

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE



Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Ciências Jurídicas
nº 2, janeiro/julho 1993

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Departamento de Ciências Jurídicas

Direito, Estado e Sociedade

nº 2, janeiro/julho 1993

Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio - nº 2, janeiro/julho de 1993.

Direção do Departamento de Ciências Jurídicas
Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez
Ana Lúcia de Lyra Tavares
Eliane Botelho Junqueira
Joaquim de Arruda Falcão Neto
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
Maria Celina B. de Moraes Tepedino
Tânia da Silva Pereira

Coordenação de Publicação

Gisele Guimarães Cittadino

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio - Rua Marquês de São Vicente, 225/Ala Frings - 6º Andar Gávea - Rio de Janeiro - RJ - Brasil.

Apresentação

O sentimento com que apresentamos, em nome do Departamento de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, este segundo número da *Revista Direito, Estado e Sociedade*, coletânea que reúne artigos e ensaios de professores e pós-graduandos desta Casa e demais colaboradores é, mais que de entusiasmo e admiração, de orgulho.

A publicação deste segundo volume consolida os ideais que motivaram seu nascimento, resumidos na palavra integração. Integração não só entre professores e alunos deste Departamento, através da valorização das atividades acadêmicas, como principalmente entre eles e a sociedade, mediante a divulgação do nosso trabalho.

À Universidade não cabe apenas transmitir conhecimentos. É também sua tarefa prover meios para que novos saberes sejam criados.

Nesta oportunidade homenageamos o Pe. Francisco Machado S.J., pelos seus magnificamente vividos 80 anos, o amado Mestre de Filosofia do Direito que soube transformar em tantos de nós a curiosidade pelo saber em amor ao saber, em filo-sofia.

A publicação deste número não teria sido possível sem a valiosa colaboração dos articulistas que a prestigiaram. Impõe-se, ainda, o registro de nossa gratidão ao Prof. Washington Braga Filho, Diretor do RDC, aos alunos Adrian Sgarbi e Teresa Negreiros e aos funcionários Ana Cristina Moreira e Pedro Cunha, cuja cooperação foi imprescindível à realização gráfica desta edição.

Junho de 1993

Gisele Guimarães Cittadino

Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino

SUMÁRIO

Artigos e Ensaios

O Conceito de Direitos do Homem: Referências para a Compreensão de um Deslizamento Progressivo. Andre-Jean Arnaud	1
Higiene do Trabalho: Uma Questão Ecológica. Antonio Carlos Flores de Moraes	5
O Direito Ambiental e o Novo Humanismo Ecológico. Carlos Roberto de Siqueira Castro	13
A Sociedade Internacional: Nacionalismo Versus Internacionalismo e a Questão dos Direitos Humanos. Celso A. Mello	25
O Problema da Excelência Acadêmica na Universidade Pública. João Maurício L. Adeodato	37
A Lei. José Afonso da Silva	43
As Transformações do Judiciário em face suas Responsabilidades Sociais. José Eduardo Faria	55
A Ordem Mundial Liberal Emergente e os Desafios da América Latina nos Anos Noventa. José María Gómez	67
Diante dos Governos, Os Direitos do Homem. Michel Foucault	77
O Destinatário Ideal do Aparelho Jurídico ou Crônica dos Maus Malandros. Paulo Ferreira da Cunha	79

As Interfaces do Penal: Notas para uma Discussão Atual. Wanda de Lemos
Capeller 83

A Estrutura Jurídica e Social da Família após a Constituição de 1988 no Brasil.
Tânia da Silva Pereira 91

Resenha

Blankengurg, Ehrard. Comaille, Jacques. Galanter, Marc. *Disputes and Litigation.*
Onati Proceedings. Onati, International Institute for the Sociology of Law, 1991.
Eliane Junqueira 105

O Conceito de Direitos do Homem: Referências para a Compreensão de um Deslizamento Progressivo(*)

ANDRE- JEAN ARNAUD(**)

Se, há menos de dez anos, a análise do conceito de direitos do homem dizia respeito, antes de mais nada, aos historiadores e filósofos do direito, os últimos anos caracterizaram-se pelo surgimento repentino de numerosos estudos que, consagrados a este tema, foram elaborados por sociólogos do direito. Desta forma considerando-se a distância que separa sociólogos e juristas, em razão de suas formações diferentes, toma-se fundamental questionar este deslizamento progressivo da filosofia e da dogmática jurídica em direção à sociologia do Direito.

