

Magistrados Orgânicos e Ética da Responsabilidade

Priscila Campana

Mestranda em Relações Sociais – UFPR

"Os membros da coletividade devem, portanto, pôr-se de acordo entre si, discutir entre si. (...) Os elementos parcelares de verdade, que cada um pode ter, devem sintetizar-se na verdade complexa e ser a expressão integral da razão. No momento da ação (...) todos se tornaram responsáveis pelo insucesso. Só se pode ser intransigente na ação se durante a discussão se foi tolerante, (...) se as experiências individuais foram postas em comum, se todos os aspectos do problema foram examinados e não se criou qualquer ilusão." (GRAMSCI)¹

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo uma reflexão preliminar de sentenças de juízes alternativos² considerados como intelectuais orgânicos,³ e tendo por base o conceito de ética da responsabilidade,⁴ que constitui uma grande contribuição weberiana no processo de reconstrução do direito moderno.

A importância do estudo está em percebermos que é possível ao Direito ser um instrumento de transformação social democrático e emancipatório, através de uma ética própria de ação prática dos ma-

1. Cf. Gramsci. Artigo publicado em 17.12.1917, *Il Grido del popolo*, citado por Edmundo L. de Arruda Júnior, in *Direito moderno e mudança social*. p. 148.
2. Decisões de juízes de primeiro e segundo graus, extraídas principalmente da obra *Direito alternativo na jurisprudência*, deAMILTON BUENO DE CARVALHO.
3. Conceito gramsciano extraído da obra *Os intelectuais e a organização da cultura*.
4. Conceito extraído da obra *Ciência e Política: duas vocações*, e que será melhor estudado neste trabalho mais adiante.

gistrados orgânicos, que é a ética da responsabilidade.

Os agentes são operadores jurídicos que, despertando a consciência crítica, podem nos mostrar a práxis de um saber teórico comprometido com a construção de um novo modelo social. A jurisprudência alternativa então, como parte da cultura jurídica, contribui neste processo de mudança, apontando para uma homogeneização de ações sociais orgânicas.

Contudo, sabemos que a possibilidade de mudança depende de um processo social complexo no qual não existe sentido lógico da história, havendo avanços e recuos, o que faz com que seja analisada a importância da ética da convicção⁵ neste trabalho, pois ela nos ensina que, por melhor que seja a causa escolhida dentre uma pluralidade de valores, não há garantia de que sejam alcançados seus fins desejados.

A reflexão passa, portanto, em avaliarmos as práticas de magistrados orgânicos, pois são imprescindíveis no processo de reconstrução social, do modelo jurídico atual, do senso comum, mais adiante analisado. Como escreve ANITA HELENA SCHLEENER,⁶ "formar uma concepção de mundo coerente e unitária significa tomar consciência das contradições vividas no cotidiano, criticá-las e superá-las, unificando teoria e prática".

Ou seja, os operadores do direito vinculados e preocupados com a mudança social no interior das instituições jurídicas devem perceber suas ações práticas tendo olhos nos conceitos weberianos de ética da convicção e da responsabilidade, a fim de que não haja acirramento das crises modernamente enfrentadas.

Para tanto, foram escolhidas algumas sentenças modelares, em que podemos perceber a ética da responsabilidade presente, e outras questionáveis, em que, embora percebamos a ética da convicção, há ausência da ética complementar e fundamental, que é a da responsabilidade. Perceber essas tendências parece central para o aprimoramento da intervenção dos juízes democratas.

Nas palavras de HÉCTOR SAINT-PIERRE,⁷ "uma causa sem estratégia é irrealizável, mas uma estratégia sem causa é 'cega', a paixão sem responsabilidade é incontrolável, mas a responsabilidade sem paixão é paralítica".

Busca-se desta maneira uma discussão com vistas à superação de impasses, uma contribuição crítica para o aperfeiçoamento do movimento de Direito Alternativo.

2. Magistrados enquanto intelectuais orgânicos da transformação

ANTÔNIO GRAMSCI caracteriza de maneira funcional os intelectuais.⁸ Nes-

5. Conceito weberiano de ética extraído da obra supracitada. Significa uma causa e a luta por esta causa. Contudo, muitas vezes costuma ser indiferente quanto às consequências da ação. Deve ser complementada pela ética da responsabilidade.
6. In *Hegemonia e cultura*: Gramsci. p. 30.
7. In *Entre a paixão e a razão*. Campinas: EDICAMP, 1991. p. 99. Apud KATIE ARGÜELLO in *O Ícaro da modernidade*. p. 53.
8. Em sua obra, GRAMSCI afirma que: "Todos os homens são intelectuais, poder-se-ia dizer então; mas nem todos os homens desempenham na sociedade a função de intelectuais. Quando se distingue entre intelectuais e não-intelectuais, faz-se referência,

te sentido, formam grupos autônomos e independentes nas suas atividades técnicas e sociais, criando concepções de mundo fundadas nas suas práticas, estruturando-as historicamente.

Cada grupo social forma seus intelectuais, elementos que darão coerência e homogeneidade nas suas práticas. Ou seja, são fundamentais porque dirigem politicamente uma classe social sobre a sociedade.

Mas, os intelectuais não são homogêneos entre si. Pode-se dizer, assim, que existem três categorias deles: a dos tradicionais, a dos orgânicos do *status quo* e a dos orgânicos da transformação. Os primeiros atuam mediando o poder instituído, as massas camponescas e trabalhadoras em geral. Os segundos desenvolvem sua ação mantendo a ordem vigente.⁹

Diferentemente dessas duas primeiras categorias, àquela dos intelectuais orgânicos da transformação age construindo uma nova hegemonia porque ligada às classes dominadas, formando consciência crítica dentro de seus grupos sociais. Os intelectuais orgânicos da transformação, além de elaborarem de maneira racional concepções de mundo e divulgá-las, estão permanentemente em crítica aos intelectuais tradicionais.

Neste contexto, podemos entender os magistrados que estão comprometidos com uma nova ordem social emancipatória como intelectuais orgânicos da transformação, posto que podem ser agentes que contribuem no processo de transformação democrática na sociedade, organizando uma nova cultura em um novo direito.

