geral, sendo que o Cade, adotando a tendência mundial de cada vez mais limitar a extensão da delimitação dos mercados relevantes, considerou três mercados relevantes materiais, o das águas engarrafadas, dos refrigerantes carbonatados e das cervejas.

Sobre a delimitação do mercado relevante material, Luiz Fernando Schuartz (Schuartz, 1995, p.67) destaca que a definição do mercado relevante de forma restrita e a exclusão de determinados produtos permitem superestimar a capacidade do empresário de interferir nos preços, ao passo que a maior abrangência da delimitação do mercado relevante e a in-



clusão de produtos não substitutos subestimam o poder de mercado do empresário, já que alguns dos produtos incluídos terão um impacto insignificante sobre o poder do empresário na fixação dos seus preços.

Encontrado o mercado relevante, é necessário verificar se o fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador do produto ou serviço controla o respectivo segmento da atividade econômica, ou seja, se as operações e negócios que desenvolve repercutem consideravelmente nas decisões adotadas pelos demais agentes econômicos, que operam no mesmo mercado. Existe a presunção desse controle quando a participação do empresário no mercado relevante é de 20% (§3º, art. 20, Lei nº 8884/94).

5. O caso AmBev

Recentemente, foi submetida à apreciação do Cade a fusão, operação pela qual duas ou mais sociedades se unem para formar uma nova sociedade que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações – art. 228, Lei nº 6.404/76 (Juris Síntese, 1999, n.19), da Antarctica e da Brahma, que originou a AmBev. O pedido de análise do ato de concentração, protocolado em 02 de julho de 1999, foi aprovado pelo Cade em 30 de março de 2.000, após nove meses de análise. A SEAE demorou 132 dias analisando o ato, a SDE gastou 84 dias e o Cade, dentro do prazo previsto na lei antitruste, aprovou o ato de concentração após 55 dias de análise.

A criação da AmBev foi submetida à apreciação do Cade porque o ato de concentração representou mais de 20% do mercado relevante de bebidas. A união da Brahma e da Antarctica representa 72% do mercado de cerveja no Brasil e 40% do mercado de bebidas em geral. Referente ao caso, o SEAE emitiu parecer em novembro de 1.999 propondo a venda da Skol, parte integrante da Brahma. No seu parecer, elaborado posteriormente, a SDE, entendeu que para evitar prejuízos aos consumidores, a AmBev deveria vender os ativos de uma das três cervejarias (Brahma, Skol ou Antarctica).

Na 161ª Sessão Ordinária de 29 de março de 2.000, o Cade aprovou, após 14 horas de julgamento, sem restrições, a fusão da AmBev

no ato referente aos mercados relevantes águas engarrafadas e refrigerantes carbonatados e outras bebidas não alcoólicas. No mercado de cerveja, o ato foi aprovado com uma série de condições: viabilização de novo concorrente mediante a alienação da marca Bavaria, assim como a transferência dos contratos de fornecimento e distribuição relacionados à marca e à alienação de uma unidade fabril para a produção da cerveja, localizada em cada uma das cinco regiões do mercado relevante geográfico (Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e Norte); acesso a distribuição para o mercado (a Ambev deverá compartilhar sua rede de distribuição com o comprador, em todas as regiões do país, pelo prazo de 4 anos, prorrogável por mais 2); a Ambev deverá providenciar a oferta pública das unidades fabris de cerveja que pretender desativar nos próximos 4 anos (não pode fechar fábrica sem oferecer ao mercado antes); deve promover programa de retreinamento e recolocação de trabalhadores que perderam emprego em razão da fusão nos próximos 4 anos; desobrigação da exclusividade no ponto de venda; entre outras. A alienação da marca Bavaria deve ser realizada para empresário independente, nacional ou estrangeiro, sem qualquer vínculo com a AmBev, que não detenha, na data da decisão, mais de 5% da participação do mercado relevante brasileiro de cerveja.

O termo de compromisso terá a duração de 5 anos e o descumprimento de quaisquer de suas disposições implicará na imediata aplicação de multa mínima de 5.000 UFIRs diárias, que poderá ser aumentada em até 20 vezes, sem prejuízo das demais providências cabíveis. Vale lembrar que a imposição de multa pelo descumprimento dos termos do compromisso de desempenho não se encontra expressamente prevista na Lei nº 8.884/94.

6. O caso Kolynos

Outro ato de concentração analisado pelo Cade e de grande repercussão no país foi a aquisição realizada no exterior de parte dos negócios mundiais de saúde bucal da *American Home Products* pela Colgate. O ato de concentração foi apreciado pelo Cade em 1996 a pedido da Colgate-Palmolive Company e da

Kolynos do Brasil S.A (Conselho..., 1996, p.45).

A operação apresentou efeitos nos quatro produtos relevantes da área de higiene bucal: creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal. Apenas no mercado relevante de creme dental é que se entendeu haver ameaça substantiva à concorrência, em razão da fatia de mercado (*market share*) de 78,1% (Colgate 25,6% e Kolynos 52,5%). O mercado relevante geográfico foi o nacional, diante do constatado baixo grau de contestabilidade das importações.

A principal barreira à entrada detectada se refere à diferenciação do produto a partir da marca, decorrente, principalmente, da forte lealdade do consumidor. Seriam necessários substanciais gastos de publicidade para introduzir uma nova marca no mercado. Assim, a relatoria entendeu que qualquer medida de intervenção no mercado deveria referir-se à própria marca. Foram oferecidas três alternativas: suspensão temporária do uso da marca Kolynos; licenciamento exclusivo para terceiros da marca Kolynos; alienação da marca Kolynos.

Em qualquer uma das opções o objetivo foi permitir a entrada de um novo concorrente, atenuando, temporariamente, a barreira representada pela marca. A opção adotada pela Colgate foi a suspensão, pelo período de 4 anos, do uso da marca Kolynos, criando a marca Sorriso, que, deve-se ressaltar, desde o seu surgimento foi associada pelo consumidores à marca Kolynos. A Colgate também assumiu a obrigação de oferecer publicamente aos empresários concorrentes contratos de produção de creme dental no segmento ocupado pela marca Kolynos Super Branco, por encomenda, e dar assistência necessária para varejistas/distribuidores de grande porte lançarem suas próprias marcas no mercado. O termo de compromisso de desempenho foi

assinado em 19 de março de 1997.

7. Conclusão

A abertura econômica verificada na maioria dos países participantes do comércio internacional em atendimento aos objetivos previstos da Rodada Urugui, que originou a Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1994, motivou o aumento dos casos de concentração empresarial como medida destinada a adequar os empresários às novas exigências da concorrência mundial. O Brasil, se-

guindo a tendência mundial de abertura econômica, na primeira metade da década de noventa expôs de forma corajosa o mercado nacional aos efeitos da concorrência internacional.

Essa exposição, se por um lado trouxe melhorias à qualidade dos produtos ou serviços fornecidos no país e aumentou a produtividade em muitos setores, contribuindo também para a redução dos preços, por outro lado submeteu os empresários do país aos efeitos danosos das condutas desleais praticadas no comércio mundial. Para a

proteção contra as práticas desleais internacionais o país desenvolveu leis de defesa comercial (lei *antidumping*, lei *antisubsídio*) e para permitir o desenvolvimento das atividades econômicas desenvolvidas pelos empresários estabelecidos no Brasil e assegurar-lhes condições de enfrentar a acirrada concorrência internacional no mercado nacional e internacional, surgiu a atual lei antitruste brasileira.

O Cade, como principal aplicador da lei antitruste, assume papel fundamental na adequação das imperfeições do mercado, não podendo fugir à realidade econômica. Na sua função, a autarquia não repele o processo de concentração empresarial em si, apenas previne os efeitos anticoncorrenciais que dele possam

“O Cade, como principal aplicador da lei antitruste, assume papel fundamental na adequação das imperfeições do mercado, não podendo fugir à realidade econômica.”

resultar. Como destaca José Júlio Borges da Fonseca (Fonseca, 1997, p.27), cada situação concreta merece exame, a fim de se avaliarem as vantagens e desvantagens decorrentes do ato, considerando que nem todo ajuste ou concentração são anticoncorrenciais e, ainda que o sejam, podem ser admitidos, em razão dos benefícios que proporcionem à coletividade.

O Brasil apresenta um número crescente de fusões e aquisições de empresas realizadas com o objetivo de adquirir competitividade local ou internacional. Os atos de concentração são apreciados sob os critérios previstos no art. 54 da Lei nº 8.884/94 e normalmente são aprovados pelo Cade dentro de padrões aceitáveis, não se registrando, como destacam José Carlos de Magalhães e Onofre Carlos de Arruda Sampaio, casos de abuso de poder econômico mesmo em situações em que se constatou ampliação expressiva da participação de empresários envolvidos em determinado mercado relevante (Magalhães, 1999, p.39).

Nesse contexto, a aprovação da AmBev constitui um importante marco para o direito antitruste brasileiro. A criação da AmBev, por mais controvérsias que enseja, encontra-se em consonância com o processo de formação de grandes grupos econômicos verificado no âmbito internacional, que se justifica como um meio adequado de fortalecimento dos empresários nacionais para enfrentarem a concorrência externa e disputarem o mercado mundial. A AmBev é a terceira maior empresa mundial na produção de cervejas (atrás apenas da Budweiser e da Heineken), surgindo com força para disputar com as maiores com-

panhias mundiais desse segmento empresarial. Em relação aos efeitos decorrentes da aprovação da AmBev sobre a concorrência no âmbito interno, a questão apresenta contornos incertos, que serão desvendados pela análise empírica, prematura por enquanto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei nº 8.884/94*. São Paulo : Saraiva, 1995. 171 p.

FONSECA, José Júlio Borges da. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo : Atlas, 1997. 184 p.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. 435 p.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo Cade*. São Paulo: Singular, 1998. 865 p.

JURISÍNTESE - LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA. Porto Alegre: Síntese, 1999, n.19. 1 CD-ROM. Windows 3.1.

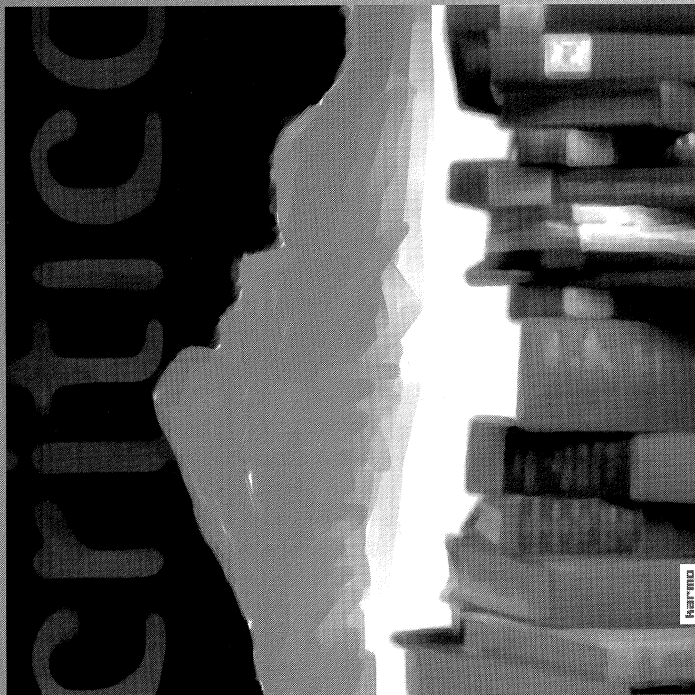
MAGALHÃES, José Carlos de, SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do Cade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 113, p. 30-44, jan./mar. 1999.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Relatório anual 1996*. Brasília : Imprensa Nacional, 1996. 133 p.

SCHUARTZ, Luís Fernando; ROSA, José Del Chiaro Ferreira da. Mercado relevante e defesa da concorrência. *Revista de Direito Econômico - Cade*, Brasília, n. 21, out./dez. 1995.

SENSE CRÍTICO E O ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO

Marcos Conforti*



Abstract

This article reflects on the formation and development of critical sense in university students. First of all, the Marxist view is considered, regarding the dialectic process in the building, production and reproduction of knowledge. It is also considered the concept of praxis as a transforming and conscious attitude practiced intentionally, and we ask: how, from a reality remarkably reified by the dominant ideas, can we observe university students, as historical and social beings, endowed with subjectivity, acting on an attitude similar to the praxis? In the field of the theories about Social and Organizational Psychology, we also consider some categories of the psychism which interact socially and historically in the objective world and are responsible for the acquisition of a critical attitude: Activity, Personality, Consciousness, Social Identity and Social Sympathy, which constitute human subjectivity. Out of this subjectivity and its categories, it is discussed how it influences the process of appropriating reality experimented by university students during the learning process. In psychological terms, is it from the consciousness of their identity, their individuality? To what extent do the teacher and the University work towards this development in the students?

Key-words

Critical sense, citizenship, learning process, identity, the teacher-student relationship, reification, knowledge building.

Resumo

O presente artigo traz uma reflexão sobre a formação e desenvolvimento do senso crítico em estudantes universitários. Primeiramente analisa-se a visão marxista levando-se em conta o processo dialético existente na construção, produção e reprodução do conhecimento. Considera-se também, o conceito de práxis como atividade transformadora, consciente e intencionalmente realizada e indaga-se: como, a partir de uma realidade notadamente reificada pela ideologia dominante, pode-se observar em alunos universitários, em suas totalidades, como seres sociais, históricos e dotados de uma subjetividade, uma atitude que se aproxime da práxis? A seguir, no âmbito das teorias em Psicologia Social e Organizacional, considera-se algumas categorias do psiquismo que interagem social e historicamente no mundo objetivo e são responsáveis pela aquisição de uma atitude crítica: Atividade, Personalidade, Consciência, Afetividade e Identidade Social, que constituem a subjetividade humana. Discute-se, a partir dessa subjetividade e suas categorias, a imbricação delas no processo de apropriação da realidade feito pelo aluno universitário numa situação de aprendizagem. Em termos psicológicos, da consciência de sua identidade, de sua individualidade? Até que ponto o professor e Universidade colaboram para esse desenvolvimento nos alunos?