1 - Os Ensinamentos da História da Filosofia do Direito.

O conceito de direitos do homem encontra-se estreitamente vinculado ao conceito de direito subjetivo que, compreendido como o direito inerente ao indivíduo, surgiu relativamente tarde na história do pensamento jurídico ocidental.

Como até o final da Idade Média, o termo latim *jus*, tradicionalmente traduzido por direito, na realidade significativa a relação justa entre as coisas, o problema central da época consistia na determinação, em cada conflito, da relação justa de cada tribunal específico, ou seja, de cada ambiente espacial, temporal, político, econômico, social, religioso, etc.

Somente com o surgimento da Segunda Escolástica, com seus desenvolvimentos no franciscanismo anglo-saxão e, após vários rodeios, com autores da Escola de Direito Natural e dos Povos, aparece a noção de direito proclamam que esta faculdade é inerente ao indivíduo, ou seja, que se trata de direitos inscritos no coração do homem, de direitos anteriores ao contrato social e, por consequência, de direitos inatacáveis pelos governantes.

(*) Tradução de Eliane Junqueira.

(**) Diretor de Pesquisa do CNRS (França) e ex-Diretor Científico do Instituto Internacional de Sociologia Jurídica (Onati-Espanha).

Esta evolução da noção de jus para facultas decorre, fundamentalmente, da laicização progressiva das relações jurídicas pois, admitido o fato de não ser o direito objeto de uma "Revelação", torna-se possível, com efeito, afirmar a existência de direitos universais inscritos na razão humana. Estes são os termos encontrados, pela primeira vez, no *Bill of Rights* (1689), responsável também pela vinculação entre a nova concepção dos direitos subjetivos e a noção de liberdade, tema de um trabalho laborioso dos teólogos, posteriormente substituídos pelos filósofos moralistas. De início, a liberdade era um fato - o fato de "não ser impedido" -, que se exprimia, primeiramente, como uma resistência objetiva ao poder pela demanda de franquias (Magna Carta de 1215 e 1225, Petição de direitos de 1628, Habeas Corpus de 1679) e, depois, de maneira mais subjetiva, com o desenvolvimento da noção de direitos do indivíduo.

Com a Declaração de Independência dos Estados Unidos, consagra-se a vinculação entre direitos subjetivos Universais inerentes ao indivíduo e liberdade considerada como um direito tão primordial como o direito à vida e o direito à busca de felicidade. As diferentes Declarações posteriores retomaram, com variações, este tema, até que, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, a própria liberdade, em nome dos inalienáveis e sagrados direitos naturais do homem, passa a ser considerada como uma faculdade, a liberdade de poder fazer tudo que não incomoda o outro.

Dentre os escassos desenvolvimentos originados esta linha nascida especificamente na Europa dos tempos modernos, destacam-se a explícita extensão à mulher, por ocasião da proclamação da nova República na França, da garantia constitucional dos direitos reconhecidos ao homem (Constituição de 27 de outubro de 1946); a introdução da noção de regime de direito, único a assegurar a garantia do direito de todos os indivíduos à vida, à liberdade e à segurança, pela Declaração Universal do Direitos do Homem (ONU, 10 de dezembro de 1948); e, enfim, a Convenção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que, por sua vez, enfatizou a implementação da proteção dos direitos, tal como nos foram legados pela tradição europeia, e a defesa das garantias asseguradas por um regime democrático na condução de um processo penal.

Em resumo, a história da filosofia do Direito ensina-nos, por um lado, que os direitos do homem, enquanto direitos subjetivos, originados na tradição europeia, são uma descoberta relativamente recente na história da humanidade e, por outro lado, que a percepção da palavra direito no sentido de direito subjetivo praticamente suplantou a definição de direito como uma relação justa entre os bens.