A elaboração de práticas jurídicas novas em combate a práticas conservadoras, objetivando a efetivação do direito moderno nos moldes libertadores da Ilustração, segundo EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JÚNIOR,¹⁰ "faz-se através dos intelectuais orgânicos, cujas capacidades de potencializar a aglutinação cultural e de intensificar a socialização política das grandes questões políticas por cidadania dão-se preferencialmente nos aparelhos privados de hegemonia, como já lembrado, mas também ocorrem nos aparelhos de Estado".

E na medida em que reconhecemos os magistrados alternativos como intelectuais orgânicos, percebemos que o direito alternativo é prática da redefinição do senso comum de GRAMSCI. Isto quer dizer que a ciência jurídica adquire maior força e sentido quando torna-se um conhecimento popularizado nas práticas da sociedade.¹¹

na realidade, tão-somente à imediata função social da categoria profissional dos intelectuais, isto é, leva-se em conta a direção sobre a qual incide o peso maior da atividade profissional específica, se na elaboração intelectual ou se no esforço muscular-nervoso. (...) O problema da criação de uma nova camada intelectual, portanto, consiste em elaborar criticamente a atividade intelectual que existe em cada um em determinado grau de desenvolvimento, modificando sua relação com o esforço muscular-nervoso no sentido de um novo equilíbrio e conseguindo-se que o próprio esforço muscular-nervoso, enquanto elemento de uma atividade prática geral, que inova continuamente o mundo físico e social, torne-se o fundamento de uma nova e integral concepção do mundo" (*Os intelectuais e a organização da cultura*, pp. 07 e 08).

9. In Gramsci: *Estado, direito e sociedade*., pp. 81-87.

10. In *Direito moderno e mudança social*. p. 81.

11. EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JÚNIOR explica melhor que GRAMSCI "rejeita a crença no saber científico como verdade absoluta e no senso comum como 'saber falso'". Sendo assim "o senso comum não deve ser abolido por um conhecimento mais abstrato ou científico/acadêmico", in *Direito moderno e mudança social*. p. 103.

O que se busca, na realidade, neste movimento de direito alternativo, não é mais do que a dignidade de vida para todas as pessoas, a defesa popular contra a dominação econômico-burguesa imposta. E a concretização pode se dar através da internalização de princípios jurídicos que, em teoria geral, é sabido, suplanta em importância a norma em sentido restrito.¹²

GRAMSCI, neste sentido, acreditava na possibilidade de transformação social construída a partir da propagação de princípios jurídico-normativos no senso comum,¹³ onde a eficácia de um discurso é condicionada pela internalização do mesmo. Ou seja, a partir deste entendimento há a concepção do Direito valorizando a técnica jurídica e suas possibilidades. De acordo com EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JÚNIOR,¹⁴ há "o estabelecimento de condições concretas de redefinição dos sentidos das práticas jurídicas, cujos consensos, se ampliados, poderão redefinir o sentido geral do direito positivo, diminuindo a distância que o separa dos graus de liberdade apontados na promessa moderna".

Sendo assim, dentro de uma visão que redefine ciência e senso comum, na te-

oria e na ação, uma nova cultura jurídica é pressuposto para a elaboração de novas práticas no campo técnico do direito.¹⁵

A construção deste novo senso comum é fundamental para que surjam culturalmente consensos dentro das instituições, bases para o nascimento de outra hegemonia em que os operadores jurídicos têm suas práticas redefinidas. Bem esclarece o mesmo autor¹⁶ supracitado que "um novo senso crítico é possível, tendo por origem o confronto cultural com os sensos comuns que dão organicidade ao *status quo* jurídico e que reforçam a hegemonia dominante. Este primeiro movimento, desestrututivo, é imprescindível, mas insuficiente se, paralelamente à desestruturação do velho, não se der a construção (teórica) do novo (segundo momento)".

É um dos grandes desafios, principalmente porque fundado em um novo voluntarismo ético,¹⁷ que é o resgate da vontade do ator, magistrado, que rompe com determinismos na história humana.

3. A ética da convicção e a ética da responsabilidade

Aceitamos a tese weberiana de que a modernidade padece de um mal estrutural:

12. Como explica AMILTON BUENO DE CARVALHO: "a alternatividade busca (...) estratificar as conquistas legais que permitem que os princípios aterizem na vida diária. (...) Assim, o limite para violação das regras está nos princípios gerais do direito. É que a lei que atrita com os princípios perde sua finalidade/legitimidade. Ela implode" (*Direito alternativo na jurisprudência*. p. 13).
13. Um novo senso comum pode ser construído ao nível de lutas profissionais, movimentos sociais, e no interior do Estado, porque é possível em todos os campos tocados pela cultura. A respeito, consultar a obra *Direito moderno e mudança social*. p. 36.
14. In *Direito moderno e mudança social*. p. 149.
15. Esta construção é precedida pela desestruturação do senso comum tradicional, de base positivista e conservadora, urgindo a redefinição da relação entre ciência e senso comum e possibilitando a elaboração de um novo senso comum em nível dos mais amplos setores sociais. Há como consequência alargamento de espaços consensuais, como elucida EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JÚNIOR, in *Direito moderno e mudança social*). p. 19.
16. Idem, p. 83.
17. GRAMSCI resgatava a vontade e a ação política do sujeito, produtor da história. Idem, p. 29.

o “paradoxo das consequências”.¹⁸ Ou seja, o homem moderno é um ser ao mesmo tempo mais livre e mais “enjaulado” nos complexos burocráticos. O direito é o mais complexo sistema burocrático, que pode servir à democracia e a sistemas autoritários e totalitários. Os operadores do direito, da mesma forma contribuem tanto para reproduzir o *status quo* como para ampliar esferas de liberdade, afirmando princípios jurídicos legados da modernidade.

A assunção de valores por parte do intelectual orgânico magistrado se dá ao meio de opções de um mundo fragmentado, dilacerado por conflitos de classe, intraclasse e supraclasses. Cabe, portanto, a esse intelectual orgânico sopesar nas suas ações (sentenças) os seus efeitos possíveis, pois a hipótese de propagação da mesma é parte do projeto de reconstrução de um novo senso comum, em termos gramscianos.

