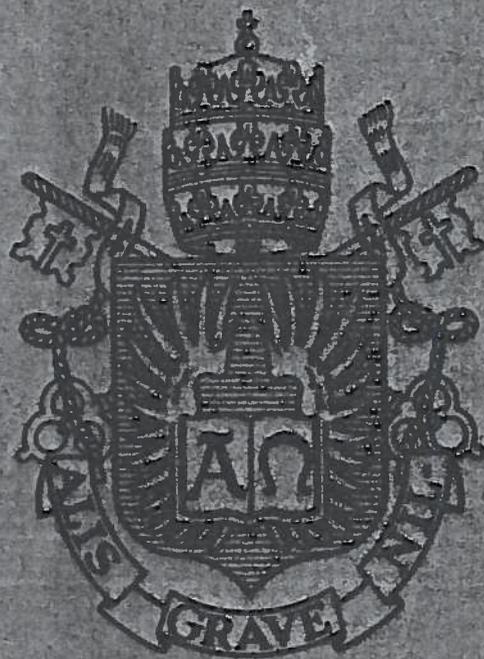


DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

*Anais da Conferência Nacional de Exigibilidade dos
Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais*



Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito
n° 12, janeiro-julho de 1998

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Departamento de Direito

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

n° 12, janeiro-julho 1998

Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio,
n° 12, janeiro-julho de 1998

Direção do Departamento de Direito

Francisco Mauro Dias

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez
Ana Lúcia de Lyra Tavares
Joaquim de Arruda Falcão
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
José Ribas Vieira
Maria Celina Bodin de Moraes
Tânia da Silva Pereira

Coordenação da Publicação

Gisele Cittadino

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, Rua Marquês de São Vicente, 225/Ala Frings - 6º andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - CEP 22.453.090

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE, nº 12,
janeiro-julho 1998.

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro,
Departamento de Direito.
I. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

Anais da Conferência

Discurso de Abertura
Hermann Assis Baeta.....01

Trabalhos Apresentados

Identidade Cultural, Cidadania, Desenvolvimento, Globalização
Alvaro Reinaldo de Souza.....11

Identidades Cidadãs: Cidadania, Participação Política e Espaços Públicos
Daniel Schroeter Simião.....15

Organismos e Procedimentos Internacionais de Proteção dos Direitos
Econômicos, Sociais e Culturais
Flávia Piovesan.....25

A Função Social do Juiz e a Admissibilidade Jurídica dos DESCAS
Heliana M. A. Coutinho.....37

A Reforma Agrária como Modalidade de Concretização dos Direitos
Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais
Jacques Távora Alfonsin.....63

O Brasil e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
Jayme Benvenuto Lima Jr......81

Globalização, Exclusão Social e Pobreza: Conseqüências para os Direitos
Humanos
João Ricardo Wanderley Dornelles.....91

Direitos Humanos e Globalização Econômica: Notas para uma Discussão
José Eduardo Faria.....105

Direitos Sociais e Justiça. Prática Comparada de sua Efetivação (Brasil - EUA)
José Reinaldo de Lima Lopes.....117

Direitos de Propriedade Intelectual ou Direitos Intelectuais Coletivos ?
Laymert Garcia dos Santos.....139

Admissibilidade Jurídica dos Direitos Ambientais e Culturais dos Povos Indígenas <i>Luis Fernando Lemos dos Santos</i>	145
Análise da Eficácia Jurídica dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos <i>Maria Beatriz Galli</i>	153
Memorial para o tema “Reinventar a República ou os DESCAS vão pelo ralo” <i>Miguel Pressburger</i>	171
Direitos Fundamentais e Políticas Públicas: o Estado da Arte <i>Sérgio Myllaert</i>	177
Moedas Alternativas <i>Sérgio Sérvulo da Cunha</i>	191
 Notícias e Informações	
Relação das Dissertações de Mestrado defendidas entre agosto/dezembro de 1998	

Discurso proferido por HERMANN ASSIS BAETA, Presidente do *Instituto dos Advogados Brasileiros*, no ato de abertura da **CONFERÊNCIA NACIONAL DE EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS**, realizado no *Cenfro Cultural do IAB*.

Minhas Senhoras e meus Senhores.

É uma grande honra para mim ter sido convidado pelo Dr. Miguel Pressburger, Coordenador desta **CONFERÊNCIA NACIONAL DE EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS**, para proferir este discurso inaugural.

Por outro lado, sinto-me satisfeito por acolher o referido evento, bem como seus participantes, nas dependências do **CENTO CULTURAL DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS**, nesta fase inicial de sua implantação e consolidação.

Releva ressaltar que os temas que deverão ser abordados durante a **CONFERÊNCIA** têm muito a ver com os propósitos deste Centro Cultural, pois ele se destina, como já disse em oportunidades anteriores, à pesquisa, ao estudo e à reflexão de questões de interesse específico de nossa categoria e de âmbito geral da sociedade brasileira e universal.

Permitam-me, neste momento de abertura dos trabalhos, tecer algumas considerações sobre dois itens apenas, dentre as demais também importantes e que constituem a razão de ser do evento, não só pelas limitações desta mensagem, mas também por entender que esses dois itens se encontram, neste final de século, prioritariamente na ordem do dia. Refiro-me à questão da “defesa do meio ambiente” e à questão da “função social da propriedade”.

A Constituição Federal de 1988 é sábia quando disciplina no seu art. 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Diz, ainda, a Constituição no parágrafo 1º, incisos VII, que “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público” proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, prossiguem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” e no parágrafo 2º estabelece que “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”.

Na mesma linha de proteção e defesa do meio ambiente, diz, no parágrafo 4º do referido artigo 225, textualmente, que “A Floresta Amazônica Brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”.

Se, por um lado, a Constituição de 88 é explícita e incisiva, no que respeita à preservação e defesa do meio ambiente, por outro, o Poder Público não elabora uma política eficaz e eficiente para conter a devastação de nossas florestas e a poluição de nossos rios e lagoas e até de nossos mares (Oceano Atlântico), que resultam na degradação ambiental

Os nossos jornais e revistas reiteradamente informam e denunciam práticas degradantes, geralmente em decorrência de interesses comerciais e lucrativos, sem que haja a resposta adequada das autoridades públicas. Tome-se como exemplo o que acontece rotineiramente na atividade garimpeira, com a utilização do mercúrio e seu lançamento nos rios, que, além de transformar a superfície geográfica das regiões, ameaça, com resultado morte, de forma inequívoca, por envenenamento, os animais e o próprio homem, quer diretamente, quer através da ingestão de alimentos, sobretudo peixes.

A isso se interliga a prática criminosa da exploração do trabalho infantil (crianças menores de 10 anos) na fabricação de carvão, violando frontalmente os direitos à saúde, à educação e à própria vida das crianças. E não se diga que se trata de fato isolado, uma vez que freqüentemente surgem denúncias nos meios de comunicação social, inclusive no noticiário televisivo.

Releva considerar que projetos de despoluição de rios, lagoas e até da nossa Baía de Guanabara, que, segundo amplo noticiário, receberam apoio financeiro de entidades e governos, ficaram para as calendas gregas.

O pantanal Mato-Grossense é permanentemente ameaçado, não só na sua configuração geográfica como na extinção de suas espécies animais.

A Amazônia, fonte de cobiça internacional, também tem sido vítima de constante ameaça com a paulatina destruição de suas matas. Notícia recente informa a existência de projeto que pretende provar que a Amazônia é o filtro do

planeta. A notícia acrescenta que: “Simulações feitas em computador demonstram que a destruição da floresta amazônica pode alterar o clima de todo o planeta”.

A hipótese é uma das muitas que serão estudadas pelo LBA (Experimento Escala da Biosfera-Atmosfera na Amazônia).

Segundo Antonio Nobre, do Inpa, já há modelos demonstrando que a cobertura vegetal interfere nos padrões de chuva de toda a América do Sul. Segundo o pesquisador, a devastação da floresta pode, inclusive, reduzir drasticamente o índice de chuvas no cerrado brasileiro.

“Isto influiria diretamente na produção agrícola do Brasil, pois o cerrado é como o celeiro do país, devido à sua grande produção de grãos”, diz Nobre.

Também há modelos mostrando que a floresta atua transportando calor para as regiões temperadas.

“A umidade emitida pela floresta auxilia no transporte de calor para essas regiões”, diz Nobre.

A água que fica na atmosfera, nas regiões tropicais, diz, faz com que parte dos raios solares refletidos na superfície terrestre seja absorvida, impedindo que ele se perca.

O calor acabaria sendo transferido para as regiões temperadas, atenuando o clima nessas áreas.

“Segundo os modelos, uma grande alteração na cobertura vegetal pode provocar uma queda da temperatura média nos países europeus, por exemplo”, diz Nobre. Ele diz que a alteração da vegetação na Amazônia também tem efeito direto sobre o clima local.

“Em algumas regiões de Rondônia onde houve grande desmatamento já se pode observar grandes quedas de temperatura no inverno, que não existiam antes”. (F.S.P. - Caderno MAIS, 30/03/97)

Mas as avaliações recentes sobre a questão ambiental mostram que o meio ambiente piorou após a Rio-92.

Nestes cinco anos em que protocolos e acordos foram firmados e em que a população cresceu em mais de 450 milhões de pessoas, passando de 5,2 bilhões para quase 5,7 bilhões, a devastação florestal e a poluição das águas continuaram de modo assustador. Embora a Conferência Internacional Rio+5 realizada no mês passado não tenha chegado à conclusão de um documento definitivo sobre a situação para a Comissão de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, que se realizará provavelmente neste mês de abril, as análises feitas e os dados

indicados demonstram que o meio ambiente piorou em várias regiões do mundo. O mapa publicado pelo JB de 26/03/97 indica que no Brasil são devastados 2 milhões de hectares da Floresta Amazônica por ano, 5% dos proprietários de terra têm 70% de área cultivável, o índice de mortalidade materna é de 220 mortes por 100 mil nascidos vivos.

Acresce dizer que, no Brasil, o dispositivo constitucional que manda "Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente", inserto no já citado art. 225, inciso VI, virou letra morta, pois não se conhece uma política pública de ensino que efetive essa determinação.

As próprias conferências internacionais realizadas no Brasil, como a RIO 92 e a RIO+5, não mobilizaram amplamente a sociedade civil, restringindo a participação a autoridades e pequenos grupos diretamente interessados. É grave o fato de que as amplas camadas da população não tenham participado nem tampouco tomado conhecimento de eventos tão importantes para sua própria sobrevivência.

No que respeita à função social da propriedade, recordemos o que ficou expresso na DECLARAÇÃO DE VANCOUVER, enunciada pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, em junho de 1976, no Princípio Geral n° 10, que estatui:

"A terra é um dos elementos fundamentais dos assentamentos humanos. Todo o Estado tem direito a tomar as medidas necessárias para manter sob fiscalização pública o uso, a propriedade, a disposição e a reserva de terras. Todo Estado tem direito a planejar e administrar a utilização do solo, que é um dos seus recursos mais importantes de maneira que o crescimento dos centros populacionais, tanto urbanos como rurais, se baseiem num plano amplo de utilização do solo. Essas medidas devem assegurar a realização dos objetivos básicos da reforma social e econômica para cada Nação, de conformidade com o seu sistema e suas leis de propriedade da terra". (*In Campo e Cidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Ricardo Pereira Lira, Gráfica Rio, Editora S.A., Rio de Janeiro, P. 17/18).

Como observa Ricardo Pereira Lira, "A propriedade fundiária é um bem de produção. O Solo é incomensurável em seu valor, tanto para os particulares, como para o povo em seu conjunto. Nele se radicam a fonte de alimentação das gentes, as riquezas criadoras dos instrumentos elementares para a satisfação das incontáveis necessidades vitais, e todo o sistema habitacional dos seres humanos. Dele se extraem as substâncias curativas e de fortalecimento, as possibilidades inesgotáveis de recreio e lazer, e, sobretudo, nele se exerce basicamente a liberdade essencial do homem de ir e vir. O Solo é toda hipótese e possibilidade de vida". (cf.op.cit., p. 17).

Situa-se a propriedade entre os chamados direitos subjetivos patrimoniais e como observa, ainda, o autor citado, "a propriedade não sofre apenas as limitações exteriores decorrentes do poder de polícia, consubstanciando a função social da propriedade, mas ela própria é uma função social sobretudo quando cria poderes inerentes a um bem de produção. Nesse caso, a riqueza social aumenta a distribuição da riqueza se faz mais justamente, na medida em que, visando ao bem de todos, o interesse protegido do dominus define diante do interesse subordinado da comunidade. (op.cit., p. 18)

Ora, a noção exata de função social da propriedade ou de que ela própria - é uma função social é fundamental para situar a propriedade no contexto de uma Nação, notadamente se se encontrar em estágio de desenvolvimento, alicerçada num território que engloba unidades geo-econômicas diversas e contraditórias, como ocorre no Brasil.

Com efeito a Constituição, que objetiva essencialmente limitar o poder político, organizar o Estado e declarar os direitos fundamentais dos cidadãos, terá necessariamente de explicitar, com clareza e exatidão, os limites do direito de propriedade para que não se crie obstáculos na aferição e ampliação desse direito.

A Constituição de 88, no entanto, embora tenha adotado como princípio (art. 170) e valor fundamental a função social da propriedade, não tornou inofismavelmente clara a prevalência dessa função social sobre o direito individual de propriedade.

Note-se que, antes de sua vigência, uma lei especial - o ESTATUTO DA TERRA - já prescrevia, no parágrafo 1º do art. 20 que:

"A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente, favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; mantém níveis satisfatórios de produtividade; assegura a conservação dos recursos naturais; e observa as disposições que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e aqueles que as cultivam".

Por sua vez, a Constituição Federal, no art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV que trata dos DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, diz, textualmente: "é garantido o direito de propriedade; a propriedade atenderá a sua função social: a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição".

Mas os artigos 184, 185 e 186, que tratam da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, incluem em seus textos, como disse Ricardo Lira, "um rosário de expressões destinadas a impedir a implementação imediata de uma reforma agrária e de uma política agrícola" (op.cit., p.32).

A interpretação gramatical das normas desses referidos artigos levará à conclusão de que houve evidente retrocesso com relação ao sistema anterior, sob o comando do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64). Dai é que, a nosso ver, o intérprete terá de adotar os critérios de exegese teleológica para fazer prevalecer os valores fundamentais da Constituição de 1988, que balizam e sustentam o texto no seu conjunto.

A expressão "a propriedade atenderá a sua função social", inserida no inciso XXIII do art. 5º do capítulo I, Título II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, da Constituição Federal, é valor fundamental, que, conjugada com a outra expressão "função social da propriedade", inserta, como princípio, no inciso III do art. 170 do capítulo 1, Título VII - DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA - haverá de preponderar na atividade interpretativa diante das contradições e embaraços para a efetivação da política agrícola e da reforma agrária criados pelos artigos 184, 185 e 186 do aludido texto constitucional.

Se assim não acontecer, permanecerá a primazia do velho conceito de propriedade que domina as páginas do Código Civil, que já nasceu comprometido com as relações fundiárias do século XIX, visto que fruto de anteprojeto elaborado em 1892 e que não acompanhou as transformações ocorridas no mundo, nem tampouco as necessidades latentes e emergentes da sociedade brasileira.

Por conseqüência, o Código Civil aponta para o passado, para o velho direito, enquanto a Constituição, não obstante certas ambiguidades, aponta para o novo direito.

Com efeito a realidade social brasileira apresenta características novas que se projetam na organização de grupos e segmentos humanos conscientes, que, despertados e estimulados pelo avanço científico e tecnológico, bem como pela massa de informação produzida, ainda que tímida, e em decorrência da própria necessidade material, começam a reivindicar seus direitos e, de forma especial, seu direito à terra.

O MST (Movimento dos Trabalhadores Sem Terra) é um exemplo típico e respeitável, porque seus integrantes não mais aceitam ficar numa posição passiva, contemplativa e submissa à vontade do Príncipe. Lutam contra a concentração da propriedade, conscientes de que a reforma agrária é fator preponderante para uma política nacional de distribuição de renda e de criação de empregos.

Celso Furtado, economista dos mais capazes e respeitados no país e no mundo, foi o primeiro a proclamar, sem rebuços, que o MST "é o mais importante movimento social brasileiro do século". Ao ser perguntado pela revista VEJA por que fazia tal afirmação, respondeu:

"Porque é a única resposta significativa dada ao desemprego em massa que se está gerando no Brasil. Em parte, trata-se de recriar uma agricultura de subsistência - mas como não reconhecer que essa é uma forma de sobrevivência melhor que a marginalidade urbana? O MST é o primeiro movimento rural estruturado do país. Além disso é espontâneo, ao contrário dos outros do gênero, que eram fomentados por pequenos grupos urbanos - as Ligas Camponesas só existiam por obra de sua cúpula e acabaram quando ela foi decapitada. O MST é uma organização impressionante, com enorme poder de pressão e grandes ildanças".

Veja - tornou a perguntar: O Senhor acha que o MST está fazendo uma reforma agrária na marra?

Furtado - Está forçando uma reforma agrária, porque o Estado está paralisado pelo Congresso. A novidade é que existe uma aceitação, por parte da opinião pública, da necessidade de reforma agrária. No tempo do Francisco Julião e das Ligas Camponesas quem falasse em reforma agrária era tachado de comunista e subversivo. Hoje até a TV Globo abre espaço para o assunto. A mudança se dá ao nível de sociedade, não de política - é a opinião pública reconhecendo que 30 milhões de brasileiros não podem continuar vegetando, abandonados. Até a bancada ruralista que antes era arrogante, exigente, agora está assustada."

Nas circunstâncias atuais em que se encontra o Brasil, verifica-se um preocupante conflito social no campo: de um lado, proprietários de fazendas, empresários agrícolas e especuladores de imóveis; do outro, posseiros, assalariados e ocupantes sem perspectiva de se tornarem proprietários da terra que cultivam.

De quando em vez, os conflitos afloram de forma trágica, como o fato ocorrido recentemente e amplamente divulgado entre ocupantes e a Polícia Militar no Município de Eldorado dos Carajás, no Estado do Pará, redundando na morte de 19 sem-terra.

Preocupante, ainda, a visão do problema por parte de certas autoridades ao equipararem essas pessoas denominadas sem-terra, que não possuem armas de fogo potentes, recursos materiais e transportes, que não têm sequer conta bancária e CPF, pessoas simples e pobres, famintas ou subnutridas, incluindo-se velhos e crianças, que lutam pela sobrevivência, a invasores. Ora, repita-se que invasores são pessoas poderosas, pessoas afeitas à grilagem, que dispõem de armas, tratores e pessoal treinado para a ação violenta pela posse e domínio de áreas de terra, para removerem rumos, marcas, sinais limitrofes, transformando a superfície da terra, e com poder de corrupção junto aos cartórios de notas para falsificar documentos e fraudar títulos e registros de propriedade.

Se isso não bastasse, as autoridades, ainda, classificam o comportamento dos sem-terra como ilegal, como criminoso, tipificando o fato de ocupação de áreas de terra desocupadas como fato delituoso, como crime de invasão ou esbulho

possessório, como se os sem-terra não estivessem em estado de necessidade, não estivessem pressionando o governo para realizar a Reforma Agrária. E, prevalecendo-se disso, recusam-se a dialogar com os líderes do MST chamanda-os, repita-se, de invasores, de criminosos.

Enquanto isso, nada acontece aos proprietários de terra, aos chamados produtores rurais, aos latifundiários, que mantém grandes propriedades territoriais em condições improdutivas em frontal desrespeito à Constituição..

É o caso de perguntar: onde está a ilegalidade, na ocupação de áreas desocupadas ou na manutenção de grandes áreas improdutivas, ociosas, sem o menor desenvolvimento econômico, quando a Constituição estabelece que "a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII) ? Ou quando a Constituição manda a ordem econômica observar o princípio da "função social da propriedade (art. 170, III)?

Diante desse conflito, parece-nos que poderemos contribuir legalmente para sua solução, desde que intensifiquemos o debate tomando por base a própria legislação existente e a Constituição da República, pois é na Constituição, na norma expressa que trata da função social da propriedade, já explicitada, onde encontraremos o núcleo fundamental para a interpretação e solução pacífica dos conflitos.

Com efeito, a Lei n° 8.629, de 25/02/93, que regulamenta dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária previstas no Capítulo III, Título VII, da referida Constituição Federal, considera, no seu art. 9º, o seguinte:

"A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei os seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores."

Se nós, cidadãos, advogados e especialmente nossos juizes e tribunais, todos, refletirmos sem preconceitos, e adicionarmos a letra e o espírito dos incisos XXII, XXIII e XXIV do art. 5º e as disposições da Lei n° 8.629/93 aos valores fundamentais que sustentam e comandam o texto integral da Constituição,

certamente iremos produzir jurisprudência destinada à solução das centenas de conflitos que se avolumam em todo o território nacional, pacificando nossos concidadãos do campo e da cidade.

Meus caros conferencistas:

Estas palavras exprimem meu estado de insatisfação diante da pobreza e da miséria de camadas expressivas da sociedade, que se arrastam, há cinco séculos, em nosso país, sob a administração de grupos que se alternam no Poder Político, mas que sempre encontram soluções negociadas ou autoritárias para manutenção do status quo.

Espero que elas estimulem o debate e a reflexão, mesmo que sejam porventura contestadas.

Fiquem certos, no entanto, de que estou muito contente por vê-los aqui.

Sejam bem-vindos!

IDENTIDADE CULTURAL, CIDADANIA, DESENVOLVIMENTO E GLOBALIZAÇÃO

Alvaro Reinaldo de Souza

O Estado brasileiro tem sustentado ao longo de cinco séculos um continuada política de etnocídio em relação aos povos indígenas. Ao longo de quase quinhentos anos as populações indígenas têm resistido ao genocídio devastador do colonizador que reduziu uma população estimada de cinco milhões a duzentos e cinquenta mil seres humanos.

Por muito tempo discutiu-se nas cortes se os índios eram ou não seres humanos. Superada essa questão por Bulas Papais de Urbano VIII e Paulo III, todavia, restou permanente a não aceitação pelo Estado brasileiro da existência de “nações” culturalmente diferenciadas da sociedade nacional.

A política estatal tem sido ao longo do tempo uma política de integração forçada e não desejada, como anota Shleton Davis, em seu *Vítimas do Milagre*. O Estado brasileiro - aí entendido em todas suas formas de manifestação - trabalha não com uma hipótese, mas com a certeza de que o índio vai acabar. Vale dizer, o processo de aculturação, primeira etapa, e a final integração, são inevitáveis e, como tal, neste sentido deve orientar-se a política oficial.

Neste contexto, essa nova etapa do capitalismo mundial representada pelo neoliberalismo, monopolizador dos recursos planetários e descaracterizador das identidades nacionais, além da ameaça à integridade dos estados nacionais pela redifinição do conceito do que seja soberania num mercado globalizado, aponta para a reprodução da violência desses últimos contra as minorias étnicas, demonstrada inequivocamente nos atos de busca de um espaço desenvolvimentista dentro de um modelo desenhado de fora para dentro.

A sobrevivência, pois, dos povos indígenas no Brasil, como diferenciados da sociedade nacional está não na acomodação/conciliação de interesses proposta

pelo Estado, onde o mais forte vai fazer sucumbir o mais fraco, mas na exacerbação do conflito de interesses pela fixação da identidade própria.

Há que se falar não mais em integração, mas, em interação entre a sociedade nacional, de um lado, e pelas sociedades indígenas, do outro, e cujo projeto deve caracterizar-se essencialmente pela "indianidade" de que fala O. Bonfil Bataila, pois que é o conflito permanente - entre o colonizador, não importa sob que matiz ou forma de neocolonialismo se apresente, e aquele que deve ser colonizado - que vai determinar a afirmação da identidade própria dos povos indígenas.

A afirmação dessa vontade, portanto, passa pelo exercício pleno da cidadania, instrumento único e capaz de impor a velocidade desse processo interativo no interesse dessas minorias étnicas, de modo a preservar os espaços ambientais necessários à preservação dessas populações e sem incorrer no erro fatal de aderir ao conceito de desenvolvimento - e ao próprio processo de desenvolvimento proposto pelo colonizador

Neste sentido, pois, o constituinte de 88 assegurou, ao nível constitucional, direitos e garantias aos povos indígenas quanto aos elementos básicos para a sua sobrevivência: o direito à preservação da própria cultura; o direito à educação na própria língua (reforçada pelo advento da nova LDBN); o direito à posse das suas terras e ao usufruto dessas riquezas; à proteção direta do Ministério Público na defesa desses direitos e interesses.

Todavia, a não regulamentação por parte do Congresso Nacional de dispositivos constitucionais com relação aos direitos das populações indígenas, bem como projetos em tramitação no legislativo e com indisfarçáveis interesses mercantilistas - como é o caso da exploração de recursos minerais em terras indígenas - são uma permanente ameaça, pelo que este é um campo de luta dessas minorias ao qual deve unir-se a sociedade civil engajada na luta pelos direitos políticos e civis.

A fúria avassaladora do projeto globalizante - o instrumento mais visível do neocapitalismo e ao mesmo tempo sua maior contradição - tem servido no país como panacéia para a cura de todos os males, como o paraíso a que finalmente chegarão todos os pobres e oprimidos - inclusive os povos indígenas. O discurso exaustivo através de uma mídia adrede preparada é um obstáculo formidável àqueles que se opõem a esses novos bandeirantes e, sem dúvida, exige a construção uma alternativa democrática e pluralista a esse monocratismo típico de impérios idos.

Necessário, pois, instrumentar as sociedades indígenas com meios adequados para o exercício dos seus direitos constitucionais - meio adequado para a afirmação da sua própria identidade - uma conquista política excepcional mas

ameaçada pelo processo globalizante, neoliberal e privatizante e que de forma elitista vem sendo imposto aos brasileiros.

Nesse campo os operadores jurídicos têm enorme contribuição a oferecer mediante o apoio institucional para o resguardo desses interesses e direitos constitucionalmente previstos e mediante a transmissão da experiência acumulada na formação de novos operadores jurídicos comprometidos com uma sociedade pluri-étnica, multi-societária e juridicamente pluralista.

A concepção de um pluralismo jurídico em oposição ao entendimento de que só o Estado cria do Direito é condição essencial para a afirmação dessa identidade cultural própria - o direito dos povos indígenas serem eles mesmos - eis que as sociedades indígenas são ricas em suas culturas, costumes e organização social e que devem prevalecer ao lado da cultura ocidental-cristã vigente adquirida pela sociedade nacional ao colonizador.

A subliminar propaganda incutida - inclusive entre membros dos aparelhos judiciário e legislativo - de que a admissão da identidade própria e de territórios específicos onde as populações exercitarão essa identidade com autonomia é grave precedente para a unidade nacional, não resiste a menor contestação científica.

Como ensina Richard Barnett, em seu Poder Global, nada impede que um judeu seja judeu e americano, isto é, que mantenha sua lealdade à sua formação religiosa e aos seus laços históricos com o povo judeu e ao mesmo tempo tenha uma lealdade para com os EUA.

Assim, nada impede que um escocês seja escocês e seja leal à coroa britânica ou que um membro de uma das várias sociedades indígenas localizadas no âmbito do Estado brasileiro possa preservar sua identidade e lealdade com suas origens e ao mesmo com o Estado brasileiro.

Este discurso é essencial para opor-se ao discurso daqueles para os quais o país não pode ter seu progresso retardado pelo interesse de grupos populacionais minoritários em detrimento da imensa maioria dos brasileiros.

O que se discute, em verdade, são direitos humanos, fundamentais e de cujas convenções o Brasil se fez signatário, mas aos quais não consegue dar eficácia. Nem para as majorias, quiçá para as minorias, pois falta vontade política.

Até aqui o Estado brasileiro esqueceu-se voluntariamente de perguntar aos povos indígenas a opinião destes sobre sua própria identidade, e o meio adequado que possuem para serem ouvidos é pelo conflito colonizado/colonizador a ser realizado pelo efetivo exercício da cidadania a quem tem direito como os demais brasileiros.

Esta manifestação da cidadania, a todo tempo em construção, é exercício fundamental não só para os povos indígenas, mas para todos os brasileiros ameaçados também por um processo de integração forçada e não desejada.

IDENTIDADES CIDADÃS: CIDADANIA, PARTICIPAÇÃO POLÍTICA e ESPAÇOS PÚBLICOS NO BRASIL *

Daniel Schroeter Simião**

O Brasil de hoje, ao contrário do que apregoam os arautos da modernidade, é herdeiro de uma pesada tradição autoritária da qual a dificuldade de consolidação de uma democracia institucional é apenas seu reflexo mais evidente. Desde o mandonismo dos coronéis do início do século até o “você sabe com quem está falando?” dos dias de hoje, as relações sociais no Brasil sempre tiveram muita dificuldade para aceitar a idéia iluminista de que todos somos iguais perante a lei e temos os mesmos direitos. A idéia mesmo de “direito” sofreu muito no Brasil para suplantar aquela enraizada concepção de que aqui se depende sempre do “favor” de alguém — concepção romantizada pelo bom e inocente “jeitinho” verde e amarelo.

A consolidação do sentimento de cidadão é algo que ainda está se fazendo neste país, e luta a todo momento contra hábitos e valores que lhe são contrários. Falar portanto em direitos e cidadania no Brasil nos faz, necessariamente, pensar na importância da instituição e efetivação de medidas públicas de justiça, que transcendam o império dos interesses privados que parece ter sido sempre o mote de nossa tradição autoritária. A constituição de espaços públicos é, em especial no caso brasileiro, condição *sine qua non* para a formulação destas medidas de justiça. Se por um lado isso é um desafio para o judiciário, pondo aos juristas (progressistas e comprometidos com a democracia) uma série de desafios muito bem analisados em outros textos dessa conferência, por outro isso nos obriga a

* Texto apresentado na Conferência Nacional de Exigibilidade dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, Rio de Janeiro, abril de 1997. Agradeço a leitura atenta de Kelly Cristiane da Silva, embora me responsabilize integralmente pelo conteúdo do texto.

** Assistente de direção da ADITEPP - Associação Difusora de Treinamentos e Projetos Pedagógicos (Curitiba-PR). Formado em ciências sociais pela Unicamp, é aluno do programa de pós-graduação em antropologia social daquela universidade.

repensar os moldes mais gerais dentro dos quais se consolidaram no Brasil valores culturais autoritários, clientelistas e privatistas. O que pretendo aqui é dar alguma atenção para esse aspecto “cultural” da questão da cidadania no Brasil.

Só para completar o quadro dessa introdução, temos mais um desafio para a constituição de um espaço público de constituição e exigibilidade de direitos sociais. O problema é que, quando enfim parecemos ter-nos convencido de sua necessidade, olhamos para os lados e vemos os espaços públicos sumindo e se precarizando. Os efeitos de uma profunda reestruturação da economia mundial — atendendo pelo nome de globalização — somados aos preceitos de uma velha ideologia de mercado — que em sua versão anos 90 ganhou um belo, porém capcioso prefixo “neo” — têm resultado no crescimento constante de setores estruturalmente excluídos da esfera produtiva, fenômeno correspondente a uma drástica fragilização da capacidade do Estado de assegurar direitos os mais variados — e a duras penas conquistados. Se nos países ditos do 1º Mundo este fenômeno significa a revisão das políticas de *Welfare State*, no Brasil sua versão tropical tem sido o puro e simples desmantelamento de serviços públicos básicos que nunca foram de fato levados a sério. Se o Estado, esfera pública por excelência, parece estar sendo ele mesmo privatizado, que futuro nos espera com relação à construção e exercício da cidadania?

Apesar dessa introdução quase catastrofista, esse texto pretende dizer que temos boas perspectivas de futuro, que os espaços públicos não estão desaparecendo, mas sim se transformando, e que a conquista de novos direitos bem como o seu reconhecimento e sua efetivação dependem de um novo tipo de relação entre Sociedade Civil e Estado, em que não só operam regras jurídicas de garantia de direitos, mas principalmente a construção cultural de identidades cidadãs por parte de setores sociais que se descobrem sujeitos de direito. Vamos a isto.

A conquista da cidadania como processo cultural e político

A experiência dos chamados novos movimentos sociais (em especial durante os anos 70 e 80) é um ótimo exemplo para notarmos o quanto a construção da cidadania engloba não apenas transformações políticas, jurídicas e institucionais, como principalmente transformações culturais fundamentais para a consolidação de uma cultura política democrática.

Tendo sido por muito tempo um dos poucos canais de participação e expressão política das camadas populares no Brasil, as experiências dos movimentos sociais — de bairro — nos anos 70 e 80 foram fundamentais para a consolidação da noção de direito na vida das pessoas envolvidas nestas práticas. Em contraste com uma pesada tradição autoritária e clientelista que prevaleceu na

política brasileira desde o período colonial¹, os movimentos eram ocasião para que se questionasse a famosa idéia do “favor”, pondo em seu lugar a moderna noção de “direito”. Ao dar expressão concreta e cotidiana a esta conquista moderna — que, embora presente, mesmo que de modo regulado, no mundo do trabalho desde o Estado Novo², ainda não havia criado raízes na periferia dos grandes centros urbanos — os Movimentos Sociais de então provocavam uma profunda transformação política e cultural. Política, na medida em que obrigavam o Estado a reconhecer, como interlocutores legítimos, uma parcela da população historicamente marginalizada do poder institucionalizado bem como seu conjunto de reivindicações; e, principalmente, cultural na medida em que engendrava espaços públicos de socialização daqueles setores, espaços fundamentais para que neles despontasse a consciência de sua nova condição de sujeitos de direito. É neste sentido que cientistas políticos e antropólogos têm atribuído àquelas experiências um grande potencial transformador no sentido da construção da democracia e do exercício da cidadania através de novas formas de sociabilidade³. Evelina Dagnino⁴ chega mesmo a propor que a noção de cidadania que emerge dos novos movimentos sociais é bastante específica e comporta diferenças significativas em relação à sua conceitualização liberal clássica. Em primeiro lugar ela surge da luta pelo direito a ter direitos, o que a caracteriza como estratégia de significativas camadas populares até então excluídas da participação política, redefinindo a própria noção de direito. Por outro lado, esta luta reflete uma concepção alargada do que seja democracia. Para além de um regime político, os movimentos tratam de reivindicar formas democráticas de relações sociais, pondo em questão a tradição autoritária que marca as relações sociais e a política no Brasil.

Com isto os movimentos operam uma vinculação entre cultura e política que é justamente aquilo que os caracteriza como ampliadores do campo da política. Nos termos da autora, a noção de cidadania operada por esses movimentos é uma estratégia política “que reconhece e enfatiza o caráter intrínseco e constitutivo da transformação cultural para a construção democrática”. Neste sentido, a cidadania transcende a relação do Movimento com o Estado, implicando transformações profundas no âmbito da sociedade civil. Transformação em múltiplos sentidos, pois envolve desde o questionamento de valores e hábitos culturalmente arraigados na sociedade (a tradição autoritária e excludente da política, por exemplo), até o reconhecimento de novos atores políticos. Este reconhecimento não deixa de se dar de modo duplo: por um lado

¹ Sobre a tradição autoritária na cultura política brasileira ver: Teresa Sales, *Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira. Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS)*, 25, julho de 1994. Ver ainda Vera Telles, *Cultura da Dívida: avesso da cidadania*, RBCS, op.cit.

² A respeito da noção de cidadania regulada ver Wanderley Guilherme dos Santos *Cidadania e Justiça*, ed. Campus, 1979.

³ A referência central para este debate está nos clássicos artigos de Eunice Durham, *Os Novos Movimentos e a Construção da Cidadania*, *Novos Estudos*, Cebrap, n.10, 1984, e Tilman Evers, *Identidade: a Face Oculta dos Movimentos Sociais*, *Novos Estudos*, Cebrap, n.4, 1984.

⁴ Evelina Dagnino, *Uma Nova Noção de Cidadania*. In Dagnino (org) *Anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo, Brasiliense, 1994.

os participantes do movimento se tornam cidadãos em suas lutas; por outro a sociedade civil aprende a conviver com estes cidadãos e suas reivindicações.

Mas se este potencial era assim tão promissor, que fim levou estes sujeitos de direito nos anos 90? Será que efetivamente houve um enraizamento da condição de sujeitos de direito na cultura brasileira? Onde estão os movimentos sociais quando o Estado se mostra cada vez mais avesso ao reconhecimento dos direitos sociais, políticos e econômicos? Se até a década passada ainda podíamos ver movimentos atuando com força de pressão na Assembléia Nacional Constituinte na definição das constituições estaduais e, principalmente, das Leis Orgânicas dos Municípios, onde estão eles agora, em um momento em que as esferas de atuação estatal se mostram mais precarizadas e reduzidas?

A transformação de um legado

Textos como os de Vera da Silva Telles e Maria Célia Paoli⁵ têm-nos sugerido que muito do potencial transformador e democratizador dos movimentos sociais migrou hoje para outras formas de organização e pressão política, engendradas a partir da consolidação de uma democracia institucionalizada. E o fez através de um salto qualitativo em que os setores da sociedade que antes se caracterizavam por seu papel reivindicativo, hoje veriam a si como sujeitos capazes de negociar, mais que de pedir. Neste sentido, o espaço criado pelos movimentos sociais nos anos oitenta teria seu desdobramento hoje na constituição de espaços públicos de interlocução e negociação. Espaços em que poderes públicos, empresas, sindicatos e entidades civis estabeleceriam um jogo inédito em que todos se vissem com o mesmo estatuto de sujeitos cujos interesses precisam ser levados em conta. E a importância destes espaços para a conquista da cidadania estaria justamente no fato de eles engendrarem uma medida de justiça fundamental para a consolidação de novos direitos. Seria no interior dessas esferas de interlocução que a medida do que é justo se consolida em direito, oferecendo uma medida pública para a sociedade a partir da qual o que antes poderia ser um interesse particular passa a ser efetivamente um direito público.

Seria isto que estaria acontecendo em experiências como as dos orçamentos municipais participativos, das câmaras setoriais e de tantos outros conselhos em que diferentes sujeitos e interesses específicos se imbricam nesta nova forma de contratualidade. Já não se falaria apenas em “movimentos sociais”, mas estes seriam hoje uma “trama movimentalista”, uma rede de articulações entre uma ampla gama de setores sociais, interesses e aspirações que iriam muito além da ação localizada e pontual das décadas anteriores. Pois esta “rede” de organizações seria então mais um sujeito negociando com outros agentes da sociedade civil em determinadas arenas públicas de interlocução.

⁵ Estou tomando como referência básica os textos escritos pelas duas professoras da USP para o seminário “As Culturas da Política e a Política das Culturas: Revendo os Movimentos Sociais na América Latina”, IFCH, Unicamp, março de 1996.

Arenas que, nas palavras de Vera Telles, “confirmam legitimidade aos conflitos e nas quais a medida de justiça e a regra de equidade venham a ser alvo de uma permanente negociação capaz de firmar os direitos como parâmetros no reordenamento da economia e da sociedade”⁶. Este espaço de reconhecimento do outro promoveria uma noção plural do bem público, em que interesses particulares não poderiam se fazer passar por direito público sem a consagração da negociação e da interlocução naqueles espaços.

O interessante a reter aqui é justamente a possibilidade que estes autores nos dão para conceitualizarmos melhor o que seria afinal o “espaço público” e qual a sua importância na construção e exibibilidade de novos (e antigos) direitos.

Os espaços públicos de interlocução

Em primeiro lugar, temos que ter o cuidado de não reduzir aquilo que chamamos de “espaço público” à esfera de atuação estatal. Se o Estado tem ainda um papel importante na concretização de direitos, reconhecendo-os e pondo-os em prática, por outro lado devemos notar que cada vez mais estes direitos são o resultado de uma negociação que não é apenas bilateral, ou seja, que não envolve apenas o Estado e o grupo que o reivindica. Os direitos são, antes, o resultado de um processo de interlocução multifacetado, em que inúmeras vozes negociam seus interesses à luz de uma medida de justiça e uma regra de equidade. Neste sentido, se a crescente redução da presença do Estado em importantes atividades de prestação de serviço público é inegavelmente nociva ao pleno exercício da condição de cidadão, sujeito de direitos e deveres públicos, devemos tomar o cuidado de não tomar isto como a pior das ameaças à constituição da cidadania. O pior legado da proposta liberal privatizante, no campo da construção da cidadania, é menos a redução de esferas de atuação estatal e mais a substituição de parâmetros de *equidade e justiça* por exigências de *eficácia e rentabilidade*. O que torna uma esfera pública de negociação tão preciosa para o exercício da cidadania e a constituição de direitos é justamente este *princípio de equidade*, segundo o qual a pluralidade de vozes que estão em interlocução negociam suas diferenças de igual para igual. O perigo do afã privatista está então no seguinte: ao se propor a retirada do Estado de todas as esferas de interlocução, em nome da famigerada “livre negociação”, como postula o discurso privatizante do velho liberalismo — hoje travestido em ares de modernidade com a adição falaciosa de um prefixo — está-se justamente investindo contra a formação de um sentido de *bem público*. Ao contrário do que o discurso neo-liberal apregoa, é preciso que se diga que a presença do Estado é fundamental na medida em que (e somente na medida em que) for capaz de garantir que a equidade realmente exista, e que a negociação pública não se torne apenas mais um jogo de forças em que, tal como no mercado, só os mais fortes sobrevivam.

⁶ Vera da Silva Teles, *Direitos sociais: conflitos e negociações no Brasil Contemporâneo*. Comunicação oral no Seminário citado, Campinas, 1996, p.4.

O que esta análise propõe é, enfim, uma sensível mudança no papel que o Estado assume na consolidação de um exercício da cidadania efetivamente democratizante: de uma instância normatizadora, a quem se pedem (ou de quem se exigem) direitos, o Estado passa a ser visto como a instância reguladora de uma arena pública de interlocução.⁷ Esta proposta de mudança na forma como vemos as relações entre Estado e Sociedade Civil significa, em outras palavras que não mais olhamos para o poder público como uma figura unificadora dos conflitos sociais. Nas palavras de Maria Célia Paoli, isto significa mudar a forma mesmo como vemos a participação política, deixando de vê-la como o lugar “onde o espetáculo do poder se personifica na figura dos governantes como verdadeiros esteios e garantias da ordem, diante da qual uma sociedade heterogênea, desigual e conflitiva é unificada e, no mesmo ato, confinada aos seus próprios mundos”. Em vez disto, cabe desvendar a política “como um espaço que também pode ser próximo e partilhado, um conjunto de decisões que, regulando a existência comum, deve acolher a participação organizada de uma sociedade dividida, desigual, mas capaz de interagir através de critérios construídos de entendimento”⁸

Nesta perspectiva o esforço que parece mais promissor para a o efetivo exercício da cidadania deixa de ser apenas o ato de exigir do Estado que reconheça direitos, uma vez que estes direitos devem ser reconhecidos não só pelo Estado, mas por todos os agentes que estão envolvidos na negociação pública que os engendra. Creio que a tarefa mais difícil que nos aguarda⁹ no campo dos direitos e do exercício da cidadania é menos aquela de conseguir do Estado o reconhecimento jurídico de determinados direitos do que a de favorecer situações em que os direitos sejam realmente referência normativa para que os indivíduos se sintam de fato cidadãos. Em outras palavras, o desafio é proporcionar e fortalecer formas democráticas de conquista de direitos públicos através das quais os *Josés* e as *Marias* possam se reconhecer como sujeitos destes direitos. E isto significa reconhecer o potencial cultural e político de muitas “pequenas esferas” de negociação pública em que indivíduos concretos descobrem-se como sujeitos de direito¹⁰. Vera Telles resume isto com muita propriedade dizendo: “hoje, o desafio da cidadania é, mais do que nunca, construir um sentido de pertencimento, sem o qual homens e mulheres não podem se reconhecer como cidadãos. É impossível fazer dos direitos referências

⁷ A recente participação de ONGs e Movimentos como representantes oficiais da sociedade civil em uma conferência do porte da Habitat em Istambul no ano passado é, sem dúvida, muito significativa desta mudança. A conferência não foi apenas uma reunião entre Estados Nacionais, mas significou o reconhecimento de novos atores como sujeitos legítimos de direito (ao menos com o direito à voz) dentro das discussões.

⁸ Maria Célia Paoli, *Direitos Sociais: conflitos e negociações no Brasil contemporâneo (2ª parte)*. Comunicação oral no Seminário citado, p. 14.

⁹ Este “nos” refere-se justamente àquela “rede movimentalista” da qual esta conferência é uma excelente expressão.

¹⁰ E aqui esses direitos ganham uma imensa amplidão. Desde os direitos de consumidor até o direito ao voto, todos podem e devem ser construídos, vividos e exigidos através deste tipo de interlocução e negociação.

que estruturam identidades cidadãs numa sociedade que destitui, por todos os lados, cada um e todos, de um lugar de reconhecimento.”¹¹

Um caso concreto

Não gostaria de finalizar este texto sem antes fazer referência a algumas práticas desenvolvidas nos últimos anos pela Aditepp e que, tendo servido de inspiração para muito do que foi escrito aqui, ajudará a tornar mais claro meu raciocínio.

A Aditepp (Associação Difusora de Treinamentos e Projetos Pedagógicos) é uma ONG que há 25 anos vem desenvolvendo programas de educação popular e desenvolvimento comunitário na região metropolitana de Curitiba. Dentro da perspectiva de desenvolver atividades pedagógicas que partam das necessidades sentidas pelos setores populares com que atua, a Aditepp tem, desde 1994, assessorado a formação e o gerenciamento de grupos de produção comunitária em bairros da periferia de Curitiba. Tratam-se, em sua maioria, de mulheres que, buscando uma forma de reforçar o orçamento familiar, se dispõem a formar um grupo com vizinhas e amigas para produção de pães destinados a venda no próprio bairro. A Aditepp fornece uma certa infra-estrutura inicial (devolvida assim que o grupo puder andar com as próprias pernas) e um acompanhamento gerencial constante, haja visto que as mulheres têm muito pouca experiência com a administração de um empreendimento comercial.

Proporcionando a essas mulheres a experiência de inserção no mercado de trabalho como autônomas, gerentes de seu próprio negócio, os grupos as obrigam a lidar cotidianamente com questões relacionadas aos direitos de consumidor, bem como à negociação de preços e prazos de entrega com fornecedores e mercearias da região. Nesta negociação é que ocorre uma transformação fundamental. Na medida em que são bem sucedidas em suas negociações, essas mulheres passam a ser vistas de outra forma por seus maridos, pondo em operação mudanças significativas nas relações de gênero dentro da família.

Há, contudo, um outro aspecto destes grupos que vai muito além das relações marido-mulher, uma vez que as mudanças que estas práticas operam podem ser vistas facilmente para além da esfera doméstica. “Tocar um negócio” exige destes grupos que tomem contato com comerciantes locais. É preciso buscar fornecedores, negociar com mercearias e revendedores, etc. E fato de serem constituídos em sua maioria por mulheres cria situações inesperadas. Lembro-me do que me disse uma dessas mulheres durante uma visita a um grupo: “Semana passada apareceu um vendedor aqui, que certamente esperava encontrar homens lidando com o comércio. E quando ele deu de cara com a mulherada, ele ficou que não sabia se entrava, se saía, o que fazia. Só quando ele viu o meu

¹¹ Vera da Silva Telles. *Sociedade Civil, Direitos e Espaços Públicos*. Revista Pólis, 1995, p.44.

marido no cantinho é que ele se encorajou de vir.” Algumas semanas mais tarde, o vendedor já estava à vontade na negociação com as mulheres.

Em casos como este fica evidente o quanto estas novas práticas desestruturam (ou ao menos abalam) um sistema anterior. O desconforto do vendedor mostra bem o quanto a presença de mulheres numa esfera predominantemente masculina obriga ao alargamento dos campos de significados de gênero. A experiência dos grupos de produção tem forçado o reconhecimento destas mulheres como comerciantes competentes na comunidade, o que redimensiona não só a construção de suas identidades como leva outros agentes do bairro a rever as classificações usuais das categorias de masculino e feminino.

A percepção dessas mudanças é fundamental para dar conta de um aspecto central da análise destas práticas. Ao fazerem reconhecer o seu direito à diferença, podemos pensar nesses grupos como espaços de constituição de sujeitos de direito. Mas se podemos enxergar a dinâmica destes grupos como um processo de constituição de sujeitos publicamente reconhecidos (tal como nos permitem análises como as de Durham e Dagnigno entre outras) é preciso perceber que seu alcance e suas implicações vão depender do quanto essas práticas — e as novas formas de sociabilidade que engendram — serão capazes de atravessar sistemas de relações sociais hierárquicos e assimétricos como o das relações de gênero. O questionamento desta assimetria (no sentido de encurtar a distância entre as categorias de gênero) passa a ser visto, assim, como constitutivo de todo um espaço de construção de novos sujeitos em que os participantes passam a se ver de outra forma, redimensionando sua autoconfiança, o sentido que dão a si como sujeitos de direitos, etc. De “mulheres que fazem pãezinhos”, elas passam a ser vistas como “produtoras e comerciantes competentes”. Ao se fazer ver como tal, essas mulheres estão conquistando um direito fundamental naquela esfera: o direito a ser diferente (mulheres), sem que isto ponha em cheque sua competência (como profissionais).

Parece-me que temos aqui um bom exemplo de um pequenino espaço público, em que diferenças são negociadas e chega-se a uma medida de justiça fundamental para o reconhecimento de direitos. O caso (sumariamente) narrado acima põe em movimento ao menos dois tipos de direito: os direitos de consumidor e os direitos de mulher (a ser reconhecida como profissional competente). O assessoramento da Aditepp garante que aquelas mulheres tenham o mínimo de qualificação gerencial para enfrentar comerciantes de igual para igual — o que assegura um princípio mínimo de equidade entre os agentes que interagem neste espaço, diferenciando-o da simples selva do mercado, em que invariavelmente vence o mais forte.

Ao tomar um exemplo tão cotidiano e aparentemente tão localizado, devemos evidentemente dizer que ele não é assim tão comparável aos espaços públicos referidos páginas atrás. Afinal, não podemos comparar tão inocentemente a negociação de Dona Maria com o fornecedor de farinha por um

lado e a negociação entre centrais sindicais, governo e empresários, como ocorre nas câmaras setoriais, por outro. Contudo, apesar das inúmeras especificidades, há aí um mesmo mecanismo operando: o do reconhecimento do outro como um interlocutor legítimo, como um sujeito de direito que merece o respeito que se reserva aos “iguais”. Coisa que, como vimos no início deste texto, não é nada fácil em um país com a tradição autoritária que tem o Brasil.

ORGANISMOS E PROCEDIMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Flávia Piovesan *

A proposta deste artigo é examinar os organismos e procedimentos internacionais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais existentes no âmbito das Nações Unidas. Contudo, preliminarmente, será enfocada a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, para em um segundo momento ser apreciado o tema proposto.

1. A Concepção Contemporânea de Direitos Humanos

A definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Considerando esta pluralidade, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

A Declaração Universal nasceu como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o Nazismo¹. Em face do regime do terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas

* Procuradora do Estado de São Paulo, Coordenadora do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Membro da Comissão Justiça e Paz de São Paulo, Professora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos da PUC/SP, Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP, Visiting Fellow do Programa de Direitos Humanos da Harvard Law School em 1995 e autora do livro *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*.

¹ Como explica Louis Henkin: Subsequentemente à Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição e um direito costumeiro internacional tem se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional'. (Louis Henkin, Richard Pugh, Oscar Schachter & Hans Smit, *International Law - Cases and Materials*, third edition, Minnesota, West Publishing, 1993, p.375-376).

descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emergiu a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A Declaração surgiu como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados. Ela demarca a concepção inovadora de que os direitos humanos são direitos universais, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional².

Por sua vez, esta concepção inovadora aponta a duas importantes conseqüências: la) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos³ 2a) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Preuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

² Na lição de Thomas Buergenthal: 'Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações.' (Thomas Buergenthal, prólogo ao livro de Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, ed. Saraiva, 1991, p.XXXI). Ao tratar do movimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, afirma Richard B. Bilder: 'O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação em respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. (...) Embora a idéia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objetos próprios de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente. (...) Muitos dos direitos que hoje constam do 'Direito Internacional dos Direitos Humanos' emergiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo Nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos das organizações das Nações Unidas'. (Richard B. Bilder, *An Overview of International Human Rights Law*, In: Hurst Hannum (editor), *Guide to International Human Rights Practice*, second edition, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, p.3-5).

³ A respeito, destaque-se a afirmação do Secretário Geral das Nações Unidas, no final de 1992: 'Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional.' (Boutros-Ghali, *Empowering the United Nations, Foreign Affairs*, vol. 89, 1992/1993, p.98-99, apud Henkin et al., *International Law - Cases and Materials*, p.18).

Além do caráter universal dos direitos humanos, a Declaração Universal também inova ao consagrar que os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os direitos civis e políticos não de ser conjugados com os direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 introduz assim extraordinária inovação, ao combinar o discurso liberal da cidadania com o discurso social, de forma a elencar tanto direitos civis e políticos (artigos 3 a 21), como direitos sociais, econômicos e culturais (artigos 22 a 28)⁴.

Vale dizer, a Declaração rompe com as concepções anteriores decorrentes das modernas Declarações de Direitos, que apenas ressaltavam ora o discurso liberal da cidadania (como por exemplo, a Declaração francesa e a Declaração americana do final do século XVIII), ora o discurso social (como por exemplo, a Declaração do povo trabalhador e explorado da então URSS do início do século XX). Até então os valores liberdade e igualdade vinham divorciados. A Declaração de 1948 vem a inovar, prevendo, de forma inédita, que não há liberdade sem igualdade e não há igualdade sem liberdade.

Deste modo, traz uma concepção inovadora, ao atribuir aos direitos humanos o caráter de unidade indivisível, inter-relacionada e interdependente.

A Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção introduzida pela Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma:

"Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase."

Logo, a Declaração de Viena de 1993 consagra estes dois aspectos que caracterizam a concepção contemporânea de direitos humanos: a) o caráter universal destes direitos e b) a unidade indivisível e interdependente que assumem.

Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer reconhecimento. A idéia da não acionabilidade dos direitos

⁴ Nas palavras de Louis B. Sohn e Thomas Buergenthal: 'A Declaração Universal de Direitos Humanos se distingue das tradicionais Cartas de direitos humanos que constam de diversas normas fundamentais e constitucionais dos séculos XVIII e XIX e começo do século XX, na medida em que ela consagra não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho e à educação.' (*International Protection of Human Rights*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, 1973, p.516).

sociais é meramente ideológica e não científica⁵. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais.

Os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. Integram não apenas a Declaração Universal, como ainda inúmeros outros tratados internacionais (ex: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres).

A obrigação em implementar estes direitos deve ser compreendida à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, reafirmado veementemente pela ONU na Declaração de Viena de 1993.

Compartilha-se assim da noção de que os direitos fundamentais - sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais - são acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância⁶.

À luz dessa perspectiva, passa-se ao estudo dos mecanismos de proteção internacional dos direitos sociais, econômicos e culturais no âmbito das Nações Unidas.