Palavras-chave

Senso crítico, cidadania, aprendizagem, identidade, relação professor-aluno, reificação, construção de conhecimento

*Psicólogo clínico e psicoterapeuta antroposófo; especialista em Educação; com formação em Psicologia Antroposófica e Pedagogia Social, mestrando em Ciências Sociais pela Unesp-Marília; professor de Psicologia Aplicada à Administração da Faculdade de Administração da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília/SP.

A questão do senso crítico não é nova no marxismo. Marx em 1867; (apud Dicionário do Pensamento Social do Século XX: 1996) refere-se ao “fetiche da mercadoria” e, esse e o conceito de “alienação” (1844; apud Dicionário do Pensamento Social do Século XX: 1996), serviram de base teórica para a formação da “teoria da reificação”, desenvolvida por alguns marxistas como Luckács e Adorno.

A reificação hoje é um conceito amplamente aceito por humanistas em geral, marxistas e não marxistas. Este termo refere-se ao processo pelo qual os produtos da ação subjetiva do ser humano passam a se apresentar como objetivos e, portanto autônomos em relação à humanidade. Na tradição marxista, o termo é usado criticamente para descrever um processo que é específico do capitalismo e que serve para manter as desigualdades de uma sociedade capitalista mediante a ocultação dos processos reais de exploração. Podemos defini-la, como a entendemos, como crítica ao modelo capitalista. Mas não é só preocupação de marxistas. Anísio Teixeira (1934) se preocupa com tema semelhante:

A grande tarefa de nossos dias é preparar o homem novo para o mundo novo, que a máquina e a ciência estão exigindo. Até agora, temos um homem ainda antigo, excedido e subjugado pela sua própria criação. A máquina, que o vem libertar, o está também escravizando. O que lhe vem dar conforto e força, o está fazendo morrer à fome. A liberdade de julgamento pessoal e de auto-direção o está asfixiando, transmutada em trágico tumulto de idéias e propósitos.

Há, portanto, nessa idéia do autor, de grande influência na formação da Educação brasileira, uma preocupação, já naquela época, com o conflito entre o que esse ser humano pensava sobre o mundo, e os objetivos atuais de sua vida, seu cotidiano, as subjetividades imbricadas em um mundo cada vez mais notadamente mecanizado, onde parece não haver lugar para o corpo autônomo do ser humano, seu Eu, sua subjetividade, sua individualidade, suas idéias e suas ações no mundo. A construção social da re-

alidade complica-se, em suma.

Outros autores, educadores, psicólogos, filósofos e cientistas sociais de tradição humanista têm se preocupado com esse tipo de alienação gerado em fins do século XIX e século XX, como Agnes Heller (apud Monteiro, 1995), Alvite (1987), Elias (1994) com algumas denominações que têm, na minha opinião origem nesse processo, já que, historicamente surgem essas idéias a partir do século XIX e XX: zero afetivo (Sartre; apud Sawaia:1995); desamparo ou desesperança aprendida (Seligman, apud Sawaia: 1995); servidão voluntária (La Boétie, apud Sawaia: 1995); sofrimento psicossocial (Sawaia: 1995); alienação (Marx, apud Dicionário do Pensamento Social do Século XX: 1996); senso crítico (Carraher: 1999); portadores de doença dos nervos (senso comum); depressão e transtorno do pânico (tradição clínica médico-psicológica).

Historicamente não houve outra época em que o ser humano esteve tão submetido ao tempo em sua cotidianidade como está hoje. Com a técnica, que traz um mundo novo e paradoxalmente velho, ideologicamente preparado e já provido de um sentido, há um sentido para o trabalho e um sentido para a vida fornecidos por aqueles que produzem as referidas técnicas. Temos um tempo medido para todas as nossas atividades: um tempo medido fisicamente e um tempo psicológico, um “relógio interno”, para usar um termo que, no meu entender, não se coaduna com uma linguagem viva e nos remete a conceitos fixos, saberes congelados, tão ao gosto da tradição positivista, a um pensar mecânico sobre fenômenos vivos, conceitos mecanicistas emprestados das ciências físico-naturais, perfeitos para elas, mas inadequados para analisar processos vivos.

Nem sempre foi assim, porém. Deve-se à invenção do relógio mecânico, por volta do século XII (Whitrow: 1993) a mudança da vida cotidiana na Europa. O ser humano ocidental e a tradição ocidental começa, a partir da Idade Média, com as grandes transformações ocorridas nessa mesma Idade Média, transformações em todos níveis, e obviamente, no pensar o mundo. Porém, o tempo psicológico, ou a idéia do tempo para todos, em geral não mu-

dou e não muda, como se sabe hoje, tão rapidamente com uma invenção tão ou mais importantes. Com a sofisticação do pensamento científico e a conseqüente aplicação desse pensamento (técnica) no mundo em uma sociedade industrializada, veio também o valor da eficiência e o parâmetro: produção e tempo. Aumentar a eficiência, produzir rapidamente, produzir em série, acelerar os processos humanos, gerando uma violentação do psiquismo humano (Pompéia: 2000), porque o ser humano precisa de um tempo, não físico, para assimilar emocionalmente essas mudanças, esse tempo psicológico, esse ritmo humano não mecânico; o ser humano, assim, não "funciona", é pulsão como quer Freud, pulsa entre o pensar e o agir (querer, vontade) no mundo, num processo vivo, não estático, não isto depois daquilo, mas isto e aquilo, acontecendo concomitantemente, onde sentimentos, idéias, objetivos e ações nem sempre estão claros para o indivíduo.

Na verdade, há uma corrente reificadora global, implicando numa coisificação dos fenômenos humanos, negando a participação do ser humano em seu processo histórico, negando a totalidade que é a psique humana. Assim, o ser humano perde o verdadeiro sentido do trabalho, da aprendizagem, e das relações interpessoais, e onde deveriam ser vistos ritmos e processos, vê-se mecanismos e medidas de tempo, que levam àquele valor já referido dado pela ideologia dominante: eficiência.

A superação dessa cotidianidade, se não pode ser superada, como construção histórica, pode ao menos ser transcendida, como na análise de Monteiro (1995) sobre o pensamento de Agnes Heller.

Há que desconstruir o discurso positivista, que leva à cisão do indivíduo e socieda-

de, desconsiderando a ação humana num universo tecnicista e *tecnificante*. Humanizar as instituições a partir da educação, da ação humana, do cotidiano. Mas ter cuidado também para não cair na no psicologismo da armadilha idealista que considera o ser humano como pura consciência, pois que este está inserido no contexto social de sua cultura ocidental como quer a tradição alemã (kultur) e na civilização ocidental, como quer a tradição latina, especialmente a francesa e a inglesa, mas não como mero objeto ou coisa, que o reduz à visão utilitarista-mecanicista.

Se vivemos em uma sociedade de indivíduos, para

compreendê-la é necessário desistir de pensar em termos de substâncias isoladas únicas e começar a pensar em termos de relações e funções" (Elias: 1996;). Pois a sociedade "não apenas produz o semelhante e o típico, mas também o individual (Elias, 1996).

O ser humano é e deve ser considerado uma totalidade.

uma totalidade contraditória, múltipla e mutável, no entanto una. Por mais contraditório, por mais mutável que seja, sei que

sou eu que sou assim, ou seja, sou uma unidade de contrários, sou uno na multiplicidade e na mudança" (Lane et Codo: 1999, p.61)

O psiquismo humano é, portanto, resultado de inúmeros processos, de movimento, de mudança, de alteridade, o ser humano é histórico e quer se descobrir como tanto para se reconhecer e ao Outro como ser humano. Isso deve ficar claro para que possamos tratar da Identidade Social, proposta por Ciampa (Lane et Codo, 1999).

Esse conceito de identidade, hoje considerada uma categoria do psiquismo (Lane, 1995), vem se somar às três anteriores, já cita

"Com a técnica, que traz um mundo novo e paradoxalmente velho, ideologicamente preparado e já provido de um sentido, há um sentido para o trabalho e um sentido para a vida fornecidos por aqueles que produzem as referidas técnicas."

das, sistematizadas por Leontiev: Atividade, Consciência e Personalidade.

A mediação dessas categorias se dá pela linguagem e pensamento, "o que implica o Outro, ou seja, o grupo social, a ideologia veiculada e produzida pelas instituições e o trabalho produtivo socialmente organizado" (Lane, 1995).

Além disso, a Afetividade, uma outra categoria do psiquismo, trazida pelos estudos de Heller e Wallon (apud Lane, 1995a), vem acrescentar uma compreensão maior à relação entre emoção, linguagem e pensamento. Essa categoria nos permite, por exemplo, compreender melhor os processos motivacionais envolvidos na relação ensino / aprendizagem.

Codo (apud Lane, 1995b), vem esclarecer a questão da alienação através de pesquisas que apontam a categoria Atividade relacionada à rotina no trabalho que, ao contrário do trabalho criativo, destrói psicologicamente o ser humano, e o que é mais grave, com mecanismos plenamente *justificáveis* pela ideologia dominante, no sentido que se dá ao trabalho como *mal necessário*, repetitivo, cansativo e estressante.

Essa idéia pode ser estendida às tarefas humanas em geral, inclusive àquelas relacionadas à aprendizagem.

A partir dessas categorias, quero analisar a formação do senso crítico no âmbito de uma instituição a qual estou inserido como produtor / reproduzidor / receptor de conhecimento: a Universidade. Procurei basear-me, para isso, no que está mais próximo do meu cotidiano, ou seja, a relação professor-aluno.

Abordei a influência da relação professor-aluno e a formação do *espírito crítico* em estudantes universitários em monografia de especialização (Conforti, 1984) e em recente artigo (Conforti, 2000), onde o relacionamento com clima grupal estabelecido no processo ensino / aprendizagem. Nesse artigo, procurei estabelecer algumas características do senso crítico, que podem ser observadas nos estudantes: 1) exteriorização de dúvidas, através de perguntas, sobre o tema tratado em aula; 2) exteriorização, através de relatos verbais e/ou escritos, de experiências individuais que, por analogia, dizem respeito ao tema tratado; 3) argumentação lógica em concordância

ou discordância com o tema tratado; 4) questões exteriorizadas que podem ampliar a discussão do tema; 5) estabelecimento de relações lógicas e/ou analógicas com o curso acadêmico em questão, no seu sentido amplo, incluindo o exercício da profissão, 6) exteriorização de descobertas de interfaces, relevância e aplicabilidade dos conceitos tratados; 7) demonstração de interesse por ampliação bibliográfica sobre o tema.

Carraher (1999, p. XIX) define senso crítico, de maneira simples como

a capacidade de analisar e discutir problemas inteligente e racionalmente, sem aceitar de forma automática, suas próprias opiniões ou opiniões alheias.

Carraher (1999) estabelece as seguintes características: 1) uma atitude de curiosidade intelectual e questionamento; 2) a habilidade de pensar logicamente; 3) a habilidade de perceber a estrutura de argumentos em linguagem natural; 4) a perspicácia, isto é, a tendência a perceber além do que é dito explicitamente, descobrindo as idéias subentendidas e subjacentes; 5) consciência pragmática, um reconhecimento e apreciação dos usos práticos da linguagem como meio de realizar objetivos e influir sobre outros; 6) uma distinção entre questões de fato, de valor e questões conceituais; 7) a habilidade de penetrar até o cerne de um debate, avaliando a coerência de posições e levantando questões que possam esclarecer a problemática.

Tem sido observado que a ausência dessas características em nossos alunos geralmente é classificada como sinal de *passividade*, *preguiça* e *irresponsabilidade*. Sawaia (1995) analisa o que ela denomina sofrimento psicossocial, referindo-se a grupos de excluídos sociais.

Não me parece exagero supor que o pensamento acima pode expressar um estado em que se encontra o ser humano que não desenvolve o senso crítico. Além da experiência acadêmica, a prática clínica tem oferecido relatos de experiências individuais que descrevem, nitidamente, o estado de sofrimento psicossocial acima descrito, que pode estar presente em diversos segmentos sociais e faixas etárias, especialmente na adolescência. Há dor psíquica provocada por um

sentimento de exclusão, não necessariamente consciente, provocado pela falta de uma maior compreensão da realidade em que se vive. Isto acarreta no indivíduo um estado que se assemelha ao estado depressivo, que se expressa por *desânimo* e *desinteresse* gerais e inexpressividade emocional.

Vigotski (apud Friedman, 1995) nos traz a compreensão que linguagem e consciência são fatores tão relacionados que se pode conceber, além do já evidenciado caráter ideológico do discurso, mudan-

ças constantes em termos dos significados das palavras que, levando a transformações da psique, em suas categorias, levam a mudanças comportamentais nos indivíduos (Friedmann, 1995, p.136). Os processos conscientes e inconscientes que levam ao estabelecimento do senso crítico têm em Vigotski (apud Lane et

Camargo, 1995) um autor que faz constantes referências ao papel das emoções, que pode trazer sua contribuição teórica à Psicologia (Social e Organizacional e às Ciências Sociais), pois para ele o pensamento é gerado pela motivação (conceito contemporâneo amplamente aceito de motivação como força ou para usar outro termo da Física, como energia), motivação essa como desejos, interesses, necessidades e emoções. Não há pensamento puro sem que haja carga emocional e volitiva (pois a psique é uma), embora tenhamos em nossa tradição psicológica ocidental o conceito de trimembração anímica ou da psique, que na Psicologia Antroposófica chamamos de Pensar, Sentir e Querer, na Psicanálise Id, Ego e Superego, conceitos semelhantes. Segundo Vi-

gotsky "para entendermos a fala de outrem não basta entender suas palavras, temos que compreender o seu pensamento". Em resumo, temos que apreender o universo simbólico do Outro, seu repertório conceitual. Sem isso, há um estranhamento, que sentimos emocionalmente, talvez depois conscientemente. Insisto em dizer que somos, como indivíduos, um todo orgânico, psíquico, social e espiritual, agindo em conjunto como um organismo individual em direção a outros organismos individuais e

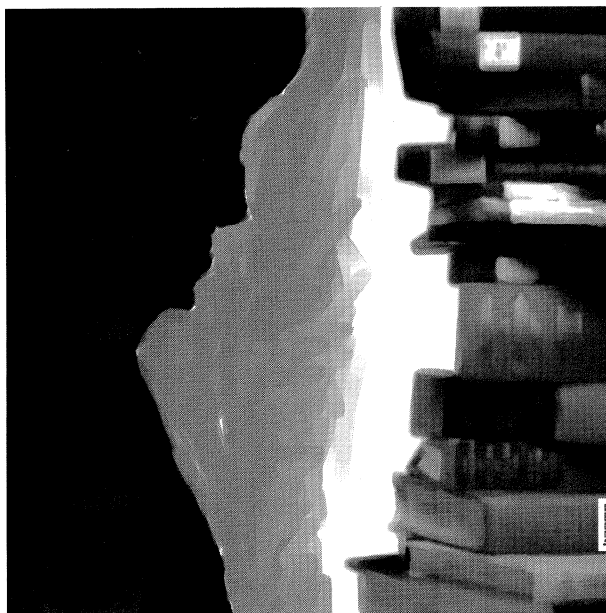
coletivos, com seus respectivos universos simbólicos. Mas temos consciência das partes que compõem essa totalidade?