O magistrado, enquanto operador jurídico, faz escolhas entre vários valores que têm que ser hierarquizados, definindo também os modos de ação de que pode dispor porque sua atuação, como a de qualquer homem, implica na assunção de posição em meio à pluralidade de opções. Nesta linha de raciocínio, e entendendo WEBER, bem explicita ROLANDO LAZARTE¹⁹ que “a ética weberiana se assenta nas escolhas que

os indivíduos fazem dentre uma pluralidade de alternativas valorativas, nenhuma das quais pode reivindicar para si o título de única verdadeira, ou sequer mais verdadeira que as suas concorrentes”.

Da mesma forma, se por um lado os valores não são inerentes às coisas, sendo resultados das atividades humanas e de suas escolhas (o que nos faz ver a falácia da neutralidade), por outro atribuem coerência e sentido à vida humana, guiando as ações.²⁰

Assim, em MAX WEBER, explica KATIE ARGÜELLO, o processo de racionalização trouxe consigo uma maior consciência da diversidade e dos conflitos próprios dos espaços de valor. E sendo deste modo, “o indivíduo já não pode mais esquivar-se da responsabilidade da escolha entre deveres irreconciliáveis”.²¹

O grande equívoco é atribuir à ciência o papel de propulsora de fins à ação prática. WEBER questiona a atribuição à razão de criar bases normativas para dirigir a conduta política do indivíduo.

Desta maneira, “a escolha de uma determinada ação, com um fim determinado, pertence ao domínio da crença e das convicções, tão importantes ao homem quanto ao conhecimento científico”.²² O que nos faz entender que os valores devem

18. Conforme KATIE ARGÜELLO, esta expressão decorre da consideração de WEBER de cada esfera valorativa como um reino com normas valores e obrigações inseparáveis umas das outras, e que sujeitam o indivíduo à imprevisibilidade porque a utilização de um meio considerado justo e bom não necessariamente tenha como resultado um fim igualmente justo e bom. In *O ícaro da modernidade*. p. 44.

19. Max Weber: ciência e valores. p. 61.

20. In *O ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*. p. 41.

21. *O mundo perfeito, nem possível, nem desejável – ética e racionalidade na sociologia de MAX WEBER*. p. 09

22. Idem, p. 10.

ser reconhecidos como escolha e decididos na esfera da ação política.

Nesta perspectiva, a conduta esperada de um operador jurídico, de um magistrado, é a da responsabilidade diante de suas opções e ações, porque as consequências delas resultantes podem ser completamente diferentes daquelas que foram inicialmente desejadas. A utilização de um meio considerado justo e bom nas escolhas e ações não significa a obtenção, como resultado, de um fim também justo e bom. Assim, é necessário ao operador do direito, em seu papel, perceber o discurso ideológico de PANGLOSS, do conto de VOLTAIRE, que ensinava que “como tudo é feito para um fim, tudo é feito necessariamente para o melhor fim”, sem se deixar iludir por ele.²³

A ética adequada aquele homem político, magistrado orgânico, é o da responsabilidade, e não isoladamente o da convicção. No plano positivo, a ética da convicção compreende a escolha de uma determinada ação em conformidade com a crença por alguma causa. Contudo, na sua esfera negativa, porque não conjugada à ética complementar (da responsabilidade), a ética da convicção é uma ética indiferente às consequências da ação, fora de contexto e, assim, indiferente às particularidades de cada caso concreto às quais a política está atrelada. Elucida KATIE ARGÜELLO: “ela não se importa com o resultado da ação; se algo der errado, atribuirá a responsabilidade ao mundo ou à vontade de Deus, e não ao agente da ação”.²⁴

A ética da responsabilidade, por sua vez, traz racionalidade dirigida a finalidades e valores e ao cálculo das consequências da ação. Bem traz a mesma autora supracitada: “a responsabilidade, enquanto uma característica fundamental do ator político, é balizada exatamente pela possibilidade de prever as consequências da ação e, para tanto, o ator político terá de contar com um meio (mais ou menos efetivo) que lhe propicie ter uma idéia dos desdobramentos possíveis do estado de coisas de seu interesse. Se por um lado, os valores orientam a ação do político, este, para efetivar seus projetos, terá de fazer uma ‘visão inteligente’, ou seja, deverá avaliar, tentar ‘calcular’ racionalmente mediante esquemas ideais, o desenvolvimento e o futuro curso da ação. E é nesse sentido que a ciência pode contribuir para a ação: propondo os meios para atingir determinados fins e prevendo os efeitos possíveis; mas nunca interferindo na escolha dos valores últimos a serem atingidos, ou seja, na causa”.²⁵

23. KATIE ARGÜELLO bem explica o assunto: “O problema de idealizar um mundo perfeito como um *a priori* já estava colocado no seio da própria Ilustração, na força do conto de VOLTAIRE (CÂNDIDO), que consiste em tornar os otimistas ridículos mostrando a contradição entre uma realidade horrível e os discursos teóricos do mestre PANGLOSS, que ensinava que *como tudo é feito para um fim, tudo é feito necessariamente para o melhor fim*. De certa maneira, essa concepção crítica ao otimismo ingênuo está presente na obra de Weber” (*O mundo perfeito: nem possível, nem desejável – ética e racionalidade na sociologia de Max Weber*, pp. 08-09 e 31).

24. Weber e o direito: racionalidade e ética. p. 65.

25. In *O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*. p. 53.

O homem de ação, político, o magistrado, deve ter sua “causa”, que é força propulsora para modificar a história e que faz com que a atividade jurisdicional não se torne mera técnica mas, também, deve ter o sentimento de responsabilidade atrelado ao senso de proporção. Ao magistrado orgânico coloca-se a urgência de consciência nas suas escolhas, e agir determinado pela ética da responsabilidade.