⁵ Como explica Jack Donnelly: 'Diversos filósofos e um grande número de conservadores e liberais contemporâneos têm sustentado que os direitos econômicos e sociais não são verdadeiros direitos, sugerindo que a tradicional dicotomia reflete não apenas a gênese das normas contemporâneas de direitos humanos, mas também uma ordem de prioridade entre estes direitos. Maurice Cranston oferece a mais ampla citada versão do argumento filosófico contrário aos direitos econômicos e sociais. Ele afirma que os tradicionais direitos civis e políticos à vida, à liberdade e à propriedade são "direitos universais, supremos e morais". Os direitos econômicos e sociais, contudo, não são *universais, concretos e nem possuem suprema importância*, "pertencendo a uma diferente categoria lógica" - isto é, não são verdadeiros direitos humanos. (...) Os impedimentos para a implementação da maior parte dos direitos econômicos e sociais, entretanto, são mais políticos que físicos. Por exemplo, há mais que suficiente alimento no mundo capaz de alimentar todas as pessoas; a fome e mal nutrição generalizada existem não em razão de uma insuficiência física de alimentos, mas em virtude de decisões políticas sobre sua distribuição.' (Universal Human Rights in theory and practice, Ithaca, Cornell University Press, 1989, p.31-32).

⁶ A respeito, afirma David Trubek: 'Eu acredito que o Direito Internacional está se orientando no sentido de criar obrigações que exijam dos Estados a adoção de programas capazes de garantir um mínimo nível de bem-estar econômico, social e cultural para todos os cidadãos do planeta, de forma a progressivamente melhorar este bem-estar.' (op. cit.p.207). Sobre a necessidade de valorar de forma equânime as duas categorias de direitos, merece destaque a seguinte reflexão de T. Farer, constante do relatório a respeito da situação dos direitos humanos na Nicarágua: Com exceção dos casos de assassinato em massa e tortura (na definição do termo) - Camboja sob Khmer Rouge, Uganda sob Idi Amin, União Soviética sob Stalin, Europa sob a ocupação nazista - a comparação entre violações de direitos humanos requer um problemático exercício de etiologias e julgamentos de valor acerca da relativa importância de diferentes direitos e seu efeito (se algum) no contexto doméstico e internacional. Como, por exemplo, comparar governos que matam com armas e governos que permitem pessoas morrerem de fome e mal nutrição? (T. Farer, Looking at Nicaragua: The Problematic of Impartiality in Human Rights Inquiries, Human Rights Q., vol.10, 1988, p.141).

2. Mecanismos Internacionais de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no âmbito das Nações Unidas

A Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, foi o marco de criação do chamado "Direito Internacional dos Direitos Humanos", que é um sistema jurídico normativo de alcance internacional com o objetivo de proteger os direitos humanos, especialmente quando as instituições nacionais são omissas ou falhas na proteção destes mesmos direitos.

Todavia, sob o enfoque estritamente legalista, a Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, por assumir a forma de declaração e não de tratado. "À luz deste raciocínio, considerando a ausência de força jurídica vinculante da Declaração, após a sua adoção, em 1948, instaurou-se uma larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz em assegurar o reconhecimento e a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser "juridicizada" sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Esse processo de "juridicização" da Declaração, começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois distintos tratados internacionais - o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - que passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração Universal.

A conjugação da Declaração de 1948 com os dois Pactos resulta na "Carta Internacional dos Direitos Humanos", ou na "International Bill of Rights", que traduz a mais significativa expressão do movimento internacional dos direitos humanos. Na ordem contemporânea, os direitos elencados na Carta Internacional de Direitos representam o amplo consenso alcançado acerca dos requisitos minimamente necessários para uma vida com dignidade.

Neste sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU em 1966, teve como maior objetivo incorporar os dispositivos da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. Novamente, assumindo a roupagem de tratado internacional, o intuito deste Pacto foi permitir a adoção de uma linguagem de direitos, que implicasse em obrigações no plano internacional, mediante a sistemática da "international accountability". Isto é, como outros tratados internacionais, este Pacto criou obrigações legais aos Estados-partes, ensejando responsabilização internacional em caso de violação dos direitos que enuncia.

Atualmente, este Pacto conta com a adesão de mais de 120 Estados-partes, incluindo o Brasil que o ratificou em 1992. Assim como o Pacto Internacional

dos Direitos Civis e Políticos, este Pacto expande os direitos sociais, econômicos e culturais elencados pela Declaração Universal.

Enuncia este Pacto um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde.

Enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados. Enquanto o primeiro Pacto determina que "todos têm o direito a..." ou "ninguém poderá...", o segundo Pacto usa a fórmula os "Estados-partes reconhecem o direito de cada um a..."

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora - têm a chamada auto-aplicabilidade -, os direitos sociais, econômicos e culturais por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados "à atuação do Estado, que deve adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e através da assistência e cooperação internacionais, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização dos direitos previstos pelo Pacto (artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto).

Este Pacto apresenta uma peculiar sistemática de monitoramento e implementação dos direitos que contempla. Esta sistemática inclui o mecanismo dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes. Os relatórios devem consignar as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo Estado-parte no sentido de conferir observância aos direitos reconhecidos pelo Pacto. Devem ainda expressar os fatores e as dificuldades no processo de implementação das obrigações decorrentes do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os Estados-partes devem submeter os respectivos relatórios ao Secretário Geral das Nações Unidas que, por sua vez, encaminhará cópia ao Conselho Econômico e Social para apreciação⁷. Note-se que a sistemática de relatórios é prevista em todos os tratados de proteção de direitos humanos. A respeito do significado da sistemática dos relatórios, comenta Henry Steiner: "Os relatórios elaborados pelos Estados sobre os direitos humanos internacionais tornaram-se hoje um lugar comum no plano dos tratados internacionais de direitos humanos. Mas considere quão revolucionária uma idéia como esta pode ter parecido, para grande parte dos Estados do mundo, quase que inconcebível, na medida em que deveriam periodicamente submeter um relatório a órgãos internacionais, sobre seus problemas internos de direitos

humanos, envolvendo governo e cidadãos, e posteriormente participar de discussões a respeito do relatório com membros daquele órgão perante o mundo como um todo."⁸

Diversamente do Pacto dos Direitos Civis, o Pacto dos Direitos Sociais não estabelece o mecanismo de comunicação inter-estatal e nem tampouco, mediante Protocolo Facultativo, permite a sistemática das petições individuais. Atente-se que através das comunicações inter-estatais um Estado-parte pode alegar haver um outro Estado-parte incorrido em violação aos direitos humanos enunciados no tratado, enquanto que através do direito de petição, na hipótese de violação de direitos humanos e respeitados determinados requisitos de admissibilidade (como o esgotamento prévio dos recursos internos), é possível recorrer a instâncias internacionais competentes, "às quais caberá adotar medidas que restaurem ou reparem os direitos então violados. Nas palavras de Antonio Augusto Cançado Trindade, o sistema de petições vem a cristalizar a capacidade processual internacional dos indivíduos, constituindo "um mecanismo de proteção de marcante significação, além de conquista de transcendência histórica".⁹

Em suma, o mecanismo internacional de proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais continua a se restringir "à sistemática dos relatórios.

Em face da insuficiência deste mecanismo, a Declaração e o Programa de Ação de Viena de 1993 são enfáticos em recomendar a incorporação do direito de petição a este Pacto, mediante a adoção de protocolo adicional -projeto que está em fase de elaboração nas Nações Unidas.

⁸ Steiner, Note on Periodic Reports of States, material do Curso International Law and Human Rights, Harvard Law School, spring 1994. Contudo, pondera o US Department of State: É frequentemente difícil avaliar a credibilidade dos relatórios quanto a abusos de direitos humanos. Com exceção de alguns grupos terroristas, a maior parte dos grupos de oposição e, certamente, a maior parte dos governos negam a prática de abusos de direitos humanos e, geralmente, buscam encobrir a evidência destas práticas. Consequentemente, ao julgar a política governamental, é importante olhar para além das declarações políticas ou de intenção, a fim de examinar o que efetivamente o governo tem feito para prevenir os abusos de direitos humanos, incluindo a forma pela qual ele investiga tais abusos, julga e pune aqueles que o cometeram.' (US Department of State, Country Reports on Human Rights Practices for 1991, 1992, p. 1646). Considerando que através do sistema de relatórios o Estado pode 'mascarar' a real situação dos direitos humanos, seria conveniente que o processo de elaboração dos relatórios contasse com a participação de expressivos segmentos da sociedade civil, o que viria a contribuir para a maior eficácia do monitoramento internacional dos direitos humanos.

⁹ Cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo, ed. Saraiva, 1991, p.8. Na lição de Karel Vasak: 'Desde que o indivíduo é concebido, ele tem, em minha opinião, adquirido de uma vez e para sempre o direito de deflagar o aparato de implementação de direitos humanos internacionais. O direito individual à ação internacional é sempre exercido através do direito de petição o qual, ainda que não seja um direito humano, é hoje um mecanismo empregado para a implementação internacional dos direitos humanos.' (Karel Vasak, Toward a Specific International Human Rights Law. In: Karel Vasak (Editor), The International Dimensions of Human Rights, vol 1, Revised and edited for the english edition by Philip Alston, Connecticut, Greenwood Press, 1982, p.676-677).

⁷ O Conselho Econômico e Social estabeleceu um Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com a competência de examinar os relatórios submetidos pelos Estados. A função deste Comitê é análoga à função do Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Além disso, para fortalecer a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, Viena também recomenda o exame de outros critérios, como a aplicação de um sistema de indicadores, para medir o progresso alcançado na realização dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Recomenda ainda seja empreendido um esforço harmonizado visando garantir o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais nos planos nacional, regional e internacional.

Importa reafirmar que o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados, utilizando o máximo dos recursos disponíveis. Como afirma o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: "Enquanto a plena realização de relevantes direitos pode ser alcançada progressivamente, medidas nesta direção devem ser adotadas em um razoavelmente curto período de tempo, após o Pacto entrar em vigor em relação a determinado Estado. Estas medidas devem ser deliberadas e concretamente alcançáveis, da forma mais clara possível, no sentido de conferir cumprimento "às obrigações reconhecidas no Pacto."¹⁰

Os direitos sociais, enquanto "social welfare rights" implicam na visão de que o Governo tem uma obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. A idéia de que o "welfare" é uma construção social e de que as condições de "welfare" são em parte uma responsabilidade governamental, repousa nos direitos enumerados pelos diversos instrumentos internacionais, em especial pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ela também expressa o que é universal neste campo, na medida em que se trata de uma idéia acolhida por quase todas as nações do mundo, ainda que exista uma grande discórdia acerca do escopo apropriado da ação e responsabilidade governamental e da forma pela qual o social welfare" pode ser alcançado em específicos sistemas econômicos e políticos¹¹.

A violação aos direitos sociais, econômicos e culturais é resultado tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental, como da ausência de pressão internacional em favor desta intervenção. É, portanto, um problema de ação e prioridade governamental e implementação de políticas públicas, que sejam capazes de responder a graves problemas sociais.

Fica, por fim, o alerta do "Statement to the World Conference on Human Rights on Behalf of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights": "Com efeito, democracia, estabilidade e paz não podem conviver com condições de pobreza crônica miséria e negligência. Além disso, esta insatisfação criará renovadas largas escalas de movimentos de pessoas, incluindo adicionais fluxos

¹⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment, 1990.

¹¹ Cf. David M. Trubek, Economic, Social and Cultural Rights in the Third World: Human Rights Law and Human Needs Programs, In: Theodor Meron (ed.), Human Rights in International Law - Legal and Policy Issues, Oxford, Clarendon Press, 1984, p.205-206.

de refugiados e migrantes, denominados "refugiados econômicos", com todas as suas tragédias e problemas. (...) Direitos sociais, econômicos e culturais devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade."¹²

3. Conclusões: Estratégias para a Exigibilidade dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais

Em face dos mecanismos de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais e considerando a urgência no que tange à exigibilidade e à acionabilidade desses direitos, são apresentadas oito conclusões finais a este estudo:

1) Há que se realçar a imperatividade jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais, com base na doutrina da indivisibilidade dos direitos humanos consagrada pela Declaração Universal em 1948 e endossada em Viena, em 1993. Há que se propagar a idéia de que os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais e, por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade.

2) No plano internacional, há que se acompanhar a feita dos relatórios a serem apresentados pelo Brasil concernentes ao cumprimento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, exigindo audiências públicas e a participação de entidades não-governamentais. O primeiro passo para tanto seria levar esta reivindicação "à Divisão da ONU do Itamaraty, que é o órgão responsável pela elaboração do mencionado relatório.

3) Ainda que consideradas as limitações do atual sistema de fiscalização do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, exigir que o Estado preste contas à comunidade internacional da forma pela qual está implementando direitos humanos fundamentais seria uma proposta quase que inconcebível há décadas atrás. A possibilidade de submeter o Estado ao monitoramento e ao controle da comunidade internacional já é em si um notável avanço. Há ainda o peso político do risco do constrangimento ("embarrassment") do Estado em face de uma condenação política e moral no fórum da opinião pública internacional. Na experiência brasileira a ação internacional tem auxiliado na publicidade das violações de direitos humanos, oferecendo o risco do constrangimento ("embarrassment") político e moral ao Estado violador, e, neste sentido, surge como significativo fator para a proteção dos direitos humanos. Ademais, ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como às pressões internacionais, o Estado brasileiro é praticamente "compelido" a apresentar justificativas a respeito de sua prática. A ação internacional e as pressões internacionais podem, assim, contribuir para transformar uma prática governamental específica, no que se refere aos direitos humanos, conferindo

¹² Statement to the World Conference on Human Rights on Behalf of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc E/1993/22, Annex III.

suporte ou estímulo para reformas internas. Com o intenso envolvimento das organizações não governamentais, os instrumentos internacionais constituem poderosos mecanismos para a promoção do efetivo fortalecimento do sistema de proteção dos direitos humanos no âmbito nacional.

4) O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao prever a tutela, a supervisão e o monitoramento do modo pelo qual o Estado brasileiro garante os direitos humanos internacionalmente assegurados, possibilita ainda às organizações não-governamentais, nacionais e internacionais, adicionar uma linguagem jurídica ao discurso dos direitos humanos, o que é positivo na medida em que os Estados são convocados a responder com mais seriedade aos casos de violação destes direitos. Observa-se, no entanto, que o sucesso da aplicação dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos requer a ampla sensibilização das organizações não-governamentais no que se atém à relevância e à utilidade de advogar este instrumental junto a instâncias internacionais e nacionais, o que pode viabilizar avanços concretos na defesa do exercício dos direitos da cidadania.

5) A fim de fortalecer a sistemática internacional de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, é necessário criar estratégias para pressionar a elaboração de um Protocolo Facultativo ao Pacto que introduza o direito de petição às instâncias internacionais, na hipótese de violação a estes direitos. Ao lado do mecanismo das petições, também são necessárias pressões para que se introduza neste Protocolo ao Pacto o mecanismo das comunicações inter-estatais, bem como para que se elaborem os indicadores técnico-científicos para avaliar o cumprimento e observância destes direitos, como recomendou Viena. Isto é, há que se empenhar esforços no sentido de fortalecer a aplicabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, realçando o seu caráter jurídico e acionabilidade. O Direito Internacional deve se orientar no sentido de criar obrigações que exijam dos Estados a adoção de programas capazes de garantir um mínimo nível de bem-estar econômico, social e cultural para todos, de forma a progressivamente melhorar este bem-estar.

Além disso, é fundamental que as agências de natureza econômica das Nações Unidas (em especial o sistema do Bretton Woods, que inclui o Fundo Monetário Internacional) sejam capazes de incorporar os valores constantes dos instrumentos de proteção dos direitos humanos e tenham uma atuação condizente com estes valores.

6) No plano nacional é importante deflagrar uma advocacia que seja capaz de submeter ao Poder Judiciário demandas acerca da exigibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, recorrendo-se, por exemplo, ao instrumento da ação civil pública. É importante uma atuação política que possa dar visibilidade a jurisprudência nacional efetivadora destes direitos, realçando a relevância de decisões avançadas, bem como criticando decisões mitigadores destes direitos. A implementação dos direitos sociais exige do Judiciário uma nova lógica, que

afaste o argumento de que a "separação dos poderes" não permite um controle jurisdicional da atividade governamental. Esta argumentação traz o perigo de inviabilizar políticas públicas, resguardando o manto da discricionariedade administrativa.

7) É urgente reduzir ao máximo a discricionariedade do Estado ao tratar dos direitos sociais, econômicos e culturais. Há que se lançar um duplo esforço - nas esferas nacional e internacional - que afaste as doutrinas jurídicas destinadas a negar a juridicidade destes direitos, já que conflitantes com a concepção da indivisibilidade dos direitos humanos.

No plano brasileiro, há que se combater a doutrina das chamadas "normas constitucionais programáticas", destituídas de aplicabilidade, buscando extrair a máxima efetividade dos preceitos referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais. Há que se demonstrar na arena jurisdicional o direito às políticas públicas consagradas constitucionalmente e que vinculam a atuação estatal.

No plano internacional, por sua vez, há que se repensar a doutrina da "aplicação progressiva" destes direitos, enfatizando que o máximo de recursos disponíveis deve ser utilizado para a sua implementação, como prevê o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (mesmo porque há países em que os direitos civis e políticos é que apresentam aplicação progressiva, já que os direitos sociais são cumpridos). Uma vez mais, há que se reduzir o grau de discricionariedade estatal, a partir da elaboração de um instrumental científico de indicadores, que torne viável a "cobrança" destes direitos.

Há que se consolidar uma doutrina e uma prática que afirme a aplicabilidade e acionabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais. Estes direitos devem ser levados a sério, devem ser exigidos e reivindicados como direitos legais nas instâncias nacionais e internacionais.

8) Por fim, para viabilizar avanços concretos na defesa do exercício dos direitos da cidadania, os agentes jurídicos devem se orientar pela lógica democrática e humanista consagrada nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e reforçada pela Constituição Brasileira de 1988. Devem incorporar estes novos valores e serem agentes propagadores de uma ordem renovada, democrática e respeitadora dos direitos humanos.

A FUNÇÃO SOCIAL DO JUIZ E A ADMISSIBILIDADE JURÍDICA DOS DESCA

Heliana M. A. Coutinho*

1. Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito

Ao longo de nossa evolução e desenvolvimento histórico-cultural, o Poder Judiciário e sua função de interpretar as leis e aplicar o direito no caso concreto, passa por movimentos de reestruturação institucional, bem como de afirmação como Poder independente e autônomo do Estado.

A jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. É poder porque expressa a soberania nacional, exercida pelos órgãos competentes. É função porque expressa a atividade exercida pelos órgãos estatais, por meio do processo, para aplicar o Direito no caso concreto. É atividade porque representa a movimentação do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe atribui¹.

A jurisdição é uma função do Estado-juiz. De acordo com a teoria clássica do nosso sistema jurídico, a atividade jurisdicional se traduz na função de substituir os titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a atuação da vontade da, do direito substantivo, que deve ser aplicada à lide, que lhe é apresentada para ser solucionada².

A jurisdição é pública, manifestada por meio do exercício da ação, que se tem firmado como direito autônomo e abstrato dos cidadãos de provocarem o Judiciário para a obtenção da tutela jurisdicional.

O Estado, por meio de seus órgãos de poder, toma decisões a todo tempo, aplicando a lei para modificar as situações anteriores, criar novas ou

* Juíza de Direito e Professora de Direito Constitucional da PUC de Campinas – SP.

¹ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 83.

² Idem, *ibidem*, p. 83.

manter as que devem ser mantidas. O ato decisório está ligado à jurisdição, à competência do juiz para decidir o caso que se lhe apresenta para julgamento.

O interessado para solucionar um conflito de interesse (lide), provoca o Estado-juiz para dar início a uma ação e ao exercício da função jurisdicional (princípio da inércia da jurisdição). Por meio do processo, são deduzidas as pretensões e a decisão final se tornará imutável, depois do trânsito em julgado, não mais podendo ser revista ou modificada, salvo nos casos de ação rescisória.

São princípios inerentes à jurisdição: a investidura do juiz como autoridade no cargo; a aderência ao território onde é exercida, não podendo ultrapassar certos limites estabelecidos em lei; a indelegabilidade, fixada na constituição, vedando que a autoridade delegue atribuições ou poderes a outro órgão; a inevitabilidade da atuação do poder estatal que não depende da vontade das partes; indeclinabilidade do acesso de todos ao Poder Judiciário; o juiz natural indicado previamente ao caso, por lei constitucional, mantido imparcial e independente e a inércia dos órgãos jurisdicionais³.

Ao aprofundar-se no estudo do conteúdo da jurisdição em relação com o poder estatal, Cândido Rangel Dinamarco assevera que "não é a decisão exclusividade da jurisdição, nem a jurisdição só exercida decidindo, tão importante é o momento decisório na caracterização desta (nas origens, foi somente *Judicium*) que é muito comum confundi-la com a função e identificá-la nesta. Constitui bem uma expressiva manifestação desse pensamento enraizado na mente dos juristas a indicação da sentença (de mérito) como *ato jurisdicional magno*, ou seja, aquele em que a função jurisdicional realiza a sua função mais nobre e significativa. E das sentenças alçadas assim a essa dignidade de ato representativo da própria função jurisdicional, foi dito também, com inteiro acerto, que como manifestação do poder estatal, trazem incrustado o germe de uma idéia de como deve ser organizada a sociedade"⁴.

O processo civil moderno, embasado em princípios publicistas, é parte do poder estatal político. Representa a tomada de decisões emanadas de um poder, por meio da instrumentalidade do processo autônomo e abstrato, o qual constitui um comando obrigatório ao destinatário para o cumprimento por ato de vontade, sob pena de sanção.

Ao analisar a jurisdição e a influência sobre os destinatários do direito, o professor Dinamarco traça um paralelo em relação ao valor da jurisprudência nos atos decisórios emanados das instâncias inferiores.

A influência é um comando, que nem sempre tem a força da imperatividade para se impor porque age sobre o comportamento de outrem. O

³ Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 88/91.

⁴ *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo, R.T., 1987, p.125.

agente influenciador atua por meio de argumentação lógica, fazendo com que o destinatário, por sua própria vontade, tome decisões que produzem resultados desejados pelo primeiro. Nem sempre a influência é poder porque não é dotada de imperatividade, ou seja, de sanção correspondente. A influência só se faz poder quando atinge graus suficientes de intensidade, adquirindo imperatividade⁵. A jurisdição é influência somada à imperatividade do ato estatal.

Assim, a sentença no processo de conhecimento é uma decisão que, por emanar do Estado-juiz, pólo de poder, se impõe imperativamente aos destinatários. A satisfação material do processo executivo repousa na decisão do órgão estatal no sentido de produzi-la imperativamente. Os atos decisórios do juiz no curso do processo e mesmo do serventuário na dinâmica do procedimento constituem-se em decisões imperativas impostas às partes e a terceiros. Não obstante a imperatividade do ato decisório, este também exerce influência sobre os destinatários da norma, pois tem capacidade muito grande de influir no espírito das pessoas, determinando-lhes a conduta e decisões, de forma semelhante ao que se dá nas decisões imperativas. Trata-se da influência dos precedentes jurisdicionais⁶.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores influencia na escolha axiológica das premissas no momento da tomada de decisão judicial, porquanto direciona o juiz no sentido dos parâmetros costumeiros de julgamento da Corte Superior e sua concepção do direito em determinado momento histórico. Porém a influência exercida pela jurisprudência no *decisum* proferido por órgão de instância inferior não tem a imperatividade de vinculá-la à autoridade superior. Decisões contrárias à jurisprudência, nos países de direito codificado, são legítimas, se amparadas em interpretação finalística da norma, sem que o juiz proferidor atue com um desvio de poder. O Supremo Tribunal Federal tem considerado a interpretação razoável, que não nega a vigência de uma lei, mas opta por uma entre duas ou várias interpretações que o texto legal vier recebendo na jurisprudência, como a liberdade dos juízos inferiores de contrariar os ditames da jurisprudência dominante em sede de tese jurídica⁷.

O juiz é ator do processo decisório do Estado, pois tem jurisdição (poder). Utiliza-se do instrumento do processo para aplicar o direito. Os processualistas modernos⁸ consideram o processo o aspecto dinâmico do poder; é o meio de seu exercício, pois o Juiz só pode exercer a jurisdição quando acionado para solucionar a demanda, de acordo com o pedido formulado em juízo. Logo,

⁵ Dinamarco, ob. cit., p.152.

⁶ Idem, ibidem, p.153.

⁷ Súmulas nº 343 e 400 do STF, apud Dinamarco, ob.cit. p.157.

⁸ Cfr Dinamarco, *Instrumentalidade do Processo*; Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, S.P. ed. R.T. 1990; José Carlos Barbosa Moreira, *Processo Civil Moderno*, R.J. Forense, 1989.

por meio do instrumento do processo, o juiz decide e interfere nas relações sociais da sociedade privada e desta com o Estado.

A função do juiz ao exercer a jurisdição confunde-se com o poder estatal político da tomada de decisões para solucionar os conflitos sociais, porquanto o poder estatal é uno e indivisível. A instituição do Judiciário por meio do processo manifesta sua autoridade e influência no meio social, modificando as relações entre os sujeitos de direito. A função jurisdicional derivada do poder estatal condiciona o juiz a atuar como um agente político porque o conteúdo do *decisum*, aplicado aos casos concretos decorre do exercício do poder estatal quando *sub specie jurisdictionis*⁹.

2. O Juiz - Agente Político

Na mesma esteira do raciocínio tecido sobre a jurisdição, a autoridade exercida pelo juiz é fonte de modificações no mundo dos fatos.

Assim, o juiz adquire habilitação para exercer suas funções públicas ao tomar posse em seu cargo, por qualquer dos meios de provimento, ou seja, por certame público, por nomeação ou por eleição.

Em sentido etimológico, o juiz é um funcionário público porque é investido em cargo público, instituído por norma constitucional, regido por lei complementar específica e remunerado pelos cofres do Estado.

A denominação funcionário público para os integrantes da magistratura tem suas origens no modelo francês. Desde a Revolução Francesa, a magistratura daquele país guarda a característica de ser ligada à administração estatal e não desvinculada do Poder Executivo.

Países como Portugal e Espanha consideram os membros da Magistratura como funcionários de carreira, acompanhados não só por órgãos superiores do Poder Judiciário, mas também por Conselhos Superiores Externos à Instituição, que exercem controle financeiro e, mesmo, intervêm funcionalmente na estrutura interna organizacional¹⁰.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os membros do Poder Judiciário como servidores públicos, dentro da conceituação mais ampla de agentes públicos.

⁹ Dinamarco, ob. cit., p.164.

¹⁰ Luiz Flávio Gomes na obra *A Questão do Controle Externo do Poder Judiciário (Natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito)* tece comentários valiosos sobre o controle externo da magistratura dos países europeus, que mantêm ainda a forma de carreira funcional, estabelecida em critérios de merecimento e avaliação dos funcionários, ligados à administração governamental de justiça, centralizada e controlada economicamente pelo Poder Executivo.

Assim, os agentes públicos são pessoas físicas que servem, contínua ou episodicamente, ao Poder Público e atuam como instrumentos de sua atividade. São, pois, classificados em: agentes políticos, servidores públicos, e particulares em colaboração com o Poder Público¹¹.

Na visão deste eminente jurista, os agentes políticos ocupam a titularidade de cargos estruturais à organização política do Estado e expressam a sua vontade, consoante estabelece a Constituição Federal. Por isso, mantêm com o Estado uma relação jurídica de *natureza institucional, estatutária*; seus direitos e deveres são regidos diretamente pela Carta Política e por Leis Específicas.

A característica fundamental dos agentes políticos é o vínculo de natureza *política*, que os une à cúpula do Estado. São cidadãos eleitos pelo povo para conduzir os destinos da nação¹².

Por sua vez, os servidores públicos englobam todos os sujeitos que mantêm vínculo de *dependência e de natureza profissional* com o Estado e com suas entidades da administração direta e indireta. Ocupam, pois cargos públicos, criados e remunerados pelos Entes Estatais.

De acordo com esta conceituação, os juizes estão englobados na categoria de *servidores públicos*. São investidos no cargo e prestam serviços jurisdicionais, de natureza *profissional*; sem vinculação ao poder de natureza *política* do Ente Estatal, a que estão ligados.

Embora a clássica doutrina do Direito Administrativo acima descrita, que acaba reduzindo a responsabilidade da atuação dos integrantes do Poder Judiciário dentro do funcionalismo público vinculado ao Estado, hoje a conceituação mais moderna de "*agente político*" deve prevalecer na sociedade moderna.

Conceituado o juiz como simples funcionário público, sem considerar seu poder de intervenção na estrutura social, poder-se-ia limitar sua atuação à de mero burocrata, restringindo a prestação jurisdicional aos quadros do funcionalismo público. Esta conceituação restrita refletir-se-ia em sua independência, responsabilidade e no comprometimento da distribuição mais ampla da justiça à comunidade.

Destaca Luiz Flávio Gomes que a redução do juiz à condição de funcionário decorreu da concentração do poder de julgar e de legislar no Estado centralizador, desde o advento da Revolução Francesa. Esta limitação retirou do juiz parte do seu tradicional significado de dizer o direito, como ocorria na época

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p.123.

¹² Idem, *ibidem*, p.123/124.

romana e como ocorre até hoje no sistema anglo-saxônico. A capacidade criativa do magistrado de elaborar e aplicar os princípios do direito (*ius*) passou a ser vinculada ao império da lei codificada (*lex*), elaborada muitas vezes para satisfazer interesses particulares, não gerais¹³.

O papel do juiz-funcionário, carreirista e legalista, sem capacidade criadora ou inovadora, apegado aos ditames do positivismo jurídico, não mais está em conformidade com a dinâmica da sociedade atual com a necessária proteção dos *DESCA*, elencados nas Cartas Constitucionais modernas, que ressaltam a importância da adequação das políticas públicas governamentais à nova jurisprudência constitucional.

Diego López Garrido critica a função meramente burocrática do Judiciário, afirmando que "o modelo de justiça napoleônico encontra-se profundamente esgotado. Desde os anos setenta, exige-se do juiz não já que se limite a aplicar a lei, senão muito mais: que instaure a justiça, é dizer, pede-se-lhe uma função nitidamente política. Foi posta nas mãos dos juizes a responsabilidade de tutelar os direitos da pessoa, a qualidade de vida, os direitos do consumidor, a proteção do meio ambiente, a estabilidade laboral, etc"¹⁴.

Isso não significa que o Poder Judiciário deva ser conivente com a política de interesses partidários, exercida pelos agentes dos outros dois Poderes, eleitos para cumprirem as plataformas políticas de seu partido. Mesmo assim, sua atuação funcional tem cunho *político-social* relevante na comunidade¹⁵(grifei).

A função judicial moderna, como acertadamente ressalta Hely Lopes Meirelles, está inserida nas atribuições constitucionais dos primeiros escalões dos órgãos do Estado.

A conceituação mais atualizada, concernente às funções dos membros do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, atribui ao juiz a classificação de *agente político*, porque a jurisdição tem conteúdo de poder decisório modificador da textura social, à medida que dita o direito para solucionar as contendas individuais, coletivas e difusas relacionadas à sociedade civil e ao governo.

Cunhada pela doutrina de Hely Lopes Meirelles, o juiz é designado como agente político porque representa a autoridade suprema na área de sua

atuação, sem hierarquia funcional, sujeitando-se apenas aos graus e limites da Constituição Federal e Lei Regente¹⁶.

A conotação do termo *agente político* para conceituar os agentes do Poder Judiciário é fundamental para se entender o papel de operador do direito, utilizando-se das ferramentas legais como instrumental de reestruturação da sociedade e admissibilidade dos *DESCA*, neste momento histórico do final do século XX.

É preciso diferenciar as funções exercidas pelos órgãos do Poder do Estado. O legislador tem a função precípua de elaborar as leis, que compõem o nosso ordenamento positivo. Portanto, a elaboração dos projetos de lei, a discussão, análise e processo legislativo em cada casa do Congresso são etapas de atos políticos, descritos pela Lei Maior para os integrantes do Poder Legislativo (artigos 48, 51, 52, e 59 da Constituição Federal).

O Presidente da República e os Ministros de Estado executam as leis criadas, inclusive as medidas provisórias, editadas com força de lei, e tomam decisões a respeito de políticas públicas traçadas em planos sócio-econômico de Governos. Portanto, todo ato emanado do Poder Executivo, concernente aos rumos do país, é genuinamente de *conteúdo político-decisório*.

Neste mesmo diapasão, depreende-se que toda sentença, toda decisão fundamentada e publicada pelos órgãos oficiais, emanada dos membros do Poder Judiciário também deve ser considerada um ato de *conteúdo decisório-político*.

Essa comparação ganha maior compreensão quando se analisa o papel desempenhado pelo juiz, integrante de uma categoria de agente político, membro do Poder Judiciário, independente e autônomo em relação aos dois outros poderes, consoante dispõe a atual Constituição Federal.

Ao tomar uma decisão, o juiz movimenta-se dentro da discricionariedade da norma, decidindo também com base nos princípios gerais do direito, na analogia e de acordo com o bem comum. Logo, a sentença é um juízo de valor, um juízo axiológico que lhe permite adequar ao caso concreto a finalidade descrita pela lei geral, a fim de ordenar os comportamentos sociais: aplicando sanções, ordenando pagamentos, penhorando bens e concedendo a liberdade ou privando desta o agente infrator, concedendo liminares etc.

¹⁶ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, 14ª ed, São Paulo, Ed. R.T, 1989, p.67, acrescenta que: "Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas, do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos e para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má fé ou abuso de poder".

¹³ *A Questão do Controle Externo do Poder Judiciário*, p. 61

¹⁴ Apud Luiz Flávio Gomes, idem, ibidem, p. 65.

¹⁵ Luiz Flávio Gomes ressalta que: "O poder Judiciário é e continuará sendo uma instituição *estatal*, porém isso não significa de modo nenhuma que seja *governamental*. Em conclusão, para garantir a independência do Poder Judiciário é indispensável sua desvinculação governamental total" (ibidem, p. 73).

O juiz realiza um juízo político ao tomar a decisão no caso concreto, pois parte da análise dos acontecimentos sociais (fato), busca no ordenamento jurídico a base de sua decisão (norma), movimentando-se dentro da discricionariedade da norma abstrata de conteúdo aberto para tomar a decisão, de acordo com o sentido de justo ideologicamente concebido em sua formação profissional e pessoal (valor)¹⁷.

Observa-se a demanda crescente e urgente da nova postura profissional do juiz em uma comunidade diversificada e ainda desestruturada como a nossa. A sociedade tem exigido dos poderes públicos uma atuação mais presente e ativa para solucionar problemas emergentes do contexto sócio-econômico, desfavorável à maior parte da população.

Ressalte-se que dentro da Instituição da Magistratura, um grupo de juizes de vanguarda, que compõe a *Associação Juizes para a Democracia*¹⁸, tem-se expressado em defesa de uma postura dinâmica dos magistrados frente a uma sociedade que vem cobrando decisões mais adaptadas às mudanças sociais.

¹⁷ A guisa de melhor compreender esta afirmação, explícito o pensamento de Márcio Oliveira Puggina, juiz de direito gaúcho, ao comentar sobre a deontologia do Poder Judiciário e a Teoria Tridimensional do Direito, estabelecendo dois momentos para a realização deste juízo político: "Em princípio, o legislador tem diante de si os fatos sociais, dentre os quais valora uns em detrimento de outros e emite juízo de valor na solução por si alvitada, que se vai consubstanciar na norma jurídica. A lei é, pois, juízo de valor emitido pelo legislador a respeito dos fatos e de seu regramento. Este juízo de valor é juízo político a serviço do sistema econômico instalado no Poder.

"O segundo momento de realização do Direito corresponde ao de sua aplicação via função jurisdicional. Tanto como no momento de sua criação, na aplicação do fenômeno é o mesmo, apresentando-se ao Juiz o Direito em sua tríplice dimensão: fato, valor e norma. Se o caminho do legislador parte dos fatos, emitindo juízos políticos para chegar à norma, a trajetória do Juiz é inversa, quanto ao resultado final.

"Ao Juiz é dado um fato (causa de pedir ou fato delituoso) e se lhe apresenta uma norma jurídica, como concludente a uma consequência perseguida. Para os positivistas, o silogismo da sentença encerra-se aqui, olvidando-se, assim, do terceiro elemento (dimensão) para que se possa falar em DIREITO. Se o fato é a causa de pedir, se a norma é que o fundamento jurídico, o VALOR é a SENTENÇA, ato através do qual o Juiz, tanto quanto o legislador, emite um juízo político de valor, redimensionando a norma à luz do fato concreto. A sentença é um ato necessariamente político, sob pena de descaracterização da própria função jurisdicional, através da qual é dado ao Juiz o poder único e soberano de elaborar a adaptação da norma abstrata às peculiares condições sociais e econômicas em que se verifica o caso concreto. No momento da aplicação do direito apenas a lei é um dado fixo; o fato e o juízo de valor são variáveis presentes ao Juiz. Política do Juiz, não apenas é sempre *falsa*, até para os que se dizem neutros, mas principalmente visa a suprimir do Poder Judiciário a necessária dimensão valorativa do Direito, vale dizer: a sua dimensão política" (in Deontologia, Magistratura e Alienação, Porto Alegre, AJURIS, Nº 59, p 177/178).

¹⁸ A Associação Juizes para a Democracia, fundada em 13.5.1991, tem como princípios fundamentais a promoção da conscientização crescente da função judicante como proteção efetiva aos direitos fundamentais; a independência do Poder Judiciário, a democratização e aperfeiçoamento da instituição; tratamento da justiça como um serviço público ao cidadão; a defesa dos direitos dos menos favorecidos; a participação efetiva dos juizes na reconstrução e promoção da democracia pluralista (Periódico ano I nº 0 setembro de 1993).

2. As Transformações Sócio-Econômicas e a Função Social do Juiz.

É difícil estabelecer limites para o poder concentrado e legitimado nas mãos do juiz. De outro lado, a justa atuação funcional permite influir e intervir na vida dos jurisdicionados, modificando parcela da situação de desigualdade entre as partes e do contexto iníquo de nossa sociedade.

Muitas vezes, os juizes mais conscientes das injustiças sociais, que se preocupam com a referida atuação justa, procuram alternativas nos princípios do direito para interpretar de forma flexível a norma e aplicá-la de modo mais brando nos casos concretos.

O Judiciário tem buscado maior aproximação com a população para manter seu prestígio como instituição e para também legitimar o poder de tomar decisões respeitáveis e executáveis na sociedade.

Esta busca não tem início recente. A história revela-nos que os pretores romanos, em sua *jurisprudencia*, e os juizes doutrinados pelo direito consuetudinário da *commom law* já visavam criar e inovar o direito. Estes e aqueles, por vezes, interpretavam as normas positivas de maneira mais aberta e dinâmica, utilizando-se da discricionariedade embutida na norma ao adaptá-la à conveniência e oportunidade de escolha do direito substantivo para o caso. A criatividade traduz-se na inserção no ordenamento de novas "fórmulas de direito" para solucionar conflitos sociais, ainda sem solução aparente.

Concepções inovadoras, debatidas historicamente pelos movimentos do "Direito Livre" (Del Vecchio, Filosofia do Direito, Lições de Filosofia do Direito, p.247) e do atual "Direito Alternativo" (Clémerson Merlin Clève, in Poder Judiciário: Autonomia e Justiça, R.T.34 pp. 34/43) são tentativas de ajustar o papel do juiz como agente político em sociedades de alta conflituosidade.

Exemplo de atuação na modificação da estrutura social é o da Magistratura Italiana. A denominada "Operação Mãos Limpas", de um grupo de juizes italianos unidos para combater a Máfia e a Camorra, conhecidas organizações criminosas multinacionais, demonstrou o grande poder de decisão e de transformação social que o Judiciário pode exercer em um país. Membros da Máfia, da Camorra, políticos e empresários corruptos estão sendo desmascarados e levados ao banco dos réus, demonstrando a força de atuação e intervenção no tecido social por parte dos juizes italianos.

Esse grupo de juizes está empenhado na manutenção do regime democrático de seu país, ameaçado pela criminalidade institucionalizada,

tomando a dianteira na luta pela conscientização e revalorização dos princípios da liberdade, igualdade e credibilidade nas instituições¹⁹.

O magistrado Romano Canossa descreve bem o movimento: "Os juizes, até agora, colocaram a política entre parênteses. É hora de tirá-los"²⁰. O juiz tem suas ideologias, sua formação cultural e tendências políticas, que pesam muitas vezes no momento da decisão. Deve ser ele cidadão de seu tempo, e como tal participante das decisões políticas concernentes a sua atuação na sociedade com um *zoom politicum*, como preconizava Aristóteles.

Essa nova visão tem levado a maioria dos magistrados italianos a mudarem de atitude. Pode ser que haja excessos nesse movimento. Pode ser até que ele próprio seja forçado a reduzir o seu ímpeto, mas sem dúvida alguma, imprimiu aquela aceleração, aquela renovação, valorizando extraordinariamente os juizes italianos²¹.

São sinais de que a magistratura em outros países despertou de sua inércia, assumindo seus membros o papel de operadores do direito e ativadores da reconstrução dos ideais democráticos.

O exemplo norte-americano é também bastante eloqüente. A Suprema Corte, ao interpretar a lei, não se limitou a fazê-lo gramaticalmente. Levou em conta o conteúdo histórico-sociológico da norma e transformou a exegese dos textos em verdadeiras "criações do direito consuetudinário" em função da igualdade democrática. A Corte Americana, sob a Presidência do Juiz Warren (1954-1969), considerou em suas decisões, acima de tudo, o princípio de uma "sociedade igualitária".

Alguns exemplos de decisões neste sentido são citados por Alípio Silveira em trabalho apresentado sobre a "A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana"²², no qual aborda a questão da igual proteção, independente de raça ou de cor (art. XV da Constituição Americana). A inovação

¹⁹ No caso da "Operação Mãos Limpas", tem-se verificado um confronto direto entre o Poder Executivo, representado pelo Primeiro Ministro, e o Judiciário. As investigações sobre delitos econômicos envolvem pessoas diretamente ligadas à administração e alto empresariado. Até familiares do *Premier* estão envolvidos, o que implicou em acentuada reação contra as investigações por parte do Executivo. Houve mesmo a tentativa, por meio de decreto, de se dificultar o trabalho, suprimindo-se a possibilidade da decretação de prisão preventiva, que se mostrava uma das mais eficazes armas dos magistrados no combate aos delitos. Ante a pronta reação da população respaldando a atuação firme dos magistrados, o Executivo voltou atrás. Quando finalizávamos este trabalho, segundo noticiado pelo jornal "Folha de São Paulo" (Caderno "Mundo", ed. 10.12.94), o Ministro Silvio Berlusconi já havia renunciado por força de pressões populares e políticas. Estas pressões foram avivadas com as investigações conduzidas com autoridade pelos juizes da "Operação Mãos Limpas".

²⁰ Apud Dalmo de Abreu Dallari, *O Juiz e a Sociedade*, in Revista da Escola Paulista da Magistratura, nº0, vol. I, abril/maio, p. 187.

²¹ Idem, ibidem, p. 187.

²² *O Poder Judiciário e a Constituição*, Porto Alegre, Ajuris, 1977, p. 116.

foi introduzida pela Corte de Warren que, por primeiro, condenou práticas e leis discriminatórias nas eleições, incluindo-se as primárias, bem como obistou a separação, dentro das universidades, entre brancos e negros. Finalmente, em 1954, condenou o sistema de escolas públicas separadas por negros e brancos, dominante no Sul e, com isso, expressamente cassou a anterior doutrina de proporcionar serviços educacionais igualmente a ambos, mas em locais distintos.

Diante de tal posicionamento do Poder Judiciário, firmando-se como baluarte dos princípios constitucionais nos países com democracia mais sólida e em constante modernização, vários caminhos vão sendo abertos.

No Brasil, apesar de alguns avanços nos últimos tempos, encontram raízes em nossa história recente as dificuldades para a atuação dos magistrados sobre a qual, se não preponderante, tenha certo peso específico o aspecto social.

Primeiramente, os sucessivos momentos de Estado autoritário, ocorridos ao longo deste século, entram em rota de colisão com uma magistratura engajada.

No mais, forçoso reconhecer que o Poder Judiciário está inserido dentro de um Estado desestruturado, inchado e ineficaz, no qual os comportamentos dos grupos sociais organizados e difusos tendem a não se ajustar às estruturas normativas positivadas.

Tantas e tamanhas rupturas político-sociais, desde antes, mas principalmente a partir da ditadura militar instalada em 1964, não foram totalmente sanadas e a nossa emergente democracia ainda não se firmou. Este quadro criou um distanciamento acentuado entre o Poder Judiciário, materialmente obsoleto e ideologicamente retraído, e a sociedade civil, ansiosa por avanços. A instituição, naquele momento histórico e posteriormente, fechou-se em si mesma, mantendo-se quase alheia aos desmandos do Estado forte e às transformações que se sucederam e que eram exigidas.

Também contribuiu para a postura acima referida a inegável sujeição do Poder Judiciário, porque integrante dos poderes estatais, às influências e transformações do sistema político-econômico vigente. Os sucessivos governos autocráticos e ineficientes não buscaram concretamente romper o círculo vicioso das desigualdades sociais. Na inércia respectiva, o Judiciário também teve atuação tímida e axiologicamente neutra no desenvolvimento social.

O contexto descrito teve implicação na imagem deformada do Poder Judiciário frente à população, que resultou, para alguns, na ocorrência de uma crise do Direito.

Diz Shelma Lombardi de Kato que "o conflito entre as condições existenciais e as normas jurídicas vigentes propicia a perda de confiança nas

soluções normatizadas, gerando a crise do direito. E, a crise do direito, como a crise das instituições, relaciona-se com a inadequação da ordem jurídica às exigências de justiça, em crescente insatisfação"²³.

Logo, a crise do direito como um todo engloba também a crise das instituições ligadas ao Estado desestruturado, limitando a possibilidade do operador do direito de se utilizar do sistema legal como uma ferramenta hábil para reconstruir bases sólidas de uma sociedade orientada pelo critério do justo social.

O Brasil não tem o que se possa chamar de um sistema legislativo moderno e eficiente. Não existe uma sistematização normativa. Diversas normas infra-constitucionais estão em desacordo com às normas da Constituição Federal. Muitos princípios programáticos não encontram a legislação complementar necessária para a aplicação efetiva no ordenamento jurídico.

Ressalte-se ainda que é já corriqueira a prática de se governar este país por medidas provisórias, decretos, portarias e ordens de serviço que em muitos casos, são "contra legem" e esbarram de frente com as normas constitucionais.

A consequência disto é o quadro já referido de desestrutura do Estado, que atinge diretamente o Poder Judiciário e a admissibilidade e concretização jurídica dos DESCAs.

Neste momento histórico, por imposição da própria sociedade, vislumbra-se alguns avanços na estrutura do Poder Judiciário que vem ocupando seu verdadeiro espaço político no cenário do Estado. Tem sido divulgadas pela mídia recentes decisões de juizes, (principalmente de primeiro grau, que tem contato direto com o conflito social e com as partes) sobre questões econômicas, sociais, ambientais e culturais, de notável repercussão no contexto econômico-social.

Existe, pois, uma época propícia, um campo fértil em nosso país para a atuação do juiz como verdadeiro agente político. Mesmo com obstáculos, quer de ordem pessoal dos magistrados, quer de ordem institucional, a função social do juiz vem ganhando significado. Dentro do contexto de transformações socio-econômicas do Estado Brasileiro, amplia-se a faixa de atuação e as exigências para que o magistrado se imponha, libertando-se do positivismo extremado.

A utilização do instrumento do processo associado à princípios e normas constitucionais, revela ao juiz e as partes solução inovadoras dos conflitos, mesmo quando não lhe seja possível extrair das normas prescritas no ordenamento positivo, manancial suficiente para o julgamento da demanda.

²³ *A Crise do Direito e o Compromisso da Libertação*, in *A Função Social do Judiciário*, Ática, p. 173.

Talvez a solução esteja na investigação e na aceitação de "novas bases", como propõe em suas lições o jurista Fábio Konder Comparato: "O importante é retomar as questões sobre novas bases. Assim, ao invés de se suprimir o princípio da legalidade com o inegável retrocesso inerente à abolição do Estado de Direito, poder-se-ia pensar, p. ex., na transformação do julgamento por equidade em princípio geral do Direito Judiciário. Em substituição à norma do art. 127 do C.P.C., declarar-se-ia que o juiz está sempre autorizado a decidir por equidade, quando uma das partes encontra-se em situação de grave carência social, conforme for definido por lei. No juízo criminal, o critério especial de aplicação das multas, constante no artigo 60 do C.P., deveria ser alargado, declarando-se como propus na fase de preparação da nova Constituição, que 'aplicação da pena individualizada, levando-se em conta, obrigatoriamente, como circunstância atenuante, a fraca situação econômica e a baixa posição social do delinqüente' "²⁴.

As transformações culturais e socio-econômicas enfrentadas nas últimas décadas têm demonstrado a ineficácia e desatualização de um sistema de direito positivado, limitado e mantenedor das grandes desigualdades e injustiças sociais.

O juiz-agente político, assegurado por prerrogativas e garantias funcionais, pode e deve assumir as responsabilidades da função com coragem, desenvoltura e criatividade para traçar novas bases de reconstrução de um Estado Democrático de Direito.

3. Legalidade e Legitimidade das Decisões Judiciais frente aos DESCAs

As decisões judiciais são executáveis e representam poder porque a partir do momento em que são publicadas se traduzem em um comando para modificar as situações fáticas ensejadoras da atuação do profissional do direito e da atividade decisória. A legitimação de uma decisão judicial não se limita à subsunção do fato à norma positivada, mas depende também da legitimidade da estrutura do poder como um todo no seio social. A adequação do aparelho judicial à evolução social a fim de legitimar suas decisões é tarefa a ser repensada por todos que se aprofundam no estudo sociológico e filosófico do acesso do cidadão à justiça.

A questão da legalidade da aplicação do direito nem sempre se harmoniza com a legitimidade das decisões judiciais, mesmo porque a estrutura do Poder Judiciário ainda se encontra fechada dentro de uma ideologia profissional orientada para a formação formal positivista. Tal orientação já tem início na graduação das Faculdades de Direito, nas quais se adota metodologia de

²⁴ *Função Social do Jurista no Brasil Contemporâneo*, Revista dos Tribunais, nº 670, pp. 8-13.

ensino clássico e sem questionamento do direito imposto por meio de Códigos e leis esparsas, criadas pelos que estão na cúpula do Poder Político dominante do Estado.

Na lição de Fernando Ruivo, "a estrutura do próprio sistema jurídico vem assim a estabelecer os limites dentro dos quais o aparelho judicial pode variar. Ou seja, a ordem jurídica tal como se apresenta, com o seu corpo sistematizado de normas, pressupõe, para a sua aplicação, um tipo específico de corpo judicial cujas unidades só podem variar dentro de uma certa flexibilidade. O nível de criação jurídica, de inovação por parte do juiz, encontra-se pois balizado por uma limitação de ordem estrutural que só insidiosamente pode ir subvertendo"²⁵.

O juiz encontra sua legitimação na atuação funcional na medida em que consegue, utilizando-se dos instrumentos do direito, transformar sua autoridade formal em autoridade prática, igualando, dentro da diversidade social, as partes em litígio e conciliando os valores descritos no texto constitucional e em leis ordinárias para resolver as situações práticas: *criando consenso sobre a diferença*, na expressão de Fernando Ruivo.

A discussão entre a legitimidade e legalidade no âmbito do Poder Judiciário toma como ponto de partida a idéia de relativização de justiça e bem comum e a conseqüente distinção entre a obediência obtida pela eficácia do poder e a obediência sustentada na autoridade da lei e do direito²⁶.

A independência do Poder Judiciário pauta-se pela autoridade do juiz para fazer valer seus atos e decisões, porquanto a natureza do poder jurisdicional é a força de suas decisões empregadas racionalmente e publicizadas, concretizando o ideal da justiça. A fundamentação ou motivação das sentenças judiciais constitui atividade do juiz para racionalizar o exercício do poder jurisdicional, "transformando a decisão judicial em ato estatal e, portanto, político", controlável pelos órgãos dos Tribunais Superiores, por meio dos sistemas de recursos e pela sociedade. A autoridade do juiz é revelada no ato decisório, após o processo iniciado pela parte, desenvolvido por meio de apresentação de provas e do discurso argumentativo de persuasão e findado pela sentença (transitada em julgado). A decisão judicial, partindo do ordenamento normativo, pressupõe a existência de *motivos decisórios*, como diz José Eduardo Faria, *premissas de valor que se referem a condições sociais e que nelas se realizam*.

O poder decisório concentrado nas mãos do juiz parte de normas positivadas no ordenamento jurídico, porém revela-se à sociedade no momento da publicidade do discurso jurídico descritivo dos fatos sociais trazidos pelo

²⁵ *Aparelho Judicial, Estado e Legitimação*, in *Direito e Justiça*, pp. 83/84.

²⁶ José Eduardo Faria, *Poder e Legitimidade*, S.P.: Perspectiva, 1978, p. 40.

conflito de interesses e resolvidos pela escolha de premissas axiológicas e institutos jurídicos.

Neste sentido, a legalidade, compreendida como um conjunto de leis hierarquizadas e escalonadas pelo Estado para regulamentar os setores públicos e privados da sociedade, apresenta-se como fundamental para eliminar o arbítrio pessoal dos que detêm o poder, transmitindo segurança nas expectativas e garantindo o princípio da certeza jurídica²⁷. O direito está intrinsecamente ligado à legalidade porque depende de comandos positivos para ser executado por quem tem autoridade, poder de atuação e imposição de comportamentos sociais, tomando por base normas gerais, abstratas e impessoais.

Porém, a legalidade em si não é bastante para garantir que as decisões judiciais sejam respeitadas e obedecidas pelos cidadãos. Esta afirmação pode ser verificada à medida em que as decisões judiciais, tomadas com fundamento na lei positiva, mas injustas socialmente, não são mais respeitadas e perdem a credibilidade e imperatividade.

A legalidade depende da legitimidade daquele que detém o poder de aplicar a norma. Em outras palavras, depende da autoridade que torna eficaz o comando da norma positiva. Portanto, a idéia de legitimidade implica em valoração social, apoio e consenso em relação ao titular do poder e o modo como este desempenha sua função em sociedade. Relativamente ao juiz-agente político, depende ele do exercício da racionalidade para fundamentar suas decisões, valorando a norma de acordo com os anseios sociais, interpretando-a finalisticamente para tornar sua decisão um comando eficaz, sustentado por valores aceitos em uma dada comunidade e por essa razão obedecido sem o emprego da violência, desintegradora dos sistemas jurídico-políticos. Esta forma de atuação é marcadamente política, uma vez que tem cunho de intervenção na estrutura e organização social.

A forma de intervenção depende da integração da lei e da interpretação que o juiz escolhe para aplicá-la.

Assim, qual seria a base de toda a interpretação normativa e a amplitude dos DESCA frente à Constituição?