Com essa base teórica, quero reafirmar que não se pode mais negar a Afetividade como uma das categorias fundamentais da psique humana. As emoções estão presentes, isto é inegável, nas relações interpessoais, portanto, na relação professor-aluno. Salvador (1994) relaciona a

partir de Wittrock processos de pensamento dos alunos, que evidenciam a existência de mediadores entre ensino/aprendizagem:

(...) a percepção que o aluno tem da escola, dos professores e das suas atuações; as suas expectativas perante o ensino; as suas motivações, crenças, atitudes e atribuições; as estratégias de aprendizagem que é capaz de utilizar etc.

Vejo, portanto, a partir do exposto, alguns caminhos que poderão nortear uma maior compreensão do tema proposto, em particular como se encontram os chamados estados emocionais nos alunos confundidos em rótulos como *passividade*, que necessitam



uma problematização mais nítida para se alcançar uma compreensão mais clara do nexo existente com o pensar, sentir e agir, no âmbito da construção do conhecimento na aprendizagem. Esses alunos universitários de várias séries e cursos se situam na faixa etária de 18 a 21 anos em sua maioria; portanto, adolescentes. Nessa idade, se há a descoberta de uma Identidade Social ou individualização e a formação da Personalidade, também está presente, por evidência clínica, um real sentimento de solidão. Há ainda a existência importante do grupo onde se articulam status e papéis e onde interatuam os indivíduos que os assumem (Maisonneuve: 1988).

Quero referir-me aqui, levando em conta a definição acima, não ao grupo social, mas à **sala de aula**, à **classe escolar**, aos alunos de determinada série e escola, onde há uma série de controles e meios determinados, onde se efetua a aprendizagem e surgem modelos e referências. Nesses grupos há sentimentos e emoções também, isto é, indivíduos que, em suas totalidades, estão num processo com maior ou menor crítica em relação à interpretação ideológica da realidade (Friedman, 1995).

Aqui entra em jogo o papel da Universidade como instituição produtora e reprodutora de ideologias. Ciampa (apud Lane, 1995a) "aponta a necessidade social das instituições darem espaços para o desempenho de novos papéis menos rígidos que permitam a inovação da Identidade". Identidade social aqui entendida como categoria síntese do psiquismo humano.

Carraher (1999) aponta:

O bom aluno não questiona as idéias básicas; ele assimila as respostas corretas. Ele aceita o quadro de referência dos livros e dos professores porque não reconhece a existência de alternativas ou não se sente à vontade explorando outros pontos de vista não prestigiados pelos educadores. O professor, por sua parte, tende a esconder suas reflexões críticas e dúvidas sobre a matéria, como se estas significassem sua incompetência na área. Assim, o realismo ingênuo do aluno, freqüentemente, deixa de ser eliminado totalmente pelo sistema educacional.

Algumas indagações surgem nesse momento: até que ponto a Universidade tem realizado a desconstrução do discurso da ideologia dominante?; até que ponto, nós professores, temos contribuído para a formação de alunos dotados de senso crítico?

Reproduzo o pensamento de Grisci (2000, p. 9) que considero um profundo questionamento que deve ecoar constantemente em nós, professores:

Buscar um olhar perscrutador atento a maior complexidade das relações estabelecidas, a não arrogância do conhecimento e do conhecedor, capaz de suportar a idéia de um saber em processualidade, contrapondo-o à idéia de saberes fixos, plenamente localizáveis.

Há que se partir de uma mudança na sensibilidade epistemológica para o que existem de idéias, emoções, necessidades e ações nos atores sociais, que são indivíduos que, em sua totalidade humana, têm a um tempo um papel ativo e passivo na construção e desconstrução de ideologias, nesse processo dialético ininterrupto que nos faz, apesar de tudo, continuar sendo seres humanos que acreditam na utopia humanista e na liberdade como valor fundamental da humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVITE, Maria Mercedes Capelo. *Didática e Psicologia: crítica ao psicologismo na Educação*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 1987, 135 p.
- CARRAHER, David W.. *Senso crítico: do dia-a-dia às Ciências Humanas*. 6 ed. São Paulo: Pioneira, 1999, 163 p.
- CIAMPA, Antonio da Costa.. Identidade. In: LANE, Sílvia T. Maurer et CODO, Wanderley (Org.). *Psicologia Social: o Homem em movimento*. 13ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 58-75.
- CODO, Wanderley. Avanços da Psicologia Social na América Latina. In: LANE, Sílvia T. Maurer et SAWAIA, Bader Burihan (Org.). *Novas veredas da Psicologia Social*. São Paulo: Brasiliense: Educ, 1995, p. 77-78.
- CONFORTI da Fonseca, Marcos. *O espírito crítico como base na formação humanista do estudante de Psicologia*. Monografia

(Especialização em Educação). Faculdades Integradas de Marília. Marília, 1984. mimeografado.

_____. *Clima grupal e espírito crítico em estudantes universitários*. Artigo científico (Requisito para conclusão da disciplina Sociologia do Conhecimento-Mestrado em Ciências Sociais). UNESP-Universidade Estadual Paulista. Marília. 2000.

DICIONÁRIO DO PENSAMENTO SOCIAL DO SÉCULO XX. Editores: William Outhwaite, Tom Bottomore; consultoria: Ernest Gellner, Robert Nisbet, Alain Touraine; editores bras. Reneto Lessa, Wanderley Guilherme dos Santos. Trad. Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, 970 p.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. [Die Gesellschaft der Individuen-1939]. Michael Schröter (Org.). Revisão téc. Renato Janine Ribeiro. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, 201 p.

FRIEDMAN, Sílvia. Uma preocupação metodológica do estudo das emoções. In: LANE, Sílvia T. Maurer et SAWAIA, Bader Burihan (Org.). *Novas veredas da Psicologia Social*. São Paulo: Brasiliense:Educ, 1995, p. 135-146.

GRISCI, Carmem Lygia Iochins. Trabalho, tempo e subjetividade: impactos da reestruturação produtiva e o papel da Psicologia nas organizações. *Psicologia: Ciência e Profissão*, Brasília, 19 (1), p. 2-13, 1999.

LANE, Sílvia T. Maurer. A mediação emocional na constituição do psiquismo humano. In: LANE, Sílvia T. Maurer et SAWAIA, Bader Burihan (Org.). *Novas veredas da Psicologia Social*. São Paulo: Brasiliense:Educ, 1995a, p. 55-63.

_____. Avanços da Psicologia social na América Latina. In: LANE, Sílvia T. Maurer et SAWAIA, Bader Burihan (Org.). *Novas veredas da Psicologia Social*. São Paulo: Brasiliense:Educ, 1995b.

LANE, Sílvia T. Maurer et CAMARGO, Denise de. Contribuição de Vigotski para o estudo das emoções. In: LANE, Sílvia T. Maurer et SAWAIA, Bader Burihan (Org.). *Novas veredas da Psicologia Social*. São Paulo: Brasiliense:Educ, 1995, p. 115-131.

LANE, Sílvia T. Maurer et CODO, Wanderley (Org.). *Psicologia social; o homem em movimento*. 13ª ed. 2 reimp. São Paulo: Brasiliense. 1999.

LANE, Sílvia T. Maurer et SAWAIA, Bader Burihan (Org.). *Novas veredas da Psicologia Social*. São Paulo: Brasiliense:Educ, 1995, 172 p.

MAISONNEUVE, Jean. *A Psicologia Social*. [La Psychologie

Sociale. 1950]. Trad. Álvaro Cabral. Revisão téc. Mônica Stahel M. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1988, 136 p.

MONTEIRO, Luis Gonzaga Mattos. Objetividade X Subjetividade: da crítica à Psicologia à Psicologia crítica. In: LANE, Sílvia T. Maurer et SAWAIA, Bader Burihan (Org.). *Novas veredas da Psicologia Social*. São Paulo: Brasiliense:Educ, 1995, p. 23-43.

MOSCATO, Michel et WITTNER, Jacques.). *A Psicologia da linguagem*. [La Psychologie du Language]. Trad. port. Fernando Melro. Lisboa: Inquérito, 1982, 122p.

POMPÉIA, João Augusto. Fenomenologia, uma psicologia de rigor. Entrevista a Miguel Pedrosa, Hélio Deliberador, Ida Cardinali, Eduardo Freire e Odette de Godoy Pinheiro. *Journal de Psicologia*, São Paulo, 120, p. 4-6, jan/fev. 2000.

SALVADOR, César Coll. *Aprendizagem escolar e construção do conhecimento*. [Aprendizaje escolar y construcción del conocimiento]. Trad. Emilia de Oliveira Dile. Revisão téc. Maria Carmen S. Barbosa. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994, 159 p.

SAWAIA, Bader Burihan. *Psicologia Social: aspectos epistemológicos e éticos*. In: LANE, Sílvia T. Maurer et SAWAIA, Bader Burihan (Org.). *Novas veredas da Psicologia Social*. São Paulo: Brasiliense:Educ, 1995, p. 46-53.

SIEVERS, Burkand. Além do sucedâneo da motivação. [Beyond the surrogate of motivation. 1986]. Trad. Cecília Whitaker Bergamini. In: BERGAMINI, Cecília Whitaker et CODA, Roberto (org.). *Psicodinâmica da vida organizacional; motivação e liderança*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 47-68.

STEINER, Rudolf ... *A filosofia da liberdade*-elementos de uma cosmovisão moderna, resultados anímicos de observação segundo o método das ciências naturais. [Die Philosophie der Freiheit. 1918]. Trad. Alcides Grandisoli. São Paulo: Antroposófica, 1983, 151p.

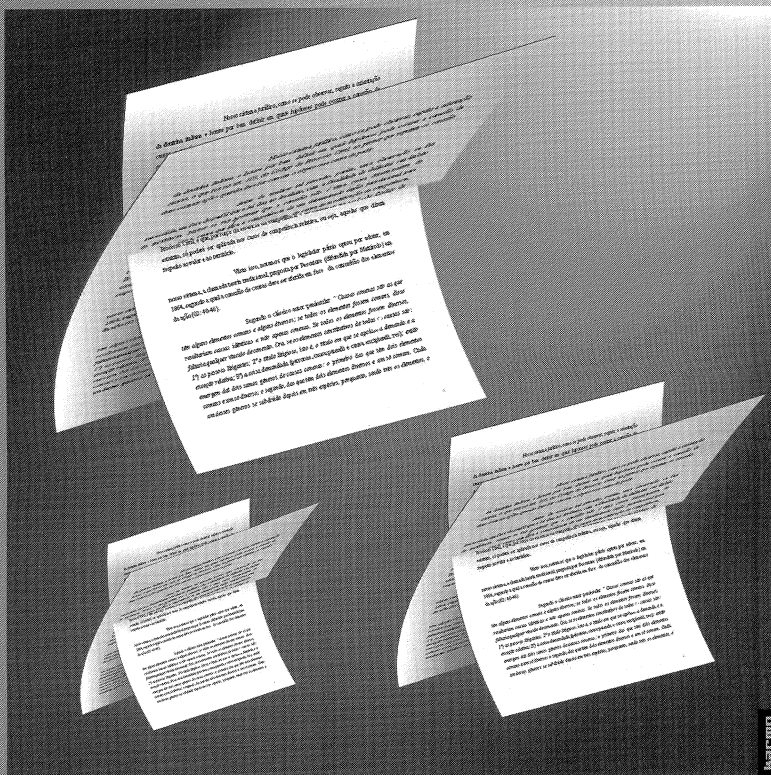
_____. *Matéria, forma e essência: o caminho cognitivo da Filosofia a Antroposofia*. [Philosophie und Anthroposophie. 1908]. Trad. Lavinia A. Viotti. São Paulo: Antroposófica, 1994, 48p.

TEIXEIRA, Anísio. *Educação progressiva: uma introdução à Filosofia da Educação*. 2 ed. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1934, 210 p.

WHITROW, G.J. *O Tempo na História: concepção de tempo da pré-história aos nossos dias*. [Time in History: views of time from pré history to the present day, 1988]. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, 242 p., p. 119. (Coleção Ciência e Cultura).

CONEXÃO DE CAUSAS

Olavo de Oliveira Neto*



Resumo

O fenômeno da conexão de causas ainda não encontrou tratamento satisfatório no Brasil e alhures. Isso porque nosso sistema optou por adotar a teoria tradicional, que identifica a relação de conexidade de acordo com a comunhão dos elementos da ação, sobre cujo perfil ainda não existe coesão na doutrina. A respeito do tema existem, ainda, a teoria da identidade de questões, que leva em consideração a necessidade de solução de questões semelhantes, e a teoria materialista, que sustenta que são conexas as ações que veiculam segmentos diversos de uma mesma relação jurídica de direito material. Sendo a última aquela que melhor soluciona os problemas derivados da conexão de causas, pode ocorrer sua aplicação por força de interpretação analógica da disposição que disciplina o litisconsórcio facultativo, com ganho de qualidade na solução das questões relacionadas à matéria.