Assim, não basta estar movido apenas pela ética da convicção, que significa uma “causa” e a luta por ela. Imprescindível é estar movido também pela ética da responsabilidade, que “prevê” os meios adequados e as consequências possíveis da ação, inclusive os seus efeitos reversos, (não imaginados pelo operador) e perversos (não desejados por ele).

4. Dois casos de sentenças modelares

4.1 Primeiro caso: reintegração de posse

“Não tinham pressa em chegar, porque não sabiam aonde iam. Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo, iam, ao acaso, em descaminhos, no arrastão dos maus fados. Não tinham sexo, nem idade, nem condição humana. Eram os retirantes. Nada mais.”²⁶

O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem pediu a reintegração liminar na posse de uma faixa de domínio

ao lado da Rodovia BR 116 porque várias famílias “indigentes” a ocuparam, construindo barracos de plástico preto como moradia.

Irônica foi a alegação do autor da demanda: o Estado desejava desalojar os invasores de suas terras argumentando a proteção às suas próprias vidas, que corriam o risco de atropelamento. Ou seja, pondera o magistrado, “quer livrá-los da morte sob as rodas de uma carreta e arrojá-los para a morte sob o relento e as forças da natureza. Não seria pelo menos mais digno – e menos falaz – deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida?”.

Com muita propriedade, o juiz indeferiu o pedido de reintegração de posse contido na inicial, e extinguiu o processo, contextualizando o problema em nível social, político e econômico. Tendo visão crítica da questão, esclareceu que não desalojará as pessoas: “ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou desalojar este pessoal, com a ajuda da polícia, de seus moquiços, em nome de uma mal arrevesada segurança nas vias públicas”. Segundo ele, os ocupantes, chamados de “invasores”, “são hoje os excluídos e ontem foram os descamisados, resultados do perverso modelo econômico adotado no país”.

Para o magistrado, as pessoas envolvidas na “invasão” são personagens que existem de fato: “os réus são ‘indigentes’,

26. JOSÉ AMÉRICO DE ALMEIDA, em *A bagaceira*, citado no Processo nº 950003154-0 do Juízo Federal da 8ª Vara de Minas Gerais. O magistrado atua como intelectual orgânico independentemente de reconhecê-lo.

reconhece a autarquia, que pede a reintegração liminar na posse do imóvel. E aqui estou eu, com o destino de centenas de miseráveis nas mãos. São os *excluídos*, de que nos fala a Campanha da Fraternidade deste ano". Continua logo em seguida: "isto não é ficção. É um processo. Não estou lendo GRACILIANO RAMOS. Os personagens existem de fato. E incomodam muita gente, embora deles nem se saiba direito o nome. É VALDICO, JOSÉ MARIA, GILMAR, (...). Só isso para identificá-los. Mais nada. Profissão, estado civil (CPC, art. 282, II) para quê, se *indigentes* já é qualificação bastante?"

Em suas palavras, no presente processo, não estamos diante de pessoas que tivessem recebido do Poder Público "razoáveis oportunidades de trabalho e de sobrevivência digna", o que explica que a lei reguladora das ações possessórias, mandando expulsar invasores (art. 920 e seguintes do CPC), "tem em mira o *homem comum* (...) que no caso, tendo outras opções de moradia, *prefere assenhorar-se* do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou qualquer outro motivo que mereça censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os seres da mesma espécie possuem". E este não é o caso dos excluídos tratados neste processo.

Também fundamenta a decisão lembrando que o compromisso do Estado para com o cidadão baseia-se em princípios, que têm origem na Constituição da República e são basilares da eficácia das leis menores.

Por isso, argumenta o magistrado, "contra este exército de excluídos, o Estado (aqui através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso, reintegração de posse), enquanto ele próprio não se incumbir da tarefa que lhe reservou a *Lei Maior*". Quer dizer, "enquanto não construir – ou pelo menos esboçar – 'uma sociedade livre, justa e solidária' (CF, art. 3º, I), erradicando 'a pobreza e a marginalização' (III), promovendo a 'dignidade da pessoa humana' (art. 1º, III), assegurando 'a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social' (art. 170), emprestando à propriedade sua 'função social' (arts. 5º, XXIII, e 170, III), dando à família, base da sociedade, 'especial proteção' (art. 226), e colocando a criança e o adolescente 'a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão' (art. 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns (...), aptos a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles exigir – diretamente ou pelo braço da Justiça – o reto cumprimento da lei".

Cita ainda RUDOLF VON IHERING,²⁷ no sentido de que "num dos braços a Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de estímulo a que o Estado viesse hoje pedir a reintegração. Só que, no outro, ela sustenta a balança, em que pesa o direito. E as duas (...) hão de trabalhar em harmonia".

27. O magistrado cita na sentença IHERING: "A espada sem a balança é força bruta; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança".

Assim, o magistrado atenta também para o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil,²⁸ e para o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama que “todo ser humano tem direito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim com a sua família, a saúde e o bem-estar e, em especial, a alimentação, o vestuário e a moradia”, para, com fundamento nos arts. 267, I e VI, 295, I e parágrafo único, III do Código de Processo Civil, indeferir a inicial e extinguir o processo.

Seria “deslealdade” e “pretensão moral e juridicamente impossível” o deferimento do pedido de reintegração de posse neste caso.

Quanto à problemática de que o Estado pretenderia proteger a vida dos invasores sujeitos a atropelamento na área ocupada, o magistrado sugeriu, concluindo a sentença, que o DNER sinalizasse convenientemente a rodovia nas imediações, para que não houvesse risco de acidentes na área.

Noutra decisão,²⁹ reconhecidamente alternativa, cujo assunto era também o de reintegração de posse, um dos magistrados argumenta que “ao Juiz não é dado decidir apenas com o sentimento, desde que sua função essencial é fazer cumprir as normas legais vigentes, que se presumem justas e adequadas à solução dos conflitos. Mas também não é ele um frio aplicador do texto, cabendo-lhe interpretá-lo, não raro, à luz da justiça social”, pois muitas normas

estão distantes da realidade e “empoeiradas em códigos”, e então “ocorre o conflito do direito escrito com a justiça ideal, obrigando o julgador a fazer uma consciente opção”.