Há possibilidade de se extrair da norma conceitos jurídicos condizentes com a realidade dos fatos sociais mutantes, pois a linguagem do direito apresenta-se aberta a ponto de deixar margem para a interpretação mais criativa e ampla do juiz, para o caso concreto.

²⁷ José Eduardo Faria, ob. cit., p. 78, ao discorrer sobre a legalidade enfatiza ser o Estado moderno um sistema jurídico, ou seja, o poder que ele exerce não se baseia exclusivamente na violência, mas sim naquela força mitigada e racionalizada empregada em conformidade a um conjunto de regras válidas tanto para os que obedecem como para os que mandam.

A linguagem do direito é composta de expressões de textura aberta e axiológicas, que são empregadas pelo juiz. Quando ele decide, aplica a subsunção do caso concreto à norma jurídica positivada.

Eros Roberto Grau discorre com precisão sobre a linguagem de textura aberta das leis, principalmente quando trata de princípios do direito e de regras jurídicas. Diz o professor Eros: "O fato de as regras possuírem textura aberta - tal qual os princípios de resto - não importa, em si, estejam sujeitas a exceções. Uma circunstância não induz a outra. Não há relação de causa e efeito entre ambas. Comportarem ou não comportarem exceções as regras, isso depende inteiramente do fato de serem expressas em linguagem de textura aberta. Além disso, é justamente essa peculiaridade que permite que determinada regra se aplique a esta e não àquela situação, sem que isso importe esteja ela sendo excepcionada"²⁸.

Para compreender os limites da linguagem normativa e das sentenças, é necessário colacionar os argumentos trazidos por Karl English em sua preciosa obra *Introdução ao Pensamento Jurídico*²⁹. O autor parte do princípio que a atuação do legislativo ao elaborar a norma deixa ao julgador (o aplicador do direito) um margem de discricionariedade nos conceitos utilizados, a ponto de ampliar a autonomia do juiz em face da lei elaborada. Distingue, pois, partindo dessa premissa, os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as cláusulas gerais.

Conceito jurídico indeterminado é um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos jurídicos determinados são muitos raros em direito³⁰. Assim, v.g., o conceito de *bens sociais e exigências do bem comum* (artigo 5º da Lei de Introdução ao C.C.), o conceito de *equidade na decisão* (artigo 127 do C.P.C.).

Conceitos indeterminados são normativos, contrapondo-se aos conceitos descritivos, que designam objetos reais ou objetos que participam da realidade e são perceptíveis pelos sentidos. Como por exemplo, "homem", "árvore", "casa", são facilmente perceptíveis e visualizados pelos sentidos humanos. Outros, porém, são abstrações dos sentidos como "velocidade", "intenção".

Muitos conceitos normativos são indeterminados em grau elevado e oferecem por isso uma insegurança e relativa desvinculação da lei³¹.

Os conceitos normativos denotam valores e por isso podem ser interpretados de acordo com parâmetros concretos diante dos fatos reais, encontrando sua significação na sentença e no conteúdo da norma interpretada.

Os conceitos normativos dependem sempre de um preenchimento de conteúdo axiológico a ser realizado pelo intérprete da norma. Essa autonomia de valoração pessoal dos conceitos normativos leva a particularizar os conceitos indeterminados, afrouxando a vinculação da rigidez da norma e aproximando-a da *discricionariedade judicial*, como ressalta English. A possibilidade de escolha entre variáveis que se apresentam dentro de um mesmo contexto para tomar a solução mais adequada ao caso caracteriza a discricionariedade. Para Forsthooff o poder discricionário significa *um espaço de liberdade para a ação e para a resolução, a escolha entre várias espécies de conduta igualmente possíveis*³².

A discricionariedade está ligada aos espaços livres deixados pela norma em função de conceitos jurídicos indeterminados, permitindo ao aplicador da lei valorá-la de modo mais conveniente para ser ela ajustada ao caso concreto.

A discricionariedade é importante à medida em que pretendemos justificar e legitimar as decisões judiciais de conformidade com a atuação mais consciente do juiz-agente político porque este pode movimentar-se dentro da norma jurídica e extrair dela o conceito jurídico mais justo para o caso concreto, tomando por base os *espaços de livre apreciação* deixados pelo legislador ao elaborar a norma³³.

A valoração pessoal do juiz-agente político tem peso na reestruturação do Estado Democrático de Direito porque ele é chamado como autoridade para decidir casos concretos e dentro do *espaço de jogo* (English) a solução que tomar será vista como a melhor e mais justa.

Assim, por exemplo, o juiz tem a discricionariedade de escolher dentro da norma penal, no preceito secundário, a pena que se adegue ao autor do delito e à circunstância em que este se encontrava no momento do cometimento da conduta ilícita. No direito processual civil, o juiz-agente político, comprometido com a busca da verdade e do justo social, tem maior poder de participar do conjunto probatório, determinando a realização de prova que entenda necessária para a sentença. Não perde a imparcialidade o juiz que

²⁸ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), São Paulo: Revista do Tribunais, 1990, p. 109.

²⁹ 6ª edição, tradução de J. Baptista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

³⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 208.

³¹ *Idem*, *ibidem*, p. 210.

³² Apud Karl English, *ob. cit.*, p. 217.

³³ Para English "o autêntico 'poder discricionário' é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada (eventualmente 'articulando' o seu ponto de vista com a deliberação tomada no seio de uma agremiação ou colégio) a decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um 'resto' de insegurança, mesmo através de regras por mais minuciosas que estas sejam, mas porque se considera ser melhor solução aquela em que dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente de sua responsabilidade, faça valer o seu próprio ponto de vista" (*ob. cit.*, p. 222).

determina prova, sobre a qual podem manifestar-se as partes, garantindo o poder discricionário de escolher as premissas embasadoras de sua decisão, ao mesmo tempo que preserva o princípio do contraditório, impedindo a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionarieade em despotismo³⁴.

Pelo exposto, conclui-se que a legitimidade da decisão judicial ajustada à nossa realidade e embasada nos fundamentos da justiça social e do bem comum encontra no poder discricionário e na racionalidade da argumentação jurídica, elaborada pelo juiz no momento da decisão, o seu apoio e justificativa.

O juiz-agente político mais consciente de suas responsabilidades e de sua participação democrática encontra respaldo nas Constituições Federais e nos Direitos Fundamentais do Homem, bem como na própria exigência jurídica dos DESCA. Além de ter o poder-dever de exigir do Poder Público uma atuação coerente com os anseios sociais.

A renovação do papel assumido pelo juiz-agente político é fundamental para assegurar a legitimação de suas decisões. A proximidade do representantes do Poder Judiciário com grupos de interesse torna-o conhecido e possibilita o acesso do cidadão à Justiça. Esta proximidade e participação, segundo Fernando Ruivo, "além de legitimar o processo de tomada de decisão do aparelho judicial, vêm, assim, também legitimar globalmente todos os direitos sociais"³⁵.

No mundo contemporâneo não há mais lugar para o juiz autômato, neutro e mero aplicador da lei por meio de silogismos, sem questionamento sócio-político e sem responsabilidade pela reconstrução da democracia, sob pena de não ter legitimada suas decisões.

A responsabilidade do juiz aumenta quando assume seu papel de agente político, participante da sociedade como um "arquiteto social", na expressão de Cunha Rodrigues.

A legitimação das decisões judiciais está diretamente ligada à independência do do Poder Judiciário, que deve tomar por base os princípios e direitos consagrados na Constituição Federal. Nas palavras do eminente jurista Dalmo de Abreu Dallari, "o juiz é responsável legal e moralmente pelas suas decisões e, portanto, deve ter plena consciência disso, devendo capacitar-se para decidir segundo as demandas da realidade social"³⁶.

Além disso, o juiz tem papel fundamental para a concretização dos DESCA, principalmente no que tange a atuação de *mediador* entre o Estado e a sociedade, na concretização de políticas públicas locais.

Ora, o Judiciário é centro de convergência de conflitos sociais, que não são atendidos pelos Órgãos Públicos. Por essa, razão, o juiz, como agente político, tem o *poder-dever* de assumir a liderança de um processo de intermediação de grupos de interesse de um lado e de Estado ou grupos econômicos de outro, visando a integração de possíveis concessões de ambas as partes para assegurar uma conformação de políticas públicas, estabelecida consoante a vontade da maioria.

5. Admissibilidade Jurídica dos DESCA

Neste sentido, a concretização e exigibilidade no cumprimento dos DESCA junto ao Poder Judiciário, traduz-se na atuação social do juiz como intermediador entre o ordenamento jurídico atual, a lei positiva, os princípios gerais do direito, as normas programáticas e as auto-aplicáveis da Constituição Federal de um lado e conflito social, os costumes locais e os tratados internacionais de direito humanos, que se adequem ao caso concreto, de outro.

Desta congruência de direitos, fatos sociais e concessões mútuas, amparadas por uma prestação jurisdicional moderna e ajustada à realidade social, surge a admissibilidade jurídica e a efetiva concretização do DESCA, a fim de implementar programas de desenvolvimento econômico-social.

Para tanto, há necessidade de se equipar o Poder Judiciário com infraestrutura suficiente, para transformá-lo em verdadeiro Foro ou "Palco" de debates e negociação de soluções sociais. Ao invés de tentar mantê-lo estaticamente fechado e conservador, com poder de decisões pré-estabelecidas de acordo com a letra fria das leis positivadas em nosso ordenamento jurídico, que não atendem a solução pacífica das demandas sociais modernas.

A prestação jurisdicional amplia seu espectro de legitimidade social, no momento em que concretiza a solução debatida, conscientizada e aceita pelas partes que respeitam a autoridade do juiz como um operador do direito, um intermediador e negociador de seus conflitos de interesse para uma decisão que seja cumprida pelo Estado e aceita acatada pela maioria dos jurisdicionados.

Não obstante a aceitação popular, a decisão judicial também força a concretização efetiva de políticas públicas locais, que devem ser cumpridas pelo órgãos do Estado e pelos agentes políticos.

O poder político-social do Juiz é legitimado pela soberania popular e também pela Constituição Federal. Esta elenca o Poder Judiciário no capítulo

³⁴ Alcalá-Zamora, apud José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 78.

³⁵ Art. cit., in *Direito e Justiça*, p. 90.

³⁶ Explicita ainda que a expressão "capacidade" é o reconhecimento da competência técnica aliada aos dados fundamentais a respeito das condicionantes do comportamento humano, buscando atualizar o sentido das diretrizes filosóficas e jurídicas que estiverem contidas na lei e em conflito com as concepções sociais vigentes no momento da aplicação (art. cit. *O Juiz e a Sociedade*, p.199).

específico da Organização dos Poderes (Título IV- Capítulo III), fornecendo-lhe meios legais para atuar em favor da sociedade civil ao estabelecer princípios e direitos fundamentais no preâmbulo e corpo da Lei Maior (artigos 1º a 5º e incisos da C.F. de 1988).

Assim, o juiz, enquanto atua como agente político, concentra poder e autoridade para aplicar os princípios de igualdade e de justiça social nos casos concretos e para direcionar juridicamente o funcionamento do Estado. Tem o poder de garantir, quando suscitado, os fundamentos da soberania, cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político dos direitos fundamentais, elencados na Constituição Federal e basilares do Estado Democrático de Direito³⁷.

A função jurisdicional, como acentua Luiz Flávio Gomes, é também atividade política porque faz parte do exercício do poder do Estado *no governo da cidade*. A independência e o prestígio da autoridade judicial são a chave do Estado de Direito e sua atuação na sociedade configura um *ato político-social* e não *político-partidário*³⁸.

Para atuar como um intermediador, sem receber influência ideológica dos grupos de interesse ou grupos de pressão dominante, o juiz apoia-se em sua independência como autoridade e agente político e conta com as prerrogativas e garantias constitucionais deferidas ao cargo (artigo 95, I, II e III, da C.F.).

A atuação do juiz-agente político deve ser fundamentada em *Novas Bases*³⁹ ou *Formas Alternativas de Solução dos Litígios*⁴⁰, *Novas Estruturas Normativas*⁴¹, ou mesmo *Nova Concepção de Sistemas de Direito*, a fim de

³⁷ Preleciona José Afonso da Silva a importância da lei no Estado Democrático de Direito porque o poder estatal deve nelas se pautar para propiciar ao cidadãos regras de conduta, predeterminadas e conhecidas por todos, que por elas se guiem para realizar seus interesses pessoais. Completa seu raciocínio ao ressaltar a Constituição como lei fundamental do direito positivo, capaz de transformar a sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, 1989 p.107).

³⁸ *A questão do Controle Externo do Poder Judiciário*, S.P. Ed. R.T., 1993.p. 89/90.

³⁹ Fábio Konder Comparato, *Função Social do Jurista No Brasil Contemporâneo*, R.T., 670. p. 11. Entende o Professor que o importante é retomar a questão sobre *novas bases*. Assim, ao invés de se suprimir o princípio da Legalidade, com o inegável retrocesso inerente à abolição do Estado de Direito, poder-se-ia pensar na transformação do julgamento por equidade em princípio legal do Direito Judiciário.

⁴⁰ Caetano Lagrasta Neto, *Meios Alternativos, Uma interpretação Política*, R.T., 665, pp 41/45. Neste artigo descreve o Juiz do 2º TACivil sobre a vinculação de meios alternativos de solução dos litígios ao implemento do acesso a Justiça e aplicação de novas técnicas jurídicas e de preparo dos magistrados para enfrentar, com nova mentalidade os novos direitos difusos e coletivos, das minorias, dos moradores de cortiços, dos sem-terras, das crianças e adolescentes, adaptando o provimento jurisdicional e as medidas de urgência a estes interesses de massa, que surgem no embate judicial.

⁴¹ Celso Fernandes Campilongo, *Os Desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico*, in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, coord de José Eduardo Faria, p. 39. Ao comentar o tema, o jurista discorre sobre a provisoriade das novas estruturas normativas circulares, - parciais, mutáveis e contingenciais- que rompem a unicidade do sistema normativo hierarquizado, formal e piramidal,

desburocratizar e simplificar a administração estatal da justiça, desafogando o Poder Judiciário de sua carga de trabalho e ampliando a função do juiz-agente político. Este poderá atuar com maior discricionarieade e liberdade de decisão para aplicar a justiça, voltando-se mais à solução de consenso de conflitos.

A explosão da litigiosidade social fez crescer a demanda pela prestação jurisdicional mais célere e menos formal, forçando o Poder Judiciário a sair de sua inércia característica e participar, juntamente com árbitros, líderes de grupos e demais operadores do direito, que atuam como intermediários na busca pela solução dos conflitos sociais e implementação dos *DESCA*.

6. Instrumentos Operacionais de Defesa dos *DESCA*

Assim, a admissibilidade jurídica do *DESCA* toma como ponto de partida a implementação e instrumentalização de novas fórmulas de direito substantivo e processual, que tenham a função de educar, informar, orientar e conciliar os cidadãos de um lado, e de exigir do Poder Público a concretização de políticas públicas de interesse local.

É o que hoje se denomina de uma *mudança de mentalidade e a implantação de um novo método de pensamento*⁴², preconizada por Cândido Rangel Dinamarco.

Dentro de nossa cultura jurídica, pretender-se fugir da atuação do Poder Judiciário por meio de outros caminhos, não soluciona os problemas que até hoje temos enfrentado para modernizar o Poder Judiciário e a forma de distribuição da justiça.

A admissibilidade jurídica dos *DESCA* continuará passando pelo crivo do contraditório e da ampla defesa exercidos no processos perante os juizes.

A forma jurisdicional de resolver os conflitos sociais não exclui outras mais rápidas e informais, como por exemplo a da arbitragem. Porém, a Constituição Federal, diante do Princípio do Estado de Direito, embasa a discussão dos conflitos em Foros de debates no âmbito do Poder Judiciário, propiciando o que José Eduardo Faria conceitua como "processo de reforço circular"⁴³.

colocando em evidência o fato de que o direito é integrado por mecanismos que vão além de pretensão de autofundação do direito. Por isso, afirma que "a desestrutura do direito revaloriza a temática da hermenêutica jurídica e da função social do magistrado[...] o saber pragmático, exigido pela nova racionalidade jurídica, pressupõe o conhecimentos das situações concretas para, daí sim, extrair o máximo de regra".

⁴² Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 386.

⁴³ " Futuro do Judiciário " in *Justiça e Conflito*, Ed. R.T. 1992 pag. 124.

Tal processo significa que a cada conquista social obtida por meio de decisões politizadas tomadas no foro judicial de debates traz, em contraprestação, a exigência, a ampliação e efetiva concretização de políticas públicas locais mais adequadas àquela contenda de natureza social e serve como parâmetro para as demais, que vierem a surgir dentro de nosso sistema jurídico pátrio.

Destarte, a expectativa diante de uma nova postura mais ativa do juiz-agente-político, concentrando esforços na ampliação da justiça comutativa e social, enquanto busca alternativas de direito para resolução de conflitos jurídicos, a fim de atingir a *desinstitucionalização do conflito*⁴⁴ e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional ao cidadão.

Diante de tal contexto, vive o Judiciário um dilema em relação à legalidade sistematizante e ao desenvolvimento de novas técnicas inovadoras do direito processual. Encontra-se também diante do desafio de reestruturar a máquina administrativa judicial e reformular conceitos e princípios de direito, que eficazmente solucionem e orientem as demandas sociais para atingir o ideal do Estado Democrático de Direito, com a participação dos cidadãos conscientes e ativos⁴⁵.

Neste sentido, o juiz-agente político tem a possibilidade de ampliar suas funções de *arquiteto social* (Cunha Rodrigues) por meio dos novos instrumentos legais de concretização do DESCAs, inseridos no sistema jurídico pelos juizados de pequenas causas e também pela adoção de princípios de tratados internacionais, que se adequem à nossa realidade e que contribuam para melhorar a distribuição da justiça social. Também é imperativa a aplicação efetiva dos direitos e garantias fundamentais, elencados na Constituição Federal, mesmo porque não há exclusão de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, parágrafo 2º).

Analisando o elenco dos DESCAs, inseridos como “normas constitucionais programáticas” na Magna Carta, invoca-se a doutrina moderna do constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho, para a admissibilidade jurídica e efetivação do direito em nosso ordenamento.

⁴⁴ Campilongo, art. cit., p. 44.

⁴⁵ Cfr. José Eduardo Faria ao dissertar sobre: *Magistratura e Seus Desafios*, in *Justiça e Conflito* Os juizes em face dos novos movimentos sociais, ob. cit., p. 152/153, coloca a magistratura diante do desafio de “a) ver a si própria com catalizadora de estruturas sociais radicalmente contraditórias; b) reconhecer a natureza não-racional da aplicação da lei; c) identificar a incapacidade da ‘dogmática jurídica’ de oferecer esquemas interpretativos rigorosamente objetivos, imparciais e ‘universais’ e d) substituir suas técnicas hermenêutica de caráter lógico-dedutivo por abordagens mais abrangentes, de natureza problematizante e ‘construtiva’- sempre na consciência de que, por causa da inequívoca dimensão política de todo ato adjudicante, os limites dos intérpretes não são apenas limites jurídicos, mas igualmente limites de fato”.

O Eminent Professor tece importante análise sobre a concretização das regras e normas programáticas constitucionais ao estabelecer que “todas as normas, quer sejam denominadas programáticas ou impositivas, que devem ser consideradas aplicáveis no caso concreto, de acordo com o seu alcance e o valor normativo, porquanto são suscetíveis de apelação directa, na medida em que são exequíveis por seu próprio conteúdo”⁴⁶.

O instrumental legal mais recente, colocado à disposição do operador do direito, também tem facilitado o alargamento da prestação jurisdicional. A concepção do desate dos conflitos voltada para os fins sociais ganha alcance com a abertura proposital deixada pela Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas Civis e Criminais (Lei 7.244, de 7.11.84). Esta, em seu artigo 5º, dispõe expressamente poder o juiz adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

O Código do Consumidor (Lei 8078 de 11.9.90) estabelece regras mais flexíveis para a atuação jurisdicional e decisão sobre conflitos atinentes às relações de consumo. Dispõe o artigo 7º do referido diploma legal que os direitos previstos nele não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Também impende destacar o art. 6º, VIII, que preceitua a inversão do ônus da prova, em benefício do hipossuficiente, e o art. 28, parágrafo 5º, que trata da desconsideração da personalidade jurídica.

As ações de natureza constitucional, como o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, a ação popular (artigos 5º, incisos LXIX, LXX, LXXI e LXXIII da CF) bem como a ação civil pública (artigo 129, III, C.F e Lei 7.347/85) constituem instrumentos modernos, por meio dos quais o

⁴⁶ Preleciona ainda o eminente professor que: “Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização é feita também por várias regras constitucionais, qualquer que seja, a sua natureza. Assim, as normas garantidoras do direito de recurso materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas, não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional, “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismas políticos”, “promessas”, “apelos aos legisladores”, “programas futuros”, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. As “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora pela instância legiferante, das normas programáticas não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. (Curso de Direito Constitucional, 6ª ed. Coimbra, Editora Almedina, pág. 176, 177).

juiz-agente político pode atuar com seu poder de decisão e intermediação das partes, a fim de garantir a admissibilidade jurídica do *DESCA* e o direcionamento de políticas públicas locais (Ex.: problemas com loteamento urbanos e condomínios horizontais, ocupação de terras devolutas ou sem aproveitamento racional pelo MST, despoluição de rios e obrigação de aquisição pelas indústrias poluidoras de filtros ou aparelhos anti poluição, etc)

Há, pois, instrumentos legais dentro de nosso ordenamento para a criação jurisdicional do direito aplicado nas sentenças, ampliando a função do juiz de fazer cumprir a lei e ao mesmo tempo de fazer justiça. Norteados por tais parâmetros, o juiz-agente político soluciona melhor os conflitos de interesse deste país, onde há grande desigualdade social⁴⁷, revertendo o quadro da atual utilização amplificada do "direito de Pasárgada" ou da simples "jurisdição de rua".

Não somente os direitos fundamentais da Constituição Federal servem de instrumentos legais para o juiz moderno, mas também regras elencadas no Código de Defesa do Consumidor, com a proteção de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos (artigo 81, I a III da Lei 8.078/90) que permite a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente (artigo 6º, VIII), ampliação do julgamento das ações coletivas e abrangência da sentença e da coisa julgada *erga omnes, ultra partes* (artigo 103, incisos, I a III e parágrafos), a possibilidade de concessão da tutela requerida, liminarmente, se houver justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 84, parágrafo 3º e 4º).

Neste sentido também a possibilidade de aplicação das medidas alternativas à prisão, como a prestação de serviços à comunidade e a pena restritiva de direito previstas na Lei de Execução Penal (arts 147 a 154 da Lei nº 7.210/84) e na parte Geral do Código Penal (arts. 32, 43 a 48 do C.P.)⁴⁸; a educação do menor e adolescente com as medidas sócio-educativas de reintegração social (art. 112 da Lei 9.060/90), a criação do Conselho Tutelar com a participação de membros da comunidade, encarregados de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (art. 131 e ss.) ampliam a discricionariedade do juiz na aplicação da norma.

Além dessas novas leis, que permitem atuação mais participativa da sociedade e do juiz-agente político, roboramos a importância dos juizados de pequenas causas cíveis e criminais, incluindo as normas processuais do direito de

⁴⁷ Para ilustrar a atual desigualdade social, recorde-se artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo intitulado "Fome- O Desafio dos anos 90" (de 19.10.90, pp. Caderno A, C3), sobre recente relatório da FAO, órgão da ONU, que divulga a infeliz percentagem de que 40% dos brasileiros passam fome; a renda per capita é de US\$ 150 a 300 por ano; gasta-se em alimentação 0,21 do PIB. Os 40% mais pobres ficam com 12% da renda, enquanto que os 20% mais ricos tem o poder sobre 55,79% desta.

⁴⁸ Cfr. dissertação de mestrado de Sérgio Salomão Shecaira sobre *Prestação de Serviços À Comunidade (alternativa à pena de liberdade)*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

ordenação social, como *medidas alternativas* para promover e ordenar a vida comunitária e melhorar a distribuição do *DESCA* a todos os cidadãos.

Conclusões.

O juiz-agente político deve ter consciência que seu novo papel de agente transformador, intermediador e educador de massas, exigindo compromisso com a justiça social, com a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, elencados na Constituição Federal, e com a remodelação de nosso sistema social e democrático de Estado.

Sem esse comprometimento e visão mais abrangente da realidade sócio-econômica, o Poder Judiciário sofre (como já ocorre atualmente) desgaste.

A evolução histórica da atuação do Poder Judiciário nos revela que, gradual e lentamente seus membros vão se aproximando das partes, assumindo papéis relevantes de formadores de opinião de massa e responsáveis pela ordenação social, por meio de instrumentos legais e comprometimento com a justiça social.

Para concretizar seu papel de agente político, o juiz deve partir da observação da realidade sócio-econômica e da conflituosidade dela emanada, a fim de poder operar os instrumentos jurídicos que estão à sua disposição e promover o equilíbrio entre os diversos setores, grupos e classes sociais.

A complexidade dos sistemas sócio-econômicos reflete-se na litigiosidade que extrapola a norma positivada pelo Estado, mormente quando o Poder Legislativo é ineficiente na sua função de elaborar leis, que consigam acompanhar o avanço das mutações sociais. Esta constatação é relevante porque provoca, força e até encoraja todos operadores do direito a inovar no seu campo de atuação para solucionar o conflito.

A admissibilidade jurídica do *DESCA* é acentuada pela função social e política do juiz, que atua como "agente político", quando se investe na função de mediador entre a lei arcaica e as novas premissas exigidas pela dinâmica das mudanças de valores e interesses dos diversos grupos que se intereagam nesta sociedade desigual

Porém, a admissibilidade dos *DESCA* requer dos juizes um constante aprimoramento de valores e coragem de atuação como agente político para conformar as políticas públicas, juntamente com os membros dos dois outros poderes do Estado.

Todos os instrumentos processuais para a admissibilidade jurídica dos *DESCA* são atualmente importantes, pois visam à remodelagem e aperfeiçoamento da tomada de decisões sociais e políticas, tanto dentro do Poder

Judiciário, quanto amplia a participação dos cidadãos na construção de um Estado Democrático e “Social” de Direito.

A REFORMA AGRÁRIA COMO MODALIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS

Jacques Távora Alfonsin

Desde a entrada em vigor da Constituição Federal do Brasil, em 1988, o debate sobre a conveniência e a oportunidade da reforma agrária para o país parece ter dado mais atenção aos objetos do que aos sujeitos dessa forma de desenvolvimento.

Uma das principais razões para isso, quem sabe, reside no fato de o art. 185, II, da referida Carta, ter previsto como imune à desapropriação, para fins de reforma agrária, a chamada “propriedade produtiva”, numa clara confirmação da análise que Norberto Bobbio já fizera da história desse direito¹.

Pelo que se depreende do estudo de Luiz Edson Fachin e José Gomes da Silva, *Comentários à Constituição Federal*, (Rio, Ed. Trabalhistas, 1991, p. 56), a simples compreensão do que possa ser enquadrado como um espaço rural adequado à hipótese prevista constitucionalmente, envolve a superação de ambiguidades quase invencíveis. Não só pelo fato de a Constituição ter referido propriedade (denominação mais apropriada ao direito do que ao imóvel) como pelo fato de que, conforme os mesmos autores, a Constituição “introduziu o conceito de “propriedade produtiva”, não diferenciando se o adjetivo “produtiva” refere-se à produção em concreto (estar produzindo) ou à produção em abstrato (poder produzir). O texto do parágrafo único do art. 185 induz ao absurdo que é a última hipótese (produção em potencial).”

Ainda que essa exegese possa ser cogitada, porém, eles não hesitam em dissipar o nevoeiro baixado pela falta de clareza do texto, advertindo: “Todavia,

¹ “O reconhecimento gradual das liberdades civis, para não falar da liberdade política, é uma conquista posterior à proteção da liberdade pessoal. Quando muito, pode-se dizer que a proteção da liberdade pessoal veio depois do direito de propriedade. A esfera da propriedade foi sempre mais protegida do que a esfera da pessoa” (*A era dos direitos*, p. 123)

o teor do art. 184, que abre o capítulo, é taxativo: o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social é desapropriável para fins de Reforma Agrária. Logo, embora a Constituição tenha previsão de “tratamento especial” à “propriedade produtiva”, quando esta, mesmo que potencialmente produtiva, não esteja produzindo e cumprindo todos os requisitos da sua função social (art. 186 da CF), pode ser tida como desapropriável.”

Se um tal raciocínio encontra apoio numa interpretação sistemática da CF, para a qual ainda pode ser lembrado o capítulo dos direitos e garantias individuais e coletivos, onde se dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII), ele também parece mais afinado com os próprios fundamentos do nosso ordenamento constitucional que os arts. 3º e 4º pretenderam explicitar.

Ali se determina que, entre os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” estão os de “garantir o desenvolvimento nacional” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (incisos II e III do art. 3º); a República Federativa do país, de outra parte, rege-se, nas suas relações internacionais, pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos” (inciso II do art. 4º), entre outros.

Assim, parece indispensável que se enfrente, antes do mais, algumas perguntas de difícil resposta que estão implicadas na exigibilidade dos Desca, particularmente aqueles que “dependem” da reforma agrária. Esse tipo de política pública, como meio de desenvolvimento, gera algum tipo de direito?

Todas as disposições constitucionais relacionadas com políticas públicas, metas programadas para o futuro, especialmente aquelas que visam diminuir as desigualdades sociais, têm merecido atenção redobrada de quantos se dedicam ao seu estudo e procuram entender as razões históricas da sua pouca ou nenhuma eficácia.

É claro que os Desca, aqui entendidos segundo a extensa compreensão que lhes dá o Direito Internacional e, por exemplo, a Resolução 2.200-A, da Assembléia Geral das Nações Unidas de 16 de dezembro de 1966, ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, estão envolvidos na implementação de tais políticas - a reforma agrária entre elas - existindo base jurídica para que, além dos direitos e garantias fundamentais do Título II da Constituição Federal (arts. 5º/17), e de todo o capítulo dedicado à dita reforma (ars. 184/191), a sua exigibilidade ganhe poder de maior respeito e operacionalidade, também sob a disciplina dos compromissos que o país assumiu, solenemente, em suas relações jurídicas externas.

Seja num processo administrativo que prepare uma desapropriação de latifúndio rural, seja numa ação judicial relacionada com a mesma desapropriação, com a posse ou a propriedade agrárias, é sabido que nem

sempre o ordenamento jurídico interno e específico do país, para a matéria em discussão, está equipado para preencher todas as lacunas e vencer todas as antinomias, particularmente em se considerando que as urgências sociais já nem questionam por décadas, mas quase que por meses, leis que entraram em vigor para realidades superadas.

No que toca aos Desca, por exemplo, talvez não se tenha valorizado, suficientemente, o parágrafo segundo do art. 5º da Constituição Federal de 88, o qual amplia, significativamente, o campo de cogitação das normas jurídicas aplicáveis em tais casos: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Alguns dos instrumentos jurídicos internacionais, ratificados pelo Brasil, como a Resolução supra lembrada, pode melhor garantir a exigibilidade daqueles direitos, e de maneira expressa, num contexto de reforma agrária. Note-se o que dispõe o art. 11 da mesma Resolução:

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados-partes no presente pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda a pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:

- a) melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.*
- b) assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.*

Pode-se pôr em dúvida, mesmo assim, os efeitos jurídicos de uma tal disposição, em favor dos Desca implicados na reforma agrária, sob o argumento de que o parágrafo segundo do art. 5º da C.F. não fala em resolução e sim em tratado internacional.

O estudo do Dr. Antonio Augusto Cançado Trindade, sobre *A proteção internacional dos Direitos Humanos* (S. Paulo, Saraiva, 1991) oferece resposta à

uma tal impugnação, sob luz dificilmente questionável, já que é a condição de *vítima* do desrespeito aos direitos humanos, o critério decisivo para a solução de um tal impasse².

Para quem não ignora, portanto, as urgências sociais que estão à espera da reforma agrária, é pouco convincente, para se dizer o mínimo, argumentar-se que as vítimas da não realização da reforma agrária não sejam, num primeiro plano, os agricultores pobres sem terra, os marginalizados, os excluídos pela concentração do espaço rural ocioso, e, num segundo momento, por via de consequência, a população toda do país, privada de uma produção maior e mais adequada às suas necessidades básicas, de uma circulação de produtos agrícolas menos gravosa, e de um consumo mais barato e socializado.

Se ainda remanescer alguma dificuldade, assim, para se reconhecer a realização da reforma agrária, como parte integrante de um direito coletivo ao desenvolvimento, os efeitos jurídicos imediatos daquelas disposições constitucionais supra lembradas, e dos pactos internacionais assinados pelo Brasil, direta ou indiretamente ligados à questão, têm de ser respeitados, quando menos, como eficácia geradora de titularidade subjetiva dos direitos humanos (aí incluídos os Desca), em favor dessas mesmas vítimas (1 e seguintes, infra).

Aí elas podem e devem ser reconhecidas como os verdadeiros sujeitos desse “direito à função social” sabidamente não cumprida por grande parte dos latifundiários brasileiros. O conhecimento, a identificação precisa e o respeito devido a tais titulares de direitos, como tentar-se-á justificar a seguir, faz parte integrante da sustentação política e da legitimidade jurídica da reforma agrária, como forma do desenvolvimento nacional impedido ou retardado pela histórica violação daquele mesmo princípio constitucional.

Os Desca implicados nos esforços de resposta a uma tal iniciativa que, a par de lhes interessar diretamente, se reflete no abastecimento de produtos alimentícios para todo o país, como já se lembrou acima, exigem investigação criteriosa das titularidades subjetivas correspondentes, hoje mal identificadas nos muitos acampamentos e assentamentos patrocinados por esses sujeitos de direitos - seja de direitos subjetivos, seja de interesses legítimos, seja de destinatários da função social das propriedades alheias ou das políticas públicas relacionadas com a terra (2 e 3 infra).

²A despeito de sua diversidade, constitui traço distintivo do *rationale* dos tratados e instrumentos de direitos humanos o de que se dirigem eles à proteção de seres humanos e de que a solução de reclamações neste campo deve assim ser guiada e basear-se no respeito aos direitos humanos. Na implementação desses tratados e instrumentos, dirigidos à proteção da parte ostensivamente mais fraca (as supostas vítimas), o elemento do “interesse público” comum ou geral ou *ordre public* exerce um papel proeminente. Estes mecanismos se complementam uns aos outros no desempenho de suas funções e na realização de seu propósito comum de assegurar uma proteção eficaz e cada vez mais extensa dos indivíduos lesados. O foco de atenção principal transfere-se assim da questão tradicional da delimitação de competências à do grau ou qualidade da proteção a ser estendida às pessoas vitimadas. (p. 3, grifos do autor).

A exigibilidade de tais direitos, assim, impõe-se analisada, ainda que de maneira muito superficial, sob três linhas principais de abordagem: a da legitimidade ativa desses sujeitos de direito em participarem dos processos de planejamento, execução e avaliação da política de reforma agrária; a da legitimidade passiva de todo esse processo, aí compreendida a responsabilidade do Estado e a do chamado “livre mercado”; a da abrangência do objeto de desenvolvimento perseguido pelo mesmo processo.

1. Legitimidade ativa dos agricultores sem-terra. Direitos e interesses que lhes são próprios, extensivos a terceiros, no processo de reforma agrária.

Algumas questões processuais ligadas à presença de grupos humanos, não necessariamente pessoas jurídicas, a sua representação perante Poderes Públicos, inclusive em Juízo, têm aparecido, com frequência, nas ações reivindicatórias e possessórias de grande número de réus, como ocorre, frequentemente, quando em disputa latifúndios rurais ou urbanos.

O MST, sabidamente, não tem personalidade jurídica.

Isso não tem impedido muitas liminares e sentenças deferidas contra grupos de agricultores sem-terra, serem executadas contra os “integrantes do MST”, sem outra preocupação maior com a identidade, o número ou a qualificação dos RR., salvo para enquadrar criminalmente algumas das suas lideranças, conforme o caso.

Se ao Movimento referido se atribui legitimidade passiva, há que se explicar a razão da resistência que ele sofre quando, em vez de réu, é autor.

Um exemplo bastante expressivo de solução desse problema - e *a favor da legitimidade ativa do MST* - ocorreu perante a Justiça Federal em Santa Maria, no Rio Grande do Sul, em ação cautelar de produção antecipada de prova relacionada com o tipo de propriedade exercido numa tal “Fazenda Alvorada”, sob a jurisdição e competência daquele Juízo. Nessa ação, o MST requereu fosse admitido como assistente do INCRA. Parte do despacho do juiz parece conveniente ser transcrita:

Efetivamente, no caso em pauta, é possível admitir-se a existência de interesse jurídico de parte do MST, representado pelos requerentes (a decisão está se referindo a alguns agricultores sem-terra que se afirmavam representantes do MST interessado em assistir o INCRA, no feito), no sentido de que o processo em tela tenha solução favorável ao INCRA. Assim sendo, capaz de vislumbrar-se, a figura do assistente, lembrando-se, a propósito, que tal assistência refere-se a este processo que trata especificamente da PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PERICLAL. Obviamente, o MST, representado pelos requerentes, admitido como assistente, recebe o processo no estado em que se encontra, de

sorte que o técnico por eles indicado acompanhará a perícia, a partir de agora, como auxiliar do assistente técnico do INCRA. Intimem-se, inclusive o PERITO e os assistentes técnicos da admissão do assistente técnico do INCRA. Intimados os requerentes, representantes do MST, deverão eles comunicar tal admissão ao engenheiro agrônomo que indicaram, que poderá, se quiser, acompanhar os trabalhos do Perito e dos assistentes técnicos, na qualidade de auxiliar do Assistente Técnico do INCRA. Santa Maria, 16 de outubro de 1995. Hermes Siedler da Conceição Junior. Juiz Federal.

É coisa para se estranhar, pois, que o protagonismo das políticas públicas de reforma agrária, ainda seja visto sob tanta reserva, quando ele é reivindicado pelos principais interessados nela, ou seja, os próprios agricultores sem-terra.

Essa questão, a rigor, nem é nova, que o testemunhem os interesses difusos, para se lembrar uma analogia mais a mão. PONTES DE MIRANDA já chamava a atenção para essa possibilidade³.

A indeterminação “jurídica” do sujeito, portanto, parece não poder se constituir em obstáculo igual ao de se proibir o acesso, à Justiça, de direitos e interesses que, comprovadamente, não são adjudicáveis *prima facie* a pessoas determinadas e, como o ensinamento supra dá a entender, não é somente sobre interesses difusos que tal legitimidade pode ser reconhecida.

Wilson de Souza Campos Batalha, no seu estudo sobre *Direito processual das coletividades e dos grupos* (1991), classifica os interesses passíveis de proteção pela via judicial, em vários tipos que, sem dúvida, comportam indeterminação, mesmo que provisória, dos sujeitos⁴. Lembrando lição de Francesco Carnelutti, o mesmo autor situa a conjuntura sob a qual pode-se dar a instrução processual dos conflitos submetidos a juízo.⁵

³Grupo de pessoas não organizado de modo a compor pessoa jurídica, pode ter interesses. O sistema jurídico seria falho se não visse esse fato da vida social e, pelo menos em espécies mais relevantes, não tutelasse esses interesses (e.g., art.1669, verbis “em favor dos pobres”, “estabelecimentos de caridade”, “de assistência pública”). A atribuição de direitos ora é a todos referidos, ora a alguns dentre eles; de modo que, algumas vezes, há apenas elipse (“estabelecimentos de caridade”, em vez de “os estabelecimentos de caridade da vila tal”) ou outra indeterminação transitória (disposição testamentária a favor de pessoa incerta cuja identidade fique por se averiguar, art. 1667, II, legado alternativo. (Borsoi, Rio, 1970, p. 168)

⁴O direito de ação é vinculado ao interesse e o interesse comporta a seguinte classificação genérica: - interesses individuais, interesses gerais (políticos, sociais, econômicos), - interesses coletivos (sindicais), - interesses grupais (associativos, comunitários), - interesses populares (pertinentes a cidadãos, pessoas físicas), - interesses difusos protegidos por ações civis públicas. (LTR, S. Paulo, 1991, p. 38)

⁵... pode ocorrer que a pretensão ou a resistência afetem, ao invés de um único conflito de interesses, a uma série indeterminada de conflitos semelhantes; nesse caso, fala-se em lide coletiva ou lide de categoria. O quid novi da lide coletiva consiste, portanto, na relação da pretensão ou da resistência com uma categoria de conflitos, ao invés de um conflito singular. Os conflitos de categoria sempre existiram; não obstante, para que esses conflitos se transformem de potenciais em atuais e adquiram aspecto de lide é necessário que a categoria revista uma certa organização, de maneira que uma ou mais pessoas administrem seus interesses e mantenham assim uma pretensão para tutela daqueles, ou

Entre os interesses grupais (associativos, comunitários), o Dr. Batalha localiza aqueles que se enquadrariam nos incisos XVII a XXII do art. 5º da C.F., em moldura na qual são visíveis as possibilidades de se integrarem tanto pessoas jurídicas como até, na expressão do próprio autor, “grupos inorganizados”..., o que parece abrir espaço para um tipo mais próximo de classe, como, por exemplo, “pobre” ou “excluído”.

É precisamente nesse contexto que os Desca aqui estudados parece encontrarem a sua melhor fonte, não só de compreensão, como de legitimidade. Tais direitos derivam de situações humanas limites, para as quais a lei, por mais sábia e adequadamente baixada, nunca encontra resposta plenamente satisfatória. Estamos nos referindo aos estados de necessidade, sejam os individuais, sejam os sociais.

Uma necessidade vital não satisfeita, do tipo pão e casa, por exemplo - coisa tão tragicamente comum neste final de milênio - não questiona apenas o ordenamento jurídico. Ela põe em causa o Estado, a sociedade civil, a economia, o mercado, a cultura, a “realidade” de se viver num espaço e entre pessoas civilizadas. Ela nega, por si só, a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a sua própria condição de cidadania.

A esse propósito, Maria José Añon Roig, em artigo de doutrina que integra a coletânea de estudos reunida por Jesús Ballesteros, sob o título de *Derechos Humanos* (Madri, Tecnos, 1992) insiste em advertir sobre a pouca atenção que se dá ao truismo de que o reconhecimento da dignidade humana não ganha nenhum sentido sem a satisfação efetiva das suas necessidades vitais⁶.

Pela relevância dessa análise, a busca da legitimidade capaz de fundamentar as garantias de eficácia para as normas jurídicas que pretendam sustentar os direitos implicados na satisfação das necessidades vitais, exige

oponham uma resistência. A lide coletiva é um fenômeno que se manifestou e desenvolveu quando, desviando-se os conflitos dos indivíduos às categorias, primeiramente no campo das relações de trabalho, começou o movimento de organização destas e se realizaram atos de pretensão ou do resistência dirigidos à tutela de toda uma categoria de interesses.” (idem, p. 39/40)

⁶reconhecer, exercer e proteger um direito básico significa, em última instância, que se pretende satisfazer uma série de necessidades, entendidas como exigências que se considerem incluíveis para o desenvolvimento de uma “vida digna” ; - Não elegemos nossas necessidades e elas não são algo sobre o que possamos ter uma atuação positiva ou não ; - Não temos porque justificar nossas necessidades com razões, para dizer que uma necessidade existe - Elas nos colocam em relação direta com a noção de dano, privação ou prejuízo grave para a pessoa - ...o prejuízo, ou grave detrimento manter-se-á exatamente nas mesmas condições, salvo o caso de a necessidade ser satisfeita, cumprida ou realizada, pois não há nenhuma possibilidade alternativa para se sair dela - ... assim, (na necessidade) não se trata de contratempos, problemas ou prejuízos passageiros, mas sim de uma “degeneração” permanente da qualidade de vida humana que há de manter-se até que se obtenha uma satisfação. (p. 102/103, tradução livre, nossa).

tratamento interdisciplinar, ou, para pesar dos positivismos estritamente formais, meta-jurídico. É o que parece concluir a mesma autora⁷:

Para a reivindicação imperativa de um direito desse tipo, Dra. Roig aponta dois passos que, a rigor, nem necessitam de justificação, segundo ela própria, o primeiro, que a existência de uma necessidade implica diretamente a sua satisfação e o segundo, que essa satisfação constitui um direito. (...) *Pode-se caracterizar uma necessidade como aquilo que, por definição, "tem um direito à sua satisfação" (...) e os direitos humanos como exigências precisas para a satisfação de necessidades.* (idem, p. 109).

Como se observa, a exigência da personalidade jurídica para um determinado grupo de pessoas, portadoras de direitos e, ou interesses, protegidos pela C.F. no capítulo dos direitos e garantias individuais ou sociais e por ela previstos como objetivos da própria República ou de políticas públicas específicas, previstos também em convenções ou pactos internacionais assinados pelo Brasil, não pode mais barrar o acesso coletivo de tais pessoas aos Poderes Públicos, aí incluído o Judiciário.

2. Legitimidade passiva. A responsabilidade pela implementação de políticas públicas protetivas dos Desca, do tipo reforma agrária, é somente do Estado?

Quem deve respeito, efetivamente, aos direitos humanos, os Desca entre eles? contra quem tais direitos podem ser "cobrados"? Existe mesmo uma completa impossibilidade de o chamado livre mercado ser responsabilizado pela violação dos desca? Não existe nenhum "interesse difuso" que, em vez de ser protegido como autor, possa ser perseguido como réu?

Por mais estranhas que possam parecer algumas dessas questões, elas estão por trás de muitas decisões administrativas e de muitas sentenças que somente não reconhecem como adjudicáveis determinados direitos porque a responsabilidade que eles geram está tão escondida no tecido social e é tão trabalhoso o esforço indispensável à sua imputação, que a saída mais a mão é a do seu "não conhecimento".

Em todo o caso, mesmo sob visível reducionismo, há que se aproximar a lente compreensiva de exigibilidade dos Desca, em matéria de reforma agrária, daqueles espaços jurídicos de difícil demarcação nos quais os direitos humanos em geral perdem densidade reivindicatória, exatamente, por uma cultura

⁷Quando confrontamos os direitos com a realidade (...) põe-se em relevo muitas variáveis que, desde logo, não são somente éticas, mas também econômicas, políticas, culturais ou sociais. Essa perspectiva relacional ou contextualizada, exige tomar como ponto de referência, para compreender o desenvolvimento desses direitos e sua razão de ser a tríplice esfera na qual eles têm lugar: a jurídica, a moral e a econômico-política; seu fundamento, portanto, somente pode situar-se no vīgamento desses três âmbitos. (p. 106, idem).

interpretativa do direito positivo, pouco interessada em aprofundar conceitos e fundamentos que, a partir dele próprio, devem se desdobrar.

Não faltam advertências, a respeito, algumas estreitando, outras alargando a rede de abrangência do ordenamento jurídico positivo, em relação aos direitos humanos. Mesmo que as dificuldades, aí, sejam grandes, até mesmo no que concerne àqueles que já obtiveram ingresso em capítulos constitucionais do tipo "direitos e garantias individuais", e "direitos sociais", como testemunham alguns dos dispositivos constantes dos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, elas têm de ser enfrentadas.

Bobbio, aqui já lembrado, reluta até em nominar como "direitos" os ainda "não constitucionalizados", entre os quais se encontram muitos dos Desca voltados para o futuro (preservação dos direitos de gerações que estão por vir, onde a proteção do meio ambiente, por exemplo, está longe de consultar, apenas, os interesses imediatos de hoje). Ele prefere a palavra "exigências"⁸, expressão que Maria J.A. Roig também usa, como já se viu acima, embora em contexto no qual o poder jurídico do sujeito ao qual ela se refere, seja bem maior.

Jean Carbonnier, depois de distinguir os motivos históricos das diferenças entre o direito *de* propriedade e o direito *a* propriedade, sublinha o fato de a última expressão ter sido usada, exatamente, pela Declaração Universal dos Direitos do homem, o que permite entender-se como sendo o *acesso* a um tal direito aquilo que o constituiria como direito humano. A conclusão que ele tira daí, porém, no que se refere à exigibilidade de um tal direito, não deixa de ser irônica⁹.

São testemunhos da complexidade inerente ao exercício de direitos que, queira-se ou não, somente alcançam eficácia num ambiente "adjetivado" por outros direitos - o assim chamado *livre mercado*.

A obviedade de que nem de reforma agrária, todavia, como urgência imposta pela mais elementar justiça social, estar-se-ia tratando, hoje, se não fossem os efeitos desse tipo oneroso de distribuição do espaço rural, serve quando menos de advertência para o fato de que um tal questionamento precisa ser levado adiante, sob pena de se prosseguir considerando como fatalidade o perverso princípio de que o verdadeiro "governo" do Estado e das leis, é o de reparar os excessos e estragos que a tal "liberdade" desencadeia, seja contra o direito, seja contra a economia, seja contra a sociedade, seja contra o ambiente.

⁸"Pode-se sugerir, aos que não querem renunciar ao uso da palavra "direito" mesmo no caso de exigências naturalmente motivadas de uma proteção futura, que distingam entre direito em sentido fraco e um direito em sentido forte, sempre que não quiserem atribuir a palavra "direito" somente às exigências ou pretensões efetivamente protegidas." (ob. cit. p. 79).

⁹A Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma, em seu artigo 17, que toda a pessoa tem direito à propriedade. Essa afirmação tem provocado sorrisos e se tem censurado a ONU o fato de ter reconhecido um direito de crédito sem estabelecer um deverdor que o satisfaça. (Derecho Flexible, Madri, Tecnos, 1974, p. 244, tradução livre, nossa).

Antonio-Luiz Martinez Pujalte, na mesma coletânea de estudos sobre direitos humanos, acima referida, faz expressa menção aos modernos esforços que se estão desenvolvendo no sentido de se operacionalizar a defesa desses direitos, não somente “frente ao Estado”, mas também “frente ao mercado”¹⁰, pela *inalienabilidade* característica de tais direitos, sua defesa, inclusive, perante o próprio titular deles...

É por aí, também, que parece transitar a opinião de José Joaquim Gomes Canotilho, quando ele aborda o problema da eficácia dos direitos fundamentais “e direitos análogos”, segundo a sua própria expressão, não somente quando eles estejam implicados em relações “verticais” - cidadão frente ao Estado - mas também em relações “horizontais”, de indivíduo-indivíduo, nessa última hipótese vinculando entidades privadas. (*Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993, p.595 e seguintes).

Pregando “a necessidade de soluções diferenciadas”, conforme a *causa* e o *caso*, adverte o autor existirem três respostas fundamentais para bem se interpretar o chamado “efeito externo” dos direitos fundamentais. A primeira desconhece qualquer eficácia externa dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, em relação a entidades privadas; a segunda, reconhece eficácia externa mediata em relação a terceiros, de que dá exemplo a atuação legiferante dos órgãos estatais; a terceira, que reconhece eficácia externa imediata em relação às mesmas entidades privadas.

Separando os efeitos desses direitos, liberdades e garantias, por grupos, segundo a sua possível capacidade vinculativa “horizontal”, Canotilho designa o quinto grupo, como aquele que compreende “poderes privados” frente àquela eficácia¹¹.

¹⁰Nos últimos anos, está adquirindo um relevo particular na bibliografia sobre os direitos humanos a ênfase na inalienabilidade, como uma das características definitórias de tais direitos. Inclusive, sublinhada por Jesús Ballesteros, para quem “o caráter inalienável dos direitos seria precisamente a nota específica do modo de pensar postmoderno, intimamente derivado do paradigma da “qualidade de vida”. Com efeito, agora do que se trata não é tanto de defender os direitos frente ao Estado, como no caso da “liberdade dos modernos”, ou direitos da primeira geração, mas sim de defendê-los frente ao mercado, e inclusive frente a própria vontade individual do sujeito dos mesmos. (p. 86, tradução livre, nossa).

¹¹As categorias “poder privado” ou “poder social” não são juridicamente assimiláveis a “poderes públicos” e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais no âmbito da problemática da *Drittwirkung*. (esta palavra, segundo o autor, se refere à eficácia externa ou eficácia dos direitos perante terceiros). Todavia: 1º os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, podem também ser perturbadas por forças ou domínios sociais (Bachof); 2º a função de protecção objectiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia desses direitos no âmbito de relações privadas caracterizadas pela situação desigualitária das partes; 3º consequentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de conduta e de decisão) que cumpram a função de protecção dos direitos, liberdades e garantias. (p. 599, grifos do autor)

Mais adiante, o mesmo autor, examinando os direitos subjetivos públicos e privados, e respondendo à pergunta sobre se eles “têm eficácia nas relações civis”, não duvida em responder que sim.¹²

No fundo de toda essa questão, como se observa, o que volta a se colocar em causa, como tema recorrente em torno da exigibilidade dos Desca, é a força do seu garantismo jurídico-social, sua eficácia frente aos poderes determinados ou indeterminados que os constroem ou violam, sejam eles entidades privadas, sejam públicas.

Trata-se, em última análise, de toda a complicada questão inerente à medida de compatibilidade que deve existir entre o exercício das liberdades e as responsabilidades à elas inerentes. Onde se encontra a linha de interseção, para usar uma imagem cara a Pontes de Miranda, entre liberdades de diferente origem e natureza, que titulam diferentes sujeitos de direito, onde começa a lesão à liberdade alheia, o abuso da própria, a injustiça enfim; onde vai se estabelecer a garantia de que a liberdade não será gozada sem responsabilidade e de que o seu gozo não servirá de pretexto para violar a liberdade alheia.

Em posição um tanto diferente da de Canotilho, Jorge Miranda não chega a afirmar que os direitos, liberdades e garantias são, hoje, iguais a direitos subjetivos, mas contribui, significativamente, para distinguir-lhes os conceitos, e os seus efeitos, em oportuna comparação com os direitos sociais (*Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993)¹³

No passado, em pleno desenvolvimento de um direito predominantemente privado, não teria sido essa mesma dinâmica comparativa, a inspiradora dos

¹² Em primeiro lugar, os direitos, liberdades e garantias são hoje direitos subjetivos, independentemente do carácter público ou privado; em segundo lugar, não se deduzem, com base em concepções imperativísticas, das normas legais. Por isso nada impede que eles valham como direitos subjetivos públicos na sua aplicação ao direito civil, se esta caracterização lhes trazer uma maior dimensão prática.

Desde logo, a de fundarem o direito de acesso aos tribunais para defesa desses mesmos direitos e a de exigirem a aplicação dos princípios constitucionais materiais, como exemplo, os princípios da exigibilidade e da proporcionalidade. Na falta de instrumentos jurídicos concretizadores adequados, podem transferir-se para aqui os instrumentos do direito civil... (p. 600)

¹³ Os direitos, liberdades e garantias são direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à protecção do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio dos atentados à liberdade física por autoridades administrativas). Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade (o autor lembra Roosevelt) e, ao mesmo tempo, direitos de promoção. O conteúdo irredutível daqueles é a limitação jurídica do poder (lembrança de Jellinek), o destes é a organização da solidariedade. Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se: a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la e também a unidade do sistema jurídico (lembrança de Georges Vlachos) impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas. (p. 98/99, grifos do autor).

efeitos jurídicos que se retiraram, por exemplo, da chamada “responsabilidade sem culpa”? Retorne-se à lição de PONTES DE MIRANDA¹⁴

Se isso valia para possíveis gozos e exercícios do direito de propriedade, não necessariamente derivados da vontade do proprietário, hoje a validade dessa configuração jurídica se desloca para os novos (e graves) efeitos que tais poderes podem provocar, por vontade, do proprietário.