Palavras-chave

Conexão, teorias, aplicação, analogia

Abstract

The phenomenon of causes has not found satisfactory treatment in Brazil and elsewhere. It occurs because of our system's option for a traditional theory, which identifies the relationship of connection in accordance with the communion of elements in action, the profile of which is not cohesive in the doctrine. Related to the theme there are also the theory of question's identities and the materialist theory, which state that the actions that convey several segments of a same legal relationship of material right are connected. Being the latter the one that better solves the problems springing from joinders of causes in action, its application may occur by force of analogical interpretation of the disposition that disciplines the optional joinder, with quality gain in the solution of matters related to the subject.

Key-words

Connection, theories, application, analogy.

* Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Pós-Doutorado em Direito Processual Civil pela Università Degli Studi di Milano/Italia. Professor dos cursos de graduação, especialização e mestrado da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha de Marília". Professor convidado de diversas instituições de ensino. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Para a maioria dos operadores do direito não passa despercebido o fato de que, toda vez que nos deparamos com a necessidade de resolver problemas relativos à união de processos, o números de indagações que surgem superam, sobremaneira, o número de respostas convincentes que logramos obter.

Isso decorre da má compreensão e desconhecimento do instituto da conexão de causas, que ainda não alcançou, em nosso Direito Positivo, estrutura clara e precisa.

Em outras palavras, trata-se de fenômeno bastante difícil e tradicionalmente pouco estudado, que levou FERRAZ (1937, p. 4) a afirmar, ainda em 1937, que trata-se de

... maremagno de controvérsia, matéria fatigante e trabalhosa, conceito vago e indefinível, terribilíssimo capítulo são outras tantas expressões encontradiças nos escritores e que justificam de sobre o asserto com que se iniciam estas páginas.

Tal situação se deve, em especial, a dois motivos diversos: em primeiro lugar porque existe o debate sobre ser ou não possível a sistematização dos casos de conexão e, em segundo lugar, porque o estudo da conexão de causas encontrou seu maior desenvolvimento em teoria intimamente ligada aos elementos da ação, que até hoje, assim como a teoria da ação, não logrou obter pacificidade de idéias na doutrina, seja nacional, seja alienígena.

No que toca ao primeiro motivo, pode-se observar que sistemas legislativos importantes da Europa continental, seguindo orientação de sua doutrina mais autorizada, como o alemão e o francês, não admitem a possibilidade de sistematizar as causas de conexão. Por outro lado, sistemas não menos importantes, como o italiano, admitem tal possibilidade e ainda indicam como efetivar tal sistematização (Oliveira Neto, 1994, p. 36-9).

Nosso sistema jurídico, como se pode observar, seguiu a orientação da doutrina italiana e houve por bem definir em quais hipóteses pode ocorrer a conexão de causas, o que fez no art. 103 da nossa lei processual civil, ao prever que reputam-se conexão duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

Antes de analisar tal preceito, porém, uma observação se faz necessária, em face do perfil que a lei deu ao instituto, com a finalidade de delimitar seu âmbito de incidência. Mister se faz acentuar que a conexão não é uma causa determinativa de competência, isto é, causa que fixa a competência de um determinado órgão jurisdicional para conhecer e decidir determinado feito. Trata-se, isto sim, de causa de modificação de competência, na exata medida do nome dado à Seção IV, Capítulo III, Título IV, Livro I, do Código de Processo Civil, e que, por força da essência da competência e do contido no art. 102, do mesmo estatuto, só poderá ser aplicada nos casos de competência relativa, ou seja, aquelas que dizem respeito ao valor e ao território.

Visto isso, notamos que o legislador pátrio optou por adotar, em nosso sistema, a chamada teoria tradicional, proposta por Pescatore (difundida por Mattiolo) em 1864, segundo a qual a conexão de causas deve ser aferida em face da comunhão dos elementos da ação (Oliveira Neto, 1994, p. 40-6).

Segundo o clássico autor peninsular:

Causas conexas são as que têm alguns elementos comuns e alguns diversos; se todos os elementos fossem comuns, disso resultariam causas idênticas e não apenas conexas. Se todos os elementos fossem diversos, faltaria qualquer vínculo de conexão. Ora, se os elementos constitutivos de todas as causas são: 1º) as pessoas litigantes; 2º) o título litigioso, isto é, o título em que se apoiam a demanda e a exceção relativa; 3º) a coisa demandada (personae, causa petendi e causa excipiendi, res); então emergem daí dois sumos gêneros de causas conexas: o primeiro das que têm dois elementos comuns e um só diverso; o segundo, das que têm dois elementos diversos e um só comum. Cada um desses gêneros se subdivide depois em três espécies, porquanto, sendo três os elementos, o elemento diverso do primeiro gênero e o elemento comum do segundo podem variar três vezes. (Pescatore, 1864, p. 168-9) ¹

Em outros termos, para a teoria tradicional e para o art. 103, do Código de Proce-

so Civil, o que gera a conexão de causas e, consequentemente, a possibilidade de reunião dos feitos para julgamento conjunto, é a comunhão dos elementos da ação, em especial no que diz respeito ao pedido e à causa de pedir.

Ocorre, porém, que idéia positivada pela nossa lei não é suficiente para resolver todas as dúvidas acerca do fenômeno conexão. Isso porque, na medida em que os problemas se tornam mais delicados e complexos, a regra existente não pode ser aproveitada.

Pensemos no que acontece, em termos de relação de conexidade fundada no art. 103, com uma ação de consignação em pagamento e uma ação de despejo por falta de pagamento propostas em separado, fazendo a decomposição de seus elementos, que são as partes, o pedido e a causa de pedir. A ação de consignação tem como autor "A" e como réu "B"; como pedido imediato uma tutela declaratória e como pedido mediato a quitação da obrigação mediante consignação; e, como causa de pedir próxima o contrato de locação e como causa de pedir remota a injusta recusa de receber por parte do réu. Já a ação de despejo, por sua vez, tem como autor "B" e réu "A"; como pedido imediato uma tutela executiva *lato sensu* e como pedido mediato o despejo; e, como causa de pedir próxima o contrato e como causa de pedir remota a falta de pagamento.

Encontramos, assim, comunhão de elementos apenas no que diz respeito à causa de pedir próxima, que em ambas ações é o contrato. Todavia, deve-se observar que para boa parte da doutrina a causa de pedir próxima, que é o fundamento jurídico, em última análise, é sempre a lei. Isso porque qualquer contrato vai buscar seu fundamento de validade na lei. O mesmo acontece com outros tipos de obrigação como, por exemplo, as decorrentes de ato ilícito.

Portanto, não seria possível reunir tais causas com base na teoria tradicional, por ausência de comunhão dos seus elementos. É intuitivo, porém, que causas de tal natureza merecem decisão conjunta, sob pena de quebra de coerência do sistema. Basta, para isso, que um juízo decrete o despejo por falta de pagamento e o outro declare a quitação da obrigação, tornando ambas decisões não exequíveis, em evidente desprestígio à atuação do Poder Jurisdicional.

Percebendo o problema da insuficiência da teoria tradicional, Carnelutti desenvolveu o pensamento de que

o que determina a relação de conexidade entre causas seria a identidade das questões que o juiz deve solucionar. Diz o Mestre que, quando alguém vai a juízo, formula as razões pelas quais objetiva ver sua pretensão acolhida. Isso se denomina razões de pretensão. Já a parte passiva, por sua vez, formula as razões pelas quais objetiva que a pretensão do autor não seja acolhida, o que se denomina razões de discussão. Por isso, quando uma declaração contida na razão, seja de pretensão, seja de discus-

são, gera dúvida, surge o que se denomina questão. Assim, quando existem questões comuns ou idênticas entre duas ou mais ações, ocorre a relação de conexidade entre elas. Nos exatos termos da lição do grande processualista:

Sono liti connesse quelle, la cui decisione richiede la soluzione di questioni comuni o, in altre parole, di questione identiche. È la identità della questioni, non la identità (totale o parziale) degli elementi della lite, che determina o costituisce la connessione. (Carnelutti, 1934, p. 25-6)

Tal raciocínio, todavia, sofre do mesmo mal que atinge a teoria tradicional. Isso porque acaba por não resolver todos os proble-

"Para os adeptos da teoria materialista há conexão de causas quando dois ou mais feitos veiculam segmentos distintos de uma mesma relação jurídica de direito material."

mas relativos a identificação da relação de conexidade. Basta ver que podem existir causas absolutamente distintas onde as questões que devem ser resolvidas são as mesmas. Isso acontece com todas as demandas repetitivas onde se discutem apenas questões de direito, não havendo questões de fato a solucionar, como a discussão acerca de determinado empréstimo compulsório, por exemplo.

Surgiu, então, outra solução para o problema, fundada na relação jurídica de direito material. Para os adeptos da teoria materialista há conexão de causas quando dois ou mais feitos veiculam segmentos distintos de uma mesma relação jurídica de direito material. Ocorre que o conflito de interesses não é apresentado ao juiz em sua totalidade, podendo existir mais de um processo originários da mesma lide. É a hipótese, já tratada, da ação de consignação em pagamento e da ação de despejo por falta de pagamento. Ambas devem ser conhecidas pelo mesmo juízo e decididas numa mesma sentença porque a relação jurídica de direito material é única. Existe apenas um conflito, embora dividido em lides parciais. Esse critério, em nosso entender, como já tivemos oportunidade de afirmar, é o mais coerente e que abarca todas as hipóteses em que existe relação de conexidade. (Oliveira Neto, 1994, p. 110-1)

Em resumo, pois, existem três teorias acerca da conexão de causas: 1) a teoria tradicional, que foi adotada pelo nosso sistema; 2) a teoria da identidade de questões, elaborada por Carnelutti, e, 3) a teoria materialista, que vê o fenômeno conexão na hipótese em que duas ou mais ações veiculam segmentos diversos da mesma relação de direito material, que em nosso entender é a mais plausível e aceitável.

Mas se a teoria materialista é a que melhor soluciona os problemas ligados à conexão, a teoria tradicional, como se viu, foi a adotada pelo nosso sistema no art. 103, do Código de Processo Civil. Diante disso nasce um problema que merece solução: É possível aplicar a teoria materialista para resolver problemas ligados a conexão de causas quando a lei foi expressa ao optar pela teoria tradicional?

A resposta a essa indagação é encontrada numa análise sistemática das cumulações objetiva e subjetiva. A reunião de feitos

nada mais é do que sua cumulação objetiva, que também pode acontecer num mesmo processo. Em outras palavras, toda ação deve ter um pedido certo e determinado, ficando o juiz obrigado a decidir dentro dos limites deste pedido. Assim sendo, quando se formulam pedidos cumulativos num mesmo processo, a rigor, duas ou mais são as pretensões que estão sendo conhecidas e decididas. É o caso da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Nessa hipótese, em tese, temos duas ações e um só processo. Já o cumulo subjetivo nada mais é do que a existência de mais de um sujeito no polo ativo, no polo passivo ou em ambos pólos da relação jurídica processual. É o litisconsórcio ativo, passivo ou misto.

Tal instituto, como se sabe, comporta inúmeras espécies, sendo que sob a ótica da obrigatoriedade temos a existência do litisconsórcio necessário e do litisconsórcio facultativo. Naquele, conforme disposto no art. 47, do Código de Processo Civil, por força de lei ou devido a natureza da relação jurídica, existe a obrigatoriedade de que algumas pessoas figurem num dos pólos da relação jurídica de direito material. É o caso da ação de anulação de casamento proposta pelo Ministério Público (natureza da relação, já que não é possível anular o casamento apenas para um dos cônjuges) e do usucapião (por força de disposição legal todos os réus, inclusive os ausentes, devem figurar no polo passivo da ação).

Já no litisconsórcio facultativo, previsto no art. 46 do mesmo estatuto, os sujeitos têm o livre arbítrio de integrar ou não a relação jurídica processual (*art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: ...*). Em outros termos, podem ser parte se assim o quiserem e se estiverem numa das quatro situações previstas nos incisos do preceito, que são: I – *entre elas houver comunhão de direitos e obrigações relativamente a lide*; II – *os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito*; III – *entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir*; IV – *ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito*.

Uma análise das hipóteses de incidência desta norma pode solucionar a pergunta

que foi proposta. O inciso IV fala em afinidade de questões por um ponto comum de fato e de direito que, como já se viu, é exatamente a proposta que a teoria de Carnelutti faz para a aferição da relação de conexidade.

Já os incisos II e III dizem respeito à teoria tradicional. O inciso terceiro refere-se expressamente à conexão, enquanto o segundo é por este abrangido. Isso porque fundamentos de fato e fundamentos de direito nada mais são do que causa de pedir remota e causa de pedir próxima, respectivamente.

O inciso I, por seu turno, faz referência a comunhão de direitos e obrigações relativamente a lide, que nada mais é do que o pensamento difundido pela teoria materialista. Isso porque só pode haver comunhão dos direitos e obrigações quando estes derivem de uma mesma relação jurídica de direito material.

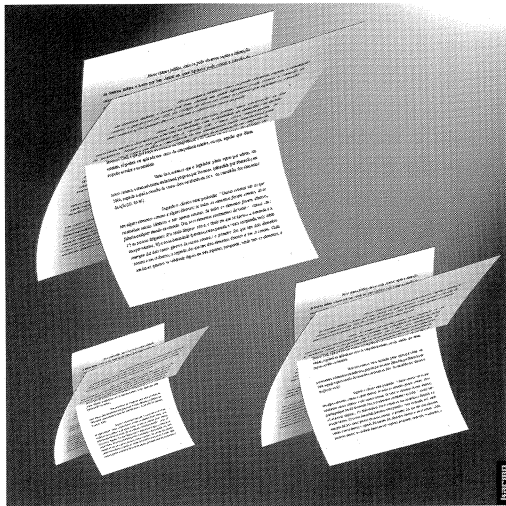
Destarte, como se pode observar, ao definir as hipóteses de cúmulo subjetivo a lei utilizou critérios relativos às três teorias explanadas, enquanto para definir as hipóteses de cúmulo subjetivo ela utilizou apenas de critérios relativos à teoria tradicional.

Nesse passo, se ambas são espécies de cumulação, uma subjetiva e outra objetiva, então nada impede que se aplique a analogia para fazer valer com relação à conexão de causas a mesma sistemática que vale no tocante ao litisconsórcio facultativo; ou seja, nada impede que se reúnem causas conexas com fundamento na teoria materialista.