Assim explica o outro juiz, **nesta mesma decisão**: “ora, colocado na balança da justiça, de um lado os interesses de três casais, para os quais a área em litígio representa muito, mas não é fundamental, e de outro, os de noventa ou mais famílias, para as quais essa mesma área é condição de vida digna, parece não ser difícil determinar para que lado pende a balança”.

Para ele, o Judiciário deve colaborar com o Legislativo e o Executivo na solução dos problemas sociais, especialmente porque, caso a caso, são resolvidos em concreto. Então, o Judiciário não pode ser injusto, “aguardando que sobrevenha lei justa, máxime quando o legislador se omite, temeroso das consequências que possam advir da emissão de norma geral”. Encerra seu voto da seguinte forma: “afirmou-se, no início, não se encontrar na lei solução expressa para o caso dos autos, o que não é verdade, porque a Constituição, que é a Lei Maior e prepondera sobre qualquer outra, consagra a função social da propriedade”.

Desta forma, podemos perceber em ambas sentenças a ética da convicção aliada à ética da responsabilidade, independentemente dos autores reconhecerem seus papéis enquanto magistrados orgânicos.

28. Diz o art. 5º da LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

29. Embargos Infringentes nº 100287119 – 1º Grupo Cível, in *Direito alternativo na jurisprudência*. p. 152.

4.2 Segundo caso: constrangimento ilegal – violência à integridade física e moral

No caso, o diretor-presidente da fábrica da De Millus, valendo-se da sua posição, sujeitava funcionárias à revista pessoal vexatória e humilhante, com despimento de roupas íntimas (sutiãs e calcinhas), para revista sob ameaça de despedimento por justa causa.

O ato configurou-se como constrangedor porque ficaram evidentes todos os requisitos que o configuram, havendo violação à dignidade humana. Assim, o Ministério Público pediu a condenação em alegações finais, tendo entendido comprovados o crime³⁰ e a autoria.

A defesa, por sua vez, pedindo a absolvição, sustentou inexistente o crime porque as operárias compareciam à revista voluntariamente e a prática da revista era realizada em defesa do patrimônio empresarial.

O magistrado, entendendo diferente, explanou que “em nome da defesa do patrimônio do lucro não se pode, porém, violar a dignidade humana”, e condenou o réu à penalidade própria.

Na sentença dispõe que não há igualdade das partes nesta relação contratual, ou

seja, as mulheres-operárias da empresa não se encontram em igualdade de condições na elaboração do contrato laboral. As primeiras são proprietárias apenas do seu corpo e da sua força de trabalho, a segunda é proprietária dos meios de produção, e compra daquele trabalho.

Quer dizer, para o magistrado, “o papel da teoria contratual é exatamente dissimular e ocultar essa desigualdade, fingindo que todos são iguais perante a lei, mascarando a existência de uma vida social diferenciada e anterior ao contrato, com suas dependências e limitações”. E bastaria, no seu entendimento, a leitura das regras da De Millus para visualizar-se a radical desigualdade entre as partes e o grave constrangimento ilegal a que são submetidas as operárias.

O magistrado explanou que as mulheres não opunham resistência à coação em virtude da ameaça de demissão: “iam para a revista coagidas pela possibilidade real e certa da demissão, intimidadas e humilhadas. E não existe maior exemplo de grave ameaça do que a ameaça de demissão, num país sem emprego, de povo cada vez mais empobrecido, num país que nega aos seus cidadãos o exercício da cidadania”.

Não se pode confundir o exercício do direito com o evidente abuso fruto das normas regulamentares da empresa coatora. Neste caso, as normas são disciplinares que visam o controle e o domínio absolutos so-

30. O magistrado cita, na sentença, ANÍBAL BRUNO, para explicar o crime de constrangimento ilegal: “o núcleo da ação está em violentar a vontade outro, em submeter ao querer do coator a sua capacidade resolver, decidir e transpor essa decisão em comportamento no meio exterior. É um atuar deliberadamente encaminhando a um fim específico, que é a ação ou omissão a que a vítima é levada, uma vez cedendo à compulsão que sobre ela se exercita” (*Direito penal*, tomo 4º, 2ª ed., Forense, 1972, p. 338).

bre a mulher-operária, invadindo seu próprio corpo. Neste raciocínio, o magistrado orgânico fundamenta sua decisão lembrando FOUCAULT,³¹ que analisa “como as normas disciplinares – a partir das instituições fechadas e de focos de controle disseminados na sociedade – se tornaram, a partir do século XVII, fórmulas gerais de dominação, através de uma política de coerção individual e coletiva sobre os corpos, os gestos, os comportamentos, modelando ‘corpos submissos e exercitados, corpos dóceis’. Corpos domesticados e adestrados”.

Assim, para este objetivo, são desenvolvidos “minuciosos regulamentos da escola, do quartel, do hospital, da oficina, do convento”. E “na segunda metade do século XVIII, as indústrias passam a ocupar grandes espaços, e ‘a fábrica parece (...) uma cidade fechada’”.

Fica então evidente, pondera o magistrado, que “todos esses sistemas disciplinares trazem, (...) um pequeno mecanismo penal, representado pela sanção normalizadora. Na De Millus, essa sanção é a demissão, imposta a quem ouse discutir a ordem do patrão”.

Na mesma sentença, o magistrado explica que na fábrica, “fica bem visível a existência dessa ‘sujeição mortífera sobre o corpo’,³² com a prática da humilhante revista íntima”. Cita ALESSANDRO

BARATTA,³³ que menciona o “nexo histórico entre o cárcere e a fábrica”, que são modelos de disciplina e controle, inerentes ao modo de produção capitalista.

Faz belíssima defesa de seu posicionamento: “desta forma, a organização opressiva da relação de poder existente na fábrica reduz a capacidade de resistência do empregado a uma ordem constrangedora. Principalmente numa fábrica onde trabalham mulheres, já historicamente submetidas e oprimidas”.