A liberdade de iniciativa econômica, por exemplo, fundada nessa propriedade privada e no livre-mercado, encontra naqueles subsídios outros pilares de sustentação para a função social que deve cumprir. A relação do proprietário com o seu bem, especialmente quando ele é de produção, como acontece com a empresa, não acha mais base jurídica legitimadora, no momento em que, de domínio da coisa, passa a se constituir em domínio - mesmo oculto - *sobre outras pessoas*.

Há de se objetar que uma tal linha de raciocínio está direcionada para uma crítica à propriedade privada quase coincidente à da negação do direito adquirido.

Independentemente de todo o esforço moderno que se está desenvolvendo em torno do direito adquirido - do qual a afirmação jurisprudencial de que ele não vale, por exemplo, contra a Constituição, pelo fato de essa emanar do poder soberano do povo, é um significativo exemplo - parece oportuno lembrar-se em que medida o próprio conteúdo desse direito subjetivo, como “extensão de poder”, especialmente quando ele envolve imóveis, tem sido redimensionado. Franz Wieacker, por exemplo, criticado em nota ao pé de página do famoso Tratado de direito civil alemão (Enneccerus, Kipp e Wolff, traduzido para o espanhol, Tomo III, *Derecho de Cosas*, Barcelona, Bosch, p. 327) chega a afirmar que, na propriedade imobiliária, não há mais do que “uma atribuição de administração *fiduciária*” (tradução livre e grifos nossos).

A urgência de um tal redimensionamento não é feita somente de fora para dentro, como seria de se esperar, por aqueles que estão pleiteando o acesso (eficácia) ao direito humano de propriedade. Surpreende que, em época de globalização dos mercados, com todos os reconhecidos efeitos anti-sociais que ela comporta, Antonio Lattuada, em coletânea de estudos sob o sugestivo título de *Fora do mercado não há salvação?* (Petrópolis, Vozes, 1997) noticie iniciativas empresariais que visam, não só garantir nova configuração jurídica ao exercício e gozo de um tal direito, como, até, nova configuração *ética*.¹⁵

¹⁴ “A responsabilidade sem culpa aparece em espécies que se inspiram nos seguintes princípios (secundários): a) o princípio do interesse mais relevante, pelo qual se permite a invasão da esfera jurídica de outro, fundada em razão de interesse, público ou privado, de mais relevância, - o que supõe, aqui como alhures, escala de interesses; b) o princípio do perigo correlativo ao interesse, que é o da responsabilidade da atividade conforme a direito, mas em si mesma provável causadora de danos;” (Idem, vol. 2, p. 386/387).

¹⁵ Em assonância com a palavra inglesa *stockholder*, que indica o acionista ou detentor de uma cota do capital de uma empresa, foi com efeito cunhado o termo *stockholder*, para designar toda a pessoa

Como se observa, tanto o Estado, quanto o chamado livre-mercado, quanto a sociedade civil, quanto os próprios titulares dos Descas são deles devedores e, por eles, responsáveis (direitos-deveres). Se a forma de uma tal “legitimação passiva” encontra dificuldade de ser perseguida, perante o Poder Público, o Judiciário especialmente, isso não constitui novidade, pois todos os direitos humanos sempre encontraram embaraço ao seu reconhecimento, exatamente, no fato de, com a mais respeitosa vênua, o chamado devido processo legal ainda funcionar com muito maior eficácia, para coar o mosquito do que para barrar o caminho do elefante. Que o testemunhe o custo histórico de algumas construções jurídicas penosamente construídas por doutrina e jurisprudência, do tipo sociedade de fato, responsabilidade civil objetiva, lesão nos contratos, e outras.

3. Abrangência do objeto. A nunca demais lembrada diferença entre o valor de uso (terra de trabalho) e o valor de troca (terra de exploração).

Pode-se considerar o latifúndio rural como “provável causador de dano”, em contexto no qual Pontes de Miranda colocou a responsabilidade sem culpa? Eis-nos retornando aos comentários iniciais deste estudo, a respeito do tipo de relações jurídicas que nascem do imóvel pelo só fato de ele se constituir em bem de produção, situado no meio rural.

Sujeito de direito, objeto do direito, uso, gozo, disposição, exclusão da ingerência de terceiros, tudo isso ganha, aqui, contornos que não aparecem no exercício de *outros* direitos de propriedade.

Se a resposta àquele questionamento, assim, ficar circunscrita ao espaço puro e simples, ocupado pelo proprietário, ou tão somente titulado por ele, parece que as medidas do “grau de utilização da terra” e do “grau de eficiência na exploração” são suficientes para afastar qualquer cogitação de ameaça ou mesmo violação do direito alheio.

Não é aqui a hora nem o lugar de se perquirir, contudo, se G.U.T. e G.E.E. são índices hábeis para medir a função social da propriedade.

cujo interesses ou direitos são de certo modo atingidos pelas atividades de uma empresa. Obviamente o recurso ao termo stockholder não se esgota em um artifício linguístico, mas tem como propósito superar a concepção privatista da empresa que privilegia o interesse do proprietário - isto é, a maximização dos lucros - e promover, ao invés, uma representação que dê adequado reconhecimento ao papel, com os correspondentes direitos e deveres, dos inúmeros sujeitos que deste ou daquele modo “tomam parte” no funcionamento de uma empresa econômica. Neste sentido, são stockholders da empresa, além dos acionistas, também os dirigentes ou managers nos diversos níveis, os trabalhadores subordinados à empresa, os clientes ou consumidores, os fornecedores, as outras empresas concorrentes, a comunidade local em cujo território atua a empresa, toda a sociedade civil. A utilização do conceito de stockholder reflete portanto uma visão mais abrangente da empresa, representando-a como ampla rede de relações muitas vezes também conflitivas: a justa composição dos conflitos exige que nenhum legítimo interesse seja arbitrariamente ignorado ou menosprezado, e todavia deixe espaço para ordens de prioridade, conforme o caso, diferentes. (p. 113)

Importa considerar, todavia, que as críticas ao fato de registros públicos e outros recursos de identificação dos imóveis rurais, são muito antigas, exatamente, pelo fato de eles serem pouco ou nada transparentes no que toca ao uso que dos bens registrados se faz. Uso, ainda mais o uso “produtivo” exigido pela própria letra constitucional, é coisa que não se confere, senão, por verificação empírica e, por maiores que sejam os esforços do INCRA, a respeito, num país das dimensões do Brasil, há de ser quase impossível, pelo menos com os recursos atuais, que o referido ente público consiga fiscalizar, efetivamente, a correspondência do que os registros relacionados com os espaços rurais, informados pelos respectivos proprietários e, ou possuidores, guardam com a realidade.

Luis de Lima Stefanini lamenta (*A propriedade no direito agrário*, S. Paulo, RT, 1978), entre outras coisas relacionadas com as limitações próprias dos registros públicos, a importante diferença entre o título de propriedade agrária e os demais títulos desse direito, que não pode ser detectada pela só visão dos tais registros¹⁶.

Esse título de propriedade “publicístico”, na feliz expressão do autor, dá bem idéia das diferenças substanciais que existem entre o direito de propriedade sobre bens de uso e o direito de propriedade sobre os bens de produção, ao qual se dedica, praticamente, todo o direito agrário; embora ambos, pelas próprias “leis” do mercado, possam se transformar em mercadoria, os segundos, pelo só fato de “frutificarem”, (uma obviedade tão pouco considerada no julgamento dos conflitos agrários), reclamam disciplina que não permita ao poder privado do seu titular ignorar os direitos humanos, especialmente os Desca, que convergem sobre os tais objetos, seja pela própria força de exigibilidade deles, acima resumida em 2, seja pelo cumprimento da função social.

Se um determinado título é publicístico, salvo melhor juízo, isso equivale dizer que, para ele, as regras comuns sobre os efeitos jurídicos do direito ao qual se refere e aquelas derivadas do seu registro, oriundas dos ordenamentos voltados, predominantemente, para o Direito Privado, perdem muito, senão toda, a força da sua vigência.

Se o sentido do conceito de “público” pode passar, sem maior exame, como coisa própria do Estado, a sua referência obrigatória - que o diga o primeiro

¹⁶“O proprietário de imóveis rurais é detentor de um título jurídico sui generis, porquanto é um “título publicístico”, e não se separa do caráter social que o legitima. (p. 101) O titular de um domínio agrário é obrigado a coordená-lo para consecução de gerar outros bens, que o grupo societário quer ter à disposição, de acordo com a potencialidade do solo de gerá-los. Não basta que se concretize a produção, mas faz-se necessário que o cultivo da terra produtiva se realize racionalmente e de forma harmônica com os padrões aceitos, justos na produção e convenientes na economia dos mercados.” (p. 102)

artigo da Constituição Federal - não pode esquecer os direitos do povo todo (público no sentido de “comum”) em função do qual esse mesmo Estado existe.

Muito antes das disposições da C.F. de 88, assim, direta ou indiretamente relacionadas com os Desca e a reforma agrária, já havia sustentação jurídica mais do que suficiente para a simples certidão do Registro de Imóveis, vinculando um determinado espaço agrário a um determinado nome, não servir mais como prova inquestionável de domínio, pelo menos de domínio que estivesse cumprindo com a obrigatória função social exigível pelas simples extensão e localização do bem.

Nem é somente na doutrina jurídica, que a utilidade ou produtividade do imóvel rural são pregadas como de necessária investigação, a cada dúvida, ou a cada conflito que se estabeleça em torno do seu domínio ou posse.

Além das inúmeras análises agrônomicas, geográficas e sociológicas já existentes, a respeito, nos documentos sociais da Igreja do Brasil, uma tal necessidade se refletiu, como é sabido, na denominação, por eles preferida, de “terra de trabalho” e “terra de exploração”, justamente no sentido de acentuar a predominância ético-social da primeira sobre a segunda, *independentemente do título de propriedade que registre uma ou outra.*

A questão ganha vulto bem maior, ao final deste milênio, na exata medida em que sobre a construção do espaço segundo o uso, hoje, o Estado parece ter perdido o controle, não somente para forças do mercado interno conhecidas, mas até para forças do mercado externo desconhecidas, como nos adverte Milton Santos.¹⁷

Entendendo o espaço “como um conjunto indissociável de sistemas de objetos e de sistemas de ações” (p. 90), o autor nos chama à atenção para a importância que, aí, representa a informação. Numa época em que ela é essencial para que a sociedade civil e o Estado conheçam, efetivamente, todos os fatores relacionados com o espaço físico da nossa convivência, o seu próprio uso nos é imposto sem que possamos saber de onde, ou por quem ele nos é imposto.

Note-se em que medida os desafios do discurso competente - o jurídico entre eles - está em discernir, diariamente, o grau de persuasão e as direções

¹⁷Nunca, como nos tempos de agora, houve necessidade de mais e mais saber competente, graças à ignorância a que nos induzem os objetos que nos cercam, e as ações de que não podemos escapar. É dessa forma que na superfície da terra, na crosta de um país, no domínio de uma região, nos limites de um lugar - seja ele a cidade - reorganiza-se o espaço, recriam-se as regiões, redefinem-se as diferenciações regionais. É dessa maneira que se estabelecem novas dinâmicas regionais, criando, sobretudo nos países onde as desigualdades sociais são grandes, aquelas áreas que são apenas regiões do fazer, do fazer sem o reger. O fundamento etimológico da palavra região é perdido, na medida em que há regiões que são apenas regiões do fazer, sem nenhuma capacidade de comando. (Técnica espaço tempo - Globalização e meio técnico científico organizacional, S. Paulo, Hucitec, 1996, p. 92, grifo do autor).

transformadoras que uma poderosa informação a serviço das forças do mercado interno e externo, paradoxalmente baseadas, como a mídia testemunha, na publicidade das suas vantagens, podem provocar no espaço.¹⁸

Tais questões não interessam ao direito? Se o mundo do direito se encontra naquele que se pode chamar de “respostas”, parece impossível dizer que não, pois, na exata medida dos direitos que estão implicados num processo de reforma agrária, elas se inserem, justamente, na responsabilidade que tem o discurso competente *interpretativo e aplicador* do ordenamento jurídico, de identificar tais forças, poderes ou energias que, presentes nos direitos que reclamam respeito frente àquela política pública (aparentemente ou não, efetivamente ou não), favorecem ou desfavorecem a concreta realização desta, e têm, ou não, densidade jurídica suficiente para sustentar tal favor ou tal resistência.

O que parece inadmissível é colocar todos os não-proprietários na condição de contribuintes de um tributo privado, de causa e origem desconhecidas.

O problema maior, como se depreende de todas essas lições e é inerente ao próprio sistema econômico capitalista, se situa no fato de que, ao poder de exclusão “contra todos”, do proprietário, não corresponde, ao nível de mercado, nenhum poder da sociedade contra ele. Se consideramos como eficaz uma norma que, descrevendo determinados pressupostos, verificados os quais, se seguem efetivamente consequências nela previstas, não há como se afastar a hipótese de que o movimento de mercado tem essa eficácia independente da lei, coisa que não acontece quando os efeitos anti-sociais desse movimento devam ser prevenidos ou corrigidos. Ao poder de apropriação capitalista de acumular sem limites, em favor de um, contra a qual não existe qualquer tipo de controle

¹⁸ Se, no passado, os nexos que definiam a organização regional eram nexos de energia, cada vez mais, hoje, esses nexos são nexos de informação. Por isso, as segmentações e partições presentes do espaço sugerem, pelo menos, que se admitam dois recortes espaciais a que chamaríamos, provisoriamente, de horizontalidades e verticalidades. De um lado, há espaços contínuos, formados de pontos que se agregam sem descontinuidade, como na definição tradicional de região. São as horizontalidades. De outro lado, há pontos no espaço que, separados uns dos outros, asseguram o funcionamento global da sociedade e da economia. São as verticalidades. O espaço se compõe de uns e de outros desses recortes, inseparavelmente. (...) Horizontalidades são áreas produtivas: regiões agrícolas, cidades, os conjuntos urbano-rurais. Verticalidades são os sistemas urbanos. (...) A informação, sobretudo ao serviço das forças econômicas hegemônicas e ao serviço do Estado, é o grande regeedor das ações definidoras das novas realidades espaciais. Um incessante processo de entropia desfaz e refaz contornos e conteúdos dos subespaços, a partir das forças dominantes. Nas áreas de agricultura moderna, as cidades são o ponto de interseção entre verticalidades e horizontalidades. As verticalidades são vetores de uma racionalidade superior e de seu discurso pragmático, criando um cotidiano obediente. As horizontalidades são tanto o lugar da finalidade imposta de fora, de longe e de cima, quanto a contrafinalidade, localmente gerada (...) Nesse sentido, as cidades regionais podem tornar-se o locus de um novo tipo de planejamento, que desafie as verticalidades que as sociedades locais não podem comandar e imponham contrafinalidades, isto é, “irrationalidades” do ponto de vista da racionalidade que lhes é sobreposta. (Idem, p.94).

jurídico eficaz, não corresponde um poder prévio de proteção, em favor de todos, do mau uso ou do uso abusivo que o proprietário poderá fazer da coisa adquirida.

Jean Carbonnier, no mesmo trabalho aqui já referido, chama atenção para o fato: não há como se considerar como abuso, por exemplo, o “poder de adquirir propriedade”.¹⁹

Por aqui se observa em que extensão teria sido útil ao país a inclusão, no texto constitucional de 88, da famosa emenda popular de reforma agrária, proposta por movimentos sociais da mais diversificada base e ideologia, com mais de um milhão de assinaturas, que, ao lado do módulo rural já vigente (parcelamento da terra em medida não comprometedor do mínimo de sua exploração, suficiente para a família que, dele, retira o seu sustento), previa um “módulo máximo”, acima do qual ninguém podia concentrar propriedade.

A função social da propriedade, assim, antes de preventiva, tem sido corretiva e corretiva, diga-se de passagem, com insignificante eficácia.

Não é de admirar, portanto, que os Desca, implicados na política de reforma agrária, estejam tendo a sua eficácia muito melhor patrocinada pelos seus próprios titulares, do que pela ação do Estado.

Talvez aqui se situe uma das principais razões jurídicas de sustentação das “contrafinalidades” e “irrationalidades” detectadas por Milton Santos, capazes de se introduzirem nos próprios planejamentos públicos que, senão neutralizam, pelo menos diminuem o poder daquelas “racionalidades sobrepostas”, cuja convicção de estarem presentes, efetivamente, na lei, é gerada muito mais pelo caldo de cultura ideológico que impõem (informação!) do que, propriamente, pela hermenêutica da lei e do direito.

Da “contra-informação” à essa propalada racionalidade, exercício retórico de que dá singelo exemplo o Dr. Stefanini, com a inquestionável demonstração das outras lógicas que estão presentes na própria titulação do direito de propriedade agrária, depende o reconhecimento da eficácia concreta dos Desca. Sem necessidade de mexer em uma vírgula do direito positivo, aquele jurista prova que a sensibilidade ética e técnica do intérprete faz mais pela justa aplicação da lei do que a adesão acrítica a postulados sem outra consistência do que a de terem, em passado remoto, adquirido foro de certeza e segurança perpétuos.

É o que propomos à consideração dos mais capazes, não sem antes buscar o oportuno socorro de John K. Galbraith, lembrado pelo Dr. Roger Raupp Rios, em *Desapropriação e reforma agrária* (Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997. p. 49) para servir de remate a tudo quanto acima ficou dito, com a vênica de

¹⁹ ob.cit. p. 231

quantos entendem o contexto sócio-político da lei, como coisa estranha ao direito: *Quando se diz que alguma ação pode ser boa mas é politicamente inviável, entenda-se que esse é o modelo comum para proteger um interesse socialmente adverso.*

O BRASIL E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Jayme Benvenuto Lima Jr.*

1. Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Ordem Internacional

Os direitos econômicos, sociais e culturais estão presentes na Ordem Internacional desde a Declaração Universal de Direitos Humanos (arts. 22 ao 28), adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, a qual procurou combinar os valores liberais com os valores sociais da igualdade. A idéia de proteção a esse tipo de direitos envolve a crença de que o bem estar individual resulta, em parte, de condições econômicas, sociais e culturais, bem como a visão de que o governo tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. Ao fazê-lo, a Declaração Universal de Direitos Humanos adotou a concepção contemporânea, pela qual os direitos humanos são concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Trata-se da visão de que a classificação dos direitos humanos em gerações não significa que uma substitua a outra, mas que uma interage com a outra.

Tanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como o de Direitos Civis e Políticos foram adotados em 1966, embora só tenham entrado em vigor dez anos depois, tempo em que conseguiram o número de adesões necessário. Eles representaram a "jurisdicização" da Declaração Universal, entendida como uma mera carta de intenções, destituída, portanto, de força de lei. Representam também o detalhamento de direitos, definidos muito genericamente na Declaração Universal. Nesse sentido, são instrumentos de adicional proteção dos Direitos Humanos, destinados a entrar em cena quando falham as instituições nacionais.

Os direitos consagrados nos dois pactos deveriam constituir um só instrumento normativo, mediante a visão da indivisibilidade dos Direitos

* Advogado, é coordenador do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares - GAJOP; e membro da coordenação do Conselho Nacional do Movimento Nacional de Direitos Humanos - MNDH (gestão 1996/97).

Humanos. Pressões de muitos países fizeram com que eles fossem reunidos em dois pactos, para o que alegavam, principalmente, que os direitos civis e políticos eram auto-aplicáveis e passíveis de cobrança imediata, enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais eram "programáticos". Por trás dessa alegação estava realmente a guerra fria entre os países capitalistas e socialistas, que fazia com que uns e outros não aceitassem os direitos consagradores de suas ideologias.

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) criou obrigações para os Estados-partes, atribuindo-lhes responsabilização internacional nos casos de violações aos direitos enumerados. Afinal, "la promoción, garantía y protección de los derechos humanos ha dejado hoy de ser una materia reservada exclusivamente a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados, pues el derecho internacional no se ha limitado a encarar la promoción de los llamados derechos civiles y políticos y a prever su garantía y protección, sino que ha dirigido su atención y su consiguiente normatividad a los derechos económicos, sociales y culturales" (Espeli, 1988; p. 298).

O primeiro direito nominado pelo Pacto é o direito à autodeterminação, que a rigor seria, de acordo com a classificação dos Direitos Humanos em três gerações, um direito de terceira geração, na medida em que atribui direitos e obrigações entre os países, no sentido do respeito e da solidariedade recíprocos, em busca de uma convivência pacífica. A definição desse direito no PIDESC, no entanto, tem a função de, a partir dele, basear a liberdade dos Estados para assegurar o seu desenvolvimento econômico, social e cultural, nos termos do art. 1º.

O PIDESC apresenta um extenso rol de direitos, que vai muito além daqueles apresentados na Declaração Universal. Entre os direitos estabelecidos estão os seguintes: ao trabalho (em condições justas e favoráveis); à associação em sindicatos; à greve (exercido em conformidade com a lei nacional); à previdência social; à constituição e à manutenção da família (em condições dignas); à proteção especial de crianças e adolescentes contra a exploração econômica e no trabalho; à proteção contra a fome; à cooperação internacional (para auxiliar no desenvolvimento dos países); à saúde física e mental; à educação (que vise o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos Direitos Humanos e liberdades fundamentais); ao respeito à cultura de cada povo e região; e ao progresso científico e técnico (em colaboração com outros países). Trata-se, portanto, do estabelecimento de deveres aos Estados, diferindo assim do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que estabelece direitos para os indivíduos dos Estados.

O PIDESC, portanto, estabelece direitos para terem validade a depender da atuação dos Estados, "que devem adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e através da assistência e cooperação internacionais, até o máximo

de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização dos direitos previstos pelo Pacto" (Piovesan, 1996; p. 194).

Diversamente do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que instituiu um Comitê de Direitos Humanos para monitorar sua aplicação, bem como o sistema de comunicações inter-estatais e a sistemática das denúncias individuais, o PIDESC estabeleceu o monitoramento de sua aplicação meramente através da sistemática de apresentação de relatórios ao secretário geral da ONU, consignando as medidas adotadas pelo Estado-parte para conferir a observância aos direitos estabelecidos no Pacto. A inexistência de sanções claramente definidas dificulta a exigibilidade dos direitos em nível internacional, o que termina por constituir um sério limite à aplicabilidade do Pacto.

Ao fundamentar sua criação, o PIDESC, no seu preâmbulo, reconhece que "o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos". O mesmo reconhecimento é feito pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais, também em seu preâmbulo.

Essa foi a fórmula encontrada para articular as duas categorias de direitos, afastadas pela intolerância ideológica dos governantes da época.

No Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, essa vinculação também é feita pelo art. 2º., 2: "Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento, ou qualquer outra situação".

Os Estados, pelo Pacto, se comprometem a "adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos (...), em particular, a adoção de medidas legislativas". Como vemos, a crença na lei, como instrumento de transformação da realidade é patente no Pacto. Tal crença revela, ao mesmo tempo, um limite do Pacto, que estabelece um frágil sistema de monitoramento, e sua herança jusracionalista, que atribui à lei um valor maior que o real para a possibilidade de alterar o *status quo* pela simples mudança legislativa.

2. Garantias (Formais) Constitucionais dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Brasil

A Constituição brasileira de 1988 possui influência fundamental do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a começar pelo seu preâmbulo, que revela diversos elementos tendentes a assegurar tal categoria de direitos, ao lado dos direitos civis e políticos. O preâmbulo aludido faz referência às expressões "direitos sociais", "bem estar" e "desenvolvimento", como valores (supremos) da sociedade brasileira. O art. 1º da Constituição Federal, por seu lado, institui "os valores sociais do trabalho" como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O art. 3º estabelece a "solidariedade", o "desenvolvimento nacional" e a "erradicação da pobreza e da marginalização", além da "redução das desigualdades sociais e regionais", como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Em coerência com a visão internacionalista do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Constituição de 1988, em seu art. 4º, estabelece o "direito à autodeterminação", a "não intervenção", a "igualdade entre os estados", a "solução pacífica dos conflitos"; a "defesa da paz"; o "repúdio ao terrorismo e ao racismo"; a "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade"; e a "concessão de asilo político" como princípios a reger as relações do Brasil no âmbito internacional. Essa visão internacionalista serve de base a toda a defesa dos direitos humanos preconizada na Carta de 88, uma vez que esta reafirma a inserção do Brasil na Ordem Internacional na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais.

Abaixo, são listados os principais direitos econômicos, sociais e culturais definidos na Constituição brasileira, os quais nem sempre gozam da possibilidade de exigibilidade concreta, conforme veremos no decorrer desse texto.

Entre os direitos e garantias fundamentais, o direito à propriedade é um dos que mais detalhadamente são definidos pela Constituição de 1988, com o que o Brasil mantém a tradição de atribuir importância especial à propriedade. Os incisos XXII ao XXXI, do art. 5º, estabelecem normas gerais relacionadas à propriedade e limites a esse direito, decorrentes da compreensão (positivada no inciso XXIII) de que a propriedade deverá atender a sua função social.

A garantia do direito ao trabalho, nos termos do art. 5º, inciso XIII, e, principalmente, do art. 7º e incisos, se faz toda na conformidade das normas internacionais, especialmente o PIDESC. Exemplo importante é o salário mínimo, definido no inciso IV da Constituição, que busca, em termos formais, atender "às necessidades básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social", de modo a preservar o poder aquisitivo dos trabalhadores. O mesmo se refere à previdência social e à proteção à família, inclusive das crianças e adolescentes, tendo como base, além do PIDESC, a Convenção Sobre os Direitos da Criança.

A concessão da "mais ampla proteção e assistência possíveis à família, preconizada pelo art. 10 do PIDESC, está presente em diversos incisos do art. 7º da Constituição, ao estabelecer garantias ao trabalho (salário família, licença paternidade, etc), particularmente ao trabalho da mulher, com reflexos para a família (licença maternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher, etc); e nos arts. 226 a 230, constantes de garantias ao casamento civil, à união estável, à proteção da criança e do adolescente e dos idosos, pelo Estado e pela sociedade. Ainda no tocante ao Direito do Trabalho, o art. 170, VIII, estabelece como princípio da Ordem Econômica do país a "busca do pleno emprego", revelando uma das mais utópicas positivamente de direitos proporcionadas pelo constituinte de 1988, tendo em vista o sistema econômico vigente.

Entre os direitos sociais (não entendidos apenas como os direitos trabalhistas), encontram-se também aqueles ligados à política urbana e à política agrária, constantes dos arts. 182, 183, e 184 ao 191, respectivamente. As políticas definidas ali têm inteira vinculação, do ponto de vista formal, com o ideal de busca do pleno desenvolvimento e do bem estar da população, consagrados no preâmbulo da atual Constituição. Têm vinculação, igualmente, com a busca da diminuição das diferenças regionais e a erradicação da pobreza e da marginalização, definidas no art. 3º.

No Título VIII- Da Ordem Social, Capítulo II - Da Seguridade Social, além dos direitos relacionados à previdência social, são reunidos os direitos à saúde, que obtiveram especial atenção do PIDESC. A saúde é definida pela Constituição de 1988 como um direito cabível a todos os brasileiros e um dever do Estado; cabendo a este garantir o direito por meio de um sistema de saúde de acesso universal e igualitário (art. 196). Apesar dessa definição, a saúde é de livre exploração por parte da iniciativa privada, que inclusive pode participar, de forma complementar, do sistema único de saúde estatal.

A educação e a cultura têm regulamentação estabelecida pelo Capítulo III da Constituição. A educação, também definida como direito de todos e dever do Estado, tem regulação semelhante à saúde, na medida em que também está aberta à exploração da iniciativa privada. Com isso, a Constituição, diga-se de passagem, compatibiliza os direitos sociais com um dos fundamentos do Estado brasileiro, segundo o art. 1º, inciso IV: o respeito aos valores da iniciativa privada. Destina-se a educação, nos termos do art. 205, "ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho", para o que estabelece como principais princípios, "a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola; o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas; a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; a gestão democrática do ensino público; e a garantia de padrão de qualidade".

Os arts. 215 e 216 procuram atender à concepção pela qual a universalização dos direitos deve ser compatível, na medida do possível, com o

respeito às culturas e manifestações culturais dos povos e regiões dos países e entre os países. Pelos referidos artigos, o Estado brasileiro se compromete a garantir o pleno exercício dos direitos culturais, por meio da proteção das manifestações populares, indígenas e afro-brasileiras, assim como de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, na tentativa de garantir respeito ao patrimônio cultural do país, provavelmente em reparo às injustiças cometidas no passado, notadamente em relação dos povos indígenas e negros.

O incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico, constante dos arts. 218 e 219, procura atender às exigências expressas pelo art. 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que também se refere ao direito à cultura.

3. Limites Constitucionais à Exigibilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Brasil

É patente a influência do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na conformação da Constituição Brasileira de 1988, no que se refere aos direitos respectivos. O constituinte pátrio, por pressão internacional ou da sociedade brasileira, ou, ainda, em função de ambas as razões, dotou o país, do ponto de vista legal, de todo um elenco de direitos fundamentais no campo econômico, social e cultural.

Em que pese a boa vontade do constituinte, a disparidade do texto constitucional com a realidade brasileira é fenomenal. Passados mais de dez anos da promulgação da atual Constituição, persistem gravíssimas violações aos direitos econômicos, sociais e culturais, sem que se tenha avançado em termos da definição de garantias efetivas e eficazes para os referidos direitos. À parte basicamente os direitos trabalhistas, previdenciários e do consumidor, que encontram diversos recursos legais destinados a garanti-los na prática, poucos são os instrumentos concretos de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A disparidade é ainda maior em relação aos direitos civis e políticos - comumente vistos como "mais humanos" que aqueles -, que possuem diversas garantias de exigibilidade em nível interno (habeas corpus, habeas data, direito de resposta, mandado de segurança, etc.). Efetivamente, em nível interno, ainda não há como garantir o cumprimento da maior parte dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem recorrer, quando possível, aos instrumentos próprios de proteção dos direitos civis e políticos. Assim, vejamos: quais são os instrumentos competentes para exigir do Estado brasileiro o respeito à cultura indígena ou afro-brasileira numa determinada área do país? Quais as maneiras de assegurar a construção de casas populares, fazendo jus aos dispositivos constitucionais referentes a uma política urbana democrática? No tocante à política agrária, como obrigar o Estado a promover a reforma agrária, nos termos definidos pela Constituição? Como exigir do Estado a prestação de serviços de saúde universais

e de qualidade, nos termos da Constituição? Mesmo entre os direitos trabalhistas, qual seria a maneira de fazer com que o salário mínimo venha a atender a todos os itens que a Constituição diz atender?

Tais perguntas, que por enquanto ficam sem respostas positivas, denunciam a fragilidade da Constituição de 1988, em relação à efetiva garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, definidos em termos normativos à luz do Pacto Internacional respectivo.

A propósito, a Constituição Federal reproduz a precariedade dos mecanismos de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito internacional. O PIDESC também não possui, como vimos, mecanismos de exigibilidade, no nível dos definidos pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Enquanto este último possui comissões e cortes destinadas a julgar e sancionar os Estados pelas violações cometidas pelo Estado, o PIDESC restringe o monitoramento a um sistema de relatórios a serem apresentados à ONU. Em termos práticos, restam as sanções econômicas "brancas", aplicadas de acordo com condicionantes políticos, e que, por serem "brancas", não possuem um processo legal estabelecido, nos termos consagrados pelo Direito moderno.

Além dos limites referidos, a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no Brasil de hoje conta com outros limites estabelecidos pelo Programa Nacional de Direitos Humanos, lançado pelo Presidente da República em maio de 1996.

4. Os Limites do Programa Nacional de Direitos Humanos aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) desconsiderou quase que completamente os direitos econômicos, sociais e culturais, dotando de prevalência apenas os direitos civis e políticos, uma vez que reconhecidos primeiramente na história da humanidade. Tal priorização fere inteiramente o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, aprovado com a participação ativa do governo brasileiro na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocorrida em Viena, em 1993. O princípio da indivisibilidade dos direitos humanos quer significar que os direitos humanos são um todo impassível de hierarquização.

A classificação dos direitos humanos em três gerações tem importância, portanto, meramente metodológica, na medida em que resgata historicamente o seu processo de construção histórica; não implicando em atribuir maior ou menor importância a quaisquer das gerações de direitos. Por trás de tal princípio está a concepção de que inexistente a possibilidade de vigência real de direitos civis e políticos sem que vigorem também os direitos econômicos, sociais e culturais e vice versa. Em outros termos, o direito ao desenvolvimento, tão buscado pela

sociedade brasileira, impõe a vigência igualmente de direitos de primeira, segunda e terceira geração.

Do ponto de vista social, é injustificável que os direitos econômicos e sociais estejam de fora de um Programa que busca responder às principais violações aos direitos humanos no Brasil. A situação da educação, da saúde, do trabalho, da terra (urbana e rural), entre outras questões, têm, no Brasil contemporâneo, a mesma carga dramática das violências físicas cometidas pelas polícias brasileiras, para citar um dos graves problemas relacionados ao exercício dos direitos civis e políticos. Exemplo gritante é o dos trabalhadores sem terra, alijados do processo de desenvolvimento em função de uma estrutura de poder excludente que vemos se perpetuar às vésperas do século 21. Para esse grande contingente de populações vulneráveis a violências centenárias, o PNDH não deu respostas, ainda que programáticas.

Do ponto de vista jurídico-positivo, o PNDH desconsiderou uma série de dispositivos constitucionais que especificam a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais. A começar pelo preâmbulo, que, como visto, estabelece a instituição de um "Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos", numa clara referência à indivisibilidade dos direitos humanos. No que tange ao art. 3º, III, da Constituição Federal, que estabelece "a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais" como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como fazê-lo a não ser dando atenção especial para os direitos econômicos, sociais e culturais (da mesma forma que aos direitos civis e políticos)?

5. Caminhos e Alternativas para a Superação dos Limites à Exigibilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O descompasso entre as definições constitucionais e as possibilidades práticas de exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais no Brasil, instiga a pensar em alternativas viáveis à superação dos limites verificados.

A busca de superação dos limites à exigibilidade dessa categoria de direitos deve, em primeiro lugar, rechaçar toda e qualquer tentativa de minimização dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação aos civis e políticos, tradicionalmente vistos como mais importantes que os de segunda geração, acorde a conceituação liberal. Para tanto, deve-se respaldar a posição tanto na perspectiva da indivisibilidade dos direitos humanos, quanto nos preceitos constitucionais, especialmente os que zelam pela prevalência dos direitos econômicos, sociais e culturais. A exigência preconizada deve se dar ainda com base no PIDESC, subscrito pelo Brasil, segundo o qual os países subscritores devem dedicar o máximo dos recursos disponíveis do Estado e da Sociedade para satisfazer os direitos econômicos, sociais e culturais.

Do ponto de vista jurídico-positivo, é urgente que sejam procedidas a alterações constitucionais e regulamentações legislativas no sentido de possibilitar a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. É preciso definir claramente formas de exigibilidade dos referidos direitos, de maneira a incorporá-las à prática social e jurídica do país, independentemente da boa vontade interpretativa de juizes mais avançados. Nesse sentido, é possível pensar em estabelecer garantias práticas ao cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, à semelhança das garantidoras dos civis e políticos.

Independentemente das alterações legislativas preconizadas, e especialmente enquanto estratégia de sensibilização do Poder Judiciário para a efetividade dos dispositivos constitucionais quanto à matéria, é fundamental que se adote a prática - particularmente por parte das entidades de defesa da sociedade - de provocar o Judiciário a se posicionar quanto aos direitos referidos. Essa postura social de pressão, por meio da interposição de ações judiciais de cunho social, poderá vir a fortalecer as ilhas de abertura do Poder Judiciário pátrio com vistas à proteção dos direitos de segunda geração. Nesse intento, é importante articular os esforços de diversos organismos, entidades e pessoas, com o propósito de ampliar a legitimidade para as demandas.

O mesmo esforço de pressão deve ser estabelecido junto ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que precisa ser constante e cada vez mais demandado pela sociedade brasileira, particularmente em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais. As iniciativas tenderiam a forçar o sistema a agir não apenas em matéria de direitos civis e políticos, com o que se estaria quebrando a visão estreita, ainda hegemônica, de que os direitos de primeira geração teriam status preferencial de exigibilidade junto aos países. A estratégia tem especial relevância para países, como o Brasil, que possuem leis nacionais claramente favoráveis aos direitos de segunda geração.

Tendo por base os dispositivos constitucionais quanto à matéria e os limites do Programa Nacional de Direitos Humanos, pode-se pensar no estabelecimento de um sistema de monitoramento da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais no país, com o controle da sociedade. Nesse sentido, a Plataforma Nacional de Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento deve constituir um espaço que venha a garantir a colocação dos referidos direitos na agenda nacional, por meio da elaboração de pareceres ou relatórios anuais sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais no país. Tal proposta, diga-se de passagem, encontra respaldo no próprio PIDESC, o qual sugere a elaboração de relatórios periódicos destinados a avaliar a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais nos países. O esforço da Plataforma teria a função de exigir dos poderes constituídos a vigência efetiva da Constituição brasileira no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Bibliografia

1. Cançado Trindade, Antonio Augusto (editor). **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro.** Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Europeia. San José, Costa Rica. 1996.
2. Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Papel do Brasil.* In **A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras.** Fundação Friedrich Naumann/IJDH. San José de Costa Rica/ Brasília. 1992.
3. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Ed. Saraiva. São Paulo. 1995.
4. *Declaração Universal de Direitos Humanos.* In **Curso básico de derechos humanos.** Editorial Universitaria/Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1986.
5. Espiell, Hector Gros. **Estudios Sobre Derechos Humanos.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Civitas S. A. San José. 1988. Ministério da Justiça. *Programa Nacional de Direitos Humanos.* Brasília. 1996.
6. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.* In **Curso básico de derechos humanos.** Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1986.
7. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales e Culturais.* In **Curso básico de derechos humanos.** Editorial Universitaria/Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1986.
8. Piovesan, Flávia. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.* In **Os Direitos Humanos no Brasil, 95.** Universidade de São Paulo/Núcleo de Estudos da Violência/Comissão Teotônio Vilela. São Paulo. 1995.
9. Piovesan, Flávia. **Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** Max Limonaci. São Paulo. 1995.
10. Vaz, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades.** Editora Forense. Rio de Janeiro. 1993.
11. Volkmer de Castilho, Ela Wiecko. *A Incorporação do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos pelo Direito Brasileiro.* In **Fascículo de Ciências Penais.** Vol. 6., no. 2, ano 6. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS. 1993.

GLOBALIZAÇÃO, EXCLUSÃO SOCIAL E POBREZA: CONSEQÜÊNCIAS PARA OS DIREITOS HUMANOS

João Ricardo W. Dornelles

1. Apresentação

As duas últimas décadas do século XX têm sido marcadas por uma intensa transformação nos padrões da acumulação do capital e da concentração tecnológica. Os rumos das sociedades, assim, passaram a sofrer mudanças inesperadas e formas diferentes de organizar todas as dimensões da existência. Vivemos, portanto, um momento que muitos autores chamam de "crise de paradigmas da modernidade", outros de "terceira revolução industrial-tecnológica", outros de "sociedade pós-industrial", "era global", ou ainda, "pós modernidade". Enfim, existem muitas interpretações e muitas explicações para tentar dar conta das intensas e surpreendentes transformações que enfrentamos neste final de século e milênio.

Podemos partir da constatação de que todas essas explicações se dão num longo processo iniciado ainda nos anos 60. Esse processo nos indica a existência de uma "crise de civilização" que se caracteriza por uma crise dos paradigmas da modernidade e pela explicitação dos impasses de um modelo existencial que se pautou pela predominância de uma racionalidade instrumental, como um fim em si mesmo, em detrimento das promessas de uma razão emancipatória que não se consolidou como referência da organização das sociedades urbano-industriais.

O que chamamos, assim, de "crise de civilização", não chega a ser o esgotamento absoluto dos paradigmas da modernidade, embora alguns autores, no campo da chamada reflexão pós-moderna, enxerguem o fim de uma era, ou a completa incapacidade da reorganização das sociedades sob os princípios norteadores da modernidade. Para alguns autores, no entanto, como Habermas, a leitura mais adequada da realidade seria a de perceber que o quadro da crise contemporânea é a expressão do não cumprimento emancipatório das promessas da modernidade. Outros autores, como Mandel, Perry Anderson, Harvey ou Jameson, ampliam essa concepção com algumas observações de que a própria lógica da modernidade sempre trouxe no seu bojo a possibilidade da

predominância de uma racionalidade instrumental que constituiu um padrão de acumulação e formas de controle e organização produtiva centradas na não-emancipação humana, mas sim na opressão, na exploração e na alienação dos seres humanos. Trata-se, portanto, de uma racionalidade instrumental que constituiu um padrão civilizatório reprodutor da alienação humana. E que a predominância de uma lógica instrumental reflete, principalmente a partir dos anos 80-90 do século XX, um estágio do processo de acumulação do capital ou - como afirmou Jameson, a partir das referências de Mandel - expressa uma nova lógica de acumulação do capitalismo tardio.

É aqui que se coloca a discussão sobre o modelo de desenvolvimento que se organizou com base nesta razão instrumental. E quando falamos de modelo de desenvolvimento, falamos em uma totalidade bem mais complexa e ampla do que o momento econômico. Falamos das diferentes instâncias da realidade, que incorporam o econômico como condicionante - não necessariamente determinante -, e as esferas político-jurídicas e sócio-culturais ou ideológicas.

O processo histórico de ampliação do conteúdo dos direitos humanos, assim, tem sido marcado por uma tensão, que se expressa nas lutas políticas e sociais, entre uma lógica racional emancipatória moderna e os condicionamentos da razão instrumental que organizou um modelo de desenvolvimento capitalista urbano-industrial que, neste final de milênio, apresenta a sua face real, sem máquiagens ou máscaras. Estamos falando, portanto, de um processo que incorporou, através das lutas sócio-políticas dos séculos XIX e XX, as conquistas de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais como referências para uma nova sociabilidade e uma atenuação dos efeitos perversos de um modelo cujo objetivo central se dá na reprodução e concentração ampliada do capital.

Por isso o quadro atual é de intensa complexidade e causa a perplexidade daqueles que lutam pelos direitos humanos com uma perspectiva emancipatória e de libertação da humanidade dos grilhões da exploração, da opressão, da miséria, da exclusão, dos preconceitos, da falta de liberdade, da desigualdade, e da tirania política ou do mercado.

Assim, o termo "globalização" tornou-se central para entendermos os anos noventa¹, mesmo considerando a sua utilização de forma abrangente, incorporando diferentes situações - financeira, produtiva, cultural, tecnológica, etc. - da realidade contemporânea. Dessa maneira, o termo "globalização" acaba por evocar a falsa imagem de um mundo homogêneo e integrado.

Dessa maneira, falar da "globalização" significa constatar que as conquistas civilizatórias, contidas na ampliação conceitual dos direitos humanos, estão ameaçadas. Na verdade, existe um quadro histórico de retrocesso onde a

¹ Ver artigo de José Maria Gómez, *Globalização da Política, Mitos, Realidades e Dilemas*, publicado na Revista Praia Vermelha, n° 1. Rio de Janeiro. 1997.

predominância do mercado como "regulador" da sociabilidade e a crise ou falência das experiências de Estados Sociais - seja a experiência do *Welfare State*, sejam as frustradas experiências socialistas - acarretam conseqüências dramáticas como a ampliação dos contingentes humanos excluídos - fenômeno que se verifica também nas sociedades mais ricas -, a fragmentação sócio-cultural e política que se verifica em todo o mundo e o descompromisso público, através da abrangente restrição das políticas públicas verificada com o "desmonte" das esferas públicas de proteção social que remetem para o mercado o papel de regulador da sociedade.

É neste sentido, portanto, que uma das principais bandeiras de luta passa a ser o da exigibilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

2. O Processo de Globalização e a Ideologização Neoliberal

"Globalização sem autonomia dos sujeitos sociais e dos indivíduos pode desembocar tragicamente nas formas mais pós-modernas da barbárie, minimalistas e banalizadas, como as guerras de gangues por todas as partes. Uma Auschwitz além de Auschwitz: sem fornos crematórios, mas onde se consome senão os corpos mas qualquer possibilidade de contato humano".²

O final do século XX é marcado por transformações profundas. O processo de reestruturação da economia traz conseqüências graves para todas as sociedades, principalmente as sociedades em desenvolvimento. Os países do Leste Europeu passam por um processo de "terceirmundização", sociedades da África se desestruturam em guerras civis, a América Latina vive um processo ampliado de exclusão social, os países centrais tem um significativo aumento do desemprego e da miséria.

Enfim, se organiza uma nova ordem financeira internacional, um novo modelo de desenvolvimento capitalista que se baseia na superconcentração do capital, na revolução tecnológica, na poupança de mão-de-obra, nos baixos salários, na ampliação da exclusão social, na destruição do meio ambiente, etc.

Existe, portanto, uma relação direta entre o quadro de crise das sociedades contemporâneas e a globalização, com a sua reestruturação econômica.

O quadro de crise se acentua com a reestruturação social decorrente de um processo de globalização econômica que reproduz diferentes formas de

² Ver artigo de Francisco de Oliveira. *Reforma e Contra-reforma do Estado no Brasil*, publicado na Revista Proposta, n° 68, 1996, FASE.

fragmentação, exclusão e apartação social. As conseqüências mais imediatas do processo de globalização são: a) a concentração da renda; b). um novo ciclo de concentração acelerada do capital; c). desenvolvimento da economia informal, como expressão de exclusão, marginalização, afastamento do mercado moderno; d). a globalização atuando contra o universalismo das relações sociais, contra dimensões públicas do Estado, contra o "Welfare State", contra o Estado Social, sob suas diferentes formas.

Trata-se, portanto, de um modelo de desenvolvimento globalizado com base no ideário neoliberal, onde não há lugar para todos. Aqui reside a natureza perversa do modelo. Um modelo que se organiza a partir de uma reengenharia social impulsionada por um ajuste estrutural com base numa política de austeridade dos gastos públicos sociais e que tem por resultado a marginalização e a exclusão, obrigando a aplicação de políticas de contenção e de controle social com base na apartação social e no "darwinismo social". É um modelo que por sua natureza excludente é produtor de violência.

Assim, a marginalização, a exclusão, a pobreza generalizada, as guerras civis, os massacres, a fome, e a conseqüente morte de milhares de seres humanos, são apresentadas como necessidades básicas, condições necessárias na reengenharia social, onde as políticas compensatórias e o controle social repressivo se complementam. Ao "Estado Mínimo" na esfera social e econômica corresponde o "Estado Máximo", na esfera das políticas de segurança pública e controle social. E essa exclusão social, o aumento da miséria, esse verdadeiro "genocídio social" que atinge grande parte da humanidade seria, mais uma vez, considerado pelos ideólogos do neoliberalismo como o "custo social" do progresso. A desigualdade passa a ser classificada como "déficit social", e o Estado passa a ser responsabilizado por todas as mazelas das sociedade. Ou seja, a desigualdade e os problemas sociais são apresentados como resultado dos "privilégios" do funcionalismo público e da ineficiência do Estado. Quando a ideologia neoliberal fala em "custo social" ou "déficit social", a vida humana passa a ser quantificada como elemento contábil.

O discurso dominante passa a ser o da eficiência, capacidade, competência, e se expressa desqualificando aqueles que não se enquadram nesses novos padrões, e ao mesmo tempo através de um assistencialismo baseado em programas de compensação assistencial, como no caso do programa "Comunidade Solidária", no Brasil, e do Pronasol do México. Por outro lado, busca-se a requalificação de parte da força-de-trabalho e o incentivo para "se instalar por conta própria" no mercado.

A noção de *Justiça Social* é substituída pela de *oportunidade*, num mercado competitivo e hostil.

O neoliberalismo considera a proteção social do Estado como paternalismo que bloqueja a capacidade produtiva e de auto-superação das

pessoas. O mundo do mercado é o mundo dos auto-suficientes. Dessa maneira, o neoliberalismo faz a apologia da desigualdade. A desigualdade é a condição para a prosperidade. É nesse quadro que renasce as concepções positivistas, visando justificar com um discurso pretensamente científico a desigualdade e legitimando as práticas de um modelo de organização social que não apenas estimula essa desigualdade como também práticas segregadoras dos grupos humanos considerados inadaptados, improdutivos, incapacitados para esse modelo.

O que chama a atenção nesse processo de globalização econômica é que o aumento dos níveis de pobreza em todas as principais regiões do planeta não é resultado da escassez de recursos econômicos. Ao contrário, a capacidade produtiva é enorme e a globalização da miséria ocorre numa época de grande progresso tecnológico. A reengenharia social atinge diretamente pilares do modelo de desenvolvimento que até os anos oitenta vigoravam como válidos. O aumento da capacidade produtiva da economia com base nas inovações tecnológicas reduziram significativamente, em todo o mundo, a necessidade de mão-de-obra. Passa a existir uma minimização dos custos com a mão-de-obra. Essa característica do modelo globalizado traz profundas conseqüências no mercado de trabalho e na esfera social, atingindo as organizações sindicais e todo um modelo que se baseava na relação capital-trabalho.

É interessante, e preocupante, perceber que essas medidas poupadoras de força-de-trabalho afetam diretamente a capacidade de consumo. E o crescimento da oferta mundial tem sido acompanhado de um declínio da demanda de consumo ou, pelo menos, uma reorganização da estrutura de consumo. Na verdade a reestruturação econômica "promove uma estagnação da produção de bens e serviços de primeira necessidade e redireciona o sistema econômico para o consumidor de alto padrão aquisitivo, não mais que 15 % da população mundial"³.

E por incrível que pareça, com uma agricultura mundial tecnologicamente sofisticada, produzindo em larga escala e com altos índices de produtividade, a fome não é mais o resultado da escassez de alimentos, mas sim o resultado direto da superabundância global dos gêneros alimentícios. Na verdade, a agricultura mundial tem capacidade, pela primeira vez na história da humanidade, de satisfazer as necessidades de alimentos de todo o mundo⁴.

³ Ver o artigo *A Globalização da Pobreza*, do economista Michel Chossudovsky, professor da Universidade de Ottawa, Canadá, publicado na Revista *Proposta*, no 64, 1995, FASE.

⁴ Segundo Michel Chossedovsky, a introdução do modelo da agro-indústria, com base nas novas tecnologias, levou a uma modificação do panorama da agricultura em todo o mundo. A chamada "agricultura nacional" sofreu um grande impacto, através de uma subordinação dos agricultores independentes às necessidades e exigências dos monopólios globais da alimentação. Entre os diversos exemplos que o autor aponta destacamos o fato de que a partir dos anos 80 os mercados de grãos foram desregulamentados sob orientação do Banco Mundial. A conseqüência disso foi que os excedentes norte-americanos e europeus passaram a ser utilizados para destruir os produtores independentes dos países em desenvolvimento e desestabilizar a agricultura nacional produtora de alimentos. Entre outros efeitos

Ou seja, vivemos a era da "Terceira Revolução Industrial", a chamada "Revolução Tecnológica", que tem como característica a superconcentração do capital, uma monopolização da economia como nunca foi vivida pelo capitalismo. Dessa maneira, as instituições financeiras internacionais e os países do G-7 (Grupo dos 7 países mais desenvolvidos) dão sustentação aos interesses dos monopólios privados, destruindo o pequeno capital. A noção de livre comércio, integração econômica e formação de blocos, sob o comando das instituições financeiras internacionais e sob uma concepção neoliberal, proporcionam um impulso para a iniciativa global e, ao mesmo tempo, criam barreiras fiscais ao desenvolvimento do pequeno e médio capital local.

Existe uma flexibilização dos mercados, um processo de globalização que ao mesmo tempo leva a uma desagregação no campo social, político e cultural. Ou seja, a reengenharia sócio-econômica tem o efeito de um tornado, que passa e no seu caminho de destruição do que existia anteriormente recoloca as coisas em outros lugares e com outras características.

Dessa maneira, o processo de globalização sob a égide ideológica liberal tem transformado as economias nacionais em zonas econômicas abertas, levando a desestruturação social.

Cria-se, portanto, um vácuo onde se desenvolve uma "economia informal alternativa", não apenas dentro dos espaços nacionais, como também no âmbito do comércio e das finanças internacionais. E é esse fenômeno que estimula o desenvolvimento de atividades ilícitas, através do mercado internacional de drogas, do comércio ilegal de armas, etc. E esse processo se relaciona com a remoção das barreiras para a circulação de dinheiro no sistema bancário internacional e a desregulamentação dos mercados de câmbio que facilitam a circulação e a "lavagem" no mercado financeiro do dinheiro sujo proveniente das atividades ilícitas que movimentam grandes montantes de capital. Os bancos comerciais internacionais também têm sido os fornecedores de crédito aos agentes do comércio ilícito internacional em detrimento da agricultura e de atividades legais. Assim, mais do que nunca, existe uma interpenetração entre as atividades legais e ilegais.

"As organizações criminosas envolvidas no comércio ilícito cada vez mais se constituem em um poderoso *lobby* secreto que opera em âmbito nacional e internacional, influenciando na extensão e na direção das políticas governamentais"⁵.

temos a degradação ambiental e a expulsão da terra. Artigo *Globalização da Pobreza*, in *Revista Proposta*, n° 64, 1995, FASE.

⁵ Ver CHOSSUDOVSKY, Michel. *A Globalização da Pobreza*. in *Revista Proposta*, n° 64, FASE, 1995, pag. 28.

A revolução tecnológica, combinada com a internacionalização das decisões sobre política econômica e a reengenharia social, colocou milhões de pessoas no estado de miséria absoluta, arrastando regiões inteiras para a pobreza (África, ex-União Soviética, etc.).

A ênfase nesse processo de transformação tem sido a da revitalização do livre comércio e a liberação dos agentes produtivos através da desregulação, deslocando o eixo da competição internacional, que antes se dava sobre o controle das fontes energéticas e das fontes de matérias-primas estratégicas, e hoje passa a concentrar-se no controle das novas tecnologias, e das escalas mundiais de produção. Essa nova realidade limita as vantagens comparativas dos países em desenvolvimento. Nesse quadro as nações latino-americanas, sociedades com mão-de-obra barata e abundante e grandes reservas energéticas, têm perdido as suas vantagens comparativas. Dessa maneira, a globalização econômica e a flexibilização produtiva se desenvolvem a partir do colapso do paradigma produtivo técnico-industrial baseado no taylorismo e nos métodos fordistas.