Concluindo, a adoção de tal proposta, em nosso entender, vem a resolver as questões relativas a relação de conexidade de modo satisfatório, o que não ocorre quando se utilizam apenas os critérios da teoria tradicional.

NOTA

¹ Tradução livre do seguinte texto: " Cause connesse sono quelle che abbiano alcuni elementi comuni, e alcuni diversi; se tutti gli elementi fossero comuni, ne risulterebbero cause identiche e non solamente connesse; se tutti elementi fossero diversi, mancherebbe ogni vincolo de connessione. Ora gli elementi costitutivi di tutte le cause sono: 1º) le persone contendenti; 2º) il titolo della contesa, cioè quello a cui si appoggia la domanda e la relativa eccezione; 3º) la cosa che si domanda: (*personae, causa petendi e causa excipiendo, res*): dove emergono due sommi generi di cause connesse: il primo di quelle che abbiano due elementi comuni e uno solo diverso; il secondo di quelle se abbiano due elementi diversi e un solo comune. Ciascuno di questi generi si subdivide poi in tre specie; paricche tre essendo gli elementi l'elemento diverso nel primo genere, e l'elemento comune nel secondo puo variare tre volte."



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padua: CEDAM, 1934, v. IV.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

FERRAZ, Manoel Carlos Figueiredo. *Notas sobre a competência por conexão*. São Paulo: Saraiva, 1937.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*. São Paulo: EDUSP, 1964.

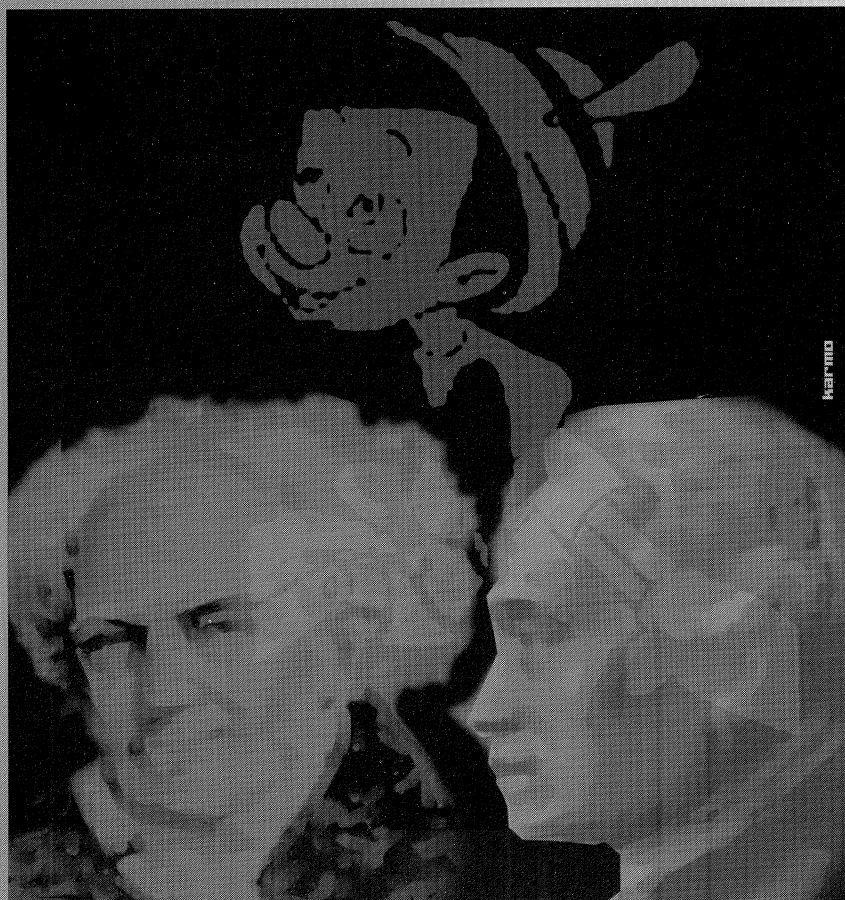
PESCATORE, Mateo. *Sposizione Compendiosa della procedura civile e criminale*. Bologna: s. ed., 1864.

RICCI, Gian Franco. *La connessione nel processo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1986.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1996.

KANT, SCHOPENHAUER E O DIREITO DE MENTIR

Oswaldo Giacoia Junior*



Resumo

O objetivo deste artigo é confrontar as teses de Kant e Schopenhauer a respeito de um presumível direito de mentir por motivos filantrópicos e refletir sobre as relações de ambos os pensadores com a tradição do direito natural clássico.

Palavras chave

Ética, direito, política, liberdade, responsabilidade, verdade, mentira

Abstract

The aim of this article is to confront Kant's and Schopenhauer's Thesen toward a presumable right to lie out of philanthropic reasons and to reflect about the relationship of both thinkers with the tradition of the classical natural right.

Key-words

Ethics; law, politics; liberty, responsibility, truth, lie.

* Livre Docente em Filosofia, professor do curso de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília/SP

A célebre controvérsia entre Benjamin Constant e Kant a propósito de um direito de mentir, por razões humanitárias, é um capítulo freqüentemente retomado nas discussões a respeito das relações entre ética, direito e política.

Como se sabe, Kant, no artigo que dedica especialmente ao exame desta questão, começa por desfazer o mal entendido lógico consistente já na vinculação entre direito e verdade; o que não dizer, então, de um vínculo entre direito e mentira? Com efeito, argumenta Kant, sendo a verdade uma propriedade lógica de juízos objetivos, ter um direito à verdade é uma expressão desprovida de sentido, pois não se pode equacioná-la em termos do meu e do teu, como se alguém pudesse, como ocorre com prerrogativas de direito, pretender estar objetivamente em posse da verdade, com exclusão de outrem.

Aquilo a que se pode ter direito, argumenta Kant, é à veracidade nas declarações, a cujo proferimento alguém se encontra subjetivamente obrigado, isto é, tem-se o direito de exigir de alguém que seja veraz nas declarações a que está obrigado; não existe um direito à verdade em sentido objetivo, posto que, neste sentido, a verdade é apenas uma propriedade universal dos juízos.

Mesmo formulando-se corretamente o problema, admitir um direito à mentira, ainda que por razões humanitárias, seria embaralhar planos e níveis distintos, subvertendo a hierarquia entre ética, direito e política, submetendo o direito a circunstâncias empíricas e conjunturais, atentando, dessa maneira, contra seu próprio fundamento, que deve poder ser dado a priori.

Um direito à mentira supõe que estejamos autorizados a ser inverídicos em declarações exigíveis de nós; ora, a veracidade das declarações está na base da idéia mesma de contrato que, por sua vez, constitui o modo de disciplinar a concordância do arbítrio de alguém com o arbítrio de outrem, sob uma lei universal.

Estando a idéia do contrato essencialmente vinculada ao conceito de direito; e, na medida em que a figura do contrato pressupõe a veracidade nas declarações como exigência incondicional, um direito à mentira – em outras palavras, uma derrogação excepcional, ou

uma condição anteposta à obrigação de veracidade nas declarações – afeta o fundamento e a idéia do Direito: a voluntária concordância da liberdade de cada um com a liberdade de todos sob o império da lei.

Por esta razão, no célebre exemplo do assassino que, com o propósito de exterminá-lo, exige de nós a declaração sobre a presença de um amigo em nossa casa, Kant desautoriza a mentira por razões humanitárias. Tolerar um “direito” a falsas declarações seria destroçar a fronteira entre a cultura e a barbárie, atentando contra a idéia de humanidade, na medida em que nela está contida a exigência da realização da liberdade interna e externa, pressupondo, pois a validade incondicional do imperativo do Direito.

Equivaleria a admitir, em princípio, o emprego de uma espécie dissimulada de violência – a astúcia, a mentira – como meio de disciplina e resolução dos conflitos entre arbítrios. Desse modo, ao menos no nível dos princípios, entre o assassino e o mentiroso humanitário não haveria diferença.

Na parte dedicada à mentira em sua *Rechtslehre (Doutrina do Direito)*, Schopenhauer principia por identificá-la à violência, parecendo seguir nitidamente as pegadas de Kant. Na medida em que falsas declarações constituem motivações que o intelecto exhibe como meio de influenciar a vontade ou arbítrio, mentir implica em invadir a esfera de afirmação da vontade de viver, tal como esta se apresenta na pessoa singular (no corpo) de outro indivíduo, sem seu livre consentimento, sujeitando-a, por esse desvio, à vontade ou arbítrio de um outro indivíduo. Tal como o faz aquele que constrange outrem, mediante o emprego da violência física, a agir contrariamente à própria vontade. Do mesmo modo que para Kant, assassino e mentiroso humanitário difeririam apenas em grau, não em natureza.

Entretanto, a coincidência não é mais que falsa aparência. Schopenhauer admite expressamente um direito à mentira, exposto numa argumentação cuja cáustica ironia visa diretamente Kant e se propõe a ‘esclarecer as insólitas teorias sobre a mentira em estado de necessidade’.

Em todos os casos em que tenho um direito

de coerção, um direito perfeito, de empregar a violência contra outrem, eu posso, sem praticar injustiça, de acordo com as circunstâncias, contrapor também a astúcia à violência alheia, e tenho, conseqüentemente, um efetivo direito à mentira tanto quanto o tenho à violência. ... Por isso, também uma promessa extorquida por violência corporal imediata não vincula de maneira nenhuma, pois aquele que padece tal coerção pode, de pleno direito, livrar-se daquele que pratica a violência por meio do assassinato, quanto mais por meio da esperteza. Aquele que não pode retomar pela violência sua propriedade roubada não comete nenhuma injustiça se a obtém por astúcia. Se alguém perde no jogo o dinheiro que de mim roubou, tenho o direito de usar contra ele dados falsos, pois tudo o que ganho dele a mim pertence.¹ (Schopenhauer, 1986, p.465)

Percebe-se, pois, que para Schopenhauer, do princípio de veracidade nas declarações, insisto à idéia de contrato, não decorre uma obrigação incondicional de não mentir. Isso poderia parecer contraditório, não fosse pela natureza específica da concepção de direito defendida pelo filósofo de Frankfurt. A esse respeito, gostaria de sugerir que a contradição fundamental entre as conclusões extraídas respectivamente por Kant e Schopenhauer do dever de veracidade é uma decorrência dos respectivos conceitos de direito que cada um põe como base de sua *Rechtslehre* (Doutrina do Direito).

Se a fundamentação schopenhaueriana da moral só pode ser adequadamente compreendida quando se percebe que ela, segundo o próprio Schopenhauer, se constrói como o absoluto inverso da fundamen-

tação kantiana da moral, algo de análogo ocorre também com sua doutrina do direito: a teoria do Direito em *O Mundo como Vontade e Representação* é uma espécie de peça de contraditório em relação à doutrina do Direito da *Metafísica dos Costumes*.

Para Kant, o conceito racional de direito é um conceito positivo, contendo "o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser unido ao arbítrio de outrem segundo uma lei universal da liberdade." De acordo com esse conceito, o princípio universal do direito reza pois:

*É justa toda ação que permite ou cuja máxima permite à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos os outros segundo uma lei universal.*² (Kant, 1983, p. 336-337)

O conceito de injustiça decorre negativamente desse conceito positivo do direito e nele deve ser pensada toda resistência empregada contra qualquer uma de minhas ações que pode coexistir com a liberdade de todos os outros segundo uma lei universal; pois tal obstáculo, ou resistência, por sua vez, não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais.

A tais definições do justo e do injusto, Kant vincula o caráter coercitivo do direito:

A resistência contraposta ao obstáculo a um efeito é um incremento deste efeito e concorda com ele. Ora, tudo o que é injusto é um obstáculo à liberdade segundo leis universais; a coerção, porém, é um obstáculo ou resistência que ocorre em proveito da liberdade. Conseqüentemente: quando um certo emprego da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (i.e. injusto), então a coerção a ele contraposta – enquanto impedimento de um obstáculo à liberdade – é concordante com a liberdade segundo leis universais: dessa

"Aquilo a que se pode ter direito, argumenta Kant, é à veracidade nas declarações, a cujo proferimento alguém se encontra subjetivamente obrigado, isto é, tem-se o direito de exigir de alguém que seja veraz nas declarações a que está obrigado."

maneira, com o direito está vinculado, ao mesmo tempo, uma autorização para coagir aquele que o viola, segundo o princípio de contradição.³ (Kant, 1983, p. 338-339)

Schopenhauer, por sua vez, toma por ponto de partida de sua fundamentação ético-metafísica do direito o conceito de *injustiça* ou *injusto*. A propriedade essencial do injusto consiste na característica pela qual a ação de um indivíduo, enquanto afirmação da vontade de viver que se expressa como vontade desse mesmo indivíduo e se objetiva imediatamente em seu corpo, alarga-se até o ponto de negar a vontade de viver que se objetiva no corpo e na vontade de outrem, sujeitando-o, pela violência ou pela astúcia, à vontade do primeiro. Para ele, os dois polos extremos na ominosa escala do injusto se estendem do canibalismo à simples esperteza.

De acordo com isso, o conceito de Injusto é o originário e o positivo: o conceito de Direito, a ele contraposto, é o derivado e o negativo. Pois não devemos nos apoiar em palavras, mas em conceitos. De fato, jamais sealaria de Direito, se não houvesse qualquer Injusto. O conceito Direito contém, pois, a mera negação do Injusto, e a ele se subsume toda ação que não seja transposição daquela fronteira acima exposta, isto é, que não seja negação da vontade alheia em proveito da mais fortalecida afirmação da vontade própria.⁴ (Schopenhauer, 1986, p. 465)

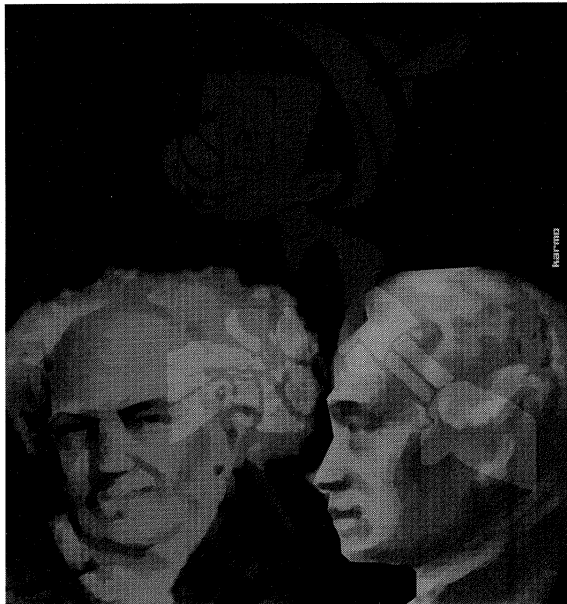
Se o elemento positivo – injusto – consiste em estender a afirmação da vontade de viver de um indivíduo até o ponto de se con-

verter em negação dessa mesma vontade de viver objetivada no corpo de outrem (seja pela violenta e direta sujeição de suas forças, ou pelo expediente de induzi-lo a erro por meio da astúcia), então o direito só pode consistir na resistência contraposta a essa negação originária, ou seja, em negação da negação.