2. Os Ensinamentos da Sociologia Jurídica

Os sociólogos passaram a ser questionados sobre a efetividade dos direitos do homem que, proclamados por quase todo o mundo, ainda são tão desrespeitados, provavelmente, após a explosão dos "novos" direitos.

Com certeza, aos sociólogos do direito coube o mérito do reconhecimento da existência, ao lado dos Direitos oficiais, legitimamente em vigor, dos sistemas jurídicos alternativos, algumas vezes denominados de informais, mesmo quando dotados de formas tão rígidas como o Direito. Em muitos sistemas jurídicos, foram, desta forma, reivindicados direitos não reconhecidos pelo Direito, como aconteceu com o nosso próprio sistema jurídico, onde esses intelectuais descobriram a reivindicação de "novos" direitos. No entanto, ao analisarem essas reivindicações, os sociólogos do direito foram obrigados a reconhecer que estes direitos não compartilham a mesma natureza dos direitos antigos, pois são fundados na existência de novos titulares (as mulheres, as crianças, os estrangeiros, as minorias, os deficientes físicos e as pessoas em situações de inferioridade, como os consumidores, etc.) ou de novos conteúdos (ambiente, paz, desenvolvimento, integridade do indivíduo face aos desenvolvimentos da ciência etc.).

Ora, enquanto alguns desses direitos transmitem as idéias de igualdade e de universalidade sobre as quais eram fundados os direitos subjetivos, outros transmitem a idéia de solidariedade, ou seja, de um equilíbrio com o ambiente social, político, jurídico, econômico, religioso, histórico, geográfico em uma situação pontual, hipótese que se remete mais a uma definição do direito como uma relação justa do que como um direito subjetivo inerente à pessoa.

Assim, quando falamos - ou escutamos falar, em volta de nós - de direitos, nós devemos, hoje em dia, desconfiar de uma possível confusão entre as duas noções, das quais uma, mais antiga, durante um período foi deixada para trás pelo desenvolvimento do conceito de direito subjetivo que, considerado um progresso tão fundamental na vida da humanidade, não poderia ser relegado a segundo plano sem que tal atitude fosse percebida como uma regressão.

Reconhecer que a reivindicação de um direito implica, primeiramente, pensar em termos de uma relação justa seria verdadeiramente uma regressão? Uma resposta negativa a esta pergunta permite explicar e compreender - o que não significa "aceitar" - como as civilizações, que não têm por referente a história da filosofia do direito ocidental, não consideram como direitos do homem o que nós consideramos como tal.

No entanto, esta resposta não nos subtrai a necessidade de apreciar o justo, o que implica tanto uma intransigência pessoal e coletiva sobre os valores, como a aceitação de conflitos entre pessoas possuidoras de valores diferentes. O respeito à

dignidade humana obriga ou proíbe o uso do xador? Permite fechar os olhos sobre as práticas de clitoridectomia? Justifica ou não o direito ao aborto? O Direito, portanto, não é mais o senhor, sendo necessário admitir que cada um de nós também tem um papel de militante a desempenhar, pois nada é definitivo.

Da mesma forma, nos é permitido ser absolutamente intransigentes quanto à existência de democracias verdadeiras, único tipo de poder suscetível de garantir as liberdades pois, ao consagrar um direito e os mecanismos de sua proteção, uma democracia compromete-se a tornar este direito respeitado de acordo com as normas do Direito. Desta forma, não constitui uma injúria convidar outras civilizações diferentes da civilização ocidental a se interrogarem sobre direitos que consideram derivados de relações justas e que a Europa considera como direitos subjetivos. Apesar da definição da liberdade, tal como legada pelos primeiros redatores das declarações dos direitos do homem, ser proveniente - ainda que não em linha direta - dos teólogos e canonistas da Cristandade medieval, ela também é encontrada em várias sabedorias orientais. Desta forma, nós também devemos nos questionar constantemente sobre os valores que, considerados por nós como universais, vêm sendo contestados pela história recente.