Esse novo paradigma técnico-industrial, baseado no desenvolvimento de novas tecnologias e na reestruturação administrativa e dos recursos humanos, veio acompanhado de graves conseqüências sociais e políticas. A primeira dessas conseqüências foi a de iniciar um processo de crescimento que transformou a estrutura do mercado de trabalho, poupando mão-de-obra ao não criar novos postos de trabalho. Como isso o aumento do desemprego tem atingido todas as categorias profissionais, principalmente a dos trabalhadores menos qualificados. Isso teve como resultado imediato a flexibilização das relações de trabalho; a vinculação da remuneração do trabalho à produtividade; a expansão do trabalho subcontratado; a diminuição das proteções sociais; a transformação da "terceirização" numa técnica de controle social; etc., o que levou ao esvaziamento político dos sindicatos.

A conseqüência desse processo é que os trabalhadores menos qualificados são jogados para fora do sistema produtivo da economia formal.

A ampliação desse ritmo de crescimento, com a expulsão de grandes contingentes de trabalhadores para a economia informal, revela o lado sombrio do modelo globalizado, retirando a classe trabalhadora, principalmente o movimento operário urbano, de sua posição central no quadro político das sociedades contemporâneas. Assim, o processo de exclusão social, de "apartação", se amplia, atingindo não apenas as nações em desenvolvimento, mas também o centro do desenvolvimento capitalista. As taxas de desemprego nos países da Europa Ocidental e nos Estados Unidos têm aumentado na última década. A miséria absoluta tem atingido grandes contingentes populacionais, de tal forma que alguns economistas críticos ao modelo chegam a usar a expressão "brazilianização" para se referir à crise social que atinge os segmentos mais

pobres e marginalizados da sociedade norte-americana. Assim, é que a implantação do "Estado Mínimo", no campo econômico e da proteção social, é acompanhada pela adoção do "Estado Máximo" nas políticas de segurança, com a retomada do "discurso da ordem", abrindo espaço ao "darwinismo social" como estratégia de controle social.

3. Conseqüências Sociais da Globalização no Brasil

"...uma parte expressiva da população brasileira é constituída por "parias, ...situada à margem do mercado formal de emprego, ela se torna "supérflua" no âmbito do paradigma econômico vigente, passando assim a viver mais no estado de natureza" - ou seja, sem leis garantidas em sua universalidade, ficando por isso mesmo à mercê das inúmeras formas de violência física ou moral -do que no "estado civil", fundado no império da lei, na segurança jurídica e no direito a ter direitos."⁶

A globalização econômica que tem levado a uma reestruturação social traz como decorrência a ampliação da exclusão social; a fragmentação sócio-cultural e política; a "apartação social"; a brutal concentração da renda; a informalização da economia, expulsando do mercado segmentos inteiros da sociedade. É um movimento que se desenvolve dentro da expansão de um novo ciclo de concentração ampliada do capital e que atua contra o universalismo das relações sociais e contra a dimensão pública do Estado.

Para um país como o Brasil, as conseqüências desse processo são muito graves e têm a capacidade de ampliar as históricas condições de desigualdade, exclusão social, injustiça, mal-estar social, marginalização e violência.

A partir do governo Collor, seguindo com o governo Itamar e, a partir do Plano Real, com o governo de Fernando Henrique Cardoso, se iniciou o desmonte do Estado, atingindo políticas públicas de caráter social e o que de positivo existia da herança trabalhista, ou seja, o verniz de "Welfare State" que existia na nossa sociedade.

Assim, uma das conseqüências perversas das políticas de ajuste fiscal rígido e reestruturação social dos governos brasileiros que estão implantando as políticas neoliberais é o aumento da indigência e expulsão de trabalhadores (qualificados ou não) para a economia informal.

O professor Wanderley Guilherme dos Santos dizia que a cidadania brasileira estava ligada à carteira de trabalho. Mas, mesmo este aspecto está sendo eliminado, com a terceirização, com contrato temporário sem direitos, etc.

O discurso ideológico neoliberal classifica as desigualdades sociais, as injustiças e a miséria como resultado da ineficiência do Estado que através da manutenção de "privilégios" funcionais não se mostra capaz de regular a economia e a sociedade. A esfera pública da sociedade é substituída pela frieza das relações do mercado, definidas pela concorrência com base no interesse da acumulação do capital.

A desarticulação das políticas públicas sociais tem sido acompanhada de políticas compensatórias que buscam amenizar as conseqüências e garantir algum respaldo social. E a substituição da prática social democrática por uma forte retórica política com base em programas de compensações assistenciais, como por exemplo a "Comunidade Solidária", ou o Programa Nacional de Direitos Humanos, ambos do governo Fernando Henrique Cardoso. Tanto um quanto o outro já foram denunciados por organizações da sociedade civil, como pouco abrangentes.

Segundo José Eduardo Faria⁷, "esse é o nó estrutural para a efetividade dos direitos humanos na América Latina após a Conferência de Viena". O impasse de países como o Brasil está na dificuldade da conjugação do desenvolvimento econômico com a consolidação da democracia.

O Brasil consolidou instituições e práticas políticas formalmente democráticas sem, no entanto, conseguir dar conta da questão social.

O Brasil é caracterizado como o país que apresenta o maior índice de contrastes sociais se fizermos uma comparação entre a sua posição na economia e as suas condições sociais.

Assim, o quadro da "apartação social" no Brasil aponta a coexistência de uma economia potente com uma sociedade marcada pela desigualdade. O Brasil ocupa o 63º lugar em desenvolvimento social, com dados vergonhosos.

Segundo dados do IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -, em 1990 a fome atingia cerca de 32 milhões de brasileiros. Aproximadamente 55 % desses miseráveis absolutos vivendo no Nordeste. Dados do governo brasileiro, apresentados na Conferência Mundial do Desenvolvimento Mundial, em 1995, apontam que 42 milhões de brasileiros (26,8 % da população) não têm renda suficiente para alimentação, moradia, saúde, etc.

⁶ FARIA, José Eduardo. *Os Direitos Humanos e o dilema Latino-Americano às Vésperas do Século XXI* in *Novos Estudos - CEBRAP*, nº 38, março de 1994, pag. 69.

⁷ Ver FARIA, José Eduardo. *Os Direitos Humanos e o dilema Latino-Americano às Vésperas do Século XXI*. in *Novos Estudos - CEBRAP*, nº 38, março 1994.

O Brasil é o país com pior distribuição de renda do mundo, o 60º país do mundo em população com desnutrição grave, onde 86 milhões, quase três quartos da população (67 % dos brasileiros) consomem menos de 1.600 calorias. Segundo a Organização Mundial de Saúde a dieta mínima consiste em 2.240 calorias diárias.

Mais de 70 milhões são vitimados pela verminose, 5 milhões sofrem do mal de Chagas. Cerca de 55 milhões de pessoas não tem água encanada, 40 milhões vivem sem energia elétrica.

A mortalidade infantil é de 92 crianças entre cada mil nascidas vivas (crianças mortas antes de completarem um ano de idade).

Cerca de 17 % das crianças entre 10 e 14 anos estão no mercado de trabalho, onde 77 % das mulheres recebem menos de 2 salários mínimos.

Mais de 30 milhões de brasileiros adultos são analfabetos.

Mais de 20.291.412,4 hectares de terras agrícolas estão nas mãos de apenas 20 famílias e grandes grupos empresariais, enquanto mais de 10 milhões de famílias de trabalhadores do campo estão sem terra.

Cerca de 12 % da população brasileira vive na miséria absoluta, o que corresponde a 7,2 % do contingente de 1 bilhão de miseráveis do mundo.

O Brasil é o "campeão mundial" em concentração de renda. A concentração da renda tem aumentado nas últimas décadas, principalmente a partir dos anos 80, quando se iniciou o processo de reestruturação econômica mundial e de globalização. Em 1960, os 50 % mais pobres da população economicamente ativa detinham 16 % da renda nacional, enquanto vinte anos depois, no início dos anos 80, essa participação foi reduzida para 12,4 %. Para se ter uma idéia, entre a década de 60 e 80, os 20 % mais pobres da população brasileira diminuíram a sua participação na renda nacional de 3,9 % para 2,8 %. Já os 10 % mais ricos tiveram um acréscimo de participação na renda nacional, passando de 39,6% para 50,9 %. Levando-se em conta que a economia brasileira é uma das mais fortes do mundo, observamos o modelo perverso de injustiça a que está submetida a população pobre no país.

Em 1993 o setor industrial cresceu 10 % enquanto no mercado formal de trabalho houve um crescimento negativo de 2%. A busca de ganhos de produtividade introduz novas tecnologias no processo produtivo, poupando mão de obra.

E aqui não se trata apenas de aspectos econômicos ou políticos. Estamos falando de uma questão ética. Uma sociedade que se desenvolve, que produz uma grande riqueza material, mas que mantém uma parcela da sua população vivendo

em condições subhumanas, é uma sociedade que esqueceu os valores mais primários de fraternidade e solidariedade humana.

Dessa maneira, um elemento central da "Aparição Social" é a exclusão pela desqualificação do trabalho. O que era considerada uma vantagem comparativa para o modelo de desenvolvimento do capitalismo no Brasil (abundância e desqualificação da força-de-trabalho), se modifica no quadro dos ajustes estruturais da Revolução Tecnológica.

Portanto, não é possível falar em direitos humanos, justiça social, democracia, cidadania, sem enfrentar o problema da pobreza e da exclusão. E não é possível enfrentar a questão da exclusão e da miséria sem tratar de questões como a distribuição de renda, da reforma agrária, e das políticas sociais que satisfaçam direitos básicos.

Os indicadores sócio-econômicos brasileiros revelam que a exclusão social no Brasil leva não apenas a "apartação", mas a um verdadeiro "genocídio social". Ou um etnocídio, identificado como um processo permanente de extermínio seletivo de segmentos mais pobres e miseráveis da população, realizado de diferentes formas, desde os massacres de grupos excluídos, até a morte pela desnutrição, pela falta de saúde pública, de moradia, etc. Os grupos atingidos são sempre os mesmos: trabalhadores sem-terra, favelados, mendigos, indigentes de qualquer natureza, meninos e meninas de rua, presos, índios, garimpeiros, operários, negros, nordestinos pobres, etc.

São grupos humanos que se tornam "párias", que são descartáveis, que são perigosos e ameaçadores à nova ordem do "fim da história", que não devem fazer parte da paisagem social de bem-estar de poucos. Por isso, por estar à margem do mercado formal, tornam-se "supérfluos", como se pudéssemos concluir, através de um processo de "coisificação", que um ser humano é supérfluo. Dessa maneira a população marginalizada passa a viver em condições de violência e perigo, num "estado de natureza hobbesiano" e não como cidadãos plenos, como sujeitos de direitos.

Poderíamos dizer que, no Brasil, existe uma dupla cidadania. Uma cidadania formal, expressa nos dispositivos constitucionais e que se circunscreve à formalidade normativa, enquanto um ideal abstrato: "todos são iguais perante a lei". E uma cidadania diferenciada que se expressa na realidade material da sociedade. Nem todos são tratados igualmente como cidadãos, nem todos tem seus direitos individuais respeitados. No Brasil existe tortura em delegacias policiais, as condições carcerárias são violentíssimas, os órgãos públicos tratam os brasileiros pobres e sem poder com total desprezo, o direito à propriedade é uma ficção para a grande maioria. São brasileiros de "segunda classe", que não tem acesso à Justiça, que são invisíveis juridicamente. São brasileiros "informais", não reconhecidos, suas relações não são juridicamente reconhecidas, são contingentes que não existem para a formalidade jurídica oficial. Também

não se respeitam os direitos sociais, as condições da existência somente são garantidas para poucos, como pudemos ver dos dados sociais sobre o nosso país. Ou seja, a riqueza econômica e a democracia brasileira não garantiram a existência de uma sociedade justa, igualitária, fraterna e humana. Por isso são seres humanos "descartáveis", sujeitos às violências mais bárbaras, clientela dos massacres corriqueiros da nossa história, de Palmares à Canudos, Contestado à Carandirú, da Candelária à Vigário Geral, de Volta Redonda à Eldorado do Carajás, passando pelas mortes e humilhações cotidianas de milhões de brasileiros, vítimas de um modelo de desenvolvimento que esconde a sua face assassina sob o manto da impunidade, dos privilégios oligárquicos das elites, de um Estado patrimonialista apropriado privadamente pelos grupos de poder, tudo isso regado pela retórica ideológica da liberdade do mercado.

É este cenário que faz parte da herança histórica brasileira, de 500 anos de desrespeito ao ser humano, de elitismo, autoritarismo e exclusão, se agrava no quadro da globalização, levando ao desespero não apenas aqueles já excluídos, mas também os novos excluídos, amplos contingentes que passam a ser expulsos do mercado, passam a fronteira do mundo formal para o lado do "estado hobbessiano", para a indignação, para a condição de "não-humanos

4. Em Busca de um Novo Projeto Estratégico Alternativo

Aqueles que acreditam numa sociedade mais solidária, que se afaste dos paradigmas de uma ética individualista e utilitária, podem e devem, nesse contexto de ameaças e retrocessos civilizatórios, onde as conquistas da modernidade passam a ser desfeitas (desvalorização da prática política reguladora da sociabilidade; crise de representação; retorno à valores conservadores no plano religioso, dos costumes, hábitos, cultura; crise do Direito Trabalhista e Social; etc.), buscar reconstruir as utopias perdidas através não apenas da resistência aos avanços neoconservadores, como também apresentando propostas.

No caso brasileiro não é possível imaginar alternativas ao cenário de crise social que não trate dos seguintes pontos:

a) Um modelo de acumulação que se volte para a formação de um mercado interno de massas, através de reformas sociais profundas que integrem os milhões de excluídos ao mercado de massas.

b) Outro ponto importante e diretamente relacionado ao anterior é a necessidade urgente da Reforma Agrária e da implantação de uma Política Agrícola. Essas medidas não apenas possibilitariam reordenar a ocupação fundiária, com repercussão importante no espaço urbano, como também por possibilitar a ruptura da "espinha dorsal" de uma cultura oligárquica conservadora dominante e elitista, que é a fonte da desigualdade, da exclusão e da violência em nossa sociedade. Todas as sociedades que passaram por um processo de modernização efetuaram importantes transformações no campo, com projetos de reforma agrária

e com a modernização produtiva e das relações sócio-culturais. Temos que romper com a nossa tradição da "Casa Grande e Senzala", nossa face medieval adaptada ao mundo urbano, onde as relações sociais são baseadas no clientelismo político, no apadrinhamento, no paternalismo, e não em relações entre iguais, relações de cidadania. É a cultura da exclusão expressa na "entrada de serviço" para empregados.

c) Redistribuição da Renda. Deve ser a base de um Projeto Estratégico Alternativo. Políticas Públicas que multipliquem os programas de Saúde Pública, de Educação, de Saneamento Básico, Habitação, Transporte, etc. Além disso, uma radical Reforma Tributária, programas de renda mínima, geração de renda, etc.

d) Desprivatização do Estado Brasileiro. A democratização plena da sociedade brasileira e a sua modernização requer, como uma de suas condições básicas, a desprivatização do Estado, propiciando a verdadeira formação da República, da "res publica", e a constituição de práticas sócio-políticas democráticas.

Somente com a formulação de um projeto estratégico alternativo por parte dos segmentos democráticos e dos movimentos populares - que encare de frente problemas históricos da realidade brasileira -, será possível enfrentar os desafios da globalização a partir de uma concepção transformadora que tenha como base uma ética solidária. Dessa maneira é possível a consolidação da democracia, não como um ritual burocrático, mas como processo social de emancipação humana, realização e ampliação dos direitos sociais e das liberdades públicas.

DIREITOS HUMANOS E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: NOTAS PARA UMA DISCUSSÃO

José Eduardo Faria^{*}

Como ficam os direitos humanos com o fenômeno da globalização econômica? A reorganização dos processos produtivos, a transnacionalização dos mercados e volatilidade dos capitais financeiros estão ampliando a efetividade da democracia? Ou, pelo contrário, vem limitando o alcance de seus mecanismos de representação e controle político? Por sua vez, as instituições jurídicas encarregadas de neutralizar e decidir conflitos, como os tribunais e o ministério público, têm condições de manter intocadas suas prerrogativas, suas competências funcionais, sua independência e seu campo de atuação num período histórico fortemente marcado pela compressão do tempo e do espaço?

O objetivo deste trabalho não é responder cada uma dessas indagações, mas, numa perspectiva jus-sociológica, apenas mapear o terreno da discussão. Seu ponto de partida é o impacto desagregador da transnacionalização dos mercados sobre as estruturas político-institucionais e sobre o tipo de ordem jurídica forjados pelo Estado-nação com base nos princípios da soberania e da territorialidade. Se hoje as decisões em matéria de moeda, pesquisa e desenvolvimento tecnológico, produção industrial e comercialização tendem, em velocidade geométrica, a ser tomadas no âmbito de organismos multilaterais, conglomerados multinacionais, bancos, fundos de investimento, fundos de pensão e companhias seguradoras com atuação mundial, de que modo controlá-las por meio de mecanismos cujo alcance é basicamente circunscrito às fronteiras geográficas de cada país?

A globalização econômica - e este é apenas um juízo de fato, não de valor - está substituindo a política pelo mercado, como instância privilegiada de

^{*} Professor associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade (Cediso) e autor de *Direito e economia na democratização brasileira*, *A crise do direito numa sociedade em mudança* e *Globalização econômica e direito*.

regulação social. Por tornar os capitais financeiros muitas vezes imunes a fiscalizações governamentais, fragmentar as atividades produtivas em distintas nações, regiões e continentes e reduzir as sociedades a meros conjuntos de grupos e mercados unidos em rede, esse fenômeno vem esvaziando parte dos instrumentos de controle dos atores nacionais. À medida que o processo decisório foi sendo transnacionalizado, as decisões políticas tornaram-se crescentemente condicionadas por equilíbrios macroeconômicos que passaram a representar, mais do que um simples indicador, um efetivo princípio normativo responsável pelo estabelecimento de determinados limites às intervenções reguladoras e disciplinadoras dos governos. Sua autonomia decisória, como consequência, tornou-se progressivamente vulnerável a opções feitas em outros lugares, sobre as quais dirigentes, legisladores e magistrados têm reduzida capacidade de pressão e influência. Acima de tudo, ao gerar formas de poder novas, autônomas e desterritorializadas, a transnacionalização dos mercados debilitou o caráter essencial da soberania, fundado na presunção *supenorem non recognoscens*, e pôs em xeque tanto a centralidade quanto a exclusividade das estruturas jurídico-políticas do Estado-nação.

Não é difícil verificar como isso vem ocorrendo. Diante do policentrismo que hoje caracteriza a economia globalizada, o direito positivo e suas instituições perdem uma parte significativa de sua jurisdição. Como foram concebidos para atuar dentro de limites territoriais precisos, com base nos instrumentos de violência monopolizados pelo Estado, seu alcance ou seu universo tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da microeletrônica, da informática, das telecomunicações e dos transportes. E quanto maior é a velocidade desse processo, mais os tribunais passam a ser atravessados pelas justiça emergentes quer nos espaços infra-estatais (os locais, por exemplo) quer nos espaços supra-estatais. Os espaços infra-estatais estão sendo polarizados por formas "inoficiais" ou não-oficiais de resolução dos conflitos - como usos, costumes, diferentes estratégias de mediação, negociação e conciliação, auto-composição de interesses e auto-resolução de divergências, arbitragens privadas ou mesmo a imposição da lei do mais forte nos guetos inexpugnáveis controlados pelo crime organizado e pelo narcotráfico (constituindo assim uma espécie de "direito marginal"). Já dos espaços supra-estatais têm sido polarizados pelos mais diversos organismos multilaterais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio, etc.), por conglomerados empresariais, por instituições financeiras, por entidades não-governamentais e por movimentos representativos de uma sociedade civil supranacional.

Além disso, a ordem jurídica do Estado-nação atualmente enfrenta uma outra enorme limitação estrutural. Suas normas padronizadoras, editadas com base nos conhecidos princípios da impessoalidade, da generalidade e da abstração e tradicionalmente organizadas sob a forma de um sistema lógico-formal fechado e hierarquizado, são singelas demais para disciplinar ações crescentemente complexas. Elas não conseguem dar conta, de maneira lógica, de uma pluralidade

de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas. Revelam-se igualmente incapazes de regular e disciplinar, guardando coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos. Organizadas sob a forma de um código rigidamente binário (permitido/proibido, legal/ilegal e constitucional/inconstitucional), essas normas padronizadoras se revelam ineficazes na regulamentação e tratamento de casos muito específicos e singulares (Willke, 1986; e Teubner, 1996). Como o Estado não pode deixar muitas dessas ações, fatos, situações e casos sem algum tipo de controle, ele se vê obrigado a editar normas *ad hoc* para casos altamente especializados. E quanto mais é sua produção normativa nessa linha, mais seu direito positivo perde organicidade e racionalidade sistêmica, dada sua pretensão de abarcar um intrincado e por vezes contraditória pluralidade de interesses e comportamentos altamente particularísticos.

Mas não é só. Viabilizada pela substituição das rígidas plantas industriais de caráter fordista por plantas mais leves, enxutas e flexíveis, a fragmentação das atividades produtivas dá aos conglomerados transnacionais um extraordinário poder para barganhar e decidir a localização de suas unidades fabris. Dados do Centro de Estudos e Pesquisas sobre as Empresas Multinacionais da Universidade de Paris (Nanterre) informam que, no início da década de 80, os 886 maiores conglomerados transnacionais já controlavam 76% da produção manufatureira mundial (Latouche, 1996, p. 102). Para definir os locais de instalação de suas plantas industriais, eles tendem a exigir dos poderes públicos isenções fiscais, subsídios, créditos favorecidos, infra-estrutura básica a custo zero e alterações drásticas nas legislações previdenciária e trabalhista. E, lutando para atraí-las com a finalidade de alargar seu mercado de trabalho, cidades, nações e regiões muitas vezes entram numa competição predadora e selvagem. Na medida em que essa competição leva o poder público a se indiferenciar ou confundir com o poder dos grupos empresariais, tal o número de concessões que é obrigado a fazer, o resultado acaba sendo a negação da "fórmula smithiana da riqueza das nações". Isto porque não é mais o Estado que decide as taxas e os impostos a serem cobrados, mas, pelo contrário, os conglomerados é que escolhem onde e quanto irão pagá-los (Calgano, Tremoti, Cassesse e Trev, 1993: p. 49-50 e 65). Não é o Estado que impõe sua ordem jurídica sobre esses conglomerados; são eles que, podendo concentrar suas linhas de produção nos países que oferecerem as melhores contrapartidas para seus investimentos, acabam selecionando as legislações nacionais a que irão se submeter.

Essa fragmentação geoespacial das atividades produtivas vem tornando possível uma ampliação sem precedentes do comércio intra-firmas (Petrella, 1996), com importantes consequências para as engrenagens jurídicas do Estado-nação. Hoje, pelo menos 1/3 das atividades e negócios das 37 mil empresas transnacionais que atuam na economia globalizada, por meio de 200 mil filiais e subsidiárias, é realizado entre elas próprias. Essa expansão do comércio intra-firmas abre caminho para a ruptura da centralidade e exclusividade do direito positivo nacional. Editado sob a forma de uma ordem jurídica postulada como

lógica, coerente e livre de ambigüidades ou antinomias, esse direito é desafiado por regras e procedimentos normativos espontaneamente forjados no sistema econômico. São direitos autônomos, com normas, lógicas e processos próprios, entreabrindo a coexistência (por vezes sincrônica, por vezes conflitante) de diferentes normatividades; mais precisamente, de um pluralismo jurídico de natureza infra-estatal ou supra-estatal (Santos, 1995). É esse o caso, por exemplo, da *lex mercatoria*, o corpo autônomo de práticas, regras e princípios constituído pela comunidade empresarial transnacional para auto-disciplinar suas relações. É esse, também, o caso do *direito da produção*, o conjunto de normas técnicas formuladas, entre outros objetivos, para atender às exigências de padrões mínimos de qualidade e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado transnacionalizado, de especificação de seus componentes, da origem de suas matérias primas, etc.

O resultado desse pluralismo jurídico acaba levando no plano *infra-estatal*, ao advento de justiças profissionais (especializadas em conciliação e arbitragem) e não-profissionais (as comunitárias, por exemplo), ambas operadas basicamente com critérios de racionalidade material e circunscrevendo sua atuação a conflitos intra-grupos, intra-comunidade e intra-classes. E, no plano *supra-estatal*, propiciando a proliferação de foros descentralizados de negociação (como a *Chambre International du Commerce* e a *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*) e a multiplicação de órgãos técnico-normativos (como a *International Organization for Standardization* e o *Accounting Standards Committee*). (Gessner, 1995; e Olgiati, 1997). Criados especialmente para fixar parâmetros de qualidade, estabelecer padrões de segurança, homologar pesquisas, dar pareceres e também promover arbitragens, esses foros de negociação e arbitragem e esses órgãos técnico-normativos tendem, na maioria absoluta dos casos, a oferecer processos de resolução dos conflitos muito mais rápidos, baratos e eficientes do que os judiciais.

TIPOS DE ORDENS NORMATIVAS

TIPOS DE ORDEM CARACTERÍSTICAS	LEX MERCATORIA/DIREITO DA PRODUÇÃO	NORMATIVIDADE AUTO-PRODUZIDA PELAS PARTES/DIREITO INOFICIAL	DIREITO POSITIVO	DIREITO MARGINAL
O que está em jogo	Tensões não declaradas publicamente	Conflitos materiais	Litígios jurídico-processuais	Agressões
Objetivos	Relações	Soluções substantivas	Soluções formais	Contestação
Tipos de norma	Pragmático e casuísta	Soluções ad hoc	Direito codificado	Lei do mais forte
Racionalidade	Procedimental	Material	Formal	Irracional
Modo de formalização	Contratual	Negociação	Aplicação	Ausência de formalização
Tipo de procedimento	Transação/mediação	Conciliação/arbitragem	Decisão	Repressão
Grau de institucionalização	Organização flexível e Sistemas auto-regulados	Campo social semi-autônomo	Campo normativo estatal	Marginalidade
Efetividade do Direito	Por aceitação e por inclusão	Por adaptação ao contexto sócio-econômico	Pretensão de aplicabilidade universal	Desafio

Diante da integração dos sistemas produtivo e financeiro em escala mundial, do enfraquecimento do poder de controle e intervenção sobre fluxos internacionais de capitais pelos bancos centrais e da crescente autonomia de setores econômicos funcionalmente diferenciados e especializados, com suas racionalidades específicas e muitas vezes incompatíveis entre si, levando à ampliação do pluralismo de ordens normativas o Estado-nação encontra-se num impasse. Por um lado, ele já não consegue mais disciplinar e regular sua sociedade e sua economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais. Com as intrincadas tramas e entrelaçamentos promovidos pelos diferentes setores econômicos, no âmbito dos mercados transnacionalizados, seu ordenamento jurídico e suas instituições judiciais têm um alcance cada vez mais reduzido e uma operacionalidade cada vez mais limitada. Por outro lado, sem condições de assegurar uma eficaz regulação direta e centralizadora das situações sociais e econômicas, pressionado pela multiplicação das fontes materiais de direito, perdendo progressivamente o controle da racionalidade sistêmica de seus códigos e leis ao substituir as tradicionais normas abstratas, genéricas e impessoais por normas particularizantes, específicas e finalísticas e tendo seu ordenamento submetido a uma competição com outros ordenamentos, o Estado-nação atinge os limites fáticos de sua soberania. Isto fica particularmente evidente quando é constringido

condicionando seus investimentos à aceitação de seus valores, de suas regras, de seus procedimentos e de seus mecanismos particulares de resolução de conflitos.

Essa soberania compulsoriamente partilhada, sob pena de acabar ficando à margem da economia globalizada, tem obrigado o Estado-nação a rever sua política legislativa, a reformular a estrutura de seu direito positivo e a redimensionar a jurisdição de suas instituições judiciais mediante amplas e ambiciosas estratégias de desregulamentação, deslegalização, desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios públicos. A noção dessa estratégia é justificada, entre outros fatores, por uma espécie de cálculo de custo/benefício feita pelos dirigentes e pelos legisladores. Sem ter como ampliar a complexidade de seu ordenamento jurídico e de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade e diferenciação funcional dos diferentes sistemas sócio-econômicos, eles passam a agir pragmaticamente. Afinal, se quanto mais tentam disciplinar e intervir menos conseguem ser eficazes, obter resultados satisfatórios, manter a coerência lógica e assegurar a organicidade de seu direito positivo, não lhes resta outro caminho para preservar sua autoridade funcional: quanto menos procurarem disciplinar e intervir, menor será o risco de acabarem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório e de seus mecanismos de controle.

A conseqüência desse processo de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, longe de conduzir a um vazio jurídico, abre caminho para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas sócio-econômicos internos e externos, nos planos micro e macro. Uma parte significativa do direito positivo do Estado-nação, por exemplo, hoje vem sendo internacionalizada pela expansão da *lex mercatoria* e do *direito da produção* e por suas relações com as normas emanadas dos organismos multilaterais (Santos, 1995). Uma outra parte, por sua vez, vem sendo minada pela força constitutiva de situações criadas pelos detentores do poder econômico; e, como conseqüência, está sendo substituída pelo veloz crescimento do número de normas privadas, no plano infra-nacional, na medida em que cada corporação empresarial tende a criar as regras de que precisa e a jurisdicizar suas respectivas áreas e espaços de atuação segundo suas conveniências. A desregulamentação e a deslegalização ao nível do Estado significam, desta maneira, a re-regulamentação e a relegalização ao nível dos próprios sistemas sócio-econômicos (Santos, 1995); mais precisamente, ao nível das organizações privadas capazes de efetuar investimentos produtivos, oferecer empregos, gerar receita tributária, impor comportamentos, etc.

Nesse cenário, o que resta do direito positivo forjado pelo Estado-nação com base no dogma da completude, no princípio da coerência, no postulado da inexistência de lacunas e antinomias e nos primados da previsibilidade, da certeza e da segurança? Depois dos processos de "publicização do direito privado" e "administrativização do direito público" ocorridos no âmbito dos Welfare Setate entre os anos de 40 e 70, o que se tem a partir da década de 80 é um ordenamento jurídico sem centralidade e exclusividade (Teubner, 1987); dito

de outro modo, um ordenamento constituído como mais um sistema normativo, entre vários outros igualmente válidos; e, o que é mais importante, um ordenamento que se destaca por sua legislação "descodificada". Em linhas gerais, essa legislação é formada por normas de comportamento, normas de organização e normas pragmáticas que, inter cruzando-se continuamente, terminam produzindo inúmeros microsistemas e distintas cadeias normativas no âmbito do ordenamento jurídico estatal. Assumindo assim a forma de redes, esses microsistemas legais e essas cadeias normativas se caracterizam pela extrema multiplicidade e heterogeneidade de suas regras; pela flagrante provisoriedade e mutabilidade de suas engrenagens normativas; pelo acolhimento de uma pluralidade de pretensões contraditórias e, muitas vezes excludentes. Num ordenamento com tais características, por isso mesmo, a idéia de "interesses gerais e universais" já não consegue mais exercer o papel de "princípio totalizador" destinado a compor, integrar e harmonizar os distintos interesses específicos. Ela pode até continuar preservada retoricamente nos textos legais, sobrevivendo aos processos de deslegalização e desconstitucionalização, mas não têm mais o mesmo peso simbólico e funcional detido à época do advento do Estado constitucional, da democracia representativa e das declarações de direitos.

À luz de todas essas mudanças, as perguntas formuladas no início deste trabalho, relativas à efetividade dos direitos humanos e da democracia no âmbito da economia globalizada, encontram respostas algo céticas. Se os direitos humanos nasceram "contra" o Estado, ou seja, como forma de coibir a interferência arbitrária do poder público na esfera individual, o que pode acontecer com eles agora que o Estado-nação entra em reflexo com a transnacionalização dos mercados? Se os direitos humanos são inseparáveis de garantias fundamentais e se estas somente podem ser instrumentalizadas por meio do próprio poder público, como podem ser eles eficazes no momento em que esse mesmo poder é relativizado pelo fenômeno da globalização? Com a democracia, as indagações não são diferentes. Qual é seu alcance, num período histórico em que a política perde para o mercado seu papel como instância privilegiada de deliberação e decisão? De que modo os vencedores no âmbito de eleições democráticas podem realizar as promessas feitas em sua campanha aos eleitores, principalmente em matéria de controle dos fluxos de capitais, uma vez que o alcance de suas medidas legislativas ou executivas é circunscrito ao espaço territorial do Estado-nação? Em que medida a transnacionalização dos mercados e a desterritorialização das decisões não minam o significado do voto e da representação popular? Se é certo que a esfera da política vem sendo esvaziada pela esfera da economia e que esta, por sua vez, vem sendo cada vez menos determinada pelos Estados e cada vez mais condicionada pelos conglomerados transnacionais, sem nenhum compromisso com o ambiente em que atuam, a quem cobrar responsabilidades? Que tipo de direito "fundamental" pode ser invocado e que tribunal pode ser acionado?

Institucionalizada a partir das lutas anti-absolutistas, no século 18, e da expansão dos movimentos codificados, no século 19, a democracia

representativa, como é sabido, foi construída e consolidada ao longo de um processo histórico marcado pelo reconhecimento de três gerações de direitos humanos: os relativos à cidadania civil e política, que se destacam pelo direito às liberdades de locomoção, pensamento, voto, iniciativa, propriedade e disposição da vontade; os relativos à cidadania social e econômica, que se destacam pelo direito à educação, à saúde, à segurança social e ao bem-estar tanto individual quanto coletivo concedidos às classes trabalhadoras; e, por fim, os relativos à cidadania "pós-material", que se destacam pelo direito à qualidade de vida, a um meio ambiente saudável, à tutela dos interesses difusos e ao reconhecimento da diferença, da singularidade e da subjetividade (Bendix, 1977; Ferry e Ranault, 1985; Capella, 1993; e Santos, 1995). Todas essas três gerações de direitos humanos gravitam, em maior ou menor grau, em torno do Estado. A primeira o enquadra por meio da promulgação de uma ordem constitucional garantidora dos direitos individuais e das liberdades públicas; já a segunda requer sua atuação eficaz na regulação dos mercados, na implementação de políticas distributivas e na promoção de transferências de renda no âmbito da sociedade; a terceira, por sua vez, pressupõe o fortalecimento dos poderes das instituições encarregadas de assegurar a proteção dos interesses pos-materiais", como é o caso dos tribunais e o ministério público.

A cada nova geração dos direitos humanos conforme se vê, um dos poderes do Estado-nação -respectivamente, o Legislativo, o Executivo e o aparato judicial, incluindo-se aí o Ministério Público - é afirmado, destacado e enfatizado. Com o fenômeno da globalização, no entanto, conforme já se viu, todos eles são funcionalmente esvaziados ou relativizados. Por isso, as três gerações de direitos humanos acabam enfrentando problemas para ser efetivadas. Seus valores básicos - liberdades públicas, igualdade substantiva e afirmação dos interesses "pós-materiais"- colidem frontalmente com os imperativos categóricos da transnacionalização dos mercados, dos quais se destacam a eficácia, a produtividade e a competitividade. O cálculo econômico e a "razão produtiva", em outras palavras, revelam-se potencialmente incompatíveis com os princípios básicos de convivência e sociabilidade no âmbito de formas organizacionais e institucionais dotadas de um mínimo de legitimidade jurídica e equilíbrio social.

Como no choque entre as panelas de ferro e de barro sempre quebra a mais fraca, não é difícil identificar as conseqüências desse tipo de colisão. Na medida em que a dinâmica da acumulação privada e a mobilidade dos capitais já não são mais controladas pelo Estado-nação, os direitos humanos e a democracia representativa, numa visão basicamente jurídicista, parecem estar ingressando numa fase regressiva. Eles podem até continuar existindo no plano jurídico-positivo, sobrevivendo em termos formais aos processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização já anteriormente mencionados. Contudo, já não são mais efetivamente implementados, no plano real (se é que o foram, integralmente, um dia). E quando isso hoje eventualmente ocorre, sua aplicação tende a ser seletiva (Santos, 1995). Entre outros motivos porque, conforme também já se viu, as decisões jurídicas em sua grande maioria não são

mais necessariamente implementadas por atos de autoridade capazes de suscitar obediência, dependendo, pelo contrário, de negociações entre decisores e destinatários para serem eficazes. Nesse cenário, cada vez mais as decisões dotadas de *enforcement* não são as relativas aos direitos humanos, porém as destinadas a neutralizar os perversos efeitos desagregadores da globalização na vida social.

Como o avanço desse fenômeno está aprofundando a desigualdade e a exclusão, uma vez que os ganhos de produtividade em grande parte têm sido obtidos às custas da degradação salarial, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos de trabalho convencional, a simbiose entre marginalidade econômica e marginalidade social obriga as instituições jurídicas do Estado-nação a concentrar sua atuação na preservação da ordem, da segurança e da disciplina. Com a globalização econômica, em outras palavras, os excluídos dos mercados de trabalho e consumo perdem progressivamente as condições materiais para exercer os direitos humanos de primeira geração e para exigir o cumprimento dos direitos humanos de segunda e terceira geração; tornam-se supérfluos no âmbito do paradigma vigente, passando a viver sem leis protetoras efetivamente garantidas em sua universalidade. Condenados à marginalidade sócio-econômica e, por conseqüência a condições *hobbesianas* de vida, eles não mais aparecem como portadores de direitos subjetivos públicos. Nem por isso, contudo, são dispensados das obrigações e deveres estabelecidos pela legislação. Com suas normas penais, o Estado os mantém vinculados ao sistema jurídico basicamente em suas feições marginais isto é, como transgressores de toda natureza

Diante da ampliação das desigualdades sociais, setoriais e regionais dos bolsões de miséria e guetos "quarto-mundializados" nos centros urbanos, da criminalidade e da propensão à desobediência coletiva, as instituições judiciais do Estado, antes voltadas ao desafio de proteger os direitos civis e políticos e de conferir eficácia aos direitos sociais e econômicos, acabam agora tendendo a assumir funções eminentemente punitivo-repressivas. Para tanto, a concepção de intervenção mínima e última do direito penal é alterada radicalmente (Adorno, 1996). Essa mudança tem por objetivo torná-lo mais abrangente, rigoroso e severo, para disseminar o medo e o conformismo no seu público-alvo - os excluídos. Por isso, enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos vive-se hoje um período de reflexo e "flexibilização", no direito penal se tem uma situação diametralmente oposta: uma veloz e intensa definição de novos tipos penais; uma crescente jurisdicização e criminalização de várias atividades em inúmeros setores da vida social; o enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com "textura aberta" (isto é, regras porosas, sem conceitos precisos); a ampliação do rigor de penas já cominadas e de severidade das sanções; o encurtamento das fases de investigação criminal e instrução processual; e, por fim, a inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem, uma vez acusado, não provar sua inocência.

Posta a discussão em termos estritamente *juridicistas*, portanto, as condições atuais para a efetividade dos direitos humanos e da democracia representativa no âmbito da economia globalizada parecem nebulosas e cinzentas. Esse ceticismo, porém, em hipótese alguma deve ser entendido como desqualificação das lutas pelo reconhecimento dos direitos humanos, por considerá-las inviáveis *a priori*. Encarados numa perspectiva menos jurídica e mais política, onde se destacam por sua dimensão muitas vezes "utópica" e/ou "revolucionária", os direitos humanos podem propiciar ações incertas quanto à obtenção de resultados concretos no curto prazo, tendo em vista os problemas aqui apontados, mas potencialmente desafiadores e transformadores a médio e longo prazo. Isso já foi percebido por quem vem encarando os direitos humanos fora das relações de poder situadas no âmbito estatal; mais precisamente, concentrando sua atenção nas relações de poder existentes nos distintos contextos da vida social, identificando-os como "espaços de democratização" (Lechner, 1993; Santos, 1995). Lutar pela universalização e efetivação dos direitos humanos significa, nesta perspectiva, implementar e executar programas emancipatórios no âmbito desses espaços não-estatais. Programas cujo valor básico é o princípio da "reciprocidade", ou seja, o reconhecimento do "outro" como homens livres e iguais, permitindo assim que as múltiplas formas de cidadania - a política, a econômica, a social, a cultural, etc.- se constituam como uma ordem coletiva baseada em padrões mínimos de respeito e confiança, e não nos primados da competitividade e da produtividade levadas ao extremo, do individualismo sem freios e disseminação dos valores de mercado em todas as esferas da vida, como hoje ocorre com o fenômeno da globalização.

A possibilidade de efetuar interpretações alternativas da realidade existente é, nesta linha de raciocínio, uma das características do princípio da "reciprocidade". No caso específico dos direitos humanos, tal possibilidade permite alargar e ultrapassar os limites das concepções de caráter jurídicista que continuam animando muitos grupos e movimentos dispostos a resistir quer à violação e ao desmonte de garantias básicas dos cidadãos quer ao impacto desmobilizador da racionalidade técnico-instrumental inerente à transnacionalização dos mercados. Valorizando novas pautas hermenêuticas para a interpretação da realidade sócio-econômica, as concepções de direitos humanos de caráter não jurídicista vão muito além da simples denúncia das ilusões homogeneizadoras que permitem à sociedade representar-se sob a imagem de uma ordem funcionalmente integrada, unívoca e coesa, sob a égide de um texto constitucional. Elas, por exemplo, recolocam a idéia de justiça no centro das discussões - não mais uma justiça abstrata, fundada em critérios metafísicos ou transcendentais, porém uma justiça *in fieri*, pensada com base em situações concretas e com perspectivas históricas específicas. E enfatizam a importância da reciprocidade como um processo que permite combinar formas individuais com formas coletivas de cidadania, transformando e ampliando o conceito ao criar condições para a formação de poderes sociais capazes de se contrapor ao poder

privado e particularista do capital, compensando assim a erosão da soberania dos Estados-nação na nova ordem econômica internacional.

Neste momento em que os imperativos categóricos da transnacionalização dos mercados e da plenitude democrática se chocam e se excluem, os direitos humanos, por isso mesmo, estão vivendo uma situação de curiosa ambigüidade. Se no plano estritamente jurídico-positivo o panorama parece sombrio e cinzento, uma vez que estão sendo vitimados pelos já mencionados processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização atualmente promovidos pelos Estados-nação para melhor se adaptar às exigências da globalização econômica, o mesmo já não ocorre no plano político. Aqui os direitos humanos seguramente continuarão sendo um importante critério para animar e orientar as lutas em prol da revitalização da liberdade e da dignidade humana.

BIBLIOGRAFIA

Adorno, Sérgio (1996) - A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e Justiça Penal na sociedade brasileira contem Dorânea, São Paulo, EFLCH/USP, tese de livre-docência.

Bendix, Reinhard (1997) - Nation-Building and Citizenship: studies of our changing social order, Berkeley, University of California Press.

Capel la, Juan Ramón (1993) - Los ciudadanos siervos, Madrid, Editorial Trotta.

Ferry, Luc, e Renault, Alam (1985) - Des droits de l'homme à l'idée républicaine, Paris, Press Universitaires de France.

Galgano, Francesco; Tremonti, Giulio; Cassesse; e Trev, Tiziano (1993) - Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazioni, Bologna, Il Mulino.

Gessner, Volkmar (1995) - "Legal Certainty in cross-border interactions", In The Proceedings of 1995 ISA-RCSL 95 Annual Meeting, Tokio, International Sociological Association, Research Committee on Sociology of Law.

Latouche, Serge (1996) - A Ocidentalização do Mundo: ensaio sobre a significação, o alcance e os limites da uniformização planetária, Petrópolis, Vozes.

Oligati, Vittorio (1997) - Towards a new Universitas Mercatorum: the Political economy of the Chamber of Commerce of Milan, Milano, 1 Quaderni di Impresa e Stato.

Petrel la, Ricardo (1996) - "Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order", in States against Markets, Robert Boyer e Daniel Drache orgs., London, Routledge.

Santos, Boaventura (1995) - Toward a New Common Sense: law, science and Politics in the Paradigmatic transition, London, Routledge.

Teubner, Gunther (1987) - Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, antitrust and Social Welfare Law, Berlim, Waletter de Gruyter.

Teubner, Gunther (1996) - Droit et Réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation, Paris, Librairie Générale du Droit et Jurisprudence.

Willke, Helmut (1986) - "The Tragedy of the State: prolegomena to a theory of State in polycentric society", in ARSP-Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Stuttgart, vol. LXXXII.

DIREITOS SOCIAIS E JUSTIÇA

Prática comparada de sua efetivação (Brasil-EUA)*

José Reinaldo de Lima Lopes*

1. Introdução: O que está em jogo

Este trabalho é uma tentativa de interpretar a ação do judiciário em matérias de políticas públicas. O contraste com os EUA é pertinente porque nosso modelo de controle de constitucionalidade é inspirado no norte-americano e antecede de muitas décadas a experiência européia. Os contrastes entre Brasil e EUA são, assim mesmo, enormes. O respeito dos juizes norte-americanos pela presunção de constitucionalidade das leis é maior do que o dos brasileiros, assim como pelos precedentes das cortes superiores. O nosso sistema de carreira, de matriz européia, contrasta com o regime dos norte-americanos. Tudo isto, que não é explorado em profundidade aqui, merece ser lembrado. O texto que se segue pretende ser uma exposição da experiência norte-americana e do estado da questão nos Estados Unidos.

Contrariando a tradição inglesa, na qual o direito é grandemente jurisprudencial, a Constituição americana é fonte *legislada*. Nestes termos, aproxima-se do direito romano-canônico. Por outro lado, a cultura jurídica continua aceitando que o direito é também produzido por precedentes dos tribunais. A Suprema Corte é a ponte entre estas duas versões: é chamada a dizer o que é constituicional, e assim é em última análise criadora da *constitutional law*. Ao mesmo tempo, tem consciência de que não pode desfazer-se de um precedente com facilidade, sob pena de desfazer-se da própria legitimidade; sua

* Este trabalho foi possível graças ao apoio financeiro da FAPESP-Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, ao apoio institucional da Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito) e da Universidade da Califórnia, San Diego (Departamento de Ciência Política) e do Banco Central do Brasil. Pessoalmente, sou devedor de James Holston, professor da UCSD, pelo convite para passar o inverno e a primavera de 1995 junto à UCSD. Na minha ausência da USP fui generosamente substituído por José Eduardo Faria, Francisco José Calheiros Ferreira e Antônio Maués. Durante minha estadia em San Diego devo muito ao diálogo com Elisa P. Reis, da UFRJ, e à amizade e apoio de Gessé Marques Jr.

* Professor Doutor, Faculdade de Direito da USP. Professor Visitante Universidade da Califórnia, San Diego. Diretor de pesquisas do Brasilcon e pesquisador do CEDISO

autoridade provém do fato de que o direito (law) não pode ser objeto de sua disposição absoluta: um mínimo de direito natural (racional, lockeano, etc) está incorporado à cultura jurídica e é permanente a idéia de *rule of law*.

Os direitos sociais nunca foram explicitamente integrados à Constituição. A inexistência de definição constitucional não impediu que fossem aceitos pela Suprema Corte. Esta, interpretando a XIV emenda, garantiu constitucionalidade às políticas sociais. Sua jurisprudência tem três características nesta área. (1) Em primeiro lugar, afirma a validade das políticas sociais declarando que a legislação sobre negócios privados (contratos e propriedade) é constitucional: permitiu, pois, o aumento do poder de polícia (*police power*) em contraste a propriedade privada e o direito adquirido da V emenda (*takings clause* - cláusula da desapropriação). Sob esta proteção constitucional nasceu a *affirmative action*, ou promoção de grupos subalternos. (2) Em segundo lugar, é obrigada a usar um dispositivo desenhado para defender a igualdade formal (procedimental) na proteção de igualdades substanciais, ou como dito por Michelman, de um mínimo de bem estar (de subsistência), reinterpretando o sentido histórico do texto (Hirsch, 1992). Competando o quadro, (3) a cláusula de regulação do comércio interestadual é usada para dar ao Congresso competência em geral para intervir na economia.

Paralelamente, a discussão filosófico-político vê-se dominada pela tentativa de reinterpretar os arranjos políticos. Qual o sentido do texto constitucional básico: um texto liberal incompatível com políticas de diminuição de desigualdades? Um texto republicano, em que o processo de deliberação é tão importante quanto o ideal de defesa da liberdade individual? Nesta disputa entram libertários, igualitaristas, liberais. As diferenças podem ser buscadas ainda nas concepções mais básicas e primeiras tais como as que dizem respeito à pessoa humana, à vida em sociedade, ao papel da razão prática; e neste campo confrontam-se outras tantas posições, desde a recuperação de uma ética de coloratura aristotélica - num campo onde se encontram comunitaristas e outros (Sen, Nussbaum, MacIntyre, Sandel, Walzer), uma rediscussão dos fundamentos da ética kantiana da autonomia (Dworkin, Rawls, Ackerman), além do debate sempre presente com o utilitarismo. Seria possível um liberalismo não utilitarista, em que a defesa do direito de todos e cada um pode ser diferente da defesa dos bens privados de que cada um goza (Ackerman)? Seria possível defender a redistribuição de renda e riqueza (welfarismo) em bases não utilitaristas (Rawls, Nagel, Dworkin)? Seria possível defender uma justa distribuição de bens *não comercializáveis*, como participação, dignidade e respeito (Stewart)?

A sociedade norte-americana é desigual na divisão de poder material (riqueza), político (participação eleitoral e no processo decisório em geral) e simbólico-cultural (discriminações culturais, étnicas, de cor, gênero, orientação sexual, etc.). Diante disto, considerado o pluralismo social de origens e

características próprias, as disputas tornaram-se logo objeto de movimentos sociais: pelos direitos civis dos negros, movimento de mulheres, contra-cultura, libertação homossexual, pelo respeito ao pluralismo étnico, etc. Convém distinguir duas espécies de direitos defendidos pelos movimentos sociais: os *direitos à redistribuição* dos ônus e benefícios econômicos da vida e os *direitos ao reconhecimento* da própria imagem, ao respeito devido a cada um (identidade). Embora ambos coloquem problemas relacionados ou relacionáveis à teoria da justiça, o texto que segue restringe-se, o quanto possível, aos primeiros (direitos sociais de caráter econômico).

2. Uso do sistema jurídico: direitos sociais (regulação, federalização, legislação, *takings*) e o sistema legal judicial.

Lon Fuller (1981) refere-se aos casos de *conflitos policêntricos*: os de divisão do indiviso ou do indivisível, que só podem ser terminados por formas de acordo porque o terceiro chamado a decidir não tem como escolher um argumento e uma prova de um ato. O caso é uma *teia de aranha*, em que uma interferência localizada não pode ser isolada do todo. Dá o exemplo do caso de uma viúva que deixa sua coleção de arte para o Museu Metropolitano e para a National Art Gallery em quotas iguais, sem especificar as peças que iriam para um e para outra. Como repartir? Como dizer que um Cézane vale um Renoir? Não há um argumento jurídico defensável para que o juiz decida a divisão: só as partes podem chegar a uma divisão razoável, não uma decisão segundo uma norma jurídica. Plurilaterais não são os que envolvem muitos participantes, mas os que não podem ser decididos num jogo de soma zero. Os conflitos resolúveis pelo judiciário, para ele, têm as seguintes características: 1. O árbitro não pode ter iniciativa, seja porque aquele que já se envolve num conflito a ponto de iniciar o processo alguma idéia já tem de seu resultado, seja porque as relações adjudicáveis são de reciprocidade e o árbitro está obrigado a dar igual atenção aos argumentos de ambas as partes; 2. Uma decisão judicial precisa de fundamentos racionais, compreensíveis e suficientes (*reasoned opinions*); 3. A decisão judicial é retrospectiva (aplica-se a casos já ocorridos), refere-se a fatos passados, suficientemente provados.

Lieberman (1981) percebe que um número crescente de conflitos levados às cortes apresentam diferenças estruturais com o conflito dual, de justiça corretiva ou comutativa. O modelo de Lieberman pode ser resumido no seguinte quadro:

Componentes	Adjudicação Tradicional	Estilo Emergente
Ator	indivíduo identificável	coletividade abstrata de pessoas ou pessoas não identificáveis
Tempo do ato	passado imediato	passado distante, ou potencialmente continuando no futuro
Natureza do ato	específica	não específica, ou variedade de atos (atividade)
Ilicitude	por definição legal	sem precedente ou legislação clara
Prejuízo	palpável	intangível
Vítima	indivíduo identificável	muitas pessoas, não necessária ou diretamente o autor
Remédio provido	estrito, diretamente relacionado ao fato ilícito	amplo, não necessariamente deduzível da natureza do prejuízo
Efeitos	sobre as partes do caso	sobre não-partes, milhões de pessoas eventualmente
Envolvimento da Corte	emissão de um julgamento	envolvimento continuado

Além da efetividade das decisões, o processo decisório judicial/arbitral impõe um limite às questões argumentáveis. “Uma decisão que exija despesas com transporte de crianças para escolas, por exemplo, pode retirar recursos de uma área com igual ou maior exigência de recursos públicos - inclusive programas de saúde ou assistência e previdência para os pobres”. Ressalta, como os outros observadores norte-americanos, que o modelo judicial é fundamentalmente compensatório (corretivo): *A* prejudica *B*, *B* exige que o *status quo ante* seja restabelecido por uma indenização. Mas se o problema for de discriminação não se trata apenas de um ato em particular, mas da existência de um sistema de castas (um sistema social excludente). Na história do direito constitucional norte-americano, Sunstein percebe a sucessão de três grandes modelos. (1) A primeira carta de direitos foi feita de modo a permitir sua execução judicial: os instrumentos eram os tradicionais direitos da *common law* (propriedade, ilícitos, contratos). Era uma carta de igualdade política (direitos civis e políticos). (2) A segunda carta de direitos (direitos sociais), anunciada por Roosevelt em 1937, só poderia ser executada por ação do Congresso e do Executivo. Era uma carta de oposição ao sistema de exclusão social estrutural. (3) A terceira fase é a dos direitos anti-discriminação, em que há lugar tanto para o judiciário (como fórum em que se pode aplicar outro critério que não o da maioria) como para o legislativo e o executivo, em que a transformação de certas

estruturas sociais pode ser proposta, executada e monitorada. Entre as três formas existem diferenças profundas, encobertas por um discurso sobre *direitos* em geral. Neste sentido, nos anos 60 e 70, a revolução dos direitos (*the rights revolution*) terminou por confundir duas ordens de *direitos*: de um lado aqueles reivindicados pelo movimento de direitos civis (anti-discriminatórios) e de outro os direitos da *Great Society*, pregada por Johnson (proteção ambiental, direitos sociais, proteção dos consumidores, medidas e políticas redistributivas de renda em geral). Mas tanto no desenvolvimento do Estado regulador dos anos 30, quanto na revolução dos anos 60 e 70, o papel do Judiciário foi muito pequeno, quando comparado com o do Executivo e do Legislativo, que por lei ou pelas agências governamentais independentes, deram curso a reforma social. A diferença entre a intervenção estatal nos anos 30 e nos anos 60 reside no fato de que na primeira objetivo era a estabilização da economia, organizando preços e restaurando a possibilidade de iniciativa econômica. A intervenção dos anos 60-70 era a proteção dos grupos desprovidos ou subordinados. Em resumo, promoção da produtividade no primeiro caso, proteção dos desprovidos, no segundo.