Vale dizer, esta negação gera um direito de empregar, em sentido contrário, todas as forças necessárias para suprimi-la, isto é, para negá-la, o que,

como é fácil compreender, pode ir até o assassinato do outro indivíduo, cuja intrusão, como violência externa invasora, pode ser contrarrestada sem qualquer injustiça, conseqüentemente com direito; pois tudo o que ocorre, de parte de minha pessoa, permanece sempre apenas na esfera da afirmação da vontade que é essencial à minha pessoa enquanto tal e que é expressa por ela (enquanto arena do combate), não invade a da outra pessoa, sendo, por conseguinte, negação da negação, portanto, afirmação, não ela própria negação. Posso, portanto, sem injustiça, ... coagir a vontade alheia, negadora da minha, a declinar dessa negação: isto é, tenho, nessa medida, um direito de coerção.⁵ (Schopenhauer, 1986, p. 464-465)

Schopenhauer denomina o direito de coerção, ou direito coercitivo *vollkommenes Recht* (direito perfeito), direito pleno. Dessa maneira, distingue-se ele dos direitos imperfeitos, que carecem da ligação à coerção como propriedade essencial. Deste modo, tanto para Kant quanto para Schopenhauer, o elemento coercitivo é negação da negação, portanto, elemento positivo e afirmativo. Porém, enquanto para Kant, o critério é dado pelo conceito raci-



onal do direito, compreendendo o conjunto das condições necessárias para a realização da liberdade segundo leis universais, para Schopenhauer o elemento originário e fundante é dado pela irrupção violenta do impulso cego e egoísta.

Dai derivam as conseqüências antitéticas em relação ao direito de mentir, ainda que por razões de humanitarismo. Se admiti-lo implica, para Kant, como vimos, na negação da própria idéia do Direito, não admiti-lo, para Schopenhauer, implica em denegar a única possibilidade da realização efetiva de um princípio de Direito Natural, entendido como direito de resistência à injustiça originária.

Esse antagonismo irreconciliável na ordem das conseqüências, decorrendo de uma oposição mais radical a nível dos pressupostos e princípios metafísicos das respectivas doutrinas, gera efeitos desconcertantes, historicamente surpreendentes, que sempre de novo exigem a reflexão acerca daquilo que Schopenhauer denominou de 'insólitas teorias sobre a mentira em estado de necessidade'.

Defendendo uma posição rigorista em relação a um suposto direito de mentir, considerando-o incompatível com o princípio fundamental do Direito, Kant se afasta das posições clássicas do racionalismo jusnaturalista. Ao advogar um direito à mentira, o voluntarismo irracionalista de Schopenhauer, paradoxalmente cerra fileiras com os expoentes maiores do jusnaturalismo racionalista alemão.

Ao proscrever incondicionalmente um suposto direito de mentir, ainda que por motivos filantrópicos, Kant ilustra o papel a ser cumprido pelo imperativo categórico moral e jurídico, enquanto inflexível critério de fundamentação em última instância. Com isso, porém, o *Aufklärer* (Iluminista) Kant é forçado a atropelar uma tradição racionalista do Direito Natural, cuja linhagem conduz de Hugo Grotius a Christian Wolf, passando por Pufendorf e pela distinção elaborada por Christian Thomasius entre *falsiloquium* (falsa declaração) e *mendacium quod hoc nomen meretur* (mentira que merece esse nome).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boituzat, F. *Un Droit de Mentir? Constant ou Kant?* Paris: PUF, 1993.

Höffe, O. *Introduction a la Philosophie Pratique de Kant. La Morale, Le Droit et La Religion*. Trad. François Rüegg et Stéphane Gillioz, Albeuve: Éd. Castella, 1985.

Geismann, G. e Oberer, H. (Org). *Kant und das Recht der Lüge*. Würzburg: Königshausen&Neumann, 1986.

Kant, I. *Werke*. Ed. Wilhelm Weischedel, Darmstadt: WBG, 1983.

Schopenhauer, A. *Sämtliche Werke*. Ed. Wolfgang Frhr. Von Löhneysen. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1986.

Ponto de Vista



AMPLIANDO O EXERCÍCIO DA CIDADANIA: A FORMAÇÃO DE VERDADEIROS LEITORES-PRODUTORES DE TEXTO

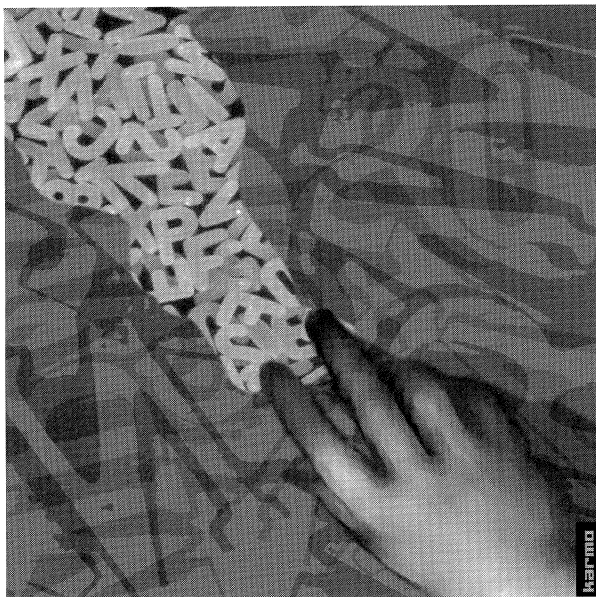
Cyntia Graziella Guizelim Simões Girotto*

A importância da leitura e da escrita revela-se por meio dos usos e dos valores que as mesmas adquiriram na sociedade, a partir de sua função social.

Adentrando o terceiro milênio, ao contrário das expectativas que previam o abandono da cultura do livro em função de todo o aparato de comunicação eletrônica, que dia a dia passa a compor o cotidiano das pessoas, o ato de ler/produzir textos tende a ser estimado e a formação de um novo tipo de leitor/produtor de texto, capaz de dominar as novas formas que a escrita assume, passa a ser uma necessidade.

Trata-se de uma tarefa difícil, já que o Brasil chega ao novo milênio, com um desenvolvimento que exige um leitor mais eficiente, sem, entretanto, ter oferecido escolarização básica a grande parcela da população. Nesse sentido, há um duplo desafio: diminuir o analfabetismo e formar o verdadeiro leitor/produtor de texto.

Nesses termos, da pesquisa lingüística



e do segmento de novos paradigmas que elucidam a questão do processo de ensino-aprendizagem da leitura/escrita, podem ser retiradas contribuições para o ensino do português língua materna.

Atualmente, mais do que ver a linguagem como uma capacidade humana de construir sistemas simbólicos, concebe-se a linguagem

como uma atividade constitutiva de interação verbal e, por sua vez, a língua como conjunto de recursos expressivos não-fechado e sempre em constituição.

A forma de se conceber a norma culta e as variedades lingüísticas também modificou-se, trazendo implicações para o processo pedagógico. Já não se trata de substituir uma variedade por outra (porque uma é mais rica do que a outra, porque uma é certa e outra errada etc.), mas se trata de construir possibilidades de novas interações dos alunos (entre si, com o professor, com a herança cultural) e, através desses processos interlocutivos, os

*Professora do Curso de Direito da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha" e coordenadora pedagógica da Seção de Avaliação Institucional na mesma instituição, mestre em Educação (Metodologia de Ensino) pela UFSCar e doutora em Educação pela Unesp-Marília

alunos vão internalizando novos recursos expressivos, e por isso mesmo novas categorias de compreensão do mundo.

Uma das grandes contribuições da abordagem discursiva é permitir compreender que todo texto, resultado da interação entre interlocutores, é produzido por alguém e se dirige a outro alguém. Essa abordagem se faz extremamente relevante no processo ensino-aprendizagem da leitura e da escrita, pois torna clara a relação entre o texto e a situação comunicativa.

Assim, considera-se ainda que analisar a língua em situações de uso é considerá-la não apenas como algo dado, mas a partir do seu contexto situacional e de suas condições de produção.

No processo de interação verbal, os sujeitos não buscam apenas ordenar linguisticamente o pensamento, mas fazer valer suas intenções ou produzir efeitos. Além disso, os conhecimentos compartilhados entre os interlocutores, as teorias de mundo que os circundam, os jogos de imagens que os interlocutores constroem no processo, também podem interferir no texto. Se, de um lado, o texto está relacionado ao contexto imediato, aos conhecimentos partilhados, aos jogos de imagens, por outro lado, está marcado pelos objetivos a serem alcançados.

Os objetivos e os interesses que se possuem ao ler/escrever também determinam a compreensão da leitura e da produção do texto. Tradicionalmente, na escola, o aluno é levado a ler/escrever sem saber para quê. Inexistem, na prática escolar, os objetivos prévios à leitura/produção, o que sem dúvida acarreta sérias conseqüências na formação do leitor/produtor de texto.

Dessa forma, estabelecer objetivos para leitura/escrita leva o indivíduo a refletir e controlar conscientemente o conhecimento, possibilitando uma tarefa de natureza não só cognitiva, mas metacognitiva.

O processo interacional permite verificar que os objetivos a serem alcançados pelos diferentes interlocutores estabelecem a diferença na estrutura conceitual e na forma do texto, além de nortear as escolhas lexicais para a produção do texto desejado. Esse saber lingüístico envolve conhecimentos relativos

à estrutura ou gramática da língua quanto ao seu funcionamento em uma situação determinada. Saber como utilizar uma determinada linguagem para atingir o seu alvo é constituir-se produtor de texto. Saber identificar essa mesma linguagem nesse mesmo processo é constituir-se leitor.

A esse respeito, é importante que, ao escrever na escola, o aluno possa constituir-se verdadeiro leitor/produtor de texto, isto é, alguém que produz um discurso inserido numa situação de comunicação. Um produtor de texto que adquire a habilidade de estruturar um texto pode usar desta habilidade também no processo de recepção de textos.

Em outras palavras, a compreensão desse processo discursivo leva o indivíduo, ao escrever, a se deslocar para o lugar do outro e verificar se as pistas que ele fornece garantem a interpretação que ele deseja que seja produzida. Por outro lado, ao ler, no seu processo de recepção, procurará processar estas pistas deixadas pelo produtor do texto. Ao ler, os sujeitos-leitores procurarão relacionar as estratégias assumidas pelo autor no processo de produção de seu texto, em função das circunstâncias de enunciação.

No processo de elaboração de um texto é conveniente, então, que se utilize meios que permitam aos alunos levar em conta quem diz, onde diz, para quem diz, por que diz, quando diz e as escolhas realizadas. Se a cada situação concreta do uso da leitura e da escrita o leitor/produtor do texto utilizar-se de estratégias adequadas às situações, significa que adquiriu habilidade necessária à constituição de um verdadeiro leitor/produtor de texto.

Além disso, os educandos precisam aprender a obedecer às regras discursivas organizadas, a fim de atender à lógica própria da escrita, no que diz respeito principalmente aos aspectos da informatividade, da coerência, da coesão e das diferenças entre um texto oral e um texto escrito.

A lingüística textual permite discutir a coerência (plano conceitual) e a coesão (plano formal) não como instâncias isoladas, mas que se constituem mutuamente e que são construídas na interação entre autor e leitor. Ao se analisar um produto escrito, pode-se evidenciar um trabalho lingüístico que passa por decisões

subjetivas, tanto na macro quanto na microestrutura textual. A partir disso, compreende-se por texto uma unidade de sentido com configurações lingüísticas específicas, em função da intencionalidade dos sujeitos envolvidos.

As tendências mais gerais desse referencial teórico estabelecem, para a coerência, os critérios de continuidade, de progressão e de articulação, o que configura o plano semântico do texto, critérios esses de que os alunos devem necessariamente se apropriar para obter êxito na aprendizagem da elaboração dos textos. Também a coesão não se constitui sozinha e nem

fora do contexto da interação. Pode-se entender a coesão como a inter-relação entre os elementos lingüísticos, envolvendo, como em uma rede, as relações interfrasais e sequenciais de um texto. São elementos como os recursos analógicos, os articuladores, os modos e tempos verbais, os modalizadores, o emprego da coesão lexical, dentre outros, que deveriam ser trabalhados levando os alunos a produzir os efeitos comunicativos desejados.

Todo professor, em primeira instância, deve ter acesso a esses referenciais para que, conduzindo uma prática reflexiva tanto sobre a língua, quanto sobre sua prática docente, possa empreender atividades que visem ao desenvolvimento das capacidades lingüísticas e metalingüísticas fundamentais no processo da aprendizagem da leitura e da escrita. Para tanto, o professor precisa distinguir as diferentes funções que cabem a ele e ao aluno, como também os procedimentos de aprendizagem e as intervenções de ensino.

De uma certa maneira, as situações de aprendizagem escapam ao enquadramento dos professores, elas existem sem eles. Assim, a formação do leitor começa bem antes da escolarização e continua bem depois. Dessa forma, a aprendizagem da leitura/escrita depen-

de da própria atividade do indivíduo, enquanto o ensino depende da intervenção externa. A aprendizagem é um processo contínuo, que deve ser facilitado por intervenções de ensino, cujas formas e intensidade ganham em ser moduladas em função do aprendiz. Tal processo cria condições para um alargamento das competências, permite o progresso e o êxito das aprendizagens e desenvolve comportamentos de leitor/produtor de texto.