E esse controle disciplinar é ainda mais grave nos países de Terceiro Mundo, em que “não basta a mais-valia, roubo legitimado da força de trabalho. É preciso roubar, também, a dignidade e o sentimento, espoliar da pessoa a sua própria humanidade. Em nome dessa ordem militarizada, que fragmenta o ser humano, em defesa do lucro e dos valores produzidos por esse modelo de vida, tudo se permite”.

A revista íntima na empresa foi reestruturada, no final da década de sessenta, como informou o empregador, que entende ser “constrangedora mas necessária para desencorajar as funcionárias à prática de roubo”. O gerente, por sua vez, justifica a prática porque “na empresa há mais de três mil funcionárias e para o seu funcionamento é preciso manter a disciplina”, e se

31. O magistrado cita FOUCAULT no livro *Vigiar e Punir*. Vozes, 1977. p. 127.

32. O magistrado extraiu a expressão de POULANTZAS (*in O Estado, o poder e o socialismo*, Graal, 1981. p. 88), em que a intensa repressão disciplinar se faz sempre através de uma ‘sujeição mortífera sobre o corpo’, constituindo-se numa ‘violência física organizada’.

33. Utilizou o termo de *Criminologia crítica e política penal alternativa*, *in Revista de direito penal*, vol. 23. p. 7.

houvesse recusa para a revista, a funcionária seria despedida.

Estes são, para o juiz, “efeitos da ditadura militar na desorganização humana da sociedade brasileira”, sendo muito mais graves do que se imagina porque os métodos da organização militarizada passaram a constituir o modelo das técnicas disciplinares. E cita FOUCAULT³⁴ novamente: “o crescimento de uma economia capitalista fez apelo à modalidade específica do poder disciplinar, (...) cujos processos de submissão das forças e dos corpos, cuja anatomia política em uma palavra podem ser postos em funcionamento através de regimes políticos, de aparelhos ou de instituições muito diversas”.

Sendo assim, as operárias da fábrica não puderam suportar mais que o seu sentimento de dignidade fosse tratado como mercadoria, “e disseram não³⁵ à submissão e à resignação, disseram não ao conformismo e à passividade, disseram não ao medo e à humilhação – ao mesmo tempo dizendo sim à sua cidadania, dizendo sim à liberdade, dizendo sim à vida”.

Na sentença o juiz conclui que “o Direito Penal será mais democrático e eficaz quanto mais puder garantir os direitos fundamentais do cidadão”. Ou seja, o magistrado coaduna sua ética de convicção com a de responsabilidade: “um Direito Penal que respeite a condição humana e sirva ao homem, e não ao poder que oprime, será um Direito Penal que reprove a conduta do acusado, reconhecendo o constrangimento

ilegal, e assegure às mulheres-operárias da fábrica De Millus o direito de dizer não à violação da sua intimidade física e moral”.

E, porque o acusado tem situação econômica privilegiada e “o crime produz consequências danosas à liberdade individual e coletiva, atingindo um número imprevisível de operárias, de maneira permanente e contínua”, o magistrado aplicou a pena de multa, fixada bem acima do mínimo, tendo julgado procedente a ação penal com a condenação do réu.

A sentença em exposição pôde evidenciar a conjugação da paixão do magistrado pela causa das operárias, com a sua responsabilidade ética em “prever” que as consequências de tal constrangimento são desastrosas não somente para aquelas mulheres como também para toda a coletividade. Muito bem fundamentada, trouxe fortes elementos jurídicos e argumentos sociológicos e filosóficos, deixando claro também que o Direito deve ser interdisciplinar na resolução de seus conflitos.

5. Dois casos de sentenças questionáveis

5.1 Primeiro caso: delito contra os costumes – estupro e atentado violento ao pudor

A denúncia pretendia a condenação do réu pelos delitos de roubo qualificado, estupro e atentado violento ao pudor, em

34. *Vigiar e Punir*. Vozes, 1977. p. 194.

35. O magistrado lembra EDUARDO GALEANO em seu texto *Nós dizemos não* (ed. Revan, 1990): “nós dizemos não: nós nos negamos a aceitar esta mediocridade como destino”.

concurso material.³⁶ O magistrado reconheceu o concurso entre roubo e o delito entre os costumes, contudo, considerou crime continuado³⁷ entre estupro e atentado violento ao pudor. Trata-se na verdade acerca da discussão entre a absorção ou não da cópula anal no crime de estupro.

Não obstante o dolo no art. 213 dirigir-se à conjunção carnal e no art. 214 a ato de libidinagem³⁸ diverso daquela, o juiz preconizou que “atualmente conjunção carnal é ato complexo que envolve sexo vaginal, oral, anal, beijo lascivo, toques pelo corpo”,³⁹ sendo ato único que gera crime único.

Nesta visão ocorre ato único em que um crime absorve o outro. Expõe que “a vítima do ato bestial sente agressão pela violência sexual (pouco importando o local do corpo que é agredido)...” e assim não há que se compartmentalizar a conjunção carnal porque o delito é somente um. Não há aqui, para o magistrado, concurso de crimes, pois fundamenta: “qual a especificação legal da atividade do réu pelo coito anal e vaginal? A jurisprudência caminha, ora no sentido de reconhecer concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor (Ap. 688019967, 3ª Câmara Criminal), ora como crime continuado (Ap. 688076215, 2ª Câmara Criminal). A maioria entende ocorrer concurso material. Ouso, todavia, entender de forma diversa (...”).

Entende o magistrado que estupro é igual violência, concordando com entendimento popular. E que o art. 214 do Código Penal não resta revogado, mas sim reservado para delitos de pessoas do mesmo sexo ou quando não há conjunção de carnes. Continua logo em seguida explicando que “se o ato sexual (conjunção carnal) é ato único, complexo, que envolve diversas práticas, a decorrência lógica é a da existência de crime único. Não há, pois, um crime violento para o sexo vaginal e outro para o beijo, toque, oral ou anal. Tudo é o mesmo: sexo normal, com suas premícias ou complementos”.