Em qualquer dos casos, porém, o que está em jogo é um conflito por um *bem público* ou comum, cujo consumo é não excludente (razão pela qual os conflitos de justiça distributiva são jogos de soma não zero). Bem comum, coletivo, ou público, é aquele que não pode praticamente ser excluído do consumo de qualquer pessoa do grupo ao qual é comum, ou em outras palavras, aqueles que não pagam ou não compram o bem não podem ser excluídos do seu benefício. “O próprio fato de que um objetivo ou fim é *comum* a um grupo significa que ninguém daquele grupo pode ser excluído do benefício ou satisfação conseguidos por sua consecução” (Olson, 1971:15). Uma vez fornecido para uma pessoa, pode ser fornecido a todos ou a muitos outros a um custo zero ou muito baixo. A saúde, a educação pública, a defesa e a segurança e a justiça têm muito desta característica: uma escola, um hospital, um tribunal, uma força policial, uma vez organizados podem ser usados por qualquer um de certo grupo (distrito, cidade, estado...) e os custos de fornecimento não são multiplicados simplesmente pelo número de beneficiários. O exemplo dramático é o da defesa nacional: uma vez organizada, ninguém pode ser excluído, pois não pode ser organizada para a defesa de um e não de outro num mesmo estado, e a proteção de um não exclui a de outro (quando o serviço é prestado publicamente: pois o serviço público pode ser apropriado privadamente por interesses específicos, resultando, claro, na deslegitimação de um processo político pretensamente democrático).

Bens coletivos, públicos ou comuns são fornecidos *uti universi*, e não podem comodamente ser fornecidos ou custeados *uti singuli* sob pena de exclusões ilegítimas. Por isso, o preço de um bem público só pode ser dividido por meio de *custos* impostos em geral a todos os membros do grupo, jamais sob a forma de *preços* contratuais ou semi-contratuais. O bem público é indivisível. No entanto, é possível o *efeito carona* (*free-rider effect*). “O poder coletivo dos

talentos e recursos de cada um é maior do que a simples soma dos talentos e recursos sigularmente envolvidos. Cada pessoa individualmente, porém, sabe que pode ficar muito melhor se todos, menos ela, agir com vistas ao bem comum, de modo que ela possa se beneficiar do resultado sem ter que pagar pelo fardo comum. Se cada um seguir esta lógica e racionalmente optar pelo seu ganho pessoal às custas de todos os outros, não há cooperação. Todos ficarão pior. O que é racional para um indivíduo é tragicamente irracional para a sociedade como um todo.” (Reich, 1983:280).

Neste sentido, o uso dos mecanismos associados a direitos individuais ou o uso de categorias apropriadas ao exercício da justiça comutativa quando o conflito é de justiça distributiva pode levar à proteção judicial do carona. O direito invocado individualmente costuma estar associado ao privilégio ou à imunidade de certas imposições gerais cujo objetivo é distribuir os custos de um bem comum, ou *forçar a contribuição* para um bem comum que individual e voluntariamente seria inalcançável. A imposição de certos custos e o impedimento do efeito-carona não precisam ser vistos do ponto de vista negativo (como obstáculos): positivamente são imposição de atitudes ou comportamentos colaborativos ou cooperativos, que só fazem sentido se gerais (ninguém quer ser o único a pagar a conta, mas se houver alguma garantia de que todos vão pagar a sua parte - por obrigação legal, devidamente imposta, cumprida e executada, existe uma unanimidade - hipotética, racional, pensável e desejável - cada um paga apenas sua parte).

Portanto, os limites impostos à decisão judicial no que diz respeito a disputas sobre políticas públicas, mais especificamente sobre bens comuns ou coletivos (indivisíveis e inapropriados ou inapropriáveis individualmente), derivam da natureza do processo e dos bens.

Rosenberg (1991) elenca alguns obstáculos estruturais ao desempenho do judiciário em questões de políticas públicas, sobretudo quando elas são inovadoras, reformadoras da neutralidade presumida do *status quo* jurídico. (1) Em primeiro lugar a natureza limitada dos direitos individuais: são suscetíveis de adjudicação, enquanto as reformas só podem ser levadas a cabo num processo de deliberação. (2) Em segundo lugar, os tribunais são pouco independentes: ainda que sejam isolados politicamente dos outros poderes, a tendência é que reproduzam a visão do senso comum, da visão majoritária, da *mainstream public opinion*. (3) Em terceiro lugar, quando escapam à perspectiva tradicional podem decidir a favor de reformas sociais, mas neste caso não dispõem de meios institucionais (não se trata de recursos materiais) para realizar a reforma. (a) A independência dos juizes é um obstáculo institucional, pois se um tribunal superior decide a favor de uma reforma, o juiz de primeiro grau pode retardar e de fato dificultar a execução da medida. Se o juiz de primeiro grau for criativo, o tribunal pode reformar sua decisão. (b) A falta de iniciativa (*ne procedat iudex sine auctorem*) retira-lhes a possibilidade de estabelecer uma agenda, uma política, um conjunto de atos determinados para atingir um certo objetivo. (c) Os

tribunais, por definição, num sistema democrático e não inquisitorial, são privados do poder da espada e da bolsa (*lack the sword and the purse*). Ora, uma reforma social exige alocação de recursos, que os tribunais são proibidos de fazer pela Constituição.

Tomando por exemplo o envolvimento da Suprema Corte na defesa dos direitos civis dos negros, Rosenberg demonstra que entre 1955 e 1968 aquele tribunal decidiu apenas três casos relativos a segregação racial: Cooper v. Aaron (1958), Goss v. Board of Education of Knoxville (1963), Griffin v. Prince Edward County (1964). Foi com muita parcimônia que a Suprema Corte agiu, assim como os tribunais inferiores em geral. A decisão famosa, de 1954, no caso Brown v. Board of Education of Topeka, dado o caráter descentralizado e dada a ausência de poder de controle da Suprema Corte (exceto por revisão em *certiorari*) sobre o desempenho dos outros tribunais, não significou mudanças gerais no sistema educacional segregado. Mas em 1964 foi sancionada lei de direitos civis (Civil Rights Act), em cuja execução se empenhou o Congresso e sobretudo o Executivo. Entre 1954 e 1964 a Suprema Corte pronunciou-se quatro vezes, com resultados muitos modestos: a partir de 1964, com a ação concertada do Executivo e do Legislativo foram destinados fundos para a de-segregação, que deslanchou.

Michelman (1969) alerta para as dificuldades de uma estratégia adotada pela Suprema Corte: a proteção de direitos sociais por meio da emenda constitucional n. 14, essencialmente uma emenda anti-discriminatória, incorporada à Constituição no período pós-guerra civil. Segundo ele, a estratégia judicial consistia em considerar discriminatória prática que impedisse aos pobres igual acesso a determinados bens (voto, educação, etc). Para Michelman, tal estratégia incorria em equívocos só corrigíveis mediante o reconhecimento puro e simples do direito a um mínimo de satisfação de necessidades básicas. Desta forma, o que os “pobres” poderiam reivindicar não seria apenas um tratamento igual. Seria preciso reconhecer que a desigualdade econômica é repugnante aos princípios constitucionais, pois o Estado deveria *proteger contra os efeitos endêmicos e aleatórios na economia por razões semelhantes às usadas para promover a segurança pública*. A adoção deste conceito de direito a um mínimo de necessidades satisfeitas, antes que o direito a tratamento igual, teria duas consequências: 1. A satisfação de necessidades mínimas independeria de comparações e imporria ao Estado deveres que, pela simples teoria da discriminação, ele não teria; 2. A satisfação de tais *direitos* demandaria soluções que o judiciário não poderia adequadamente conceder (por falta de padrões decisórios, ou porque tais direitos exigiriam medidas de ação positiva).

A própria natureza dos bens públicos buscados num programa governamental podem ser um obstáculo à sua consecução pelo mecanismo tradicional judicial. Os programas regulatórios buscam diminuir os riscos em massa, probabilística e estatisticamente. Trata-se de zelar por um bem coletivo, como por exemplo a saúde pública. Um bom programa de saúde pública ou de

segurança no trabalho *pretende diminuir a incidência geral* de uma doença ou de acidentes do trabalho numa classe determinada de serviços, mas *não pode pretender eliminar os riscos individuais*. Para isso deve haver um sistema de seguros (público ou privado), como raciocina Ewald. Por todas estas razões, os direitos sociais e os “novos” direitos, não podem ter como foro adequado o sistema tradicional de adjudicação judicial: nas palavras de Stewart e Sunstein é preciso conter o entusiasmo com os remédios judiciais para males coletivos, exceto quando se é capaz de estabelecer direitos fundamentais exigíveis individualmente. É preciso reconhecer com Stewart (1983) que o Estado pós-liberal está envolvido na proteção de valores não materiais (*non-commodities*). Isto nos levaria a outro ponto, cuja abordagem não pode ser feita neste momento, sobre os direitos ao respeito e ao reconhecimento.

3. Três exemplos: *Gold Clause Cases* (1935), *Wyatt Cases* (1970), *California v. US* (1995)

Os três exemplos a seguir utilizados servem para ilustrar as dificuldades do processo judicial tradicional diante de casos de justiça distributiva. Nos três casos a seguir analisados, o interesse ou direito disputado é indivisível (o valor da moeda, serviço público de saúde mental, uma polícia de fronteiras nacionais), a decisão refere-se à continuidade de bem público (*uti universi*), as partes no processo não representam adequadamente os dois únicos interesses possíveis sobre o bem, direito ou coisa (o conflito é *policêntrico*).

Gold Clause Cases. Em 1935 a Suprema Corte foi chamada a decidir a constitucionalidade da reforma monetária efetivada por Roosevelt. Em março de 1933 o sistema monetário norte-americano enfretou certas circunstâncias que se consideraram de emergência. Havia em poder do público um volume de títulos do tesouro federal emitidos com a cláusula-ouro: os títulos poderiam ser resgatados seja em dinheiro seja em ouro, em proporção fixa (US\$ 20,67 por onça). Esta cláusula era comum a numerosos títulos privados (*bonds*). O mercado financeiro encontrava-se vinculado ao padrão ouro. A cláusula-ouro funcionava como indexador, dando aos credores uma garantia contra a desvalorização da moeda. Em fevereiro de 1933 houve uma corrida pelo resgate dos títulos e a retirada do ouro depositado. O objetivo era a compra de moeda estrangeira estável ou a remessa do para o exterior. A disponibilidade de ouro à época era equivalente a 4 bilhões de dólares nos Estados Unidos, insuficiente para resgatar todos os títulos: quem primeiro chegasse levaria, os restantes ficariam privados do benefício. Os detentores dos títulos sem a cláusula correspondiam a um público desprovido de defesa contra o processo inflacionário. Entre 10. de fevereiro e 5 de março de 1933 houve uma retirada de US 476,1 milhões de dólares. Diversos bancos quebraram.

Diante de tais circunstâncias, Roosevelt decretou feriado bancário em 6 de março e a 9 de março de 1933 sancionou o *Emergency Banking Act*, dando-lhe poderes para regulamentar o sistema financeiro, o mercado cambial e a bloquear

os depósitos, exportação ou armazenamento particular de ouro. Em 5 de abril, por decreto executivo, todos os títulos passaram a ser resgatados por seu valor nominal em dólares, exclusivamente. Em 12 de maio foi sancionado o *Agricultural Adjustment Act*, impondo o poder libertário do dólar para todos os contratos e autorizando o presidente a reduzir o valor do dólar em relação ao ouro. Em 5 de junho veio a Resolução Conjunta do Congresso que dispôs: a- qualquer cláusula-ouro ou em moeda especial, foi declarada contra a política pública (*public policy*); b- todas as obrigações, anteriores ou posteriores à resolução, seriam pagas dólar por dólar, valor nominal. Em 28 de Agosto o presidente emite um novo decreto regulando o depósito em ouro. Em 30 de janeiro de 1934 é sancionado o *Gold Reserve Act*, pelo qual seriam derretidas todas as moedas de ouro, resgatados os depósitos de dólar-ouro apenas para negócios internacionais. Finalmene, em 31 de janeiro de 1934, o presidente desvalorizou o dólar para US 35,00 por onça (69,32%).

O caso chega à Suprema Corte por meio de um *writ of certiorari* na disputa entre NORMAN v. BALTIMORE & OHIO RAILROAD (procedente de Nova Iorque) e de UNITED STATES ET AL. v. BANKERS TRUST CO et al. Na mesma ocasião, a Suprema Corte instrui por *Certificate* duas U.S. Court of Claims nos casos NORTZ v. UNITED STATE e PERRY v. UNITED STATES. As decisões conjuntas são dadas em 18 de fevereiro de 1935, depois de ouvidas as sustentações orais entre 8 e 10 de janeiro, no ano judiciário iniciado em outubro de 1934 (US 294, 240-381), ficando conhecidas como *Gold Clause Cases*.

Pela inconstitucionalidade das medidas de reforma monetária, argumentava-se que o Congresso não dispunha de poder para diminuir as obrigações contratadas entre particulares; a cláusula-ouro era um negócio contratual e não moeda; seu objetivo era determinar valor de troca; qualquer objeto podia ser usado como medida de qualquer coisa; apenas as leis falimentares (Constituição, Art. I, Sec. 8, 4) poderiam alterar as cláusulas de pagamento de um contrato; o poder de emitir moeda não incluía a determinação de obrigações entre credor e devedor; a Resolução do Congresso era uma desapropriação do credor sem indenização, contrária ao direito de propriedade; se a proibição da cláusula ouro era necessária para o bem comum, os prejudicados tinham direito a indenização. O resultado das medidas havia sido a transferência de propriedade da classe dos credores para a dos devedores. Bankers Trust Co. argumentou que a cláusula ouro era conhecida desde sempre; os contratos eram perfeitamente legais e válidos; a Resolução do Congresso ultrapassava os poderes de empréstimo previstos na Constituição e aqueles relativos à emissão de moeda; o propósito do Congresso havia sido a desvalorização da moeda e a redução do valor das obrigações; se o Congresso estivesse autorizado a fixar o poder aquisitivo da moeda, estaria também autorizado a fixar todos os preços; a situação de emergência poderia obrigar um país a declarar sua incapacidade de pagar suas obrigações, mas não de repudiar seus débitos; a constitucionalidade daquela Resolução significaria que o Congresso poderia destruir todos os

contratos; finalmente, a Resolução Conjunta significava que a propriedade do credor era transferida para o devedor.

Pela constitucionalidade da medida foram apresentados os argumentos-se que a constitucionalidade dos atos do Congresso é sempre presumida; o Congresso detinha poder discricionário sobre a regulamentação do sistema monetário, a menos que esta se revelasse arbitrária, caprichosa e irracional. As condições de 6 de março de 1933 eram extraordinárias: bancos estavam falindo e apenas o dólar, ao lado do franco suíço e do florim holandês, não havia sido desvalorizado em relação ao ouro. A sequência de atos do presidente e do congresso demonstravam que não se tratava de medidas arbitrárias ou caprichosas, mas de uma verdadeira política orientada, conjunta e harmoniosamente pelo executivo e pelo legislativo. Se a Suprema Corte aceitasse o argumento dos autores estariam elevando o total de obrigações em moeda em mais de US\$ 69 bilhões e reduzindo o saldo do Tesouro em mais de 2,5 bilhões de dólares, aumentando sua dívida em 10 bilhões de dólares. O governo tinha o direito de zelar por sua própria subsistência (*self-preservation*), que um contrato escrito entre particulares não poderia impedir; o ouro não é uma mercadoria qualquer, e neste sentido os contratos com cláusula-ouro interferiam com a competência federal. A Resolução Conjunta não era uma desapropriação, apenas frustrara objetivos privados incompatíveis com o exercício do poder soberano nacional, desapropriação e frustração sendo coisas diferentes. A alegação de que o propósito da Resolução era transferência de propriedade era irrelevante e imaterial. Os contratos particulares só podem ser interpretados pressupondo a existência de um poder soberano nacional, postulado de ordem jurídica. O poder de regular o valor da moeda, previsto na Constituição, só poderia significar uma atividade contínua, não a fixação de uma medida determinada. Se a Resolução fosse invalidada a moeda dos EUA não teria o mesmo valor para todos: a indexação era um obstáculo à paridade, sua existência significaria preferir os direitos dos credores de *gold certificates* aos outros, pois em 1933 era impossível resgatar a dívida pública em ouro; isto implicaria resgatá-la até que as reservas se esgotassem, denegando tratamento igual a todos os credores (*par conditio creditorum*). A indexação havia se transformado em obstáculo à capacidade do tesouro tomar empréstimos e ao criava a classe privilegiada de credores detentores de 20 bilhões de dólares em títulos federais, aos quais estaria sendo dada uma imunidade, por força de um contrato, às necessidades gerais da justiça e do direito. O poder de emitir moeda e regular seu valor pertence por natureza ao 'iura maiestatis'. As cláusulas-ouro anulavam o poder do Congresso de estabelecer uma moeda uniforme e o Legislativo dispunha de poder para declarar inválidas todas as disposições cuja objetivo era frustrar o exercício dos poderes constitucionalmente estabelecidos.

A Suprema Corte inicia a exposição de suas razões afirmando que a decisão que lhe cabe é sobre os poderes e não sobre a política do Congresso. Quando contratadas, as obrigações de cláusula-ouro não implicavam ilegalidade. Seria preciso examinar, pois, a competência do Congresso para estabelecer o

sistema monetário, para anular disposições de contratos existentes e analisar se a cláusula ouro era uma interferência na esfera congressual. A Corte esclareceu que a propriedade do ouro ou da prata era sujeita a limitações especiais, pois têm um valor diferente de seu valor intrínseco: poder liberatório, dado pela lei. O poder de emitir moeda inclui, pois, o de regular (proibir a destruição, exportação, etc) de ouro. O Congresso pode legislar sobre obrigações: em tempos de guerra pode proibir transações com nações inimigas, em tempo de paz pode impor restrições ao comércio. A proteção constitucional contra desapropriação ou limita-se à desapropriação direta, não a qualquer prejuízo: um aumento de imposto é uma perda, mas "quem jamais suporia que por causa disto uma tarifa não poderia ser aumentada, ou uma lei impondo embargo ou proibição de negócios ser promulgada, ou uma guerra ser declarada?". No caso o efeito da lei tinha sido que *todos os credores haviam perdido* alguma coisa, mas em geral todos tiveram a mesma perda. Os contratos indexados tratavam da moeda, com matéria da competência do Congresso: tinham uma *congenial infirmity*. Não se encontrava fundamento constitucional para impedir o Congresso de proibir contratos ou cláusulas, de outro modo a autoridade federal estaria sujeita - quanto aos seus poderes de regular o comércio interestadual - ao que dispusessem as partes de um contrato. No entender da Corte a ação do Congresso não era caprichosa ou arbitrária: correspondia a uma política determinada, e neste sentido não sujeita à revisão judicial. As medidas haviam alterado o sistema monetário: em nova moeda os estados, as cidades, as companhias de estrada de ferro, as concessionárias de serviços públicos iriam receber suas rendas, e não seria possível aceitar que tais recebimentos estivessem sujeitos à nova moeda enquanto as obrigações a serem pagas estivessem regidas por outra lei e pela antiga moeda. Se assim fosse, os devedores seriam obrigados a pagar US\$ 1,69 e a receber apenas US\$ 1 de outro lado. A Corte não pode lidar com as consequências individuais de políticas gerais: no Congresso reside o poder de legislar sobre moeda e manter a indexação nos contratos seria permitir que os particulares interferissem diretamente nos poderes do Congresso.¹

¹ O contraste com as decisões da justiça federal brasileira no caso da reforma monetária de 1990 não poderia ser maior. Até hoje, a grande maioria dos tribunais julgou o "Plano Brasil Novo" do ponto de vista exclusivamente individual e contratual. Algumas decisões consideram o caso como dever de indenizar do Estado, o que resulta num paradoxo insolúvel: se o Estado deve indenizar a todos pela perda do valor da moeda, quem são os que pagam por isso, se não todos? Por isso, aliás, a razão impõe a regra, até hoje nunca desafiada, de que os prejuízos universais não são indenizáveis. Poucos foram os juristas que mostraram o caráter eminentemente público da reforma monetária, entre eles contando-se: Letácio Jansen (*A Face legal do dinheiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 1991), Diogo de Figueiredo Moreira Neto ("A Reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo", *Revista de Informação Legislativa*, 108 (49:66)) e Gilmar Ferreira Mendes ("A Reforma monetária de 1990- Problematiza jurídica da chamada 'retenção dos ativos financeiros'", *Revista de Direito Administrativo*, 186 (26:92), 1991). Segundo Gilmar Ferreira Mendes o TRF da 3a. Região só pôde dizer que a reforma monetária era um "nada jurídico" porque se recusou a enquadrá-la naquilo que ela realmente era, deixando de considerar os argumentos de sua natureza monetária-financeira e recusando-se a perceber que o exercício do direito constitucional de propriedade faz-se conforme a natureza do bem: a propriedade sobre um lote de terras é distinta da propriedade sobre um crédito. Os tribunais federais recusaram-se a dar validade à desindexação do Plano Brasil Novo caso a caso: deste modo, hoje existem créditos indexados e desindexados, sendo que há várias decisões aceitando, por exemplo, que os salários deveriam ser desindexados. O tratamento desigual (não isonômico) é provavelmente uma das

Wyatt Cases (Wyatt v. Stickney, 344 F. Supp. 373, 344 F. Supp 387 (M.D. Ala. 1972), 325 F. Supp. 781, 344 F. Supp. 1341 (M.D. Ala. 1972); Wyatt v. Aderhold, 503 F.2d 1305 (5th Circuit. 1974)). Esta série de casos ilustra um dos dilemas da busca do judiciário para a solução de casos dramáticos de políticas públicas, numa confluência de problemas que vão dos direitos civis e garantias individuais até a administração de um sistema de saúde. A ação iniciou-se em 23 de outubro de 1970 e em abril de 1972 um juiz federal determinou aos hospitais psiquiátricos do Estado do Alabama o cumprimento de uma ordem de mais 50 itens, de modo a se adequarem a limites de higiene, salubridade e segurança para os internos, pessoas submetidas a medida de segurança, incapazes e inimputáveis. Do ponto de vista dos direitos civis dos pacientes, eles não poderiam ser privados de liberdade sem o devido processo legal. Só poderiam ser internados (contra sua vontade) por motivos de saúde. Se os hospitais estavam num estado de penúria, sem poderem dar tratamento médico, seria o caso de soltá-los.

O caso transforma-se na administração dos hospitais pelo Judiciário, pela própria natureza da lide. Num caso típico, a vítima vai ao judiciário em busca de uma indenização, referindo-se a um fato passado. No caso, as vítimas queriam uma mudança de atitude (por parte do governo e por parte da administração do hospital), um estado diferente de coisas para o futuro. Os padrões impostos pelo juiz já eram conhecidos do governo. O caso poderia ter um impacto político. Jethro Lieberman (1981) fala da *Síndrome da Intervenção Federal no Alabama*, isto é, a característica daquele estado de só permitir o exercício dos direitos civis sob a ameaça de intervenção federal. Assim, os juízes federais davam ordens, que os potentados políticos locais não cumpriam, dando vez à intervenção federal. Neste jogo de cena, os juízes federais participavam indiretamente permitindo que os políticos locais se apresentassem a seus eleitores (brancos, conservadores, racistas, etc.) dizendo-se vítima do governo federal, jamais assumindo a responsabilidade por políticas anti-populares, que nunca eram votadas ou implementadas na esfera estadual.

O problema tipificado nos casos Wyatt é do da impossibilidade de uma instituição desenhada para dirimir certos conflitos bilaterais sobre fatos precisos e passados desempenhar-se bem em outra qualidade de conflito. Por exemplo, o juiz proibiu que os internos trabalhassem, pois entendeu que se configurava trabalho forçado: com o passar do tempo, os próprios peritos que acompanhavam o caso concluíram que sem trabalhar, os internos estavam piorando de saúde. Logo depois apresentou-se a questão dos recursos financeiros, materiais e humanos: para cumprir a ordem judicial seria preciso aumentar consideravelmente o orçamento dos hospitais, contratando pessoal, reformando os edifícios. O juiz não tinha condições de propor emendas ao orçamento, ou mesmo fazer um rascunho ou uma proposta orçamentária que viabilizasse sua

consequências mais graves da outorga de poder ao juiz singular para decidir questões de políticas sociais distributivas ou compensatórias. Sobre o assunto, houve um debate clássico a respeito da desindexação na Alemanha de Weimar também (df. Nussbaum, 1939 e 1950).

ordem, junto com todas as outras prioridades do estado. Poderia o juiz, para fazer cumprir sua decisão, sentenciar um aumento dos impostos? O número de médicos empregados pelo estado do Alabama seria insuficiente para cumprir a ordem judicial: para prover os hospitais psiquiátricos de médicos conforme determinado pelo juiz, seria preciso deslocá-los de outras funções e até de áreas rurais e pobres do interior do estado. A saída foi começar a dar ordens para liberar pacientes. De qualquer maneira, o efeito político foi sendo aos poucos ampliado: entre 1971 e 1975 o orçamento estadual, votado pelo legislativo, triplicou as despesas com saúde pública.

O terceiro caso envolvendo políticas públicas do qual se podem extrair as questões mais pertinentes sobre a justiça distributiva diz respeito à ação proposta pelo Estado da Califórnia, seu governador e outros, contra os Estados Unidos da América e outros (Caso n. 94-0674-K (CM), na *United States District Court, Southern District of California, Western Region, em San Diego, CA*. A ação foi proposta em 29 de abril de 1994 e julgada em 13 de fevereiro de 1995. Os fatos e pedidos formulados eram os seguintes: 1. Que o Estado da Califórnia estava sendo objeto de uma invasão de imigrantes estrangeiros (mexicanos) que era dever da União impedir; 2. que por força de tal invasão havia sido obrigado a prover assistência médica de emergência que deveria ser paga pelo governo dos EUA; 3. pedia-se o reembolso das despesas havidas com o encarceramento de tais estrangeiros ilegais, que haviam cometido crimes definidos pelo direito californiano; 4. pedia-se também ordem para que a União repatriasse imediatamente os imigrantes estrangeiros ilegais; 5. requeria-se declaração de que os EUA não mantinham a guarda dos estrangeiros liberados das prisões do estado; 6. requeria-se ainda declaração de que o procurador geral dos EUA havia de fato deixado de cumprir seu dever de acusar e processar os que tentavam ilegalmente atravessar a fronteira repetidas vezes (repeat border crossing offenders); 7. pedia-se que fosse declarada a obrigação de a União repatriar os imigrantes estrangeiros não até a fronteira mas até sua destinação final no interior do México; 8. finalmente, exigia-se o reembolso das despesas com educação de filhos dos imigrantes ilegais.

A Corte decidiu pela improcedência da ação. O fundamento da decisão principia citando a regra estabelecida pela Suprema Corte em *LUJAN v. DEFENDERS OF THE WILDLIFE* (112, S.Ct. 2130 -1992) segundo a qual, quando o prejuízo alegado ou sofrido pela vítima deriva de regulamentação ou falta de regulamentação da atividade de terceiros, a indenização é devida pelos terceiros, não pelo governo que a regulamenta. Quanto à alegada invasão, entende que os imigrantes ilegais não invadem o território da Califórnia no sentido constitucional (defesa nacional): o caso é de política de imigração, não militar ou de insurreição. Ora, a política de imigração depende do poder dos Estados Unidos (União) controlarem a imigração. A cláusula da invasão não cria, para o Estado da Califórnia, um direito justiciável (*justiciable right, direito subjetivo*), de ver-se livre de imigrantes ilegais. Toda a política imigratória, diz o juiz, é não adjudicável, e está totalmente nas mãos do Congresso e do Executivo.

Inexiste um padrão judicial pelo qual se possa julgar a partir de que momento uma imigração se transforma em invasão: o tribunal seria obrigado a “rever na totalidade a execução (*enforcement*) das leis de imigração para determinar quais as alocações orçamentárias e quais as medidas de execução deveriam ser tomadas.” Mas, de acordo com a decisão de 20 de dezembro de 1994 de outra Corte Federal (Flórida), “o juiz não tem capacidade para identificar os critérios para a tomada de tais decisões. Isto é claramente algo fora da jurisdição do judiciário.” No sistema de separação de poderes norte-americano (*checks and balances*) decisões desta natureza pertencem ao Executivo e ao Legislativo.

No que diz respeito ao reembolso das despesas médicas com imigrantes ilegais, a decisão precisaria declarar que o sistema federal de auxílio-saúde é inconstitucional ou que a adesão da Califórnia ao sistema foi forçada pelo governo federal. No entanto, a Califórnia aderiu ao programa e não o denunciou: vem se beneficiando de enormes repasses federais na área da saúde e seu desligamento do programa deveria ser feito pelos órgãos competentes do próprio sistema republicano de governo da Califórnia, isto é, seu Executivo e seu Legislativo.

Quanto aos custos com encarceramento de imigrantes ilegais, a Califórnia não tem ação contra os Estados Unidos, pois se trata de fazer cumprir suas próprias leis (o sistema criminal é descentralizado nos EUA). Por outro lado, e este argumento é central na decisão, o valor alocado orçamentariamente para o Departamento de Justiça para a política de imigração, não pode ser redirecionado pelo Judiciário. A Suprema Corte já definiu a regra segundo a qual uma quantia *destinada globalmente* a um departamento ou uma agência do Executivo deve ser deixada ao critério da agência, para que esta julgue as circunstâncias em que melhor poderá cumprir suas funções definidas em lei. O Judiciário não pode simplesmente emitir uma ordem mandando o Procurador Geral (nos Estados Unidos, o chefe do Departamento de Justiça) tomar uma atitude e fazer um desembolso que, por lei, depende de sua discricão.

O pedido de que o Departamento de Justiça seja julgado responsável por não dar cumprimento à norma do 8 USC 1252 (a) (d), que impõe a deportação de estrangeiros culpados de crimes, também não pode ser acolhido pois a determinação ali contida é uma simples *diretiva* (instrução) ao Procurador Geral. A Califórnia não tem, portanto, um direito subjetivo contra o Procurador Geral. Quanto aos outros pedidos, relativos ao não aprisionamento de certos imigrantes, ou acusação criminal de outros, não só a matéria cai no âmbito da discricionabilidade do Departamento de Justiça, como também a execução limitada (*partial enforcement*) não equivale a ausência de ação. Do contrário o Judiciário seria obrigado a determinar quais as prioridades de execução o Executivo deveria escolher, dada a limitação de meios do Procurador Geral. “A execução limitada e discricionária de certas tarefas não significa recusa de execução”. No que diz respeito ao repatriamento até a fronteira, dada a soberania do país vizinho, México, o máximo que o Departamento de Justiça pode realmente fazer é pagar

uma passagem de ida até a destinação final do deportado ou repatriado. No que diz respeito aos custos com a educação de filhos de imigrantes ilegais, o caso escapa totalmente à perspectiva da ação: o dever do Estado da Califórnia de propiciar tal educação procede da Constituição (cláusula de proteção igual), conforme definidos no caso *Plyler v. Doe*. Finalmente, a ação encontra obstáculo na chamada *sovereign immunity clause* e na *appropriation clause* da Constituição, “na ausência de apropriação específica (orçamentária, pelo Congresso e Executivo), as cortes federais não têm competência para ordenar pagamentos em dinheiro na forma de reembolsos.” (*City of Houston v. Housing and Urban Development*).

Os casos são significativos de seus respectivos momentos históricos. Seguindo a classificação de Sunstein, percebe-se que os *Gold Clause Cases* dizem respeito à *intervenção do estado na economia* para fins de estabilização. O segundo caso, *Wyatt Cases*, diz respeito a *direitos civis*, pois está fundamentado na liberdade individual (direito a não ser encarcerado sem o devido processo legal), mas também a *direitos sociais* (direito à saúde e aos serviços públicos). Finalmente, a disputa no terceiro caso envolve a devolução de poder aos estados (*des-nacionalização das questões sociais*) ou *descentralização*, os problemas de uma sociedade pluriétnica e a definição de políticas públicas (de imigração, envolvida com direito internacional da nova geração - liberdade de locomoção dentro de grupos econômicos, NAFTA no caso). E em todos os três alguma forma de bem público ou coletivo está em disputa. No primeiro caso, o dinheiro enquanto bem público; no segundo, o sistema de justiça e de saúde, e no terceiro caso a autonomia de uma comunidade (o estado da Califórnia) em relação a outra (União).

Há argumentos de natureza jurídica que se relacionam diretamente com os temas da teoria da justiça. O primeiro é o do tratamento igual; o segundo é o da natureza do valor do dinheiro (bem público, indivisível); o terceiro é do equilíbrio entre liberdade individual e poderes da autoridade política. Os três casos colocam diante do judiciário conflitos de caráter plurilateral, de alocação entre várias partes de recursos escassos ou indivisíveis, não de indenização.

Os argumentos no caso da cláusula-ouro podem ser nitidamente alinhados em termos de defesa dos critérios de justiça comutativa e dos critérios de justiça distributiva conforme se encare a natureza do bem e do conflito. O argumento dos credores de títulos trata a matéria do ponto de vista da justiça comutativa ou corretiva. Originalmente destinada à proteção do domínio sobre coisas, a quinta emenda foi também sendo progressivamente compreendida como proteção a *vested interests* (direito adquirido), ou seja a diversas formas de crédito e relações negociais. Esta ampliação foi sendo feita pela Suprema Corte, a propriedade protegida passou do valor de uso da coisa para o valor de troca das coisas (Horwitz, 1992). É este entendimento de propriedade que os autores pretendem ver aplicado à situação. A questão está colocada do ponto de vista de

um bem identificado, individuado e divisível (seu crédito) que pode ser objeto de uma alocação em termos de troca.

O argumento do governo vai na linha da justiça distributiva. A extinção da indexação ou vale para todos ou não vale para ninguém: se houvesse a pretendida indenização estaria ocorrendo uma preferência de um grupo de credores sobre outros. Seriam pagos todos os débitos (públicos e privados) até que fossem satisfeitos os contratos com o indexador ouro, enquanto que os outros credores de dólares sem indexação ficariam a ver navios. O que o governo argumenta é que o conflito é de caráter distributivo, e não comutativo: era uma situação falimentar, de fato. Os dois lados fazem apelo justamente à possibilidade, constitucionalmente reconhecida, de o Congresso legislar sobre falências e, pois, determinar rateios e pagamentos de forma diversa da prevista nos negócios originais, feitos quando o devedor está *in bonis*. Ninguém questiona a possibilidade de tal legislação, pois a falência é tipicamente uma situação de conflito policêntrico, em que o patrimônio do devedor se transforma numa massa (indivisa, um *universum*) para satisfazer a todos os devedores ao mesmo tempo, conforme suas classes e privilégios, mas na qual ninguém tem, em princípio, direito ao seu próprio crédito, senão ao pagamento na *moeda da falência*.

A Suprema Corte dá uma outra fundamentação para legitimar e manter a reforma monetária de Roosevelt: apela justamente para o caráter de *bem público* do dinheiro. Este caráter, diz ela, provém do fato de que o ouro (como a moeda) não têm um valor, ou não tem apenas, um valor intrínseco, ou um valor de uso: são essencialmente instrumentos de troca. Mas são instrumentos de troca apenas porque há uma autoridade que assim os define: não são as partes de um contrato que fazem uma moeda, é a comunidade ou a autoridade. As partes aceitam o ouro, ou o dólar, como instrumento de troca, porque sua aceitação universal como instrumento de pagamento é definida e imposta pelo governo. *Poder liberatório*, diz a Suprema Corte, não vem da escolha individual das partes, pois não se trata de simples troca de mercadorias, mas de *pagamento*. E poder liberatório só existe quando esta expectativa geral de aceitação é dada pela lei. O dinheiro é tipicamente objeto de regulação pública, é um bem público, e indivíduos singularmente considerados não podem determinar, isoladamente, este bem: ao assim fazerem, interferem num campo que por natureza é público e suas convenções aí têm uma *debilidade intrínseca*. O que a Suprema Corte reconhece é que a aceitação de um instrumento de troca é uma qualidade originada não pela soma de muitos contratos individuais, mas de uma expectativa protegida por lei. Este é o componente de soberania detido pelo Congresso, que as partes não podem reter para si singularmente.

O que estava em jogo era o *efeito carona*: se todos fossem obrigados a usar a nova moeda, desvalorizada, enquanto os detentores dos títulos indexados (especialmente os que haviam chegado à Suprema Corte), os custos da estabilização e financeira seriam suportados por uma parte apenas (os que não tinham títulos indexados), enquanto os benefícios seriam distribuídos por todos:

os detentores dos *gold certificates* estariam se beneficiando da nova situação sem ser atingidos pelos custos.

Os casos Wyatt, por seu turno, mostram a transformação do judiciário num administrador quando a proteção dos direitos sociais o envolve em políticas públicas. Quando em vez de uma decisão exequível por simples transferência de uma coisa ou interesse de um indivíduo para outro, torna-se necessário apropriar-se de um fundo público, aplicá-lo e acompanhar sua aplicação, alterando inclusive o curso de aplicação/execução inicialmente adotado. Neste caso, o bem público tem o caráter definido por Olson, e o conflito é tipicamente policêntrico, como definido por Fuller. É público na medida em que um hospital ou um sistema hospitalar não é organizado para um único paciente, e uma vez organizado, qualquer paciente qualificado na classe (pobre, indigente, submetido a medida de segurança, etc.) pode fazer uso dele. A provisão e o uso são naturalmente comuns: tanto que o pedido contido na ação era de fechamento do hospital e liberação dos internos, caso não fossem atendidos certos padrões de serviço, e não um tratamento específico para cada um dos autores em litisconsórcio. É policêntrico porque estão envolvidos interesses muito diferentes e opostos numa relação não binária. O interesse do estado, por exemplo, não coincidia totalmente com o dos profissionais da saúde que administravam o hospital, que por sua vez não coincidia necessariamente com o dos internos, que por sua vez poderia chocar-se com o dos contribuintes carentes das cidades do interior, e assim por diante. Nestes sentidos, seria muito difícil alinhar apenas dois lados no conflito e seria também difícil decidir alocando o resultado numa soma zero. O fundo de onde deveriam sair os recursos para a reestruturação do sistema era o mesmo de onde sairiam todos os recursos do estado.

Um juiz ou tribunal assim envolvido, como afirma Lieberman, transformasse de julgador em administrador: já não julga fatos passados de acordo com regras pré-definidas mas avalia atividades com critérios ainda não definidos claramente. Por isso, o julgador precisa nestas circunstâncias mais do que um instinto para o precedente. Ele não apenas ordena, precisa também fiscalizar e administrar. E depois de ordenar, pode ver-se diante do problema da falta de dinheiro para cumprir sua ordem. Na falta de verbas para cumprir seu plano de reestruturação dos hospitais psiquiátricos do Alabama, o que poderia fazer o Juiz Johnson? Reescrever o orçamento estadual? Ou apropriar-se dos fundos que julgasse conveniente, contrariando a previsão constitucional de que nenhum pagamento seria feito às expensas do tesouro sem que houvesse previsão legal (Constituição dos E.U.A., Art. I, Sec. 9, 7). O passo final seria, naturalmente, que o juiz Johnson lançasse também tributos para conseguir cumprir sua decisão. Não apenas verbas, mas também recursos humanos seriam escassos: como conseguir suficientes médicos, enfermeiros e pessoal administrativo de uma hora para outra? Deslocando-os de outros hospitais obrigatoriamente, contrariando seja a vontade dos profissionais, seja a necessidade de outros serviços de saúde? Na época o estado do Alabama dispunha de uma das mais baixas taxas de médico-pacientes nos EUA (Lieberman, 1981:127). Impossibilitado de fazer isto, restava

ao juiz transformar-se num mediador entre pacientes, hospitais e estado para implementar lentamente algumas melhoras.

O terceiro caso também apresenta questões de natureza variada, todas tocando o conflito policêntrico. Há mais de um envolvido na disputa: há o estado da Califórnia, mas dentro desta abstração existem os residentes *ilegais*. Estes, por sua vez, são nacionais de um Estado com o qual a União mantém relações políticas estreitas, inclusive submetidas a um sistema privilegiado (*North American Free Trade Agreement-NAFTA*). Existem os interesses da União em promover algumas imigrações e desestimular outras. Existe uma limitação de recursos federais: Flórida, Texas, Nova Iorque são outros estados da União nos quais a execução da polícia de fronteiras é reclamada urgentemente, exigindo mais fundos e recursos. Existe a pressão de vários setores sociais e políticos para o corte dos recursos federais e diminuição do maior déficit público da história econômica mundial. Trata-se da aplicação de uma regra a um caso ou se trata da deliberação de como satisfazer *simultaneamente* interesses conflitantes e *proporcionalmente* legítimos.

O argumento fundamental do estado da Califórnia consistia em colocar a questão em termos de troca: a União é constitucionalmente responsável pelas fronteiras, pela política de imigração. A Califórnia vem tendo prejuízos, na medida em que se vê obrigada a prover alguns serviços *públicos* dos quais os imigrantes ilegais não podem ser excluídos e dos quais se beneficiam, onerando o estado. Que a União seja, portanto, condenada a pagar as despesas (em forma de reembolso ou indenização) e seja obrigada a proteger as fronteiras do estado de forma efetiva. O argumento da União tem duas naturezas. De modo geral os EUA alegam que a questão é política, não justiciável, pois se trata de deliberar sobre os meios de conduzir uma atividade. De modo particular, fundamenta-se na legalidade de todos os atos da União e na inexistência de ilegalidade ou de dever de indenizar. A decisão acata os argumentos dos EUA. Uma das razões fundamentais do acatamento está na impossibilidade de o tribunal determinar que o Departamento de Justiça e o Procurador Geral exerçam suas funções administrativas de um certo modo apenas com relação ao estado da Califórnia. São 51 estados sobre os quais a União deve exercer a guarda das fronteiras: a Flórida e o Texas, pelo menos, têm tantos problemas de imigração ilegal quanto a Califórnia, mas outros estados também apresentam suas dificuldades (Nova Iorque já foi a meca dos porto-riquenhos e *latinos*, hoje recebe uma variedade de asiáticos, africanos e europeus orientais). Como pode o processo judicial, bipolar moldado para fazer retribuição, substituir o processo deliberativo da justiça distributiva? Caso aceitasse o pleito da Califórnia, o juízo seria obrigado a ordenar que todo o sistema de gastos fosse refeito, alocando diretamente os recursos que a sentença determinasse para a Califórnia e deixando os outros estados em potencial dificuldade.

4. Conclusão

Uma diferença considerável com relação ao debate desenvolvido no Brasil é que a discussão sobre a igualdade (econômico-social, quanto aos direitos sociais, e de respeito devido, quanto à não discriminação) procede da vertente liberal de matriz kantiana. Assim, de uma ética aparentemente individualista tem surgido um argumento a favor da igualdade por extensão, de respeito e reciprocidade. Neste sentido, os igualitaristas (liberais) transformaram o potencial indiferentismo individualista num ativo *equal concern*. No caso brasileiro, uma linha de justificação desta natureza ainda não surgiu, ou não se consolidou: em geral, o direito liberal (do estado de direito) e o direito social (do estado de bem-estar) são tidos como inconciliáveis num plano teórico. A própria Constituição de 1988 aparece como uma soma de perspectivas incompatíveis e incompatibilizáveis racionalmente.

Outro ponto a ressaltar numa perspectiva comparada consiste no grau de crítica ao sistema judiciário e de sua relação com a democracia. As críticas são de caráter institucional: procuram demonstrar a dificuldade de traduzir nos termos tradicionais de uma disputa judicial as questões hoje relevantes de direitos sociais. Outras críticas são feitas em torno do caráter não democrático do sistema judicial e do seu papel de garantidor do *status quo* em choque com seu papel de defensor de direitos fundamentais. Shapiro (1988, 93) diz que “em muitos aspectos, um juiz federal de primeira instância é a coisa mais próxima de um ditador que nós toleramos em nosso sistema político. Para começar, ninguém os elegeu e eles tem o cargo vitalício. Ao contrário das cortes superiores, em que os juízes decidem em grupos de três ou mais e são pelo menos limitados uns pelos outros, o juiz de primeira instância decide sozinho. Nas suas varas são como pequenos deuses de lata que ninguém ousa contrariar.” Outras críticas analisam também o comportamento das cortes como resultado de pressões do senso comum. No Brasil é claro que os tribunais serão chamados a decidir questões distributivas. Será preciso reconhecer se a natureza do conflito permite uma adjudicação tradicional e quais as instituições adequadas para processar tais demandas. Em algumas jurisdições no Brasil é clara a influência da *mainstream opinion*, privatizante e *estatofóbica*.

Em segundo lugar, a não ser em casos de movimentos sociais fortes, também os tribunais norte-americanos tendem a confirmar a opinião social dominante. O mito de uma Suprema Corte independente é analisado na bibliografia político-constitucional por vários autores: só em casos mais recentes (como no do movimento pelos direitos civis) a Corte sentiu-se suficientemente forte (ou pressionada) para contrariar interesses tradicionais consolidados, fazendo valer o princípio da defesa das minorias (como regra essencial da democracia). Com o crescimento e a consolidação de uma onda conservadora, teme-se que a Suprema Corte não seja uma suficiente proteção para minorias ou para os que dependem de benefícios sociais. A Suprema Corte é um ator político do sistema agindo como um “Poder Moderador” de fato.

Finalmente, é bom lembrar que o Judiciário, chamado a decidir tais casos, desempenha o salutar papel de permitir o debate. Quem pode reivindicar diretamente do Parlamento alguma coisa? A representação indireta (e no Brasil não se faz uso do plebiscito, do referendo, das consultas ao povo) está em crise séria. O juiz é obrigado a ouvir e a decidir. É um novo espaço público ao qual acorrem os cidadãos. A inadequação atual do sistema de decisões judiciais não significa, fique claro, que se trata de uma arena a ser fechada.

Referências Bibliográficas

1. Abraham CHAYES (1976) *The role of the judge in public law litigation*. 89 *Harvard Law Review*, 1281ss.
2. John DAWSON (1935) The Gold Clause decisions. *Michigan Law Review*, 33 (647:684)
3. Owen FISS (1976) *The Forms of justice*. 93 *Harvard Law Review* (1:58)
4. Lon FULLER (1981) *The Principles of Social Order*. Durham: Duke University.
5. John Kenneth GALBRAITH. (1992) *The Culture of Contentment*. Boston/New York/London: Houghton Mifflin.
6. Nathan GLAZER. (1988) *The Limits of Social Policy*. Cambridge (Ma)/London: Harvard Univ. Press.
7. Harry HIRSCH. (1992) *A Theory of Liberty*. New York/London: Routledge.
8. J. HORWITZ (1992) *The Transformation of American Law (1870/1960)*. New York/Oxford: Oxford Univ. Press
9. Letácio JANSEN (1991) *A Face legal do dinheiro*. Rio de Janeiro: Renovar.
10. Jethro LIEBERMAN (1981) *The Litigious Society*. New York: Basic Books
11. Gilmar Ferreira MENDES (1991) *A Reforma monetária de 1990*. *Revista de Direito Administrativo*. 186, 26:92.
12. John. H. MERRYMAN. (1990) *The Civil Law Tradition*. Stanford: Stanford University Press.
13. Frank MICHELMAN (1969) *On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*. *Harvard Law Review* 83:7-59, 1969.
14. Thomas NAGEL. (1991) *Equality and Impartiality*. New York/Oxford: Oxford Univ. Press
15. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. (1990) *A Reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo*. *Revista de Informação Legislativa*, 108 (49:66).
16. Arthur NUSSBAUM (1939) *Money in the law*. Chicago: The Foundation Press.
17. _____ (1950) *Money in the law: national and international*. Brooklyn: The Foundation Press.

18. M. O'BRIEN (1995) *Constitutional Law and Politics*. New York: W.W. Norton
19. Mancur OLSON (1971) *The Logic of Collective Action*. Cambridge (Ma)/London: Harvard Univ. Press.
20. F. PAUL. (1988) *Property Rights and Eminent Domain*. New Brunswick/Oxford: Transaction Books
21. Robert B. REICH. (1983) *The Next American Frontier*. New York: Times Books.
22. Gerald ROSENBERG (1991) *The Hollow Hope*. Chicago/London: The University of Chicago Press.
23. Bernard SCHWARTZ. (1990) *The New Right and the Constitution*. Boston: Northeastern Univ. Press
24. Amartya SEN. (1992) *Inequality Reexamined*. Cambridge (Ma)/New York: Harvard Univ. Press/Russell Sage Found.
25. Martin SHAPIRO (1988) *Who Guards the guardians? Judicial control of the administration*. Athens/London: University of Georgia Press.
26. Martin SHAPIRO (1996) *The 'globalization' of judicial review*. L. Friedman & H. Scheiber (ed) *Legal Culture and the legal profession*. Boulder (CO): Westview.
27. Richard STEWART e C. Sunstein (1982) *Public Programs and Private Rights*. *Harvard Law Review*, 95 (6)1194-1322.
28. Cass SUNSTEIN (1993) *The Partial Constitution*. Cambridge (Ma)/London: Harvard Univ. Press.
29. Charles TAYLOR (1993a) *Philosophical Papers*, vol. 2. Cambridge: Cambridge Univ. Press.
30. Charles TAYLOR (1993b) *Philosophical Papers*, vol. 1. Cambridge: Cambridge Univ. Press.
- Michael WALZER. (1983) *Spheres of Justice*. New York: Basic Books.

DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL OU DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS?

Laymert Garcia dos Santos

Este painel tem por título "Direito ao Desenvolvimento"; e esta conferência está discutindo a exigibilidade dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. Gostaria, então, de levantar uma questão atual que, no meu entender, faz do Direito ao Desenvolvimento a manifestação concreta do exercício de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais coletivos. Trata-se da questão da Propriedade e Direitos de Uso de Recursos Biológicos.

A questão da apropriação e do acesso aos recursos biológicos é de capital importância para o Brasil contemporâneo por dois motivos: em primeiro lugar porque, como é sabido, a Revolução Biológica é a próxima grande onda da revolução tecnológica e um dos principais trunfos dos países ricos para manterem sua supremacia econômica, política e militar; em segundo lugar porque o Norte industrializado e as corporações globais detêm a biotecnologia mas não os recursos genéticos que ela necessita, e que se encontram concentrados em alguns países do Sul, entre os quais o Brasil, o número 1 em megadiversidade biológica. Estes dois motivos transformaram a questão da apropriação e do acesso aos recursos genéticos numa questão estratégica, como ficou bem claro na Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada na Rio-92, que proclamou a soberania das nações sobre os recursos biológicos.

Desde meados dos anos 80, quando foi forjada a expressão **biodiversidade** e quando se delineou a disputa pelo controle dos recursos genéticos, vem se explicitando, com intensidade crescente, a montagem de um aparato jurídico que protege a propriedade e o acesso à tecnologia e favorece a livre apropriação e o livre acesso aos recursos genéticos para a indústria biotecnológica, que deles necessita como matéria-prima. Tal aparato se corporifica nas regulamentações e recomendações de organismos multilaterais como a Organização Mundial de Comércio, através dos acordos GATT-Trips, a FAO, as Conferências das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, a UNCTAD, etc; mas se corporifica também nas legislações nacionais sobre propriedade intelectual e regime de

acesso aos recursos. E aqui, cabe ressaltar um aspecto muito importante: as legislações nacionais devem moldar-se aos parâmetros já estabelecidos pelos organismos multilaterais, onde o Norte industrializado quase sempre faz prevalecer seus interesses sobre os do Grupo dos 77. Se essa tendência se mantiver, é de se temer o progressivo esvaziamento do exercício da soberania das nações do Sul sobre os recursos biológicos.

Pensando em sua soberania e supremacia, os países industrializados regulam nos planos nacional e internacional a proteção e o acesso à tecnologia através do sistema de propriedade intelectual. Como todos sabem, os direitos de propriedade intelectual são uma ampliação dos direitos de patentes que protegem a inovação industrial; mas o que poucos conhecem, é que tal ampliação expressa, na realidade, uma verdadeira revolucionarização: as patentes protegem a invenção de máquinas e de produtos dessas máquinas; a propriedade intelectual protege o processamento de informações digitais e de informações genéticas, protege portanto algo intangível, um certo tipo de conhecimento, o conhecimento tecno-científico.

Na perspectiva do sistema de propriedade intelectual, só o conhecimento tecno-científico tem valor intrínseco e é capaz de conferir valor. Nem mesmo a vida tem mais valor em si. É que a biotecnologia não lida com recursos biológicos, mas com a redução destes à condição de recursos genéticos. Lá onde o conhecimento tradicional vê uma planta, um animal, um homem, em suma um ser vivo, o geneticista vê um pacote de informações e de componentes que se lhe afiguram como tijolos a partir dos quais será construído um produto. Aos seus olhos, não importa portanto de onde nem como lhe chega essa matéria-prima, como não importa o que ocorre com o ser vivo, a espécie e o ambiente de onde essa matéria-prima foi extraída. Tudo o que o biotecnólogo precisa é ter garantido o livre acesso à informação necessária no momento oportuno, esteja ela onde estiver. Tudo o que o biotecnólogo quer é assegurar o monopólio sobre a comercialização dessa informação, depois que ela foi por ele manipulada.

É impossível pensar a questão da proteção e do acesso aos recursos da biodiversidade sem referi-la à biotecnologia. Em primeiro lugar porque essa tecnologia de ponta do futuro necessita deles e dos conhecimentos tradicionais a eles associados, embora não reconheça sua dependência. Em segundo lugar porque, ao não reconhecer o seu valor ecológico e econômico, desvaloriza os recursos e desqualifica os conhecimentos que justamente os valorizam. Finalmente, é preciso entender que o programa biotecnológico tem, como sua *ultima ratio*, a definitiva superação do recurso biológico e do conhecimento tradicional.

Como é sabido de todos, o Brasil cedeu às pressões e instituiu direitos de propriedade intelectual que protegem a inovação biotecnológica. Mas não podemos nos dar ao luxo de imaginar que o sistema de patentes é um trunfo em nossa estratégia de desenvolvimento, como o é na dos países industrializados e das grandes corporações. Patrick Peritore mostra que das 37.465 patentes válidas no Brasil, "só 932 são brasileiras: os Estados Unidos possuem 64,9%, o Japão 8,8%, e a Alemanha 8,4%, comparados com 0,4% do Brasil." Ora, se nossa contribuição é tão diminuta em termos de geração de tecnologia patenteável, nossa contribuição em termos de geração de recursos biológicos é mais do que considerável. Por que, então, não proteger essa riqueza?

Quando se tenta responder à pergunta, fica evidente que, nessa matéria, os brasileiros não podem raciocinar como os americanos, os europeus e os japoneses. O Brasil tem um patrimônio genético que precisa aprender a reconhecer e a valorizar. Mais ainda: o país, e principalmente a sociedade civil, precisam discutir como exercer a soberania sobre os recursos biológicos preconizada pela Convenção sobre Diversidade Biológica. Os Estados tendem a considerar que o exercício da soberania implica em poderem dispor dos recursos como lhes aprouver; mas talvez o sentido da soberania deva ser dado pela interrelação entre bio e sociodiversidade; e talvez o acesso aos recursos deva ser regulado a partir dessa interrelação.