Parafraseando Jolibert et al (1994a; 1994b), não basta ler/produzir textos, é preciso ensinar a ler e a produzi-los, não reduzindo o ato de ler/escrever ao ensino de simples técnicas, mas envolvido profundamente na atividade do leitor/produtor de texto.

Nesses termos, a aprendizagem se dá na mediação entre professor e aluno e na relação interlocutiva, sendo gradativa em função do que se ensina, do que se planeja e do que se espera atingir em determinados níveis de escolaridade. Finalmente, aprende-se a ler/escrever, não a partir de treinos mecânicos, repetições e modelos sem sentido, mas a partir de situações concretas, em que o aluno sabe o que está fazendo, para quê

e para quem o faz. Só assim é capaz de atribuir um significado ao que lê e escreve e, dessa forma, desenvolver suas estratégias de leitor/produtor de texto.

A partir deste ponto de vista, uma atenção particular é dada à articulação ler/escrever, sabendo-se que a recepção é facilitada pela aprendizagem de produção dos diferentes tipos de escrita e que, inversamente, as leituras analíticas estruturam e facilitam as atividades da escrita.

Nas palavras de Geraldi (1996, p. 70 -71),

aprender a ler é (...) ampliar as possibilidades de interlocução com pessoas que jamais encontraremos frente a frente e, por

"No processo de interação verbal, os sujeitos não buscam apenas ordenar lingüisticamente o pensamento, mas fazer valer suas intenções ou produzir efeitos."

interagirmos com elas, sermos capazes de compreender, criticar e avaliar seus modos de compreender o mundo, as coisas, as gentes e suas relações. Isto é ler. E escrever é ser capaz de colocar-se na posição daquele que registra suas compreensões para ser lido por outros e, portanto, com eles interagir.

Centrar o ensino no texto, segundo o autor, é ocupar-se e preocupar-se com o uso verdadeiro da língua. Trata-se de pensar a relação de ensino como o lugar de práticas de linguagem e a partir delas, com a capacidade de compreendê-las, não para descrevê-las como faz o gramático, mas para aumentar as possibilidades de uso real da língua.

Infelizmente, o ensino tradicional de língua portuguesa investiu, erroneamente, no conhecimento da descrição da língua supondo que a partir desse conhecimento os indivíduos melhorariam o seu desempenho no uso da língua.

Geraldi (1996, p.72) chega a afirmar:

O conhecimento gramatical é, pois, um conhecimento necessário para aquele que se dedica ao estudo da língua e ao seu ensino, para que possa exercer dignamente seu ofício de construir situações adequadas para aquele que quer aprender a usar a língua, selecionando inclusive quais destes conhecimentos lhe são necessários. Mas não é um conhecimento, em seu todo, necessário para aquele que quer aprender a ler criticamente e escrever (...)

Ao complementar a sua afirmação, comenta que essas perspectivas devem iluminar as práticas de leitura, de produção e de análise lingüística no ensino de língua materna, **desde que se queira efetivamente ampliar o número de pessoas que lêem e escrevem em nossa sociedade. E ampliar esse número é ampliar o exercício da cidadania, com o mais adequado preparo para o trabalho: aquele em que cada um aprende a aprender.** Porque ninguém lê pelo leitor, ninguém escreve pelo produtor de texto. É preciso que o aluno se constitua como tal.

Mas, para que haja a implementação desta prática, em qualquer segmento escolar,

faz-se necessário que os alunos se confrontem com situações de escrita e de leitura motivantes e reais, o que pode ocorrer a partir, por exemplo, da Pedagogia de Projetos.

Nesse sentido, para que um trabalho desse nível seja desenvolvido, o importante é definir com clareza as competências básicas na formação do leitor/produtor de texto. A partir das premissas dos Parâmetros Curriculares de Língua Portuguesa (BRASIL, 1998) das obras de Jolibert et al (1994a; 1994b) e Charmeux (1994), tais competências podem assim ser sintetizadas:

- saber variar modos de leitura (silenciosa, oral, rápida, seletiva, analítica);
- saber adaptar ou modificar suas estratégias de leitura e sua velocidade em função do texto, da situação de comunicação;
- planejar e organizar a leitura (estabelecer diferentes objetivos para leitura de textos diversificados, selecionando dados e informações de acordo com esses objetivos);
- saber ler sobre diferentes suportes (livro, jornal, cartaz, mapa, telas, etc.) e os mais variados tipos de texto (literários, utilitários, técnicos, científicos etc.);
- apropriar-se da superestrutura, da macroestrutura e da microestrutura do texto (identificar partes do texto, fazer previsões e verificar a validade das hipóteses, seguindo pistas textuais e contextuais, processar leituras a partir de conhecimentos prévios, lingüísticos, articuladores lógicos, marcadores temporais, mecanismos de ligação etc.);
- entender e tratar as informações (ser capaz de um entendimento literal, global e fino, aprender a agrupar e sintetizar informações, delimitar um questionamento etc.);
- produzir textos diversificados, dominando as diferentes tramas (explicativa, narrativa etc.), considerando um leitor real (o destinatário), a situação e a intenção comunicativa, os objetivos previstos, a lingüística de texto e da frase etc.;
- revisar e analisar o próprio texto, em função do objetivo a ser atingido e do leitor a que se destina;
- conhecer o mundo da leitura e participar da vida da cultura, da escrita;
- ser capaz de alargar o gosto pela leitura (ser

receptivo a novos textos, conhecer os locais onde se encontram os materiais de leitura);

- tornar-se verdadeiro leitor/produtor de texto (poder saber conduzir um projeto de leitura e de escrita, seja pelas necessidades, surpresas e contingências da vida social, cultural, escolar, para se informar, divertir-se, comunicar, responder a um pedido, seja pelo prazer de ler e escrever.

Com o intuito de que haja o desenvolvimento dessas competências, o professor pode articular e desenvolver atividades que levem o aluno a se inserir no mundo da linguagem e a se entusiasmar com leitura/produção de textos e, ao mesmo tempo, constituir-se como um leitor/produtor crítico, que se posicione diante dos fatos e que use essa criticidade na vida cotidiana, exercendo a sua cidadania. Ou seja, aprender a ler/escrever, enquanto adquirir poder sobre a língua, pode conduzir o leitor/produtor, conseqüentemente, a adquirir uma compreensão da realidade que o circunda, e adquirir competências para nela poder agir e intervir.

É primordial, portanto, que cada aluno, como leitor/produtor de texto, tenha o domínio do:

- poder ler/escrever – ter acesso ao mundo da escrita;
- saber ler/escrever – adquirir as competências necessárias para ser leitor/produtor de texto e ter o poder sobre a língua;
- ter o prazer de ler/escrever – envolver-se com a leitura, ter entusiasmo pela apropriação do mundo e do conhecimento, realizar descobertas, captar a realidade pelo imaginário, ter prazer de inventar, de construir um texto, de saber como ele funciona, ter prazer de buscar palavras, vencer as dificuldades, prazer de levar a tarefa até o fim do texto acabado, bem apresentado, cumprindo uma função social etc.

Na tentativa de superar os altos índices de analfabetismo e iletrismo, e contribuir para a ampliação da cidadania, vale a pena **acreditar na utopia da concretização do domínio do poder, saber e ter o prazer de ler/escrever.**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros Curriculares Nacionais: Língua portuguesa*. Brasília, 1998.

CHARMEUX, E. *Aprender a ler: vencendo o fracasso*. São Paulo: Cortez, 1994.

CHARTIER, Clesse ; HÉBRARD. *Ler e escrever: entrando no mundo da escrita*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

CHAROLLES, M. Introdução aos problemas da coerência dos textos (abordagem teórica e estudo das práticas pedagógicas) In: GALVES, C.; PULCINELLI, E.; ORLANDI, P. O. (Org.). *O texto: escrita e leitura*. Campinas: Pontes, 1988. p.39-85.

GERALDI, J. W. *O texto na sala de aula*. 2. ed. Cascavel, Paraná: Pontes, 1984.

_____. *Portos de passagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. *Linguagem e ensino: exercícios de militância e divulgação*. Campinas: Mercado de Letras/ ABL, 1996.

GIROTO, C. G. G. S. *Leitores e escritores em construção: análise de uma prática junto a adultos pós-alfabetizando*. 1995. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos.

_____. *O processo de construção e (re)construção do texto escrito: a reescrita como trabalho*. 1999. 332 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília.

JOLIBERT, J. et al. *Formando crianças produtoras de textos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994a.

_____. *Formando crianças leitoras de textos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994b.

LEITE, L. C. M. et al. *Aprender e ensinar com textos de alunos*. São Paulo: Marca D'água, 1995. v.1

PESSOA, M. R. *Estudos de alguns mecanismos de coesão textual na produção escrita dos alunos do 3º grau*. 1987. Dissertação (Mestrado em Lingüística). Faculdade de Ciências e Letras – Universidade Estadual Paulista, Araraquara.

ROCCO, M. T. *Crise na linguagem: a redação no vestibular*. São Paulo: Mestre Jou, 1981.

SATO, N. O universo escolar da escrita. *Linha d'água*, n.7, APLL, Abr. 1990, p.82-87.

VAL, M. G. C. *Redação e textualidade*. São Paulo: Contexto, 1991.

VIGNER, G. *Ecrire et convaincre*. Paris: Hachette, 1980.

YUNES, E. (Org.) *A leitura e a formação do leitor: questões culturais e pedagógicas*. Rio de Janeiro: Antares, 1984.

ZILBERMAN, R. *Leitura em crise na escola: as alternativas do professor*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1986.

LIBERDADE DE CRENÇA E DE CULTO RELIGIOSO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS TUTELADOS CONSTITUCIONALMENTE

M. Helena Diniz*

Veda-se qualquer atentado a direitos fundamentais, uma vez que constituem o elemento axiológico basilar do ordenamento jurídico, por terem como ponto de referência os valores supremos do ser humano e a promoção da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). Os direitos fundamentais são universais por serem inerentes à condição humana, logo, peculiaridades locais ou ocasionais não poderão afastar o dever de respeito e promoção daqueles direitos, que têm positividade em nível das normas de hierarquia constitucional, daí a sua constitucionalidade e sua aplicabilidade imediata (CF/88, art. 5º, § 1º; vide: Walter C. Rothenburg, *Direitos fundamentais e suas características*, in *Revista de direito constitucional e internacional*, n. 30, ed. RT, 2000, p. 147 e 150).

Um dos direitos básicos assegurados à criança e ao adolescente é o da liberdade de crença e culto religioso (ECA, art. 16, III). Há também o direito ao respeito consistente na inviolabilidade de seus valores e crenças (ECA, art. 17), para que possa haver manutenção de sua integridade psíquica.

Pela Constituição Federal de 1988, art. 5º, VI, há inviolabilidade da liberdade de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos. Observa Gilberto Haddad Jabur (*Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, S. Paulo, RT, 2000, p. 153-4) que a



liberdade de crença é livre convicção de fé religiosa, enquanto repousa sem manifestação e se liga à liberdade de culto, que nela se funda. O culto é a manifestação da crença, fundada na opinião em torno de Deus, concretizando a expressão máxima da fé, mediante oração, pregação e cerimônias religiosas. A liberdade de crença, portanto, é uma liberdade de foro íntimo, voltada para a religião. Preservada

está, constitucionalmente, a liberdade de culto, de forma que os crentes de qualquer religião podem honrar a Deus como melhor lhes aprouver, freqüentando cerimônias exigidas pelos rituais de sua crença religiosa. (Consulte: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, S. Paulo, Saraiva, 1997, v. 1, p. 32-3). O culto é protegido pela norma constitucional, independentemente de qualquer restrição.

A liberdade de crença e a de culto religioso são prerrogativas que tem a pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades religiosas essenciais à formação de sua personalidade, por possibilitarem que dirija sua energia conforme sua vontade, para a consecução, no plano espiritual, dos objetivos visados. (vide: Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, S. Paulo, Forense Universitária, 1999, p. 102).

O Estado protege o indivíduo na liberdade de foro íntimo e de escolha de religião. Há um regime de tolerância, diante do reconhecimento

* Titular de Direito Civil da Puc/SP.

estatal da existência do fato religioso e de vários cultos, não se envolvendo em assuntos religiosos. (Consulte: Elival da Silva Ramos, Notas sobre a liberdade de religião no Brasil e nos Estados Unidos, RPGE, 27/28, jan./dez., 1987, p. 237).

Ao cidadão compete a decisão por um culto religioso e essa sua liberdade de opção deve ser respeitada por todos. O titular desse direito reconhecido constitucionalmente pode elidir qualquer óbice que o cerceie, impedindo que alcance sua meta no exercício de sua liberdade religiosa.

Ninguém pode criar obstáculos à vida religiosa da pessoa, tolhendo-lhe a ação, sob pena de violar o direito à liberdade de crença e de culto religioso, oponível erga omnes, e de reparar qualquer dano moral ou material que vier a causar.

O Estado é o guardião dessas liberdades. Tais direitos fundamentais requerem seu cumprimento nas relações jurídicas privadas, pois a dignidade humana não tolera quaisquer ingerências perpetradas no foro íntimo. (vide: Walter C. Rothenburg, op.cit. p. 156).

Urge lembrar, ainda, que, enquanto direito fundamental, a liberdade de religião, ou ato pessoal de adesão a uma religião, insere-se no rol das liberdades de pensamento, sendo um aspecto particular da liberdade de opinião. (Consulte: Elival S. Ramos, Notas, cit. p. 324).

Na lição de José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, S. Paulo, Malheiros, 1992, p. 225) a liberdade de religião como ocorre com a liberdade de pensamento, desenvolve-se em três planos: o de foro íntimo da liberdade de consciência em matéria religiosa ou da liberdade de crença religiosa, que é inviolável; o da exteriorização do pensamento, manifestando-se individual ou coletivamente, expondo-se ao conhecimento de terceiros, agindo segundo sua crença, sem se dirigir a alguém; trata-se, aqui, da liberdade de culto; e o da manifestação do pensamento a terceiro, tendo-se, então, a liberdade de ensino religioso, no âmbito da respectiva confissão. Logo, é inegável que, no exercício do culto, deve-se garantir o respeito à ordem constitucional, aos princípios e valores por ela assegurados.