A noção do direito entendido como relação justa, permite aos juristas reabilitar em proveito de todos uma tradição perdida. Como o direito, ao passar do desenvolvimento de uma filosofia "moderna" ao positivismo, tornou-se progressivamente equivalente à lei, a definição do direito como relação justa, recupera a importância do papel do intérprete. Afinal, ao magistrado cabe, em todos os casos que lhe forem apresentados, determinar, em primeiro lugar, se a questão significa um desrespeito a um direito inerente ao indivíduo, e, em caso negativo, determinar o justo que se aplica à relação em causa. Por estas razões, devemos concluir em favor da absoluta necessidade de que todos os indivíduos possam recorrer à instância judiciária democrática superior à que não lhe reconheceu o direito reivindicado, ponto de vista segundo o qual a Corte européia de direitos do homem assume uma figura de proa na história da proteção dos indivíduos.

Higiene do Trabalho: Uma Questão Ecológica

ANTONIO CARLOS FLORES DE MORAES (*)

Restrito a debates entre os sindicatos, advogados trabalhistas e empregadores, o ambiente de trabalho passou a ser matéria de preocupação de toda a comunidade mundial, simplesmente porque a poluição causada pela produção industrial não mais se restringe aos locais de trabalho, iniciando-se aí, isto sim, uma cadeia de destruição de longo alcance.

Imaginando-se que a felicidade do homem - ou pelo menos daqueles que usufruírem do progresso - seria alcançada através da fabricação a qualquer custo, sacrificou-se o operário e destruíram-se fontes de riqueza. O custo, portanto, foi alto demais.

Roger Geraudy, grande pensador católico, chegou a afirmar que nós nos arrogamos o direito de esgotar, em uma única geração, energias e recursos guardados há milhões de anos nas entranhas do planeta Terra. (*Apelo aos Vivos*, Ed. Nova Fronteira, pág. 17).

E, com relação ao trabalhador, o que ocorreu? No século passado, exploração da criança e da mulher, desemprego em larga escala. Retratando bem a época, em especial quanto ao trabalho infantil, Joseph Charmont comenta: "a lei mais antiga, a de 1841, fixou timidamente esta idade mínima em oito anos. Esta medida pareceria hoje miserável. Quando em 1868 Jules Simon publicou seu livro "*Ouvrier de huit ans*", o título por si só já era um apelo à compaixão da opinião pública". (*Les transformations du droit civil*, Paris, 1921, p. 46).

Com a industrialização moderna e a febre da produção, a situação do obreiro alterou-se pouco, principalmente, se considerarmos que a técnica não é tudo, ficando, na realidade, alguma coisa de fora e, talvez a mais importante: o lado ético e humano da pessoa que se encontra no trabalho.

Além do mais, a febre da produção e do lucro a qualquer preço produziu junto com ela grave e perigosa seqüela, causando insegurança generalizada às classes sociais. Paul Deschanel por exemplo, em 1912, denunciava a situação: "o trabalho é hoje a honra do homem e a alma da sociedade. Entretanto, o trabalho, que é soberano na ordem política, permanece ainda muitas vezes

(*) Professor Auxiliar do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

miserável na ordem econômica. Este contraste constitui para nós um drama pungente". (*Traité de Droit du Travail*, vol. I, 1947, p. 14).

Em nosso País, a situação não foi muito diferente, como informa Raul Sá Pinto, em sua tese de doutoramento, acerca das condições de trabalho no Rio de Janeiro, em 1907: "O operário, nas atuais condições de vida, dizemos e havemos de repetir, não morre naturalmente, é assassinado aos poucos". (*Higiene do Trabalho*, 1907, p. 23).

Três anos antes, Evaristo de Moraes comentava que "aqui (Rio de Janeiro) o trabalho é exercido em condições primitivas. Se de algum conforto gozam os operários de certas fábricas é devido à bondosa iniciativa de alguns patrões, que aliás, não se empobrecem com a prática da generosidade". (*Apontamento de Direito Operário*, LTR Editora, 1971, p. 89).