No corpo da sentença o magistrado cita ainda, ratificando o seu entendimento, parte de um acórdão, em que explicita que a cópula anal, sendo ato praticado na mesma ocasião em que se deu o estupro da ofendida pelo réu, é absorvida por este: “até mesmo o beijo lascivo o seria e, não obstante, praticado num desdobramento voluntário da infração maior, ou para ela dirigido, ninguém se abalançaria a entendê-lo como conduta destacada e punível”.

Contudo, não se pode perder de vista, em nome de todo um processo de descriminação no contexto das mudanças em direito penal, as consequências práticas que uma posição deste tipo pode acarretar. A começar pela conceituação de conjunção carnal como ato que envolve diversas

36. Ocorre quando são somadas as penas privativas de liberdade referentes a cada crime, até o limite de trinta anos.

37. Na hipótese de duas ou mais ações seguidas, com o objetivo de se obter no final um só resultado.

38. CELSO DELMANTO esclarece que o constrangimento a que se refere o art. 214 do CP, atentado violento ao pudor, não visa a cópula vaginal, mas a coagir o ofendido a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. *Código penal comentado*. p. 41.

39. *Direito alternativo na jurisprudência*. p. 41.

práticas inclusive a do coito anal. Que implicações pode trazer este entendimento?

Será que pensar a cópula anal como parte do estupro não pode trazer efeitos perversos? Em nome desta idéia não seria bem melhor ao “estuprador” além de manter coito vaginal e ficar apenas neste ato, manter também o anal abusando violentamente da vítima já que será incriminado apenas por um delito?

Que as motivações dos juízes para decidirem se há concurso material, crime continuado ou se não há concurso, são possíveis e diversas, todos sabemos. Contudo, é preciso também que estes juízes estejam decidindo cientes de suas escolhas, responsáveis por elas. Não radicalizando de um lado, somente vislumbrando o feito técnico, “julgando-se o mais rápido possível”, e nem tampouco apegar-se somente na sua ética de convicção, a “causa” pela qual luta e acredita.

5.2 Segundo caso: sedução de menor de quatorze anos

O réu foi denunciado porque contrangera sua namorada, de doze anos de idade, a manter com ele relação sexual. Segundo a sentença, a garota foi desvirginada por vontade própria e por isso, o rapaz não responde por ilícito de estupro e nem se presume a violência. Neste sentido, a questão⁴⁰ é que “a vítima estava preparada para enfrentar sua sexualidade independente de qualquer atitude do acu-

sado” e que o limite de quatorze anos fragilizou-se no tempo. Ou seja, os quatorze anos de idade de ontem não são os quatorze anos de hoje e dessa maneira a presunção de violência limitada nesta idade evidencia que foi estabelecida em um momento em que sexo era tabu e a virgindade era dogma.

O magistrado explica seu posicionamento: “as bases que estabeleceram o limite de 14 anos para presunção de violência foram destruídos pela sociedade. (...) E aqui, o que se vê? A ofendida querendo realizar-se sexualmente, espontaneamente escolhe o réu (...), passam a noite juntos na companhia de outro casal e, ao amanhecer, a vida continua normalmente”.

Mas, isso é generalizável? E até que ponto a idéia é absoluta?

Recentemente decisão, vencedora por maioria, do Supremo Tribunal Federal⁴¹ polemizou nesta matéria, sustentando a mesma tese. O juiz Relator Ministro MARCO AURÉLIO desconsiderou o estupro e a violência presumida, embora a vítima tivesse doze anos, porque “se passara por pessoa com idade superior à real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental, tendo confessado em Juízo que mantivera relação sexual com o réu por vontade própria”. Para o magistrado, a pouca idade da vítima não afasta sua confissão de que mantivera relação sexual por livre vontade e a presunção de violência não existiu em função da modificação dos costumes na vida social.

40. Direito alternativo na jurisprudência. p. 43.

41. Habeas corpus 73.662/MG – Estupro e violência presumida – Decisão STF.

Quais as consequências que pode trazer uma decisão dessas, vinda de um órgão tão influente como o Supremo?

De maneira diversa, o voto de outro magistrado, embora vencido, pareceu pautar-se melhor visando as “consequências” do ato de se desconsiderar a violência presumida no caso em tela, deixando também implícito o quanto as decisões judiciais influenciam tantas outras.

Pondera o magistrado que a presunção de violência não pode ceder à consideração do consentimento da ofendida e nem tampouco a sua experiência sexual. De certa forma, ao menor falta maturidade para ter consciência plena de suas escolhas.

Ainda para ele, mais grave é que, ignorar a tutela legal a menores seria incentivar a prostituição infantil. O fato de menores de quatorze anos manifestarem consentimento em ato sexual poderia levar a tornar impunes ações socialmente reprováveis e repulsiva de homens inescrupulosos que buscariam satisfação sexual com crianças. Não bastasse a miséria material e os abandonos moral e intelectual, “bastaria, a seguir, para a impunidade, que a infeliz vítima, em razão de dinheiro ou de favores outros do sujeito ativo, ou mesmo por medo de represália, afirmasse que consentira na prática da conjunção carnal”. Continua o Ministro a explicar que negar o texto da lei aqui, não contribuiria para o problema da infância e da adolescência de nosso tempo e sim pioraria a situação de meninos e meninas de rua. Por isso, não se poderia dar à

lei a interpretação que aparentemente atenderia a uma época de liberação sexual, sob o risco de se estar favorecendo certa prostituição de crianças e adolescentes.

A argumentação que traça este outro lado, e que foi voto vencido, serve ao menos aqui, para reflexão sobre as possíveis consequências que podem advir de uma sentença como esta, influente que possa ser do Oiapoque ao Chuí, tendo em vista que muitos operadores jurídicos consideram julgados do Supremo Tribunal Federal como sacrossanta lei e aplicam-na independentemente de maiores ponderações.

6. Considerações finais

O magistrado, imerso em um mundo de valores em conflito, é forçado a fazer escolhas, decidir. E sentencia conforme suas crenças, movido por seus ideais, “suas causas”. Contudo, para a implementação de um novo senso comum, faz-se necessário que conjugue a sua prática de convicção à prática da responsabilidade conseqüente, detectando os possíveis efeitos de suas ações.