Aprendi com o Dr. Carlos Frederico Marés que a Constituição brasileira de 1988 reconhece alguns direitos coletivos que remetem precisamente ao que está em pauta. São eles: o direito à sociodiversidade, o direito ao patrimônio cultural, o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à biodiversidade. O Dr. Marés define o direito coletivo na Constituição brasileira como "aquele pertencente a um grupo de pessoas, cuja titularidade é difusa porque não pertence a ninguém em especial, mas cada um pode promover sua defesa que beneficia sempre a todos. Este direito não pode ser dividido por titulares, uma eventual divisibilidade de seu objeto fará com que todos os titulares do todo continuem sendo titulares das partes. Não é passível de alienação, portanto não pode ser reduzido ao patrimônio de um indivíduo, é inalienável e, portanto, imprescritível, inembargável, intransferível. Não tem valor econômico em si para cada indivíduo, mas somente pode tê-lo para a coletividade; exatamente por isso é inapropriável individualmente."

Parece-me que tais direitos coletivos poderiam constituir a base jurídica sobre a qual deveria ser construído um conceito de soberania sobre os recursos biológicos que vinculasse o Estado às comunidades e à coletividade como um todo, respeitando e fortalecendo a interrelação entre bio e sociodiversidade. Mais ainda: a partir dos direitos coletivos, e para fazer deles direitos efetivos, poder-se-

ia pensar a noção de Direitos Intelectuais Coletivos, que imporiam os necessários limites aos Direitos de Propriedade Intelectual.

A noção de Direitos Intelectuais Coletivos foi forjada para proteger os conhecimentos e inovações que não podem ser protegidos pelo sistema dos Direitos de Propriedade Intelectual porque não foram elaborados em laboratórios e centros de pesquisa segundo padrões tecno-científicos modernos. Tal noção foi suscitada pela constatação de que não se podia proteger a diversidade biológica sem proteger, concomitantemente, as populações tradicionais como índios, seringueiros, caiçaras, ribeirinhos, etc, que a conservam, manejam e produzem. Ora, a Convenção sobre Diversidade Biológica reconhecia os Direitos de Propriedade Intelectual de pessoas físicas e jurídicas, mas recusava-se a reconhecer os direitos intelectuais das comunidades, muito embora reconhecesse que estas eram indispensáveis para a conservação e uso sustentável da biodiversidade. A noção de Direitos Intelectuais Coletivos, se desenvolvida, pode preencher essa lacuna.

Examinando a Convenção sobre a Diversidade Biológica e também sua articulação com os acordos GATT-Trips, que preconizavam um sistema de patentes ou um regime *sui generis* para a proteção dos recursos biológicos, alguns pesquisadores-ativistas concluíram que a adoção de Direitos Intelectuais Coletivos seria compatível com o quadro internacional vigente. Tais pesquisadores sentiram que a tendência desse quadro era favorecer o regime de propriedade intelectual; mas sentiram também que os países ricos em biodiversidade não deviam esperar que a legislação internacional fosse feita para depois se enquadrarem nela; muito ao contrário, pensavam eles que cabia aos países do Sul a iniciativa de formular soluções novas em suas legislações nacionais, para defenderem sua riqueza biológica. Eles haviam percebido que assim como os Direitos de Propriedade Intelectual protegem o conhecimento tecno-científico regulando as condições de seu acesso, também os Direitos Intelectuais Coletivos deveriam proteger o conhecimento tradicional, regulando as condições de acesso aos recursos biológicos aos quais este sempre esteve associado. Com eles ficava claro que tanto num caso quanto no outro, proteção e acesso são logicamente complementares, e por isso devem ser tratados juntos.

Vinculando proteção e acesso, os Direitos Intelectuais Coletivos conferem um conteúdo preciso ao exercício da soberania nacional sobre os recursos biológicos. A soberania deixa de ser uma aspiração meramente retórica, na medida em que o Estado nacional se colocaria como a instância que garante as condições de conservação e uso sustentável dos recursos, uma distribuição equitativa dos benefícios provenientes de sua utilização industrial, e, acima de tudo, a impossibilidade de sua apropriação exclusiva e monopolística, que lesaria as comunidades e o país. Protegendo as comunidades contra a biopirataria e regulando o acesso aos recursos biológicos, o Estado imporiam limites à tentativa de apropriação da vida que, como já foi dito, deve acelerar a erosão da biodiversidade.

* * *

Quando se advoga a adoção de um regime *sui generis*, é preciso observar que não faz sentido tomar como modelo os Direitos de Propriedade Intelectual e procurar ampliá-los, forjando a noção de Direitos Coletivos de Propriedade Intelectual, para abarcar os conhecimentos, inovações e práticas tradicionais. Primeiro porque a noção legal de propriedade intelectual foi concebida no âmbito dos direitos individuais e é incompatível com direitos coletivos. Segundo porque os problemas ambientais criados pela dinâmica da tecnosfera estão requerendo a invenção de direitos coletivos que dêem conta de defender os interesses da biosfera e dos cidadãos em seu conjunto, para além dos interesses individuais privados, como bem mostra o jurista francês François Ost¹. Terceiro porque Direitos de Propriedade Intelectual e Direitos Intelectuais Coletivos fundamentam-se em conceitos de inovação radicalmente distintos.

A propriedade intelectual foi concebida para proteger a invenção, isto é uma inovação singular que se dá de uma só vez. Mas o processo de descoberta e criação através de conhecimentos tradicionais não se enquadra nessa perspectiva por ser frequentemente cumulativo, informal e ao longo do tempo. A inovação é, assim, patrimônio comum, e considerada como tal até mesmo pela tecno-ciência que vai garimpá-la; mas isso significa que embora ela pertença à comunidade, não pode ser apropriável por ninguém, e muito menos monopolizável. A inovação não é portanto uma mercadoria que permite produzir mercadorias, como ocorre no sistema produtivo moderno; seu sentido e sua coerência se inscrevem num outro sistema de valores. Por isso mesmo, a preocupação central de um regime *sui generis* não pode ser a questão de uma compensação justa pela apropriação do conhecimento tradicional ou do recurso a ele associado, mas sim a admissão de que as comunidades tradicionais precisam ser protegidas da transformação de seus conhecimentos e recursos em matéria-prima ou mercadoria apropriável por terceiros. As comunidades tradicionais precisam ter o direito de manter vivos um outro conceito de inovação e outros sistemas de conhecimento que não são redutíveis ao sistema tecno-científico nem ao mercado.

* * *

Está tramitando no Senado o Projeto de Lei 306/95 apresentado pela Senadora Marina Silva para regulamentar a proteção e o acesso à biodiversidade. A senadora tem feito um esforço considerável para engajar a sociedade civil no processo de discussão. Os juristas e advogados precisam nos ajudar a formular o

¹ Ost, F. "Derecho, Tecnología, Medio Ambiente: Un Desafío para las Grandes Dicotomías de la Racionalidad Occidental", in *Revista de Derecho Público*, no. 6, Santa Fe de Bogota, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Junio de 1996, pp. 1-12.

conceito de Direitos Intelectuais Coletivos. Espero ter mostrado que eles concernem diretamente os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e que, a seu modo, não deixam de configurar-se como uma espécie de Direito ao Desenvolvimento.

ADMISSIBILIDADE JURÍDICA DOS DIREITOS AMBIENTAIS E CULTURAIS DOS POVOS INDÍGENAS

Luís Fernando Lemos dos Santos

1. Introdução

A admissibilidade jurídica dos direitos ambientais e culturais dos povos indígenas está consolidada na legislação pátria. A Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, normatizou algumas situações que até aquele momento não eram regulamentadas (p. ex.: capacidade jurídica das comunidades indígenas, dos índios e das suas organizações; etc.) e outras situações, que eram normatizadas por legislações infra-constitucionais, passaram a ter essas normas constitucionalizadas (p. ex.: exploração de atividades econômicas; etc.).

O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001), ainda em vigor, foi editado em 1973. Em vigor há mais de 22 (vinte e dois) anos essa legislação, apesar de ter sido editada na época dos governos militares, vem sobrevivendo aos processos políticos pelos quais o Brasil passou. A queda dos governos militares e a ascensão da democracia brasileira (governo da Nova República) não serviram para implantar uma nova legislação que trouxesse uma modernização na prática governamental de atuar com os povos indígenas.

Assim, com o advento do processo da Constituinte (iniciado por volta de 1986) várias entidades indigenistas começaram a formular propostas de avanços na legislação indigenista brasileira. Dessas propostas e das discussões durante todo o processo da Constituinte, resultou no atual texto Constitucional.

É evidente que apenas a previsão legal, contida na Constituição Federal, não é suficiente. Outras questões, não abordadas no texto constitucional, precisam ser regulamentadas à luz da Constituição Federal de 1988. Passados mais de 10 (dez) anos da promulgação do texto constitucional até agora a questão indígena vem sendo regida por alguns conceitos ultrapassados, fundamentados em uma legislação que teve como amparo uma Constituição emanada de um governo ditatorial.

Desse modo é imperioso a aprovação do projeto de lei (Estatuto das Sociedades Indígenas) que encontra-se tramitando na Câmara dos Deputados onde, à luz da Constituição em vigor, são normatizadas e regulamentadas novas formas de atuação da área governamental na questão indígena brasileira.

Os interesses e as razões apresentadas para justificar o impedimento da aprovação do referido projeto de lei, são os mesmos que sustentam o discurso anti-indígena brasileiro desde o período colonial.

2. Da Legislação e a Admissibilidade Jurídica dos Direitos Culturais e Ambientais dos Povos Indígenas

“...Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: a *qualidade da vida humana*.”¹ (grifo do autor)

A importância do estudo da admissibilidade jurídica dos direitos culturais e ambientais dos povos indígenas está hoje relevada ao mais alto grau de importância, visto o aumento das violências praticadas contra as várias etnias indígenas que ocupam tradicionalmente o espaço territorial brasileiro.

Quando da elaboração do atual texto constitucional os legisladores, preocupados com essas agressões contra os povos indígenas, deram especial relevância à questão da preservação ambiental e cultural. O §1º do art. 231 demonstra textualmente essa preocupação quando expressa:

“São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (grifo nosso)

A terra, para as populações indígenas, não pode ser analisada com critérios estranhos à cultura indígena. O prof. José Afonso da Silva² assim leciona:

¹ José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores. 10º ed.

² Idem.

“A base do conceito acha-se no art. 231, §1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: 1) serem por eles habitadas em caráter permanente; 2) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4) serem necessárias a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles.” (destaque do autor)

Assim, ao conceituar o que são terras tradicionalmente indígenas, o legislador fez incorporar a esse conceito, aquelas terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Segundo o Prof. José Cretella Júnior, nos *Comentários à Constituição de 1988* (Forense Universitária, vol. VIII, 1993):

“Preocupou-se o legislador Constituinte em definir a expressão “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, incluindo-se, entre estas, (a) as terras por eles habitadas, em caráter permanente, (b) as terras utilizadas para suas atividades produtivas, (c) as terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e por fim, (d) as terras necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. São as quatro hipóteses com que deve trabalhar o intérprete.” (Grifo nosso)

Segundo o Prof. Carlos Frederico Marés de Souza Filho, em *Espaços Ambientais Protegidos e Unidades de Conservação* (Editora Universitária Champagnat (coleção Ponto de Partida), pag. 24:

“O Decreto nº 24, de 4 de fevereiro de 1991 regula a obrigação do Estado de proteger

ambientalmente as terras indígenas e seu contorno, para manter as condições ecológicas necessárias à sobrevivência física e cultural das populações indígenas."

Regulamentando o dispositivo constitucional já foram editados 03 decretos (o de n° 24 foi revogado pelo de n° 1.141 que, por sua vez, teve os arts. 2° e 6° alterados pelo Decreto n° 1.479, de 02.05.95). Hoje a regulamentação em vigor, sobre proteção ambiental em áreas indígenas e seu entorno, é aquela editada pelo Decreto n° 1.141/94, com as alterações do Decreto n° 1.479/95. O que deve contemplar as ações a serem desenvolvidas nas áreas indígenas e seu entorno está contido no art. 9° do citado Decreto e abaixo transcrito:

Decreto n° 1.141, de 19.05.94

Dispõe sobre as Ações de Proteção Ambiental, Saúde e Apoio às Atividades Produtivas para as Comunidades Indígenas.

CAPÍTULO II - Da Proteção Ambiental (artigo 9)

TEXTO:

ART 9 - As ações voltadas à proteção ambiental das terras indígenas e seu entorno destinam-se a garantir a manutenção do equilíbrio necessário à sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas, contemplando:

I- diagnóstico ambiental, para conhecimento da situação, como base para as intervenções necessárias:

II - acompanhamento e controle da recuperação das áreas que tenham sofrido processo de degradação de seus recursos naturais;

III - controle ambiental das atividades potencial ou efetivamente modificadoras do meio ambiente, mesmo aquelas desenvolvidas fora dos limites das terras indígenas que afetam:

IV - educação ambiental, dirigida às Comunidades indígenas e à sociedade envolvente, visando a participação na proteção do meio ambiente nas terras indígenas e seu entorno:

V - identificação e difusão de tecnologias indígenas e não-indígenas, consideradas apropriadas do ponto de vista ambiental e antropológico.

O Estatuto do Índio (Lei n° 6.001/73) e o Código Florestal (Lei n° 4.771/65) caracterizam as áreas indígenas como área de preservação permanente:

LEI 6.001 DE 19/12/1973

Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

TÍTULO IV - Dos Bens e Renda do Patrimônio Indígena (artigos 39 a 46)

TEXTO:

ART.46 - O corte de madeira nas florestas indígenas, consideradas em regime de proteção permanente, de acordo com a letra "g" e § 2º, do ART.3, do Código Florestal, está condicionado à existência de programas ou projetos para o aproveitamento das terras respectivas na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento.

LEi 4.771 DE 15/09/1965

Institui o Novo Código Florestal (artigos 1 a 50)

TEXTO

ART.3 - Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;
h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1 - A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social

§ 2 - As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra "g") pelo só efeito desta Lei.

Assim, o Estatuto do Índio (Lei n° 6001/73) e o Código Florestal (Lei n° 4.771/65) dispõem que as áreas indígenas são áreas de preservação permanente e, para sua exploração, como também do seu entorno, devem ser utilizadas normas especiais como aquelas contidas no art. 9° do Decreto n° 1.141/94, como também as resoluções do CONAMA que fixa critérios para exploração do entorno das áreas de preservação permanente.

A capacidade jurídica dos índios, das suas comunidades e de suas organizações está estabelecida no art. 232 da Constituição Federal, que diz:

"Art. 232 - Os Índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo".

Outro dispositivo Constitucional que reforça a admissibilidade jurídica dos direitos ambientais e culturais dos povos indígenas é aquele disposto no "caput" do art. 225:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

Comentando esse dispositivo constitucional o Prof. Carlos Frederico Marés de Souza Filho³ ensina:

"Não terá sido por acaso que o legislador constituinte qualificou o meio ambiente ecologicamente equilibrado de bem jurídico e mais, de bem público, de uso comum do povo. Esta qualificação seguramente se fez para dar-lhe, dentro do sistema jurídico nacional, as garantias inerentes aos bens públicos de uso comum do povo, isto é, a imprescritibilidade, impenhorabilidade, indisponibilidade, e o que é mais importante, a afetação de bem destinado ao uso popular.

Desta forma, o Estado pode intervir nos bens individualmente considerados com a finalidade de defender, proteger e preservar o bem público de uso comum do povo que a Constituição brasileira criou e chamou de meio ambiente ecologicamente equilibrado. (destaque do autor)

Em manifestação exarada na ação judicial, promovida pela Comunidade Indígena Katitauru em desfavor de Sebastião Bronski Afonso, em tramite pela Justiça Federal em Mato Grosso, o Ministério Público Federal assim pronunciou:

"Estudos históricos antropológicos são unânimes em afirmar que a terra assume, para os indígenas, fundamental importância, na

medida em que estes mantêm, com ela, toda uma gama de relações intersubjetivas, onde perpassam questões, inclusive como a de seu mito de origem, suas lendas, usos, costumes, tradições e até a própria organização social da comunidade."

Assim, fica demonstrado o direito dos povos indígenas em propor medidas judiciais visando garantir a proteção ao meio ambiente das áreas indígenas e do entorno. As fiscalizações executadas pelo Poder Público (seja federal, seja estadual) sempre esbarram nas dificuldades administrativas (falta de orçamento, pessoal, viaturas, etc.), dificultando (algumas vezes até impedindo) a rápida atuação dos órgãos responsáveis. Esses entraves burocráticos devem ser resolvidos urgentemente sob pena de continuarmos a assistir ações contra o meio ambiente.

3. Conclusão

Concluindo este pequeno estudo sobre admissibilidade jurídica dos direitos ambientais e culturais dos povos indígenas temos a reforçar que é clara e manifesta a capacidade jurídica do índio, de suas comunidades e de suas organizações em impetrar ações judiciais para resguardar os seus direitos e interesses (art. 232 da Constituição Federal).

Verificamos que a questão ambiental, não somente das áreas indígenas mas, também, do entorno é intrínseca aos povos indígenas em razão dos mitos de origem, suas lendas, costumes e tradições. A legislação, que normatiza todo o processo para exploração do meio ambiente, existe para assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os cidadãos, índios ou não índios.

Ao depararmos com questões envolvendo depredações ao meio ambiente de áreas indígenas ou de seu entorno não podemos analisá-las levando em consideração apenas conceitos não indígenas mas, sim, levar em consideração, também, a importância daquela área depredada para as comunidades afetadas.

Para os índios a terra possui uma importância diferente daquela que o branco tem pela sua propriedade. Aquela terra, tradicionalmente habitada, possui uma vinculação muito forte com a comunidade pois, a ela, estão vinculados os seus mitos, sua origem, suas histórias, suas lendas, suas crenças. etc.

Assim, existindo a possibilidade jurídica do pedido, a qualidade para agir, e o interesse de agir (condições da ação), os índios, suas comunidades e suas organizações podem ingressar em juízo na defesa dos seus direitos e interesses ambientais e culturais, não necessitando mais que essas ações judiciais sejam propostas somente pela Fundação Nacional do Índio-FUNAI. O sistema anterior

³ Ana Valéria Araújo (org.). A defesa dos Direitos Indígenas no Judiciário - Ações Propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas. Instituto Socioambiental, 1995.

³ Idem.

à Constituição de 1988 não contemplava aos índios a legitimidade de agir (*legitimatío ad causam*) o que os obrigava a aguardar o ingresso de ações (que buscavam garantir os direitos e interesses dos índios e das comunidades) pela FUNAI, que era a única a possuir a legitimidade para representar os índios em juízo ou administrativamente.

ANÁLISE DA EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Maria Beatriz Galli*

Introdução

O mito da suposta dicotomia entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais deve ser superado para que seja garantida a exigibilidade destes últimos, e a implementação de mecanismos de controle nacionais e internacionais eficazes. O Estado pode atuar positivamente para a satisfação imediata dos direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que todos os direitos humanos requerem do Estado ações concretas que assegurem a sua proteção, através do desenvolvimento de mecanismos e normas para evitar violações.

Qualquer direito para ser materialmente exigível deve contar com mecanismos e normas que o protejam frente à possíveis violações. Se não houver a possibilidade de exigi-lo a nível interno, é possível reclamá-lo perante a jurisdição internacional.

Neste sentido, já houve jurisprudência internacional no sistema interamericano, referente ao requisito de esgotamento prévio dos recursos internos, estabelecendo que o mesmo não precisa ser preenchido quando tais recursos não existirem na justiça interna, ou quando não forem eficazes para proteger efetivamente o direito violado. (Caso Velásquez Rodríguez, sentença de 29 de julho de 1988, parágrafo 64: " Que sejam adequados significa que a função destes recursos, dentro do sistema do direito interno, seja idônea para proteger a situação jurídica infringida.." - tradução nossa)

A simples ausência de legislação sobre a exigibilidade de um direito é em si mesma violatória da Convenção Americana, que dispõe no seu artigo 2 que: "*Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido pôr disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados*

* Representante no Brasil do CEJIL.

partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades." Além disso, os Estados estão obrigados a garantir a possibilidade de apresentação de recursos perante os tribunais competentes que amparem as vítimas de violações, consoante dispõe o artigo 25 da Convenção Americana.

A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais é negligenciada, na maioria das vezes, pelas autoridades judiciais nacionais, ou pôr ignorância do seu conteúdo, ou pôr adotarem um entendimento restritivo dos recursos internos existentes sobre tal matéria, porém tal impossibilidade a nível interno dá ensejo à apresentação de denúncias a nível internacional, mesmo que tal instância ainda tenha sido pouco utilizada para proteger e garantir a exigibilidade de tais direitos. No terreno internacional há possibilidades concretas de exigir-se a satisfação de tais direitos que surgiram a partir da necessidade de erradicação da pobreza.

Em alguns casos, as estratégias para a defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais são diferentes da defesa dos direitos civis e políticos, uma vez que os recursos judiciais e administrativos são muitas vezes diferentes a nível interno. Neste sentido, a ênfase deve ser dada na busca de novas formas de utilização dos recursos existentes, afirmando a indivisibilidade dos direitos humanos. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos, é um importante instrumento para a afirmação e garantia da exigibilidade dos direitos humanos como um todo indissolúvel.

I. A interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos

A jurisprudência internacional está voltada tradicionalmente para a proteção dos direitos civis e políticos, que foram objeto de vários tratados e convenções internacionais. Atualmente, face à deterioração das condições de vida dos vários segmentos da sociedade em diversos países, os direitos econômicos, sociais e culturais passaram ter uma importância vital para a hegemonia dos direitos humanos. Os direitos humanos passaram a ser compreendidos agora como um todo indivisível que abrange não só os direitos civis e políticos como também os direitos econômicos, sociais e culturais.

Durante muito tempo esteve vigente a teoria da progressividade da aplicação da normas garantidoras dos direitos econômicos, sociais e culturais em contraste com a aplicação imediata das normas que versavam sobre os direitos civis e políticos. Tal distinção deveu-se em grande parte à profunda divisão ideológica entre o bloco ocidental-capitalista, que privilegiava os direitos civis e políticos e o bloco oriental-socialista, defensor dos direitos econômicos, sociais e culturais. Apesar desta dicotomia aparente, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) colocou ênfase na exigibilidade dos direitos civis e políticos combinada aos direitos econômico, sociais e culturais. Tal fato vem a

reforçar a visão de que não há sentido em separar tais categorias de direitos que formam um todo indivisível.

Tanto o sistema global de proteção aos direitos humanos quanto o sistema regional de proteção, ou sistema interamericano, refletiram desde o seu surgimento esta distinção de fundo ideológico. Porém recentemente, desde o fim da chamada "Guerra Fria", quando não mais se justifica a tradicional divisão mundial entre os blocos capitalista e socialista, vem ocorrendo um movimento de incorporação dos direitos econômicos, sociais e culturais nas agendas de relações internacionais a partir da consagração da tese da indivisibilidade dos direitos humanos.

A I Conferência Mundial de Direitos Humanos(1968), realizada em Teerã, representou um marco neste tema pois proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos, ao afirmar que a realização plena dos direitos civis e políticos não seria possível sem que fossem garantidos os direitos econômicos, sociais e culturais.

II. O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e os instrumentos internacionais aplicáveis à exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais

Os principais instrumentos que integram o sistema interamericano, aplicáveis à exibibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, são: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais e a Carta da OEA, todos contendo dispositivos que fazem menção expressa a tais direitos.

A) A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Declaração Americana)

A Declaração Americana é o instrumento internacional que integra o sistema interamericano mais completo em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração Americana foi subscrita na Nona Conferência Internacional Americana, celebrada em Bogotá em 1948, quando foi fundada a Organização dos Estados Americanos e foi aprovada a Carta da OEA.

A Declaração Americana estabelece em seu Preâmbulo "*que os povos americanos dignificaram a pessoa humana e que suas constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente para alcançar a felicidade*". Entre os direitos nela consagrados estão: o direito à preservação da saúde e ao bem-estar (art. XI); o direito à educação (art. XII); o direito aos benefícios da cultura (art. XIII); o direito ao trabalho e a uma justa retribuição (art. XIV); o direito ao descanso (art. XIV); o direito à seguridade social (art. XVI); e o direito de associação (art. XXII).

B) A Carta Internacional Americana de Garantias Sociais

Outro instrumento internacional que compõe o sistema interamericano em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais é a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, aprovada juntamente com a Declaração Americana e a Carta da OEA, na Nona Conferência Internacional Americana de 1948. A Carta de Garantias Sociais teve um importante papel na declaração dos direitos do trabalhador ao conferir-lhe proteção no âmbito do trabalho.

C) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção Americana)

A Convenção Americana foi adotada em 1969 em San José Costa Rica (também chamada de Pacto de San José), e entrou em vigor em 1978. A Convenção Americana é um tratado geral sobre direitos humanos e é o instrumento central do sistema interamericano de proteção. Em seu preâmbulo, é afirmada a interdependência entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos. Apesar disso, a Convenção Americana não contempla uma gama extensa de direitos econômicos, sociais e culturais, como ocorre na Declaração Americana.

A Convenção Americana representa um grande avanço ao dispor sobre o funcionamento dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos na região, legitimando a ação de dois órgãos de supervisão internacionais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (a Comissão) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (a Corte).

A Convenção Americana em seu artigo 1, que versa sobre a obrigação de respeitar os direitos, estabelece:

"Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos e a garantir o seu livre e pleno exercício a toda a pessoa sujeita à sua jurisdição sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

A Convenção Americana adota o princípio do desenvolvimento progressivo no artigo 26, o único que dispõe especificamente sobre os direitos econômicos, sociais e culturais :

"Art. 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e

técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, pôr via legislativa ou pôr outros meios apropriados."

O art. 26 da Convenção Americana é o único dispositivo que faz menção expressa aos direitos econômicos, sociais e culturais e tem uma abordagem geral. Mesmo assim, é possível a sua exibibilidade através da defesa dos direitos civis e políticos, podendo chegar-se pôr esta via a ampliar a atuação da Comissão em certos casos individuais e avançar na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, adotando-se uma interpretação mais ampla da Convenção prevista no art. 29. O artigo 26 incorpora ao regime de proteção dos direitos humanos os direitos reconhecidos pela Carta da OEA.

Logo, para a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais através da Convenção Americana, o artigo 26 deve ser alegado conforme os parâmetros estabelecidos na Convenção Americana no seu artigo 29, no exame de petições individuais pela Comissão.

Deve-se destacar que a redação do artigo 26 não é a ideal, pois afirma a progressividade da aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, porém deve ser entendida dentro do contexto da evolução do direito internacional, pois os direitos elencados na Carta da OEA são exigíveis progressivamente. Neste sentido, o artigo 26 poderá servir para o desenvolvimento da jurisprudência internacional para ampliar a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Há ainda outras disposições da Convenção Americana que apesar de não estabelecerem especificamente os direitos econômicos, sociais e culturais, também podem ser utilizadas para fazer valer tais direitos, através do mecanismo de petições individuais perante a Comissão. Pôr exemplo: uma violação ao direito à vida pode ser alegada como resultado de uma degradação total nas condições de salubridade em uma comunidade específica.

Além do mecanismo de petições individuais perante a Comissão, a Convenção Americana possibilita que a Comissão receba relatórios e estudos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais. Tal faculdade está prevista no artigo 42, que estabelece:

"Art. 42 - Os Estados Partes devem remeter à Comissão cópia dos relatórios e estudos que, em seus respectivos campos, submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que aquele vele pôr que se promovam os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e sobre a educação, ciência e cultura, constantes da Carta da

Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires."

Assim, seja através do mecanismo de exame de petições individuais, ou seja através do exame de relatórios previsto no art. 42, a Convenção Americana possibilita a supervisão da satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais através da Comissão.

D) O Protocolo de San Salvador

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado em 1988, ainda não está em vigor. Este instrumento representou um marco no movimento de conscientização no continente americano, invocando em seu preâmbulo a estreita relação existente entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos.

Em seu artigo 1 estabeleceu a obrigação dos Estados partes de adotar medidas (de ordem interna e pôr meio da cooperação internacional), "até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta o seu grau de desenvolvimento", a fim de conseguir, "progressivamente e de acordo com a legislação interna", a plena efetividade dos direitos nele consagrados.

Conforme o ilustre juiz da Corte Interamericana, Antônio Cançado Trindade, "o mecanismo consagrado pelo Protocolo de 1988 representou o mínimo aceitável, no continente americano, ao final dos anos oitenta, para a proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, o que não nos impede de esperar pelo dia em que se logrará a adoção de um mecanismo menos tímido e mais fortalecido e aperfeiçoado para a salvaguarda internacional daqueles direitos."¹

Assim, o Protocolo de San Salvador compreende tanto o sistema de relatórios sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais no continente, a ser supervisionada pôr órgãos como o Conselho Interamericano Econômico e Social e o Conselho Interamericano para a Educação, Ciência e Cultura; quanto o sistema de petições ou comunicações individuais, com o procedimento contido nos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana. Porém, vale ressaltar que o sistema de petições está restrito aos direitos previstos nos artigos 8 (1) (a) e 13 (direito de associação e liberdade sindical, e direito à educação). Outra possibilidade de fiscalização está prevista no artigo 19 (7) que dispõe que a Comissão poderá formular observações e recomendações que

¹ Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, página 369.

considerar pertinentes sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Protocolo de San Salvador prevê a proteção ao direito ao trabalho (art. 6), a condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho (art. 7), os direitos sindicais (art. 8), o direito à seguridade social (art. 9), o direito à saúde (art. 10), o direito a um meio-ambiente sadio (art. 11), o direito à alimentação (art. 12), o direito à educação (art. 13), o direito aos benefícios da cultura (art. 14), o direito à constituição e proteção da família (art. 15), os direitos da criança (art. 16), e a proteção dos idosos (art. 17) e dos deficientes ou inválidos (art. 18). O Protocolo prevê a possibilidade de incorporação de outros direitos ou de ampliação dos direitos já consagrados, e com isso, a possibilidade de aperfeiçoamento gradual.

Como o Protocolo de San Salvador ainda não entrou em vigor, pois necessita de que onze países o ratifiquem, conforme estabelece o seu artigo 21, há a possibilidade de que através da Convenção Americana possa ser fiscalizada a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais, através do seu artigo 42, que dispõe que os Estados partes devem remeter à Comissão estudos e relatórios que versem sobre tal matéria.

A contribuição prática do Protocolo tem sido avaliada como reduzida, tendo em vista que o mecanismo controlador de seu cumprimento é praticamente o mesmo já previsto em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais pela Convenção Americana, ou seja, a sua supervisão seria feita através dos relatórios periódicos sobre as medidas progressivas adotadas para a realização dos direitos previstos em seu texto. Tal mecanismo de proteção está previsto no artigo 19 do Protocolo, que faculta à Comissão a formulação de observações e recomendações sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais, uma faculdade que a mesma já possui em decorrência do previsto nos artigos 41.b, c e d e 41 da Convenção Americana, e no art. 64 de seu Regulamento. Assim, considera-se que de fato o Protocolo trouxe poucas mudanças significativas para o sistema interamericano em matéria de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A novidade para o sistema interamericano foi a proteção dispensada pelo Protocolo aos direitos sindicais (art. 8) e ao direito à educação (art. 13), que podem ser considerados pela Comissão através do mecanismos de petições individuais, tratadas no artigo 19.6 de seu texto.

E) A Carta da OEA

A Carta da OEA adotou dispositivos relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais, incorporados pela reforma efetuada através do Protocolo de Buenos Aires de 1967, que são os artigos 33, 44 e 48 da Carta. Há o entendimento da doutrina de que as normas sobre direitos econômicos, sociais e culturais da Carta não visam propriamente proteger ou garantir direitos humanos,

mas sim determinar objetivos ou linhas de condutas para os Estados membros em relação à matéria.

O artigo 33 da Carta dita as metas básicas para os Estados Americanos oferecendo um parâmetro para a interpretação destes direitos, ao estabelecer que *"a igualdade de oportunidades, a distribuição equitativa da riqueza e do ingresso, assim como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral."* (Tradução nossa). Dentro dos objetivos a serem atingidos estão, por exemplo, salários mais justos, condições de trabalho propícias, erradicação do analfabetismo, nutrição, entre outros.

O artigo 44 da Carta consagra expressamente o direito ao trabalho (incluindo salários justos e o direito à seguridade social), o direito de associação (incluindo o direito à folga e à negociação coletiva), e o direito à assistência legal para fazer valer tais direitos. Tal artigo dispõe sobre *"a incorporação e crescente participação dos setores marginais da população, tanto no campo quanto na cidade, na vida econômica, social, cívica, cultural e política da nação, a fim de atingir a plena integração da comunidade nacional, o aceleração do processo de mobilidade social e a consolidação do sistema democrático."* (Tradução nossa).

O artigo 48 da Carta estabelece expressamente o direito à educação, através do qual os Estados membros se comprometem a proporcionar educação primária e gratuita.

A Carta da OEA estabelece, ainda, organismos interamericanos especializados em matéria de educação, desenvolvimento e saúde, tais como o Conselho Interamericano para a Educação, a Ciência e a Cultura, o Conselho Interamericano Econômico e Social e a Organização Panamericana de Saúde. Porém infelizmente o grau de atuação de tais órgãos é ainda fraco e a cooperação entre eles não muito desenvolvida.

III. O Princípio do Desenvolvimento Progressivo

O princípio de que os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser alcançados progressivamente não significa que os governos não tenham a obrigação imediata de empenhar-se para atingir a sua realização plena. O fundamento do princípio da realização progressiva dos direitos reside no fato de que os governos têm a obrigação de assegurar condições que, de acordo com os recursos materiais do Estado, permitam avançar gradual e constantemente.

Além disso, o desenvolvimento progressivo de direitos não se limita aos direitos econômicos, sociais e culturais. O princípio da progressividade é inerente a todos os instrumentos de direitos humanos à medida que são ampliados. Os

tratados sobre direitos humanos com frequência incluem disposições que implícita ou explicitamente prevêm a expansão dos direitos neles consagrados.

O método de expansão pode depender da aplicação direta das disposições previstas no próprio tratado ou através de emendas ou protocolos adicionais que o complementem ou ampliem os direitos já estabelecidos no tratado. Um exemplo disso é a evolução e expansão dos instrumentos interamericanos de direitos humanos. Os princípios formulados na Declaração Americana foram elaborados e ampliados na Convenção Americana. Analogamente, o Protocolo de San Salvador é uma extensão das normas e princípios estabelecidos nos textos anteriores e na Carta da OEA.

Assim, a obrigação dos Estados membros de observar e defender os direitos humanos dos indivíduos dentro de suas jurisdições como estabelecem a Declaração Americana e a Convenção Americana os obriga a, independentemente do nível de desenvolvimento que tenham atingido, garantir o mínimo destes direitos. O nível de desenvolvimento pode ser um fator que entre na análise para a colocação em prática destes direitos mas não deve ser entendido como um fator que exclua o dever do Estado de implementar tais direitos na medida de suas reais possibilidades.

O princípio da progressividade exige que a medida que melhore o nível de desenvolvimento de um Estado melhore o nível de compromisso de garantir os direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que esta implícito um maior gasto público destinado a programas sociais. Quanto mais recursos disponha um Estado, maior será a sua capacidade para implementar serviços que garantam os direitos econômicos, sociais e culturais. Tal idéia está inserida no artigo 32 da Carta da OEA, quando descreve o desenvolvimento como *"a responsabilidade primordial de cada país e deve constituir um processo contínuo e integral para o estabelecimento de uma ordem econômica e social mais justa..."* (tradução nossa). O compromisso dos Estados de tomar medidas com o objetivo de alcançar progressivamente a realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais exige o uso efetivo de todos os recursos disponíveis para garantir um nível de vida mínimo para todos.

Os esforços no sentido de buscar a efetiva proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais têm como fim último assegurar a sua exigibilidade tanto no âmbito global quanto no regional. Neste aspecto, é de fundamental importância o papel da doutrina contemporânea sobre a matéria, que estabeleceu a tese das obrigações mínimas dos Estados no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, baseada na necessidade de implementação, exigibilidade e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

IV. Os órgãos que compõem o Sistema Interamericano

Há dificuldades de proteger efetivamente os direitos econômicos, sociais e culturais através do sistema interamericano, porém não é impossível fazê-lo. Através de seus dois órgãos de supervisão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com faculdades outorgadas pela Convenção Americana, é possível garantir, em certos casos, a exigibilidade destes direitos. No caso do Brasil somente é possível acionar a Comissão, pois ainda não reconheceu a jurisdição da Corte.

A) A Comissão

A Comissão teve um papel importante e polêmico a partir de 1960, como órgão de investigação e de promoção dos direitos humanos, numa época em que vários países do continente estavam sob regimes autoritários e anti-democráticos.

A Comissão atua em virtude das faculdades outorgadas pela Carta da OEA, artigo 112, seu Estatuto e Regulamento, que determinam a sua jurisdição sobre todos os Estados membros da OEA, supervisionando-os em virtude da Declaração Americana. A Comissão é um órgão central da OEA e também atua conforme as faculdades específicas pelas quais foi investida pela Convenção Americana, nos seus artigos 34 a 51 e 70 a 73. Desde a entrada em vigência da Convenção, a Comissão também se encontra regida pôr seu Estatuto, aprovada na Assembléia Geral da OEA em 1979 e pôr seu Regulamento, aprovado pela Comissão em 1980 e modificado diversas vezes desde então.

Tanto a Comissão quanto a Corte receberam poder para supervisionar as obrigações internacionais dos Estados com respeito à convenções e protocolos que tenham entrado em vigor posteriormente à Convenção Americana. A Comissão foi o primeiro órgão a apreciar o procedimento de petições individuais, que tem pôr objeto garantir a tutela dos direitos básicos protegidos pela Convenção.

A Comissão funciona como um órgão quase judicial, que possui faculdades de examinar petições individuais que aleguem violações aos direitos humanos protegidos pelo sistema interamericano. A Comissão irá analisar se a petição contém os requisitos estabelecidos pela Convenção Americana, devendo decidir primeiramente sobre a admissibilidade da mesma. A Comissão deverá colocar-se à disposição das partes para alcançar uma solução amistosa.

O mecanismo de petições individuais está previsto na Convenção Americana nos artigos 44 a 51. A petição poderá ser apresentada pôr qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou organização não-governamental legalmente reconhecida. O denunciante deve alegar fazer uma descrição dos fatos e alegar quais foram os direitos previstos na Convenção que foram violados pelo Estado denunciado. O artigo 46 da Convenção prevê as condições de admissibilidade do

caso perante a Comissão. A petição deverá mencionar pôr exemplo o prazo de seis meses desde a notificação judicial definitiva, a não pendência do caso perante outro órgão internacional, ou a existência de alguma das exceções ao princípio do prévio esgotamento dos recursos internos.

A Comissão, através deste procedimento que inclui o princípio do contraditório entre as partes, que são os peticionários e o Estado denunciado, analisa o caso e, ao final, estabelece a existência ou não de responsabilidade internacional do Estado pela violação aos direitos consagrados na Convenção Americana. A Comissão tem a faculdade de enviar o caso para a Corte ou de emitir um relatório final em que seja determinada a responsabilidade internacional do Estado denunciado.

Além disso, são funções da Comissão: fazer visitas in loco aos países membros da OEA, para examinar a situação dos direitos humanos; elaborar relatórios sobre assuntos temáticos ou sobre a situação dos direitos humanos em determinado país; comparecer perante a Corte para litigar em casos contenciosos; consultar a Corte sobre a interpretação de tratados de direitos humanos; e apresentar projetos normativos para a proteção dos direitos humanos.

Vale ressaltar que os Estados membros da OEA que não são parte da Convenção Americana estão igualmente submetidos à aceitar a supervisão da Comissão no que se refere à comunicações individuais que sejam recebidas pela Comissão, uma vez que foi determinado através da Carta da OEA, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, que a Declaração Americana e o Estatuto da Comissão adquiriram caráter obrigatório para todos os Estados membros da OEA. No caso de Estados que não são parte da Convenção, os direitos humanos serão supervisionados com base na Declaração Americana (Estatuto da Comissão, art. 1.2.b).

B) A Corte

A Corte foi estabelecida a partir da entrada em vigor da Convenção Americana, em 1978, como um órgão judicial internacional. A Corte é um órgão de caráter jurisdicional que foi criado pela Convenção Americana com o objetivo de supervisionar o seu cumprimento, com uma função complementar à conferida pela Convenção Americana à Comissão, em seus artigos 61 e seguintes. Assim como a Comissão, a Corte conta com um estatuto e um regulamento que especificam o estabelecido na Convenção.

A Corte tem uma competência dupla, a contenciosa e a consultiva. A função contenciosa refere-se à devida solução de casos que forem encaminhados pela Comissão e pelos Estados partes para o seu exame. Tal função esta limitada ao reconhecimento expresso pôr parte dos Estados Partes da Convenção Americana.

Os casos que serão examinados pela Corte devem ter sido submetidos antes à Comissão e terem esgotado o seu procedimento. O caso é enviado à Corte somente pela Comissão ou pelo Estado parte, sem que os denunciante possam recorrer a este órgão diretamente. (Artigos 61-63 da Convenção Americana). As decisões contenciosas da Corte têm caráter obrigatório e são executadas através do regime jurídico interno do país respectivo. (Art. 68 da Convenção).

Se a Corte decidir que houve uma violação aos direitos protegidos pela Convenção Americana determinará que sejam reparadas as consequências desta violação, além do pagamento de uma justa indenização à parte lesionada.

A sua função consultiva diz respeito à sua capacidade de interpretar a Convenção Americana e outros tratados internacionais de direitos humanos, podendo ser invocada pôr qualquer dos Estados membros da OEA ou pela Comissão (art. 64 da Convenção). Os Estados membros podem solicitar à Corte que emita uma opinião consultiva a respeito de suas leis internas e sua compatibilidade com os instrumentos internacionais de direitos humanos.

A jurisprudência da Corte em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais dentro de sua competência contenciosa é quase nula. Porém, deve-se levar em conta os seus pronunciamentos gerais sobre o tema, que dão ensejo à justiciabilidade de tais direitos. Quanto à sua competência consultiva, em relação à tal matéria, há alguns pronunciamentos relevantes.

Houve uma consulta à Corte durante a elaboração do Protocolo de San Salvador sobre direitos econômicos, sociais e culturais e a sua possibilidade de submissão a exame judicial ou quase-judicial. A Corte se pronunciou afirmando a teoria da indivisibilidade dos direitos humanos e apresentou uma posição liberal sobre a justiciabilidade destes direitos. Em suas observações, a Corte declarou que os direitos econômicos, sociais e culturais "*são autênticos direitos humanos fundamentais*" e "*como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível.*" (tradução nossa - Informe Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos 1986, de 29 de agosto de 1986, pág. 42)

Sobre a justiciabilidade destes direitos, a Corte declarou que:

"Os chamados direitos civis e políticos, em geral, são mais facilmente individualizáveis e exigíveis, em conformidade a um procedimento jurídico suscetível de desembocar em uma proteção internacional. A Corte considera que, entre os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, há também alguns que se comportam ou podem comportar-se como direitos subjetivos exigíveis judicialmente." (Tradução nossa)

Ou seja, há direitos econômicos, sociais e culturais como a liberdade sindical, o direito à educação, entre outros, que podem ser objeto de denúncias internacionais contra os Estados da mesma forma que os direitos civis e políticos.

Houve um caso perante a Corte em que foram estabelecidas medidas de reparação que incluíram a realização de direitos à educação e à saúde (caso "Aloeboetoe e outros", sentença de 4 de dezembro de 1991). Neste caso, as violações imputadas ao Estado do Suriname, que reconheceu a sua responsabilidade internacional no caso foram decorrentes da prisão e morte de sete pessoas enquanto estavam sob a custódia das Forças Armadas. Na sua sentença, a Corte ordenou ao Estado do Suriname que reabrisse a Escola em Gujaba, local onde viviam a maioria dos filhos das vítimas, dotando-a de pessoal docente e administrativo para que funcionasse permanentemente; além disso, ordenou que o posto de saúde voltasse a funcionar proporcionando assistência médica básica àquela comunidade. (CIDH, Reparações, sentença de 10 de setembro de 1993).

Tal caso representa um importante mecanismo para a indivisibilidade dos direitos humanos, pois apesar da Corte não condenar o Estado pelas violações aos direitos econômicos, sociais e culturais, exigiu que o mesmo colocasse em prática tais direitos, declarando a sua justiciabilidade.

V. Direito à igualdade e não-discriminação como fundamento para a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais

De fato, a violação destes direitos, que se traduz na extrema pobreza, afeta os seres humanos em todas as esferas de suas vidas (inclusive os seus direitos civis e políticos), revelando a indivisibilidade de seus direitos. A pobreza extrema é o resultado da negação de todos os direitos humanos, nele incluindo-se o direito de livre expressão, o direito de ir e vir, o direito à moradia, o direito de participação na vida pública, o direito à alimentação, o direito à assistência judiciária e o direito à saúde.

Neste sentido, foram estabelecidos direitos de aplicabilidade imediata (como os direitos sindicais, da igualdade de remuneração pôr trabalho igual, do direito à educação primária obrigatória gratuita, da liberdade de pesquisa científica e trabalho criativo) e as obrigações distintas (de respeitar, de proteger, de assegurar, e de promover) em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Há a necessidade de identificação dos componentes justiciáveis destes direitos como pôr exemplo, o direito à educação, nele incluído o direito de acesso, sem qualquer discriminação, às entidades educacionais públicas; o direito à saúde, nele incluído o direito à não-discriminação e ao devido processo legal, aplicáveis or tribunais e órgãos competentes internos e internacionais; ou o

direito à moradia, incluindo o direito à não-discriminação no acesso à moradia, ou a condições inadequadas de moradia.

Tais exemplos servem para ilustrar como se pode agregar vários outros direitos ao relacioná-los com a proibição da discriminação. Na verdade, o princípio básico da igualdade ou da não-discriminação é a base da proteção internacional dos direitos humanos e, pôr isso, é aplicável a todas as categorias de direitos.

Há doutrina e jurisprudência com relação às consequências jurídicas das violações ao princípio da não-discriminação em matéria de direitos civis e políticos, porém somente nos últimos anos vêm firmando-se em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais. O enfoque integral dos direitos humanos é necessário para a proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais, sempre que ocorrer uma violação à cláusula de não-discriminação consagrada nos tratados de direitos humanos.

A garantia do devido processo legal também pode estender a proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais em alguns aspectos. O próprio direito à vida, em sua acepção ampla, abarca não só o direitos de não ser privado arbitrariamente da própria vida como também o direito a ter condições dignas de existência, que inclui a proibição de omissões pôr partes dos Estados referentes ao não combate aos altos índices de mortalidade infantil ou de epidemias. Insere-se nesta discussão a dimensão social dos direitos humanos.

A visão de "realização progressiva" que atribui dificuldades de supervisão internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser modificada através da própria constatação das violações desses direitos. Os Estados devem respeitar os padrões de cumprimento das obrigações nesta área. O fenômeno da atualidade não é o da sucessão de direitos mas o de expansão e fortalecimento dos direitos humanos consagrados de forma integrada. O agravamento das disparidades sócio-econômicas entre os países e entre as camadas sociais dentro dos mesmos provocou uma reavaliação dos direitos exigíveis necessários a plena vigência dos direitos humanos.

A II Conferência de Viena (1993) veio a reafirmar a tese da interrelação e da indivisibilidade dos direitos humanos, representando um avanço na busca de uma proteção mais eficaz tanto no âmbito global quanto no regional aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Há uma discussão aberta no sentido de estabelecer o que seria um "núcleo fundamental" de direitos econômicos, sociais e culturais, que conforme a Comissão seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Há também a noção de que o núcleo seria composto pelos "direitos à subsistência", incluindo o direito à alimentação, à moradia, e aos cuidados médicos.

VI. Três possibilidades para a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos através do mecanismo de petições individuais perante a Comissão

Há três possibilidades para alegar-se que os direitos econômicos, sociais e culturais foram violados pôr um Estado membro da OEA, perante o sistema interamericano através da Comissão, seu órgão de supervisão, e o procedimento de petições individuais, previsto nos artigos 44 a 51 da Convenção Americana.

A primeira, já mencionada anteriormente, seria a possibilidade direta, quando a violação referir-se a algum direito expressamente consagrado pela Convenção Americana, como é o caso do direito de reunião, previsto no art. 15 ou o direito à liberdade de associação, previsto no art. 16.

A segunda possibilidade seria quando o direito violado não estiver expressamente mencionado na Convenção Americana. Neste caso, é necessário fazer-se uma interpretação através do artigo 29 da Convenção, que dispõe sobre normas de interpretação, que estabelece:

"Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:
a) *permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;*
b) *limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;*
c) *excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humanos ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e*
d) *excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza."*

Há direitos econômicos, sociais e culturais que estão previstos expressamente na Convenção Americana, como é o caso do direito de associação, podendo ser imediatamente exigível. Para os direitos não contemplados expressamente na Convenção, uma estratégia para cobrar do Estado a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais seria invocar a Declaração Americana, que reconhece de forma mais ampla os direitos econômicos, sociais e culturais (como o direito à preservação da saúde e ao bem-estar, o direito à educação, o direito ao benefício da cultura, o direito ao trabalho e a uma justa retribuição e o direito à previdência social), com base no artigo 29 da Convenção Americana, que estabelece normas de interpretação que favorecem a aplicação mais ampla das disposições da Convenção.

Neste sentido a Corte Interamericana emitiu a Opinião Consultiva no. 10/89, de 14 de julho de 1989, sobre a interpretação da Declaração Americana, conforme o artigo 64 da Convenção Americana, estabelecendo que:

"Para os Estados Partes na Convenção a fonte concreta de suas obrigações no que diz respeito à proteção dos direitos humanos é, em princípio, a própria Convenção. Entretanto, deve-se levar em conta que à luz do artigo 29.d, não obstante o fato do instrumento principal vigente para os Estados Partes na Convenção é a mesma, não pôr isso estes são liberados das obrigações que derivam para os mesmos a Declaração pelo fato de serem membros da OEA. A circunstância de que a Declaração não seja um tratado não enseja a conclusão de que careça de efeitos jurídicos..."(tradução nossa)

Na jurisprudência do sistema interamericano há um caso apresentado pôr organizações de direitos humanos perante a Comissão contra o governo do Brasil, que estabeleceu um importante precedente na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. O caso foi incluído no Relatório Anual da Comissão de 1984-1985 e o governo brasileiro foi responsabilizado pôr omissão em tomar medidas eficazes para proteger os Yanomami, e em consequência pôr ter violado o direito à vida, à liberdade e segurança, o direito de residência e trânsito e o direito à preservação da saúde e ao bem estar, previstos na Declaração Americana.

Além do art. 29, que amplia a interpretação da Convenção Americana, deve-se alegar também o art. 26, que dispõe especificamente sobre os direitos econômicos, sociais e culturais. A Opinião Consultiva no. 10/89 da Corte Interamericana que sustenta a aplicabilidade da Declaração Americana, contém e define os direitos humanos essenciais referidos na Carta da OEA, também pode ser alegada para invocar a adoção da Declaração e de seus dispositivos que especificam os direitos econômicos, sociais e culturais que se quer tutelar. O caso dos yanomamis, contido no Relatório Anual de 1985 da Comissão é o exemplo desta possibilidade frente ao sistema interamericano. Através da Declaração Americana é possível alegar violações aos direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que possui um elenco mais extenso do que a Convenção Americana.

A terceira possibilidade de apresentar casos sobre violações aos direitos econômicos, sociais e culturais perante o sistema interamericano se refere à possibilidade indireta, que implica a sua proteção através de outros direitos previstos na Convenção Americana. Tal possibilidade poderá ser acionada quando os direitos violados não estiverem expressos no texto da Convenção Americana.

Neste caso, alega-se especificamente o direito à não-discriminação e à igualdade perante a lei, e, se for o caso, o direito à proteção e garantias judiciais (artigos 1, 8, 24 e 25 da Convenção Americana). O direito à justiça e ao devido processo legal também pode ser alegado quando são violados os direitos econômicos, sociais e culturais.

Um exemplo disso é quando é o violado o direito à saúde, justiciável através dos princípios de não discriminação e do devido processo legal, já aplicado pôr tribunais internacionais. O direito à moradia também já foi objeto da jurisprudência internacional associado ao princípio da não-discriminação no acesso à moradia ou a condições adequadas de moradia (Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas e Corte Européia de Direitos Humanos). Tal possibilidade vem sendo mais desenvolvida no sistema regional europeu de proteção.

O princípio básico da não-discriminação é aplicável a todas as categorias de direitos. No passado a doutrina e a jurisprudência se limitaram a dispor sobre os direitos civis e políticos, omitindo-se em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais. Porém, nos últimos anos têm se reportado a estes últimos.

A compreensão dos direitos humanos como indivisíveis é fundamental para lograr uma proteção mais eficaz aos direitos econômicos, sociais e culturais sempre que for invocada a cláusula de não discriminação presente nos tratados de direitos humanos.

Conclusão

O sistema interamericano ainda está longe de possibilitar a satisfação integral dos direitos econômicos, sociais e culturais. Porém a partir de seus precedentes nesta matéria, é possível acioná-lo para fortalecer a exigibilidade de tais direitos.

Os mecanismos de supervisão, através da Comissão e da Corte, são um importante instrumento para o estabelecimento de uma jurisprudência internacional sobre o assunto, ensejando futuramente uma mudança significativa na situação destes direitos, através da afirmação da indivisibilidade dos direitos humanos.

Neste sentido, deve-se explorar mais as possibilidades que oferece o sistema para a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, através de seus instrumentos internacionais, visando aperfeiçoá-lo para tal finalidade. A mudança já vem ocorrendo gradativamente, como se pode perceber a partir de uma análise da ampliação dos direitos protegidos a nível internacional. Neste contexto de fortalecimento e garantia da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, deve ser afirmada a dimensão social dos direitos humanos.

MEMORIAL PARA O TEMA "REINVENTAR A REPÚBLICA OU OS DESCA VÃO PELO RALO"

Miguel Pressburger

Os DESCA sempre foram politizados, pois foram conquistas dos trabalhadores e trabalhadoras em mais de dois séculos de lutas. Mais recentemente, resultam dos embates da "guerra fria" quando o bloco democrático privilegiava os direitos individuais, civis e políticos enquanto que o bloco soviético negava a possibilidade da concretização de tais direitos sem a completa implementação da economia socialista, já em marcha para a sociedade sem classes. Ou seja, igualdade econômica e social como antecedente aos direitos civis/políticos.