E, como chegamos aos nossos dias? Melhoramos com a legislação protecionista de 1943 e, posteriormente, com a Constituição de 1988?

Inicialmente, cabe lembrar que a solução ou, pelo menos, a proteção legal dos trabalhadores resultou da intervenção do governo na atividade econômica. O fim do Estado absentelista é definido, inclusive, pela Doutrina Social da Igreja, como, por exemplo, o Papa Leão XIII que, em sua Encíclica "*Rerum Novarum*" considerava dever da autoridade pública "subtrair o pobre operário a desumanidade de ávidos especuladores que abusam, sem nenhuma discrição, das pessoas, como das coisas".

Quanto à participação do Governo, em nosso voto na qualidade de relator das Contas de Gestão da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, exercício de 1989, aprovado por unanimidade em Sessão do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, realizada em junho de 1990, lembramos que se deve tomar cautela para que as autoridades públicas não regulamentem a atividade econômica de forma a tolher qualquer liberdade de auto-organização, transformando-se, ele Estado, num leviatã moderno que, como Júpiter, devorou seus próprios filhos.

O grande pensador mexicano Otávio Paz comenta que os "liberais acreditavam que, graças ao desenvolvimento da livre empresa, floresceria a sociedade civil e, simultaneamente, a função do Estado se reduziria a simples supervisor da evolução espontânea da humanidade. Os socialistas também previram, com o surgimento do socialismo, o desaparecimento do Estado. Porém, o Estado do século XX revelou-se como uma força mais poderosa que a dos antigos impérios e como um amo mais terrível que os velhos tiranos e déspotas". (*Ogro Filantrópico*, Ed. Guanabara, 1989, p. 100).

O Estado brasileiro não fugiu à regra. Carlos Estevam Martins o considerou como "também uma vítima do fenômeno do Absolutismo burocrático".

Já no século passado, José de Alencar denunciava a força da burocracia no Brasil e, segundo Florestan Fernandes, o excesso de intervencionismo e burocratização do Estado nacional transformou-o em liberal

somente em seus fundamentos formais, porque, "na prática, ele era instrumento de dominação patrimonialista ao nível político". (*A Revolução Burguesa no Brasil*, Ed. Guanabara, 3ª ed., p. 68).

Sônia Draibe declara que a autonomia do Estado, a partir de 1930, adquiriu expressão material na medida em que cresceu através de seus órgãos, na capacidade regulatória e intervencionista (Rumos e Metamorfoses, Paz e Terra, p. 43). E tal autonomia do Estado, segundo Luciano Martins, é típico de países de capitalismo tardio, que não participaram da revolução industrial e democrática da grande propriedade rural à americana, havendo, por esse motivo, dissociação entre a ordem econômica e a ordem política nessas sociedades. (*A Revolução de 30 e seu Significado Político*, artigo publicado no Seminário sobre a Revolução de 1930, FGV, outubro de 1980).

Dáí, sob a regência de um Estado autônomo, regulador, intervencionista e insensível aos anseios sociais, modelou-se o atual quadro sócio-econômico brasileiro. Por força da desagregação das ordens econômica e política, as normas tutelares trabalhistas transformaram-se mais em questões penais, cuja fiscalização cabe ao Estado, por ter tirado da sociedade os instrumentos necessários a se auto-regulamentar.

E a sociedade brasileira, como tem reagido ao problema? Tem ela procurado solucionar o desafio das condições de trabalho, auto-regulamentado-se?

Quanto à participação social, muito se tem estudado acerca do caráter do povo brasileiro, em especial, quanto ao seu comportamento em coletividade. Em nossa formação, Oliveira Vianna considerava que os colonizadores usavam "da terra não como senhores, mas como usufrutuários, só para desfrutarem e a deixarem destruída". (*Evolução do Povo Brasileiro*, Ed. Cia. Nacional, 1933, 2ª ed., p. 211).