Da mesma forma, enquanto agente político de transformação, deve, não somente conhecer a si próprio reconhecendo seu papel atuante na sociedade, mas também conhecer o fato em julgamento e as pessoas litigantes, inseridos em seu contexto histórico, social e político. Bem escreve AMILTON BUENO DE CARVALHO⁴² que “o desconhecimento do fato e dos atores em litígio são tão presentes que a maioria dos julgamentos se dá de forma antecipada. Quem está sendo julgado tem

42. Direito alternativo na jurisprudência. p. 19.

insignificante valor. E isso até os advogados desejam: julgue-se rápido, não importando se bem ou mal: a solução, seja qual for, é o que interessa".

E esta posição de julgamento sem se importar com as consequências da decisão, é a típica da ética da convicção, em seu aspecto negativo, desatrelada da ética da responsabilidade.

Os "éticos" sem responsabilidade ou utilizam a lei endeusada, vestida de ciência, mas limitados ao positivismo jurídico atrelado à manutenção do *status quo* social, ou a descartam, em nome de flexibilidades inconsequentes, que podem ficar à mercê de ventos neoliberais, por exemplo, agravando a crise já existente.

A esperança é a transformação de condutas desta ética para a da responsabilidade, que contribui para que as ações políticas incorporem maior sentido e maturidade.

Neste sentido, o intelectual orgânico modificador de realidades, magistrado, reconhece na sua atuação a realidade histórica e as relações de poder nela inseridas.

Assim, dirige sua ação, que não deixa de ser apaixonada:⁴³ "Sentenciar com a perspectiva do amanhã, com a possibilidade transformadora na diretiva da utópica vida com dignidade para todos. É propor o ainda não, mas que pode vir a ser. Decidir

com os olhos no futuro e não no passado, como se as coisas não se alterassem. É fazer parte ativa na construção de novo modelo social."⁴⁴

Para tanto, é importante também a racionalidade política, no dizer de GIUSEPPE STACCONI, que se realiza na práxis para construir um mundo novo, processando-se dentro das velhas estruturas, "que serão derrubadas na medida em que a experiência prática do novo for conquistando as mentes e as vontades, tornando-se uma nova cultura, que fundamenta uma nova hegemonia e uma nova organização da sociedade".⁴⁵

Não obstante, é preciso ainda mais: nas palavras de KATIE ARGÜELLO,⁴⁶ "essa paixão que determina nossa ligação com a causa, não passa, contudo, de uma 'excitação estéril', se a ela não estiver adstrito o sentimento de responsabilidade".

Neste sentido, a ética weberiana enseja para os operadores jurídicos o máximo de responsabilidade nas suas escolhas. Isto quer dizer conhecimento dos custos valorativos em toda escolha ativa ou omissiva. Significa perceber o significado das próprias ações, cujas consequências podem ser não somente reversas, indesejáveis, como também perversas, completamente inesperadas.

43. A paixão é uma das qualidades determinantes que deve estar presente naquele que pretende o exercício da política. Significa a dedicação a uma causa, que dá ao agente político o estímulo para modificar a história. In Ciência e política: duas vocações e Weber e o direito: racionalidade e ética. p. 61.

44. In Direito alternativo na jurisprudência. p. 19.

45. In Gramsci. 100 anos, revolução e política. p. 115.

46. In O ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber. p. 52.

No mesmo sentido, “a ética das consequências” traz ao magistrado orgânico a percepção de que ao fazer opções entre diversos valores que têm que ser escolhidos, não apenas rejeita as demais possibilidades, como também sujeita, ao mesmo tempo, sua escolha, à imprevisibilidade.

É necessário redefinir o senso comum jurídico, concepção de mundo acrítica, conservadora, desarticulada e inconseqüente.⁴⁷ Nesta redefinição, busca-se a construção de uma nova cultura jurídica tomada por valores de emancipação (ética da convicção), e pela ética da responsabilidade weberiana, articulada e consequente de suas escolhas no mundo valorativo.

Portanto, cabe ao magistrado orgânico perceber nas suas ações, concretizadas nas suas sentenças, os seus possíveis efeitos, num sentimento apaixonado e consequente, pois a propagação das mesmas faz parte do contexto de reconstrução de um novo senso comum gramsciano.

7. Referências bibliográficas

ARGÜELLO, Katie. Weber e o direito: racionalidade e ética. Dissertação de mestrado. CPGD/UFSC. Florianópolis, dez/1995.

O mundo perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na sociologia jurídica de Max Weber. (pp. 73-107) In ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.) Max Weber: direito e modernidade. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

_____. O icaro da modernidade: direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de, BORGES FILHO, Nilson (org.). Gramsci: Estado, direito e sociedade. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

CARPEAUX, Otto Maria. Gramsci e os caçadores de dissidentes, in A vida de Gramsci. Revista Civilização Brasileira, nº 07, Rio de Janeiro.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito alternativo na jurisprudência. São Paulo: Acadêmica, 1993.

DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FIDANZA, Eduardo. Max Weber, del malentendido a la revalorización: notas para una lectura actual de su obra. Doxa, Cuadernos de Ciencias Sociales, Año IV, nº 8, 1993.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Rio de Janeiro: Vozes, 1977.

GRAMSCI, Antônio. Os intelectuais e a organização da cultura. 8. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

HOBBSBAWN, Eric. Gramsci e o Estado.

LAZARTE, Rolando. Max Weber: ciência e valores. São Paulo: Cortez, 1996.

SCHLESENER, Anita Helena. Hegemonia e cultura: Gramsci. Curitiba: UFPR, 1992.

SOUZA, Jessé José Freire de. Homem, cidadão: ética e modernidade em Weber. Revista Lua Nova, São Paulo: Tec Art, 1994.

STACCONI, Giuseppe. Gramsci – 100 anos: revolução e política. Petrópolis: Vozes, 1991.

WEBER, Max. Ciência e política: duas vocações. Trad. Leonidas Hegenberg e Octavio Silveira Mota. 2. ed., São Paulo: Cultrix, 1972.

47. In Direito moderno e mudança social. p. 34.