A Constituição Federal garante para o cidadão: a liberdade de adesão intelectual a uma religião, a de não ter religião alguma, a de mudar de religião, a de manifestar individual ou coletivamente sua religião, através de ritos e a de organização para estabelecer cultos e a de ensinar a religião. No entanto, não abrange a liberdade de embarçar o livre exercício de qual-

quer religião. A liberdade religiosa de alguém vai até onde não prejudique a dos outros. (Vide: José Afonso da Silva, Curso, cit. p. 226).

Conseqüentemente, compete ao genitor guardião dirigir a criação e educação do filho menos, tendo-o em sua companhia e guarda. Cabe-lhe determinar o gênero de educação e de instrução que lhe convém dar, estabelecer a religião e o local em que deve receber os ensinamentos religiosos e, ainda, fixar a hora de estudos, lazer e recolhimento religioso.

Nada obsta a que o detentor da guarda estabeleça como deva a educação religiosa do filho, responsabilizando-se pela sua formação espiritual. Para tanto, poderá buscar uma escola confessional particular, que ministre o ensino de sua religião ao seu filho menor.

A liberdade religiosa não pode ficar condicionada a qualquer constrangimento, ainda que por parte do genitor, não detentor da guarda.

O ensino religioso deverá ser ministrado conforme os princípios da fé religiosa da criança ou do adolescente, que pode manifestar por si próprio ou pelo seu responsável.

Poderá o genitor-visitante exercer tão somente a fiscalização do desenvolvimento desse ensino religioso sem embarçar a formação da criança, tendo o dever de respeitar a diversidade de convicção ou de crença.

O direito de visitar, por sua vez, deve ser exercido de modo a não entrar a educação religiosa, reservando-se para tanto horário compatível com o ensino religioso e com a instrução da criança, não podendo desrespeitar o direito à liberdade de crença e de culto religioso.

Na hipótese de colisão entre uma concepção confessional de liberdade religiosa dos pais, deverá prevalecer, atendendo-se ao superior interesse da criança e do adolescente, aquela em que o menor já vem sendo doutrinado, pois é reconhecida a mesma dignidade às diferentes confissões religiosas, maioritárias ou minoritárias. Não há nenhum tratamento diferenciado dos grupos religiosos. (Consulte: Jônatas E. Mandes Machado, O regime concordatário entre a "libertas ecclesiae" e a liberdade religiosa, Coimbra, 1993, p. 43).

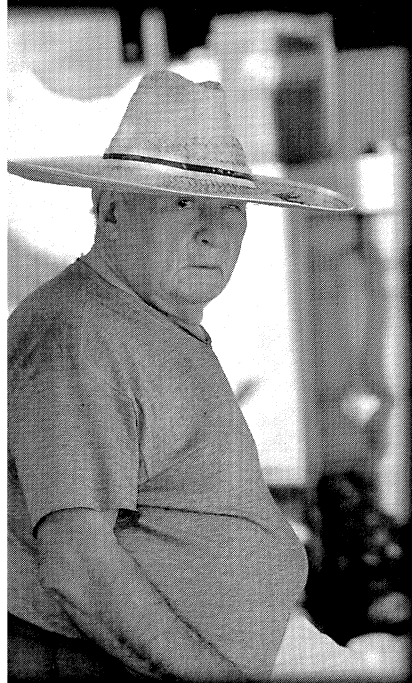
Admitir o contrário seria imprudente, por prejudicar o desenvolvimento educacional da criança, ou até mesmo anti-social, e equivaleria a acatar a teoria do abuso do direito, que tem por diretriz o exercício de direitos por seu titular, como bem lhe aprouvesse, causando danos e frustrando direitos alheios. (Consulte: Orlando Gomes, Introdução ao direito civil, p. 125).

Outro olhar

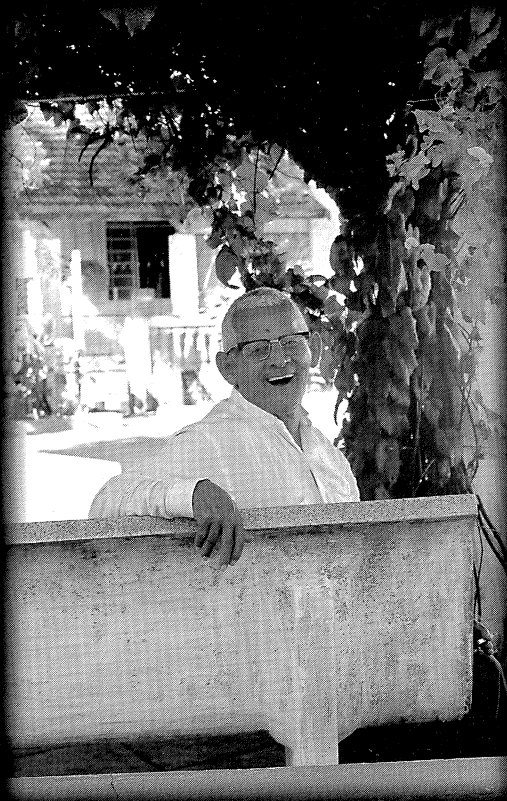
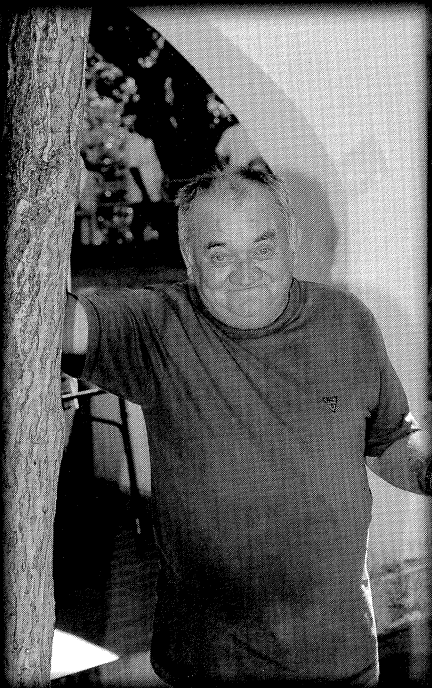


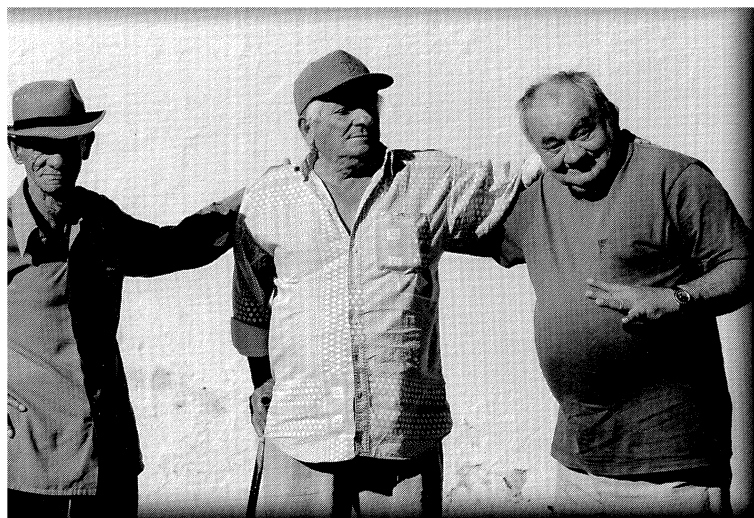
Ensaaios fotográficos

*Ivan Evangelista Júnior**



** Ivan Evangelista Júnior é fotógrafo e
gerente de Marketing da Fundação
Eurípides de Marília.
"Tempo", o trabalho exposto nesta edição,
foi realizado no abrigo Mansão Ismael*

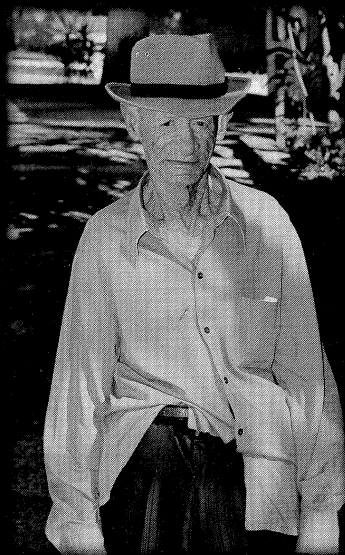
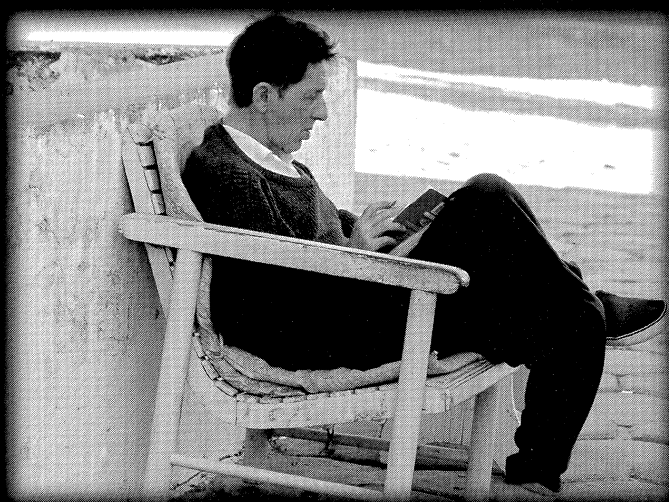
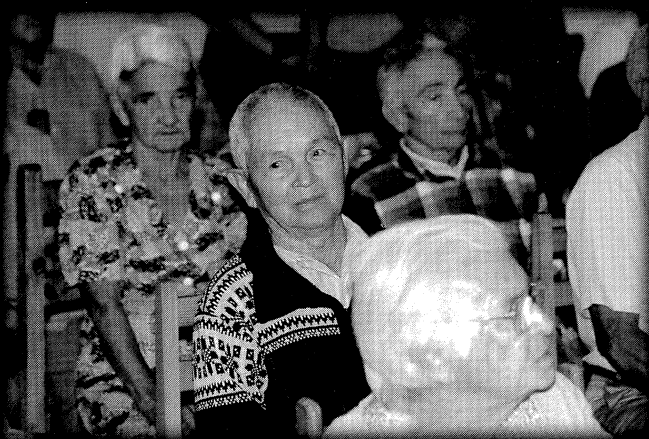




“Na força de cada olhar está o sentimento da vida, plena e realizada.
É a expressão do dever cumprido. Agora, não mais correr, e sim
viver o Tempo, aproveitando cada momento .
Chamam isso de experiência, eu não, digo que é pura sabedoria.”

(Ivan Evangelista Júnior)





NORMAS TÉCNICAS PARA PUBLICAÇÃO

Apresentação de artigos

1- Formato:

Os artigos devem ser apresentados em disquetes identificados (editor de texto word for windows 97), acompanhados de 4 cópias impressas (3 delas sem identificação do autor) em papel branco, tamanho A4 (21,0 x 29,7 cm) com margens de 2,5cm, entrelinhamento 1,5, fonte 12, Times New Roman, observada a ortografia oficial. As páginas devem ser numeradas consecutivamente no canto inferior direito. Os artigos devem contar com no mínimo 20.000 e no máximo 35.000 caracteres.

2-Sequência:

Os artigos devem apresentar a seguinte sequência:

- a) Título;
- b) Autor(es) ;(nesta linha deve-se acrescentar símbolo - * - que remeta à nota de rodapé informadora da qualificação do(s) autor(es))
- c) Resumo (máximo de 10 linhas);
- d) Palavras-chave (máximo de 06 palavras);
- e) Texto;
- f) Notas finais. A nota de rodapé só é permitida na primeira lauda e para indicar vínculo profissional, auxílios recebidos, apresentação em eventos e atribuição de créditos. As demais notas (apenas explicativas) deverão constar no final do texto enumeradas de acordo com o seu aparecimento, em conformidade com as recomendações da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).
- g) Referências bibliográficas;
- h) Abstract
- i) Key-words (máximo de 06 palavras)

Obs 1: As citações devem ser elaboradas de acordo com a NBR 10520 da ABNT, através do sistema autor-data.

Obs 2: As referências bibliográficas devem ser indicadas de acordo com a NBR 6023 da ABNT, de forma completa quando obra considerada no todo: autor; título; organização, revisão e tradução; edição; local; editor; ano de publicação; número de páginas; volumes; série ou coleção.

Obs 3: Os artigos devem obedecer ao rigor científico e devem estar adaptados aos temas da revista.

3-Fotografias:

3.1.-Fotografias devem ser nítidas, em papel brilha-

te, em preto e branco, tamanho máximo 9 x 14 cm. Assinalar no texto pelo número de ordem, o local de inclusão. Para reimpressão de fotografias devem ser indicadas as fontes de referência e anexadas as autorizações da fonte e do autor.

4-Anexo:

Os textos devem ser acompanhados de anexo contendo identificação completa, endereço completo para contato, e-mail e/ou número de telefone.

5- Tema:

Direitos Humanos, Cidadania e outros temas que se liguem às questões jurídicas de um modo geral e que provoquem e estimulem a discussão.

6- Endereço:

O material pode ser enviado para: Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (Revista **Em tempo**), Av. Hygino Muzzi filho, 529 - Caixa Postal 2041. Marília - SP - Cep: 17.525-901 - Tel: (14) 421-0833. Pode ser entregue na própria Instituição ou, ainda, enviado por e-mail: revista@fundanet.br

7- Prazo de recebimento:

A Revista **Em tempo** estará recebendo artigos, a serem publicados no próximo número, até 15/3/2002.

Disposições Gerais

1- As decisões do Conselho Editorial da Revista da Faculdade de Direito são soberanas, não cabendo recurso de espécie algum.

2- Todos os direitos autorais são reservados, sendo que nenhuma parte da publicação poderá ser reproduzida, destacada ou transformada por qualquer forma ou meio, sem constar o crédito da referência, de acordo com as leis de direitos autorais vigentes no Brasil.

3- A aceitação do trabalho para publicação implica na transferência de direitos do autor para a revista, sendo assegurada à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha o direito à mais ampla divulgação da informação.

4- Os autores receberão 5 exemplares do número da revista em que foi publicado seu trabalho.

5- O conteúdo dos trabalhos é de exclusiva responsabilidade dos autores