Direitos Humanos decorrem das concepções do direito natural, mas posteriormente, os direitos da pessoa foram ampliados para qualquer indivíduo independentemente de sexo, de cor, de religião, etc. e, portanto, as pessoas (conjunto de indivíduos) têm de se tomar iguais, o que só foi possível com a abolição dos privilégios aristocráticos e a transformação do indivíduo em cidadão (categoria socialmente coletiva) no sentido moderno do termo. Somente na república é possível a coesão entre democracia e direitos humanos que só se realiza na esfera pública.

O conceito de direitos humanos vai, então, aparecer como sendo um direito natural e, enquanto tal, não faz parte das relações políticas concretas. Se vem a ganhar na Revolução Francesa uma conotação universal, é precisamente porque nela se opera a junção entre a democracia e a nova forma de república e a noção de direitos humanos.

Somente na república há a possibilidade de democracia. Mas para tanto, necessidade da igualdade quanto mais não seja formal: a cidadania.

O projeto republicano pretende revolucionar a ordem política tirânica, instituindo uma democracia política que integra a ordem mercantil. Liberdade, Igualdade, Fraternidade é a definição da república como uma ordem nova pública

em oposição à ordem privada monárquica feudal. Ordem pública, portanto *democrática* vez que não pode se fundar a não ser sobre a identidade dos indivíduos enquanto cidadãos e em consequência sobre a sua igualdade de *status*. Esta ordem nova inscreve suas categorias fundadoras na política: a liberdade é definida de forma política e social, a igualdade é a igualdade dos cidadãos; a fraternidade é a relação politizada entre indivíduos livremente associados. A democracia política é introduzida como a ligação política entre os indivíduos definidos como cidadãos e por isso mesmo, esta revolução propõe um modelo unidimensional de homem : o cidadão.

Norberto Bobbio termina seu último livro, *Direita-Esquerda*, com uma declaração de otimismo: "O impulso em direção à igualdade cada vez maior entre os homens é, como Tocqueville havia observado no século passado, irresistível. [...]".

Mas até onde a experiência dos últimos 10 ou 15 anos permite enxergar, o cenário é sombrio e nada autoriza apostar num aumento de igualdade.

Por que igualdade? Porque este valor tem sido a referência principal no movimento de ampliação dos direitos, nos últimos duzentos anos ou pouco mais. Não a liberdade ou as liberdades, em abstrato, mas liberdade ou liberdades para um número crescente de pessoas, isso é igualação.

E é nesta esfera que se foi construindo o Estado de Direito, negação do arbítrio e violência do despotismo monárquico.

Alguns desses direitos foram consagrados na legislação, embora não da mesma forma, nem com a mesma amplitude, em diferentes países. Nesses casos, foram criadas obrigações legalmente definidas, tanto para agentes privados (empregadores, por exemplo), quanto para o Estado. Direitos desse tipo se converteram em exigibilidade. Para defendê-los, indivíduos e grupos podem recorrer a um tribunal.

Mas, o público (*res-publica*, ou coisa pública) sendo substituído pela esfera privada do mercado lança pelo ralo não só a democracia, mas junto com ela os DESCA.

Enquanto que a ordem política republicana, por princípio, integra todos os indivíduos à sociedade, concebendo-os como cidadãos, a ordem mercantil introduz o fracionamento social. O mercado integra, mas o faz por via da concorrência e da determinação de normas de eficácia: os produtores são integrados desde que satisfaçam os critérios de eficácia do mercado.

Na ordem republicana a integração é por *status*, o que explica o caráter ambivalente do processo de exclusão em nossa sociedade: os indivíduos são integrados enquanto cidadãos, mas excluídos enquanto produtores/consumidores.

Na esfera privada o simplificado conceito republicano de democracia (e juntamente o de igualdade) passa a a ter outra leitura.

O modelo é extremamente frágil. A liberdade política pretende integrar a liberdade econômica por via da integração do direito de propriedade aos direitos naturais do homem. O tríptico Liberdade, Igualdade, Fraternidade porta os germes da contradição, vez que a liberdade política é contraditória com a liberdade econômica. A liberdade econômica começa por fazer explodir a fraternidade política - pelo desenvolvimento da concorrência mercantil capitalista - e segue ameaçando a igualdade. À igualdade um homem é igual a um homem se junta uma nova igualdade: um dollar é igual a um dollar.

A ordem econômica tenta subjugar a ordem republicana e a ordem política tenta subjugar a liberdade econômica, mas para além destes confrontos extremos subsiste uma permanente tensão entre a ordem mercantil e a ordem da República.

A grande fragilidade da república foi não ter conseguido conciliar a ordem política com a ordem do mercado. Aliás esta também foi a fragilidade do socialismo real.

A coesão social é assegurada pela submissão de todos ao estado de direito; a oposição dos interesses é reduzida, de uma lado pelo desaparecimento dos privilégios e a identidade de *status* dos cidadãos e, por outro, pela submissão dos interesses individuais ao interesse geral. No entanto, a tradução destes princípios políticos à produção e à circulação das riquezas não é precisada e o desdobramento do processo revolucionário rapidamente colocou em evidência a incompletude do projeto.¹

Os defensores recentes do liberalismo são precisamente aqueles que advogam a subordinação do político ao livre jogo das dominações econômicas, onde vai se colocar a máxima hobesiana de dominação do mais forte. A isto corresponde uma evacuação da esfera propriamente pública. O problema é que quando ocorre essa separação entre cidadão e indivíduo se despolitiza esse último ao mesmo tempo que, massificado, ele aparenta ser público.

A globalização pretende a "pasteurização" da humanidade em todos os sentidos, em nome da competição mercantil. É incompatível a prevalência da esfera pública diante dos interesses privados, ao mesmo tempo em que a ordem baseada no mercado tem de aparentar ser um avanço sobre a ordem política tal como até agora conhecida. Desta forma categorias como classe (que são muito

¹ Cfe. "os enfrentamentos [...] em torno da regulamentação de preços, da oposição entre o direito à existência e o direito de propriedade, [...] a idéia entre a diferença entre a liberdade real e a liberdade formal. A liberdade não passa de um vão fantasma quando uma classe de homens impunemente pode esfomear outra [...]". cfe. Soboul, *Les sans-culottes parisiens en l'an II*, Seuil, 1968.

mais que “coletivas”) são extintas e em seu lugar surgem os “novos atores sociais” (que sequer são expressões coletivas).

As pessoas frequentemente já não têm a mínima dificuldade de manifestar seus problemas privados publicamente, mas são incapazes de uma discussão política sobre a forma de organização do público. Os problemas privados se tornam públicos e, simultaneamente, a esfera pública deixa de ser política. As pessoas tratam de seus negócios e da sua vida privada em geral numa dimensão cada vez mais pública, e cada vez a esfera do político é evacuada por ter sido privatizada. O público entrou no privado, o privado apoderou-se do público e o político foi para o espaço sem que isso fosse percebido. O resultado é que desaparece o espaço público tendo como contrapartida a concentração burocrática do poder estatal, que se arroga cada vez mais plenos poderes decisórios. O privado, nesta situação, encontra formas materiais e massificadas de satisfação e o público, enquanto modo político de exercício dos direitos do cidadão, vê-se reduzido a uma única de suas condições: a do bem-estar individual e material.

A concretização dos DESCA é um sério impedimento ao desenvolvimento neoliberal concebido pela ordem mercantil. Ao mesmo tempo a exigibilidade ameaça com a ingovernabilidade dentro de metas exclusivamente “globais”.

Uma sociedade democrática é aquela que se caracteriza pela adesão a um discurso, e se as pessoas não mais discutem e já não aderem a esses valores e direitos criam-se, neste momento, condições para que alguns aventureiros tomem conta do Estado e do poder. Em suma, está em jogo a competência do governo para realizar as funções corretivas enumeradas por John Rawls, ao discutir as instituições voltadas para a justiça distributiva.

Nada no atual quadro aponta de forma otimista, pelo menos em médio prazo. A não ser que levemos em conta Mao-tzé-tung, a quem nos anos 40 perguntaram quais teriam sido as grandes influências da Revolução Francesa, tendo respondido que 150 anos era muito pouco para se se tirar conclusões.

Mas não há como negar que os formuladores de políticas são forçados a levar em conta com peso crescente, variáveis externas à jurisdição e ao escopo do Estado. Ora, essas novas condições tendem a enfraquecer e, no limite, a anular uma das bases, talvez a mais importante historicamente, dos direitos sociais. Estes foram consagrados principalmente como esquemas compensatórios, isto é, como forma de atenuar certos efeitos da operação dos mercados.

E, quando já se avança dos direitos de terceira geração (defesa do consumidor, proteção ambiental, etc.) para um debate que se torna incrivelmente complexo, como, por exemplo, as possibilidades e riscos da manipulação genética, os direitos de segunda geração, que pareciam haver-se tornado tão naturais e tão inseparáveis da vida moderna quanto o jornal das oito e o telefone,

começam a escorrer pelo ralo, como incompatíveis com este admirável mundo pós-keynesiano.

Textos de referência:

1. *“Le Capitalisme Entre Aujourd’hui et Demain - L’ordre marchand moderne: de la concurrence à la guerre?”*, de Christian Barrère, in *L’Ordre Capitaliste - Congrès Marx International*. PUF, 1996.
2. *Lições de Filosofia Política - O estatal, o público e o privado* de Denis L. Rosenfield, L&PM, 1996
3. *“Os Direitos Sociais em Xequê”*, de Rolf Kunts, in *Lua Nova* n° 36/1995.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: O ESTADO DA ARTE

Sérgio Muylaert*

"A deliberação existe acerca das coisas que dependem de nós." (Aristóteles. Livro II: Ética de Nicômaco.)

"... O que é mais essencial na ciência política é conhecer a marcha e as alterações do Estado, a fim de que, para que escolhos cada governo se dirige, se possam reter ou prevenir seus funestos resultados." (Cícero. Da República. Livro II: XXV.)

As massas devem aprender a exercer o poder no exercício do poder; não existe outra forma de lhes ensinar essa arte. (R. Luxemburgo, do livro "Rosa, a vermelha").

1. Introdução

O texto apresentado se resume a uma breve e modesta resenha do tema, à guisa de reflexão preliminar sobre o trato das violações a direitos humanos e a exigibilidade do cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. A primeira tarefa deve, portanto, consistir na *desmistificação*¹ do discurso liberal, cujo conteúdo é "aparentemente enunciador de justiça e de igualdade, mas em verdade suportador de práxis autoritárias e hierarquizantes". (Pressburger).

* - Advogado em Brasília; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros; Pós-Graduação em Direito Econômico, pela UFRJ.

¹ Segundo a emblemática expressão intuída por T. Miguel Pressburger. In, A armadilha semântica do mundo livre. Caderno *Idéias*, Jornal do Brasil, 23/02/92.

Em segundo lugar, como é consabido, o tema dos direitos fundamentais, a partir da politicidade (ou, da politização), remete os operadores do direito a novas complexidades ontológicas, tanto mais, porque politização e direito são termos antinômicos, desde Hans Kelsen².

Deste modo, conviria ampliar a visão sobre os horizontes de toda a nomogênese jurídica, ou seja, do processo global (globalização) de ordenação jurídica, desde as técnicas de produção normativa (normas gerais e abstratas) até a aplicação e execução de tais normas, tendo em vista que, no campo próprio do direito – e da jurisprudência –, alguma noção deve existir sobre que o direito e, em particular, o ordenamento jurídico estatal, estariam (ambos) a serviço da ordenação da vida social segundo a justiça, ambos ao serviço da política, arte do bem comum.

Em terceiro lugar, situar tais direitos fundamentais, desde uma visão compreensiva, em sede constitucional, seja para uma dimensão subjetiva (coletiva ou individual) do tema, seja para a sua dimensão objetiva, em cujo contexto o regime próprio dos direitos, liberdades e garantias, assume, com Canotilho, correspondência direta com as restrições ao uso do poder público discricionário. Estas restrições, ou limitações, além de respeitantes ao princípio da reserva legal, manifestam-se – conforme entendimento pacificado na doutrina –, a partir de critérios ético-jurídicos.

Cuida-se da proibição do excesso ou princípio da proporcionalidade, (cujos conteúdos se medem em três dimensões: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito³) e do princípio da equivalência⁴. Coerentemente, acrescentaríamos no plano da leitura lógico-intencional⁵, o princípio da razoabilidade.

Em quarto e último lugar, com igual peso e importância, visar os meios de tutela e proteção de socorro às vítimas de agressões e violações de direitos fundamentais, vinculando, diretamente, as entidades públicas, para exigir-lhes a criação e manutenção de pressupostos (de fato e de direito), necessários à defesa ou satisfação desses direitos, seja de forma negativa - ao impor-lhes a proibição de agressão ou ingerência na esfera desses mesmos direitos - seja de forma positiva -, conforme superiormente elucidada Gomes Canotilho⁶.

² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Arménio Amado Editor. Coimbra, 1979, 5ª e. p. 378 ss. BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. S. Paulo. Brasiliense. 1988. 2ª e. p. 19.

³ Gomes CANOTILHO, J.J. MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra. 1991. p.122

⁴ KELSEN, Hans. A justiça e o direito natural. Arménio Amado Editor, Coimbra, 1979, pp. 46-47.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. In, Bol. de Direito Administrativo, março/97, pp.156 ss.

⁶ Ob. Cit. p. 139

Ao Estado incumbe não apenas defendê-los e garanti-los. Trata-se, acertadamente, de um problema não filosófico, na opinião de Bobbio, mas político⁷. São, pois, os direitos fundamentais uma incumbência a realizar, como se observa⁸ e não mais se compreende que razões de Estado se sobreponham, interponham-se, ou oponham resistência à exigibilidade desses direitos humanos fundamentais.

A partir deste entendimento, cabe suscitar as seguintes questões básicas:

Por obstem os caminhos à paz social, à democracia e ao desenvolvimento, estariam as violações a direitos humanos, em todos os níveis, colocando em risco todo o futuro dos povos e nações?

Estariam as idéias que privilegiam métodos “progressivos”, na aplicação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, compatíveis com as resoluções dos organismos do Direito Internacional e com os preceitos teleológicos (LICC, arts. 4º e 5º, do direito positivo interno brasileiro, sobre as exigências do bem comum e os fins sociais da lei), frente à urgência das políticas públicas?

2. Políticas públicas e exigências do bem comum (aspectos pertinentes)

O desenvolvimento do problema está pavimentado desde o enfoque teórico-metodológico que sustenta a existência de duas ordens interdependentes (ordem econômica e ordem política)⁹, e o pressuposto da clássica noção de soberania¹⁰, para efeito de responsabilização do Estado perante os demais sujeitos¹¹.

⁷ A era dos direitos. Rio de Janeiro. Campus. 1992, p.24. Trad. Carlos Nelson Coutinho.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes Fundamentos da Constituição. p. 105.

⁹ Aquela, ligada com as satisfações das necessidades materiais do homem enquanto esta, com o exercício do poder. Cf. Bernard CHENOT, apud, SOUZA (1980:202); GRAU (Elementos. 1981:24) nos fala de uma dialética entre o econômico e o jurídico.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. (Estudos de Dir. Público ... 1973: 213-219). O Estado como sujeito de direitos, pessoa coletiva de direito interno e de Direito Internacional, e enquanto entidade jurídica global e complexa. Veja-se: Daisy de Freitas Lima VENTURA. A ordem jurídica do Mercosul. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 1996. Por uma inserção útil de substancial resenha sobre o estudo da soberania, em especial, a querela entre constitucionalistas, internacionalistas e comunitaristas. p. 85-103. SOLON, Ari Marcelo. Teoria da Soberania como problema da norma jurídica e da decisão. Porto Alegre. SAFE. 1997, p. 63.

¹¹ MUYLAERT, Sérgio. Justiça Poder Político e participação popular. Anais da XIII Conferência Nac. dos Advogados. Belo Horizonte. 1990: 251. Reforma do Estado e Ordem Econômica. Anais da XVI Conferência Nac. dos Advogados. Fortaleza. Tese Avulsa. 1996. A tese da ingovernabilidade é de grande valia quando exposta por Vinicius Moreira de LIMA: “Se os governos (Executivos), que falam em nome do Estado, agem continuamente em oposição a setores desprotegidos e desorganizados da sociedade civil, burlando o ordenamento jurídico em nome da governabilidade, é preciso entender que não basta apenas o comentário exegético da insuficiência das leis vigentes, muitas delas funcionais ao modo de produção, mas conduzidas à ineficácia por grupos que privatizam o poder político.” O alcance social do Direito Econômico; in, Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Porto Alegre, SAFE, 1995, Org. Ricardo Antônio Lucas CAMARGO. p. 185. BOBBIO, N. Liberalismo e Democracia. S. Paulo. Brasiliense. 1988. 2ª e. p. 95.

Sobre alguns dos aspectos que permeiam o tema, considere-se a depurada explanação feita¹², do rol de políticas públicas voltadas para o social, por ordem de prioridades. Sem prejuízo de reconhecer, portanto, o planejamento como função explícita do Estado, as políticas sociais não se restringem, porém, ao conceito de “políticas públicas”, entendidas como propostas¹³ do Estado. Sob tal pressuposto, como parece óbvio, qualquer projeto de viabilização e aprimoramento do Estado Democrático de Direito tende a anular-se (revogar), caso não atendidas (ineficácia¹⁴ da norma) a implementação e a efetivação dos meios para a universalização dos direitos fundamentais, pelo Estado¹⁵.

A compreensão do Estado constitucional (e suas variadas formas, inclusive, com as manifestações patológicas induzindo ao indesejável retorno à “barbárie”), consoante o modelo de racionalidade conferido ao Estado de Direito Liberal, requer adequação teórico-jurídica e teórico-política, no tratamento jurídico da exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, frente à adoção das políticas públicas¹⁶. Em nosso País, o modelo paradigmático não se exaure nas exemplificações colacionadas, o elenco das dramáticas violações a direitos humanos, tem sido denunciado nos Relatórios e estudos reiteradamente divulgados. Referimos substancial pesquisa efetuada pelo AJUP¹⁷.

De conseqüência, o trato reservado aos instrumentos de mediação e solução de conflitos sociais somente se pode dar, historicamente, a partir de uma perspectiva político-jurídica¹⁸. Noutra concepção do direito, liberada de quaisquer resíduos de transcendência e de absolutização, com Óscar Correias, a função do direito deve ser, não a resolução de conflitos, mas, a hegemonia política¹⁹.

¹² Políticas educacionais, políticas culturais, políticas de comunicação, políticas de defesa da cidadania, políticas de conquista de direitos, políticas de organização da sociedade civil, políticas partidárias, políticas sindicais, políticas de segurança pública, políticas de serviço público e políticas de descentralização federativa. DEMO, Pedro. Participação e Planejamento. Prioridades ... Ob. Cit. IPEA/PLAN. pp.132-141.

¹³ O traço teórico-doutrinário que bem expõe a questão das políticas públicas (o “público” e o estatal), veja-se CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. A atualidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Porto Alegre, SAFE, 1995, pp. 51 ss.

¹⁴ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1979, 5 e., p. 30, 35, 36.

¹⁵ VON MISES, Ludwig. As seis lições. Rio de Janeiro. José Olympio/Instituto Liberal. 2ª e. 1986. pp 35-51.

¹⁶ Para efeito deste trabalho, políticas públicas seria o espaço reservado ao poder público, para planejar, gerir e executar, por si ou por terceiros, os bens e serviços de valor econômico, no interesse das coletividades, visto que a questão da participação popular e comunitária nas decisões públicas é antigo objeto das ciências políticas. Já em ARISTÓTELES (Política: Cap. II do Livro III), o tema era proposto quanto se tratava de apreciar as leis e as ações dos governantes, por afetarem a todos os cidadãos. O sentido das políticas públicas seria o de buscar equilíbrio social e ambiental em medidas alternativas, com a redução de custos e aumento de benefícios.

¹⁷ Derechos humanos democracia y desarrollo en America Latina. Bogotá, Novib, 1993.

¹⁸ CHORÃO, Bigotte. Temas Fundamentais do Direito. p. 272

¹⁹ CORREAS, Oscar. Crítica da Ideologia Jurídica. Porto Alegre. SAFE. 1995, p.63.

3. Exigibilidade e Constituição Econômica

O texto constitucional, de 1988, ao estabelecer regra de que, ao Estado, como “agente normativo e regulador da atividade econômica”, cabe na forma da lei, o exercício “das funções de fiscalização, incentivo e planejamento” (art. 174), e ao fixar que a “lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado” (§1º, artigo 174), ressalta questão jurídica sobre a previsibilidade do Plano. No que respeita aos planos plurianuais, as diretrizes orçamentárias e aos orçamentos anuais, fica preservado, assim, mediante o artigo 165 da CF, o princípio da legalidade:

“Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o Plano Plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional”. (§ 4º, artigo 165 da CF).

De outra parte, o artigo 84, da Lei Fundamental, fixa competência privativa ao Presidente da República para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei. (inciso VI). Em consonância com o supracitado artigo 165 da CF, o inciso XXIII do artigo 84 estabelece, ao Presidente da República, competência privativa para enviar, ao Congresso Nacional, o Plano, o projeto de lei e as propostas de orçamento. Perante o elenco dos direitos e garantias fundamentais, portanto, não mais se admite o Estado inerte, espectador neutro²⁰, da superada concepção de Estado Liberal.

A reflexão conseqüente de tais observações reside na eficácia de uma política do desenvolvimento, de conformidade com o Plano. Este, meramente indicativo (Cf. Art. 174, e § 1º, da Constituição Federal), ou, ativo (Pierre MASSÉ)²¹, deve estar subordinado, porém, à ideologia constitucionalmente adotada, de modo a induzir à iniciativa privada a sujeitar-se à ordem pública econômica e ao interesse público²².

Os objetivos constitucionalmente previstos, de um desenvolvimento com planejamento, permanecem, todavia, sob a forma de declaração de intenções do Constituinte de 1988, sem que o sejam colocados em termos práticos, vale dizer, restam, na sua quase plenitude, em puro estado da arte²³.

²⁰ GRAU, Eros. Elementos de Direito Econômico. p. 17.

²¹ Cf. FERROUX, F. Ob. cit. p. 262.

²² Na edição do emérito jus-economista, Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG, Washington Peluso Albino de SOUZA. Repressão ao abuso econômico e Direitos Humanos; in, Rev. Informação Legislativa, Brasília, a.28, n. 112, out./dez. 1991, p. 191.

²³ C.F. arts.1º, IV; 3º, I a IV; 4º, II; §§ 1º e 2º, art. 5º; 43 e § 1º; 170, II a IV, e.g.

4. Relação jurídica e responsabilização do Estado

Exemplar típico do constitucionalismo social-democrático contemporâneo, a Constituição Brasileira, de 1988, reflete tendência, antes, notada nas demais constituições vigentes, não de solução pronta e acabada, mas de possuir o caráter “diretivo” frente ao processo de transformação social²⁴, ou seja, não apenas, para formular declarações de direito, muito enfáticas desde o século XVIII, mas, a oferecer mecanismos políticos, institucionais e jurídicos à garantia de sua execução e de cobrança, pelo cidadão, ou, por este e a comunidade, do cumprimento da norma fundamental²⁵. A praticidade destes enunciados reafirma conteúdo do artigo 5º, itens XXXIV (a) e (b), XXXV e XXXVI, da Constituição Federal²⁶.

Sob o prisma jurídico-formal, o Estado deve exercer a sua atuação (Art. 174, CF.) voltado, basicamente, para três finalidades: fiscalização, incentivo e planejamento²⁷. A concepção que fere a responsabilidade objetiva do Estado se afirma, porém, mediante três vertentes teóricas principais, sendo elas, como sabemos, a da culpa administrativa, a da falta dos serviços e a do risco integral, tema, aliás, exaustivamente tratado por festejados administrativistas, civilistas e constitucionalistas, como referem a doutrina²⁸ e a jurisprudência.

²⁴ SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Poder Judiciário: ... In, Cadernos da AAJ, Brasília, vol. 1, 1990. Org.: MUZYLAERT, Sérgio. pp. 37 e ss.

²⁵ LUCAS COELHO, João Gilberto. In, Cadernos da AAJ, Brasília, vol. 1, 1990. Org.: MUZYLAERT, Sérgio. pp. 28.

²⁶ SCAFF, Fernando F. Ob. cit. pp. 95 e ss. Veja-se ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. Novos paradigmas em direito internacional público. Porto Alegre, SAFE, 1995, pp. 135 e ss.

²⁷ FARIA, Werter. Ob. cit. pp. 120 e 138; COMPARATO, Fábio Konder. Planejamento sócio-econômico e o futuro do Estado Democrático. Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu-PR, 1994, pp. 237 e ss; GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica). São Paulo, ERT, 1990, pp. 317 e ss; MUZYLAERT, Sérgio. Tese Avulsa. XVI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza, 1996.

²⁸ Em alentado esforço, dentre os autores nacionais, citamos a obra de Fernando Fakury SCAFF, “Responsabilidade do Estado Intervencionista” (Saraiva: 1990), porquanto, pouco se tem a cerca desta responsabilização, haja vista a tradição dos doutos em ter como liberal o Estado brasileiro, mitigando os conflitos sociais sob a sua direta responsabilidade.

A idéia de responsabilização do Estado (poderes públicos) parece, então, romper a rede de controles seletivos da tradicional dogmática jurídica, bem assim, afastar-se da orientação civilista, para concentrar-se em novos campos de conceitos e situações jurídicas específicos. Com rara felicidade Vinicius Moreira Lima, (1995:187) anota que responsabilizar (em sede de Direito Econômico) significa reconhecer às normas jurídicas de conteúdo político-econômico de comando governamental conjuntural (planos econômicos, atos administrativos, etc.) estão sendo elaboradas em discordância com as normas constitucionais (...) “exigindo o reconhecimento a curto ou médio prazo de sua alteração”²⁹, por resultar em elevação do grau de vulnerabilidade³⁰ dos sujeitos de direitos, mormente, aqueles mais necessitados.

Em apoio ao que neste trabalho se sustenta, Luiz Gastão Paes de Barros Leães³¹ já houvera anotado que a ordenação do processo econômico, a ser praticada pelo setor público, só se torna eficaz quando convertida em atos e normas jurídicas. Consoante estas breves considerações, o projeto de reforma do Estado brasileiro peca, se se considerar que o mesmo não ousa livrar a Nação das pressões econômicas externas, desde os centros de decisões (em detrimento inclusive da efetivação das políticas públicas e dos interesses de sua própria soberania)³², restando, com isto, investigar, do lado jurídico, o que os economistas não explicam, ou seja, de que modo estas condições e - segundo a autorizada crítica da economia capitalista -, como os movimentos históricos que lhes dão origem se produziram.

Vista sob o prisma da responsabilidade objetiva do Estado³³ cabe, então, observar que a sustentabilidade das políticas públicas, muitas vezes, exige razoável mitigação de alguns princípios, tais como, a soberania e a liberdade de comércio, como tem ocorrido, *de iure*, no âmbito da União Européia³⁴, visto que nenhum Estado “pode levar os agentes econômicos à obtenção de prejuízos através de normas diretivas que os inviabilizem economicamente. Se isto ocorrer, e provado uma relação de causalidade entre o dano e a política econômica diretiva implementada, parece-nos que caberá ao Estado indenizar”³⁵.

²⁹ Desenvolvimento e intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Org.: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

³⁰ YEPES, Rodrigo Uprimny. Violencia, orden democratico y derechos humanos en America Latina... Ob. cit. Bogotá, Novib, 1993, p. 163-164.

³¹ E prossegue aquele autor: “As medidas de implementação do plano vincularão o setor privado ao plano, não porque sejam implementadoras do plano, mais sim porque expressivas da capacidade ordinatória do Estado”.

³² Exemplo recente, foram as refregas, no Congresso Nacional, para aprovação, e.g., da Lei de Patentes (Lei nº 9.279, de 14/05/96).

³³ CAMARGO, Ricardo A. Lucas, refere as Diretivas 88/361/CEE e 89/646, sobre a autoridade de cada Estado-Membro da Comunidade para a adoção de medidas restritivas à circulação de capitais. In, Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na ordem constitucional. Ob. Cit. p. 167.

³⁴ A Resolução do Parlamento Europeu que aprovou o Programa de Trabalho para 1997, em seus itens 13, 17, 23, 26, 29, 36, i.a. é eloquente.

³⁵ BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. Responsabilidade civil dos dirigentes e funcionários dos órgãos da administração direta e indireta no planejamento econômico. Anais do CONJUR, v. IX, São Paulo: FIESP, 1990, p. 9-10.

A responsabilidade objetiva do Estado não se esgota, portanto, na pletora de normas jurídicas internas sendo que aparato legislativo com o qual se arrimam os indivíduos e as coletividades (sujeitos de direito) reflete, de outra parte, os avanços obtidos neste campo, tanto na esfera do direito interno como do direito internacional³⁶. A tese alcança nova dimensão se apreciada sob prisma que refere a denegação de justiça, magistralmente tratada, no opúsculo de Sérgio Sêrvulo da Cunha³⁷. Cumpre, ainda, lembrar que, no plano do direito interno, existem direitos fundamentais, outros, dispersos na legislação infra-constitucional, chamados direitos extra-constitucionais, de conteúdo materialmente equiparável ao daqueles, como elucida Gomes Canotilho³⁸, cuja referência seria exaustiva.

Não bastassem os fundamentos, formais e substanciais, colacionados, do texto constitucional emerge o derradeiro e esclarecedor auxílio:

“O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e autonomia tecnológica do país, nos termos de Lei Federal”. (art. 219).

5. Exigibilidade no contexto do Direito Internacional

A urgência de implementação, instrumentalização e efetivação das políticas públicas³⁹, nos variados níveis da organização social, tem-se confirmado, mercê da sucessão de conclaves científicos internacionais⁴⁰, como se tem notícia. De outra parte, em oposição ao que apregoam os teóricos do liberalismo, sobre desregulamentação da economia dos países em desenvolvimento, o Presidente dos EUA, afirma⁴¹:

³⁶ De que são exemplos eloquentes, no direito interno, entre outros, a Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.343/85), a Lei n.º 6.938/81, o Código de Defesa do Consumidor, observando os dispositivos da Lei Fundamental que respitam às cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º), ou ainda, os incisos LXVIII (habeas corpus); LXIX (mandado de segurança); LXX (mandado de segurança coletivo); LXXI (mandado de injunção) e LXXII (habeas data), do art. 5.º; art. 129, I (zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia); III (Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos). Veja-se BARACHO, José Alfredo de Oliveira: Instrumentos de garantia dos direitos dos administrados... In, Bol. de Direito Administrativo, Março/97. DOURADO, Hermeto. Mandado de injunção, habeas data, mandado de segurança coletivo. In, Cadernos da AAJ, 1990, Coord. Sérgio Muiyler.

³⁷ CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. In, I Encontro dos Advogados do Estado de São Paulo, 1982, pp. 8-9.

³⁸ Fundamentos, p. 116.

³⁹ GRAU, Eros R. O Discurso neoliberal e a teoria da regulação, p. 60, acorde com Poulanzas: “A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade”. COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função organizadora, pp. 77 e 89. In, Desenvolvimento Econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional. Porto Alegre. SAFE. 1995. Org. Ricardo Antônio Lucas Camargo.

⁴⁰ Tais como: ECO-92 (Rio de Janeiro), II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena/93), a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo/94), a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social (Copenhague/95), a IV Conferência Mundial das Mulheres (Beijing/95) e a II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos - HABITAT II (Istambul/96)

⁴¹ In, Ciência Hoje, SBPC. 1993. Vol. 16/ n. 96, p. 25

“Um país tem necessidade de uma base industrial. E isso exige políticas públicas que compensem as empresas nacionais e que impeçam a perda dos empregos”. (Bill Clinton. The Atlantic Monthly, outubro de 1992).

O Secretário-Geral da ONU tem seguidamente afixado:

“A segurança humana não pode continuar sendo considerada como uma concessão nacional exclusiva. Ela é um imperativo global. Todas as nações precisam reconhecer que seus bem-estar serão cada vez mais dependentes de investimentos nas novas fronteiras da segurança humana de um mundo extenso”⁴².

Noutra assertiva:

.... “Economias prestam serviços às pessoas. Crescimento econômico precisa ser meio para um fim, não um fim por si mesmo. Novos modelos de desenvolvimento⁴³ não podem gerar apenas crescimento econômico. Eles necessitam distribuí-lo igualmente. Têm que fortalecer as pessoas, não marginalizá-las.... Necessitam sustentar o crescimento de trabalhos de ponta, não reduzi-lo”⁴⁴.

Sempre útil, portanto, lembrar pensamento de grande tribuno sobre a responsabilidade do Estado nos planos interno e internacional, a respeito:

“Pouco importa, na esfera internacional, a natureza das atribuições cometidas a tal ou qual órgão ou agente do poder público. A economia do governo exige internamente a partilha dessas funções entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, cada um com os seus próprios agentes distribuídos hierarquicamente. Da unidade da soberania decorre que as violações do Direito imputáveis a qualquer desses órgãos ou agentes acarretam a responsabilidade do Estado”⁴⁵.

⁴² Discurso apresentado à segunda sessão do Comitê Preparatório da Conferência Mundial para o Desenvolvimento Social. BOUTROS-GHALI, B. As Nações Unidas e os desafios do desenvolvimento social. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, 1995, n. 95/97, pg. 29-36).

⁴³ A declaração da ONU sobre o direito ao desenvolvimento e o conceito deste enquanto processo se encontra bem explicitado, inclusive com referências à doutrina em “Derechos humanos, globalización y desarrollo”, Carlos ESTÉVEZ, In, Derechos Humanos ..., Ob. cit., Novib, 1993, pp. 189 ss, onde refere a necessidade da ação concertada de toda a comunidade internacional e a Resolução 41/126 da AGONU, de 04/12/86. Sobre o tema da natureza política da sustentabilidade do desenvolvimento, importante estudo faz recentemente Washington PELUSO Albino de SOUZA, apresentado no Seminário do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, realizado em Brasília, outubro de 1995, quando aborda aspectos a luz das Constituições latino-americanas e o contexto do subdesenvolvimento (Monografia inédita).

⁴⁴ Cf. BOUTROS-GHALI, B. ob.cit.

⁴⁵ FERNANDES, Raul. A responsabilidade dos Estados em Direito Internacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, 1995, n. 95/97, p. 9-28. ... “Se um Estado não cumpre o dever de editar a legislação necessária para executar suas obrigações internacionais, incorre em responsabilidade e deve reparação dos prejuízos causados por sua omissão”.

Na mesma linha de entendimento, a *regra da irreversibilidade* pode ser aplicada, diante do fenômeno da irreversibilidade dos efeitos das medidas de política econômica e, a partir dela, argui-se “a improcedência do preconceito segundo o qual as medidas de política econômica pertenceriam ao campo da total discricionariedade do executivo, sendo insuscetíveis de controle jurisdicional”. A tese que isenta a apreciação do judiciário é, flagrantemente “perigosa”, como adverte o seu autor, e “passa ao largo dos mais comezinhos postulados do Estado Democrático de Direito”⁴⁶. Quanto à efetivação das políticas públicas, bem se ajusta ao tormentoso problema da responsabilidade do judiciário⁴⁷. Regressando, assim, ao texto de Raul Fernandes⁴⁸ observa-se:

“Na esfera internacional, porém, as coisas se passam diferentemente. Pode o Estado ser responsabilizado por denegação de justiça, a qual ocorre - ou porque a sentença negue ao estrangeiro o acesso ilegal aos tribunais, ou porque a decisão postergue flagrantemente as regras inconcussas do direito, ou ainda, porque se retarde tanto que, afinal, já não tenha nenhum efeito prático”.

Uma brevíssima notação histórica sobre os Direitos Humanos, no plano internacional, deve, ainda, referir os Pactos Internacionais (1966), as Convenções Européia e Americana de Direitos Humanos, a Carta Social da Europa, a Conferência Mundial (Viena/1993), aos quais se agrega o capítulo sobre o desenvolvimento sustentável, sob os seguintes fundamentos: a) por serem a expressão mais avançada da consciência jurídica da humanidade, b) por se constituírem normas imperativas de direito internacional (*jus cogens*), cuja vigência não se pode negar nem suspender sob nenhum pretexto de situações de exceção, e, por último, c) por tratar-se da pedra angular para o exame da legitimidade dos poderes públicos⁴⁹. Neste marco se incorpora ao conceito de legitimidade um novo e essencial componente, em reforço do caráter permanente dos direitos (individuais e coletivos), a que todo poder público deve observar como condição inseparável de sua legitimidade de origem⁵⁰.

⁴⁶ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Resenha do livro: Primeiras linhas de Direito Econômico. SOUZA, Washington Peluso Albino de. In, Revista da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, 1995, n. 95/97, p. 165-66.

⁴⁷ No tocante às responsabilidades do Judiciário, cumpre, ainda, lembrar dicação magistral de Raul Fernandes para quem: “Pelos erros ou desvios desse poder o Estado é irresponsável na ordem interna, pois as decisões judiciais, depois de esgotados os recursos processuais, constituem coisa julgada que *pro veritate habetur*”⁴⁷. O que se constitui agravante, convenhamos.

⁴⁸ FERNANDES, Raul. A responsabilidade dos Estados em Direito Internacional. Idem.

⁴⁹ Veja-se Anais da X Conferência Continental da AAJ - Declaração Final, Santiago, Chile, set. 1994.

⁵⁰ Muylaert, Sérgio. Direitos Econômicos e o Bloqueio a Cuba. Rev. da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, n. 61. 1995.p. 91, *passim*.

Observe-se que, já, em 1948, a Carta da OEA fixava os pressupostos deste entendimento ao preceituar que “a *solidariedade dos Estados Americanos e os altos fins a que ela visa requerem a organização política dos mesmos, com base no exercício efetivo da democracia representativa*”. (artigo 5 °)⁵¹. Afonso Arinos, entre os nossos doutrinadores, observara que “a *democracia moderna não é apenas uma forma de organização do Estado que garante a liberdade dos cidadãos, mas, também, uma forma de organização que promove a igualdade de oportunidade entre os homens*”. Se o cidadão goza de considerável segurança social, a ação justa do Estado poderá corrigir injustiças e, ao mesmo tempo, admitir aquelas diferenças que sejam resultado dos esforços e méritos pessoais⁵². A promoção, o respeito, a exigibilidade e a justiciabilidade dos direitos fundamentais - econômicos, sociais, culturais e ambientais -, em instâncias nacionais e internacionais, mediante o estabelecimento e/ou aperfeiçoamento dos mecanismos judiciais e administrativos eficazes, resultam, por suposto, da concepção *globalizadora*, que sustenta a estreita e indissociável relação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento.

A crença em que só com a diminuição radical da intervenção do Estado na economia se possa fazer crescer o capital nacional é falaciosa e, assim, desmentida, às escâncaras, tanto aqui, quanto na esfera da União Européia e Japão, no Leste Europeu e Bloco Asiático, ou ainda, nos EUA. Para dizer o mínimo, cada vez mais se evidencia o reaparecimento de medidas protecionistas⁵³ e nacionalistas, em algumas daquelas regiões⁵⁴. Tanto mais porque o discurso denuncia a prática inversa e contrária às Declarações e Programas de Ação das Nações Unidas e dos demais organismos regionais supra-estatais, como tem sido seguidamente demonstrado⁵⁵.

⁵¹ No Protocolo de Buenos Aires, de 1967, o texto reaparece dentre os principais critérios e objetivos do sistema interamericano (art. 3º). Documento da I Conferência Interamericana, de 1954, houvera ratificado tais princípios e objetivos, bem assim, os da 5ª Reunião para Consultas, da OEA, em 1959, e da VIII Reunião, de Punta del Leste, em 1962.

⁵² In, Brandi Aleixo, José Carlos. Estudos de Problemas Brasileiros: UnB, 1981, unidade 8, p. 7.

⁵³ Magnífica depuração doutrinária, em Arthur DINIZ, refere “o velho pacto colonial” contra o qual o terceiro mundo deve propor senão a sua destruição, “pelo menos a atenuação”, In, Novos paradigmas do Direito Internacional. Porto Alegre. SAFE, 1996, p. 128. MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra. Centelha. 1973, p. 98-105. PEREIRA, Lia Valls. A iniciativa para as Américas e o Mercosul. In, A última década. Ob. cit. FGV, 1993, p. 180 ss, onde a autora expõe, de forma bastante clara, o argumento da questão e das normas ambientais como um novo instrumento de protecionismo (comercial) dos países industrializados.

⁵⁴ Cf. PRESSBURGER, T. Miguel. Diagnostico sobre la Situacion de derechos humanos, democratizacion y desarrollo en Brasil y Uruguay. In, Derechos Humanos democracia y desarrollo en America Latina. Novib. Bogotá. 1993, pp 124 ss. MUYLAERT, Sérgio. Reforma do Estado e Ordem Econômica. Tese Avulsa da XVI Conferência Nacional dos Advogados. Fortaleza, 1996. SOBRINHO, Barbosa Lima. “Jornal do Brasil”, 05/02/95; MAGALHÃES, João Paulo de Almeida. “Jornal do Brasil”, 18/08/92 e 25/04/95, p. 9; TAVARES, Maria da Conceição. “O Globo”, 03/05/95, p. 8; GONÇALVES, R. O Abre-alas a nova inserção do Brasil na economia mundial. Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1994, pp. 137 e ss. A seção 301, da legislação de comércio exterior dos EUA, revela, de forma elogiente, a assertiva sobre o esquema protecionista daquele país. Veja-se, o ensaio de Lia Valls PEREIRA, A iniciativa para as Américas e o Mercosul. In, A última década. Org. Moacir Fioravante e Lauro Faria. Rio de Janeiro: FGV, 1993, pp. 169 ss.

⁵⁵ No âmbito do MERCOSUL, um alerta sobre as dificuldades (quase insuperáveis), dos países, em aplicar suas próprias políticas econômicas. Só há integração, onde há democracia. O sistema democrático

A superação de uma noção compartimentada dos direitos humanos, dando lugar à sua indivisibilidade, ao nível das Nações Unidas, vem ocorrer, primeiramente, com a Resolução nº 32/130 da Assembleia Geral. No plano internacional da proteção (exigibilidade) dos direitos humanos, a proclamação de Teerã de 1968, seria, então, a fase legislativa e a Declaração de Viena de 1993, a fase de implementação dos múltiplos instrumentos⁵⁶. Os direitos humanos, em suma, em razão de sua universalidade, nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam, por todas as razões oferecidas, obrigações *erga omnes*⁵⁷.

Não sem razão, eminente jurista, ao questionar criticamente os êxitos do neoliberalismo, anota que a "desregulação" da economia se contrapõe à uma atividade cada vez mais férrea no controle a "outros setores da vida social", promovendo a redução do estado, mas, segundo o consagrado autor, o setor do *imaginário jurídico* que se fundamenta em torná-lo menos custoso ao estado, não considera o que há de gastar em repressão e produção de ideologia para impor o suposto menor custo da sociedade desregulada⁵⁸. Necessário, portanto, a tipificação como "delitos internacionais" daquelas ações ou omissões de políticas públicas e de outras práticas, perpetradas por Estados e instituições que violem o direito ao desenvolvimento e os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Interessante anotar, sob este último ponto, que a criação do Tribunal Internacional para os Direitos Humanos, está contida no artigo 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não obstante, a idéia seja ainda controvertida. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos é, porém, subsidiário e complementar⁵⁹, cabendo a responsabilidade primeira, conforme ressalta a doutrina, aos Estados.

6. Conclusão

1. Em conclusão, a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais se consolida mediante o imediato atendimento da implementação, instrumentalização e efetivação, não só, dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966), das Declarações de Viena, de 1993, e seus anexos, da Rio-92 (sobre o Meio Ambiente, neles se inserindo a Agenda 21), bem assim, dos textos correlatos, *sub specie juris gentium*, na concreção do direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente saudável, desde os planos internacional e do direito comunitário.

é o requisito essencial da integração. (ROMITA, Aryon Sayão. Direito ... (perspectiva brasileira); In: ALBUQUERQUE, Celso. O Brasil ...; Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. 1995, jul./dez., n. 98/100.

⁵⁶ A. A. Cançado Trindade. Ob. cit. p. 106.

⁵⁷ A. A. Cançado Trindade. Idem. p. 108; Veja-se: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Declaração de Viena: caráter universal - Nove políticas governamentais, in: Revista do Instituto Brasileiro de Análise Sociais e Econômicas, Rio de Janeiro, 1993.

⁵⁸ CORREAS, Oscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. Curitiba. *Edibef*. 1996, p. 3-15.

⁵⁹ LINDGREEN ALVES, José Augusto. A proteção nacional e internacional dos direitos humanos. Org. Benedito Domingos Mariano e Fermínio Fechio Filho. FIDEH, 1994. p. 97.

2. Em consequência, impõe-se, ao Estado, rigorosa compatibilização entre as suas funções de elaboração e execução dos mecanismos institucionais das políticas públicas, e aquelas, da iniciativa privada, no plano do ordenamento jurídico interno, de conformidade com os preceitos ético-jurídicos que regem a *civitas maxima*.

3. Sendo finalística, no seu Título VII, que trata da Ordem Econômica (Pública e Privada), a Constituição Federal deve dotar o poder público de mecanismos institucionais hábeis a induzir os demais agentes econômicos, para que estes se desenvolvam, sob bases e princípios gerais e pluralistas, de controles sociais e políticos compatíveis com as exigências do bem comum, ou, o Estado não responde pela gestão da coisa pública.

MOEDAS ALTERNATIVAS *

Sérgio Sérvulo da Cunha

1. Mercado

O mercado é delimitação do espaço social determina-da pela oferta de bens e serviços. As técnicas de acesso ao mercado (armazenamento, transporte, comunicações, seguros, regulações, meios de pagamento), fazem com que o volume da oferta real se alargue em direção ao volume de oferta possível. A lei de expansibilidade do mercado tende à inclusão de todos os produtos e de todos os consumidores.

A oferta possível corresponde ao estoque social de bens e serviços : a diferença entre a oferta possível e a oferta real é desperdício, conjunto de bens e serviços que não alcançaram o consumidor. A oferta possível (estoque real de bens e serviços) distingue-se da oferta potencial (o estoque possível de bens e serviços). A procura (ou demanda) também estimula a oferta real, empurrando-a para igualar-se à oferta possível; a contenção da procura faz crescer a oferta potencial, o estoque virtual de bens e serviços que não são produzidos. Desperdício de um lado, e ociosidade de outro, resistem à lei de expansibilidade do mercado.

A lei de expansibilidade do mercado é expressão do fenômeno que pode ser designado como sua atratividade : todos os bens, serviços e respectivos produtores, são atraídos para o mercado. A universalidade e unicidade do mercado são consequências dessa atratividade; mercados que se comunicam são mercados que se unificam.

A unicidade do padrão monetário é ao mesmo tempo consequência e elemento determinante da unicidade do mercado.

Para que exista mercado não é preciso que exista moeda. Mas, uma vez existindo, ela passa a ser seu signo, seu sangue : inclui-se no mercado quem

possui ou pode possuir moeda. Bens e serviços que não alcançam preço integram a oferta possível, mas não a oferta real, e restam excluídos do mercado. Seus produtores sofrem redução em sua capacidade aquisitiva, e, no limite, podem ser excluídos do mercado.

Ao início instrumento de equalização, a moeda passa assim a exercer violência. O senhor da moeda é senhor da inclusão e da exclusão. Sua, a mão invisível que manipula o mercado.

2. Moeda

Dentre os fatos jurídicos - fatos que dão suporte à incidência de regras jurídicas - alguns, como o decurso do tempo, são fatos da vida, que existem independentemente do mundo jurídico; outros são fatos que só existem no mundo jurídico, como o contrato, a propriedade; nestes, não se confunde sua natureza jurídica com o fato social pressuposto: no contrato, o acordo de vontades, na propriedade o poder sobre a coisa.

À semelhança do contrato e da propriedade, a moeda é instituto jurídico. Alguns de seus usos - como reserva de valor, como meio de pagamento - vêm-se em outros elementos (v.g. o ouro) ou figuras (v.g. a moeda escritural). Mesmo o uso em que a moeda parece insubstituível - como medida de valor - tem sido possível mediante moedas paralelas ou supletivas, ou sempre que índices de correção (ORTN, URV), funcionaram como moeda.

O padrão monetário só existe como instituição estatal, em virtude dos meios coercitivos que são dispostos para sua defesa e proteção como signo unificador do mercado. F. A. Hayek aponta acertadamente, na prerrogativa estatal de emitir moeda, o inconveniente de todos os monopólios: *"somos obrigados a consumir seus produtos mesmo que sejam insatisfatórios, e, acima de tudo, tal sistema impede a descoberta de melhores métodos de satisfazer necessidades que não digam respeito ou não interessem ao monopolista"*. (Desestatização do dinheiro, Instituto Liberal, 1986, pg. 19). E advoga, por isso, um sistema de livre competição, em que particulares possam emitir moeda com lastro real.

É a lei de expansibilidade e unicidade do mercado - menos do que o curso forçado - que impõe a unicidade da moeda. Toda competição entre moedas terminaria com a vitória de uma delas, e para caracterização de sua estatalidade - independentemente de ser emitida por particular - bastariam as regulações necessárias à sua sustentação. Se editadas pelo Estado, configurariam privilégio; se editadas pelo próprio particular, configurariam delegação de poder estatal.

O problema reside no controle da moeda, de seu emprego ou não em favor das forças disruptivas (restritivas) do mercado.

3. Moedas alternativas

3.1. O "legal"

O governo do Estado de São Paulo instituiu o "legal". Em vez de dar dinheiro a um menor de rua, você pode repassar-lhe uma ou mais cédulas de "legal", que adquiriu nos postos autorizados. Com as cédulas de "legal" o menor pode obter bens ou serviços nesses postos, como alimentos, higiene, lazer.

Embora sendo parte de um programa de assistência (os folhetos de propaganda informam que a "moeda legal" não tem valor monetário), o legal possui todas as características da moeda, salvo a universalidade: ela atende a um mercado restrito de pessoas (os menores de rua) e de bens ou serviços (os selecionados como próprios a serem fornecidos aos menores de rua; o legal não adquire, por exemplo, cola de sapateiro).

Quando Tom Sawyer põe os meninos da vizinhança a pintar sua famosa cerca, vai recolhendo o preço que lhe pagam: coisas assim como um pião, um anzol fora de uso, um escaravelho, etc.; coisas sem estimativa ou circulação no mercado formal, mas que no mercado restrito da molecada, assim como a autorização para pintar a cerca, talvez pudessem ser compradas com o "legal". Se o "legal" é um título representativo de valor para todos os menores de rua, ele pode ser a moeda desse mercado secundário, mediando as trocas entre os menores de rua.

Para isso, basta que o "legal" seja mais fácil de adquirir, ou mais atrativo que o real. Nada impede, então, que se amplie esse mercado, abrangendo-se por exemplo os carrinheiros, ou os demais moradores de rua.

3.2. O "mango"

Qualquer associação de moradores, qualquer cooperativa de produtores ou de consumidores pode instalar um posto de troca de bens e serviços, cujos clientes tenham anotados, em conta corrente, seus débitos e créditos, ou cujas trocas sejam mediadas por um título, digamos, o "mango".

O "mango" difere do "legal": sua colocação no mercado representa a contra-partida de uma oferta de bens ou serviços. Esses podem ser bens e serviços sub-estimados no mercado formal, como por exemplo, as aulas dadas por um professor, que a associação de moradores remunera dignamente em mangos. Podem ser bens e serviços que os mecanismos de mercado empurraram para integrar a oferta possível não realizada: o produto agrícola destinado a perecer por falta de transporte ou preço mínimo. O sub-mercado ou mercado secundário é como o campeonato da segunda divisão: times que seriam destroçados na primeira divisão ganham, nele, o direito de existir e de competir;

ele representa, assim, um estágio ou nível de eficiência ou competitividade, uma esfera de proteção contra o poder destrutivo das mais fortes. Seus bens e serviços são de qualidade inferior? Sim, da mesma forma como o futebol da segunda divisão; mas este também tem seu público.

Uma cooperativa de produtores pode se vincular a uma associação de moradores ou a um grupo de consumidores, para criar seu “mango”. Grupos de cooperativas e de associações de moradores podem ligar-se em redes mais amplas, que ampliam a oferta de bens adquiríveis pelo “mango”.

Esses mercados restritos podem ser estendidos, para incluir micro-empresas e bens ou serviços de consumo popular, produzidos por setores não-oligopolizados. Os “mangos” - títulos de produção personalizada, títulos representativos de poupança - podem ser operados por bancos de crédito popular.

Assim, faixas de exclusão criadas pela ditadura da moeda principal podem eventualmente incluir-se nesse mercado secundário.

4. Cupon social

Em sua obra “Rethinking Socialism” (Verso, Londres, 1995), John Roemer propõe a divisão da moeda em duas. Resumo sua proposta tal como apresentada por Erick Olin Wright na *New Left Review*, março-abril 1995, pg. 153 (Coupon socialism and socialist values): uma das moedas, empregada em todos os usos comuns, seria a “commodity-money”, referida simplesmente como moeda; a outra, designada como “share money” ou cupões, utilizada exclusivamente para adquirir ações e quotas do capital das empresas em geral, seria distribuída equitativamente a toda a população: ao completar dezoito anos, cada cidadão receberia seu quinhão em ações ou quotas, calculado segundo o valor total da propriedade produtiva na economia. Essas moedas são não-conversíveis; ações ou quotas sociais só podem ser adquiridas com cupões. Segundo John Roemer, a intransferibilidade e não-convertibilidade de cupões impede a concentração de riqueza, e que os ricos possam comprar os pobres.

5. Observações finais

A existência de moedas alternativas depende de que se possa criar mercados restritos, e essa possibilidade depende de sua relativa incomunicabilidade com o mercado amplo, ou principal. As moedas desses mercados não podem ser conversíveis, e um sistema de comportas disciplina as inevitáveis trocas entre ambos os mercados, imunizando o mercado secundário contra a invasão da moeda principal.

A fórmula “legal” ou “mango” é subjetivamente restrita: pretende criar um mercado secundário a partir das pessoas excluídas do mercado principal.

A fórmula Roemer é objetiva: compreende uma intervenção que busca reorganizar o mercado a partir de estatutos diferentes para os bens nele incluídos. Ela implica que se abandone a tradicional classificação dos bens com critério em sua materialidade (bens móveis ou imóveis) e que se passe a considerá-los do ponto de vista de sua utilidade econômica (bens de uso pessoal, de consumo, e de produção).

NOTÍCIAS E INFORMAÇÕES

Dissertações de Mestrado defendidas no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio no período de janeiro a julho e 1998

1. Título da Dissertação: Direito à Cidade

Aluno: Ellane Gomes Braz

Data da Defesa: 12.03.98

Orientador: José Ribas Vieira

Banca Examinadora: José Ribas Vieira, Alejandro Bugallo Alvarez, Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca e Fania Fridman.

2. Título da Dissertação: Proteção Regional dos Direitos Humanos. Uma Análise Comparativa de Dois Sistemas

Aluno: Marcia Samis Zolotar

Data da Defesa: 13.03.98

Orientador: Nadia de Araujo

Banca Examinadora: Nadia de Araujo, José Ribas Vieira, Ricardo Lobo Torres e Ana Lúcia Lyra Tavares