É interessante transcrever o relato de Frei Vicente de Salvador, datado de 1627, sobre as anotações de um bispo de Tucuman, da Ordem de São Domingos:

" - Disse o bispo: verdadeiramente que nesta terra andam as coisas trocadas, porque toda ela não é república, sendo-o cada casa ... Pois o que é fontes, pontes, caminhos e outras coisas públicas é uma piedade, porque, atendo-se uns aos outros, nem um às faz, ainda que bebam água suja e se molhem ao passar os rios ou se orvalhem pelos caminhos de ficar, senão do que hão de levar para o reino". (*História do Brasil*, Ed. Melhoramentos, SP, 1954, p. 41/43).

Evaristo de Moraes Filho registrou o aspecto isolacionista do povo brasileiro, afirmando: "desde os tempos coloniais, como que vive o brasileiro isolado, separado um do outro, em verdadeiro atomocismo social. Salvo raras manifestações

de filantropia, de festividades periódicas, não se aproximam as pessoas, voluntariamente, para um convívio contínuo, para a constituição de um colégio institucional independente de suas próprias vidas individuais". (*O Problema do Sindicato Único no Brasil*, Ed. Alfa Ômega, SP, 1979, p. 310/314).

Tal isolamento agrava a tendência autônoma e patrimonialista do Estado nacional, porque a sociedade passa a aceitar o mito de que o Governo pode resolver todos os problemas. E outro círculo vicioso é formado. Ao Estado não interessa orientar a sociedade no sentido de maior participação política, a não ser na hora do voto. O povo, por força de suas próprias características e estimulados por elementos de alienação colocados fartamente à sua disposição, é facilmente levado a permanecer não participativo.

Dentro desse quadro, é necessário uma persistência quase sobre-humana para se conseguir reunir meia dúzia de pessoas para dar solução aos problemas mais simples. Pode parecer exagero, mas muito prejuízo seria evitado e até vidas poupadas se a população se mobilizasse para solucionar pequenos problemas.

Temos, em consequência, uma sociedade que conquistou direitos, mas sem formação para reivindicá-los; uma massa trabalhadora desamparada, embora regida por uma Constituição que lhe garante o Paralisa.

A nossa Carta Magna consagra o princípio de que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tendo por finalidade assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170). A LEX LEGUM garante, ainda, aos trabalhadores: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º).

Com relação à higiene e segurança, a Constituição Federal trata da matéria no art. 7º, incisos XXII (redução dos riscos), XXIII (adicional de remuneração), XXVIII (seguro contra acidentes) e XXXIII (proibição a menores de 18 anos) e, ainda, no art. 201, I (plano previdenciário).

Na CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943, a questão da segurança e medicina do trabalho está regulada no Título II, Capítulo V, cuja redação atual foi dada pela Lei 6514, de 22/12/77. Do artigo 154 até o de nº 201, a CLT procura proteger os trabalhadores contra os agentes nocivos à sua saúde (insalubridade) ou atividades com explosivos e inflamáveis (periculosidade).

Sendo impossível à legislação prever todas as questões em tão ampla matéria, o art. 200 da CLT determina que "cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho ..."

Com base nesse dispositivo legal, em 8 de julho de 1978, através da Portaria 3214, publicada no DOU de 06/07/78, o Ministro Arnaldo Prieto aprovou as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis

de Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho. Esta Portaria sofreu algumas alterações, sendo a principal a de nº MTB/GM 3048, de 16 de março de 1988, publicada no DOU de 21/03/88, baixada pelo Ministro Almir Pazzianoto Pinto.

São ao todo 28 Normas Regulamentadoras, divididas nos seguintes itens:

- | | |
|--|---|
| NR. 1 - Disposições Gerais | NR. 15 - Atividades e operações insalubres |
| NR. 2 - Inspeção Prévia | NR. 16 - Atividades e operações perigosas |
| NR. 3 - Embargo e Interdição | NR. 17 - Ergonomia |
| NR. 4 - Serviços de Especialização em Segurança e medicina do Trabalho | NR. 18 - Obras de Construção, demolição e reparos |
| NR. 5 - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA | NR. 19 - Explosivos |
| NR. 6 - Equipamento de Proteção Individual - EPI | NR. 20 - Combustíveis Líquidos e inflamáveis |
| NR. 7 - Exames Médicos | NR. 21 - Trabalhos a céu aberto |
| NR. 8 - Edificações | NR. 22 - Trabalhos subterrâneos |
| NR. 9 - Riscos Ambientais | NR. 23 - Proteção contra incêndios |
| NR. 10 - Instalações e Serviços de Eletricidade | NR. 24 - Condições sanitárias |
| NR. 11 - Transporte, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais | NR. 25 - Resíduos Industriais |
| NR. 12 - Máquinas e Equipamentos | NR. 26 - Sinalização de Segurança |
| NR. 14 - Fornos | NR. 27 - Registro de profissionais |
| | NR. 28 - Fiscalização e Penalidades |

Como não é o momento de um maior aprofundamento de cada matéria regulada nas NRs, ficaremos limitados a verificar se elas, por si só, solucionaram o problema da higiene e segurança do trabalho.

Em 1987, por exemplo, tínhamos 22.986.200 trabalhadores segurados na Previdência Social e ocorreram 1.137.124 acidentes de trabalho, dos quais 5.328 resultaram em morte. Nos anos subsequentes, pouco se alterou do quadro, chegando em 1990 a verificarmos 5.355 casos fatais.

Nesse mesmo ano, segundo informações do INSS/RJ - Seção de Segurança do Trabalho, o maior índice de infração às normas trabalhistas foi praticada pela indústria, com 31,8% dos casos, sendo a atividade de obras com 25,4% e, por incrível que possa parecer, órgãos públicos com 1,7%.

Com referência às notificações expedidas por falta de cumprimento das Normas Regulamentadoras, no período de fevereiro a setembro/90, a Seção de Segurança do Trabalho constatou 450 (quatrocentos e cinquenta) casos de desrespeito à NR. 5 (CIPA), estando em segundo lugar a NR. 23 (Proteção contra incêndio), em terceiro a NR. 6 (Equipamento de Proteção Individual), em quarto a NR. 18 (Obras de Construção) e assim por diante.

Esse dado, por sinal, merece reflexão mais detalhada: o maior descumprimento às NRs é justamente à de nº 5, que regulamenta a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA.

Inicialmente, para se ter idéia da importância da matéria, ela é regulada pelo art. 10, II, "a" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos arts. 163 a 165 da CLT e, como referido anteriormente, na NR. 5. Em síntese, todas as empresas privadas e públicas e os órgãos governamentais que possuam empregados regidos pela CLT são obrigados a organizar e manter em funcionamento, por estabelecimento, uma Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA.

Esse órgão é composto por representação da empresa e dos empregados, com mandato de 1 (um) ano permitida a reeleição, com o número de empregados no estabelecimento e o grau de risco.

A Constituição Federal garante a estabilidade provisória do empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

As finalidades básicas da CIPA são observar e relatar as condições de risco nos ambientes de trabalho e solicitar medidas para reduzir até eliminar os riscos existentes e/ou neutralizar os mesmos, discutir os acidentes ocorridos, encaminhando aos Serviços Especializados em Engenharia e Segurança e em Medicina do Trabalho e ao empregador o resultado da discussão solicitando medidas que previnam acidentes semelhantes e, ainda, orientar os demais trabalhadores quanto à prevenção de acidentes.

Resumindo, a CIPA significa participação dos trabalhadores em órgão colegiado com o empregador (democracia), a discussão dos acidentes e sua divulgação (publicidade), investigação das causas dos acidentes e realização de cursos necessários (participação comunitária) e, como o próprio nome indica, a

prevenção de acidentes.

E, justamente, a norma que determina a formação de órgão que representa democracia, publicidade, participação comunitária e prevenção não é respeitada pelas empresas. Tal fato não chega a surpreender se nos lembrarmos dos ensinamentos de Oliveira Vianna e Evaristo de Moraes Filho, acerca da falta de participação de nossa sociedade e o pensamento retrógrado de nossas elites.

Mas, de qualquer forma, é lamentável! ...

Verifica-se, portanto, que para a sua solução não basta a fiscalização do Estado, pois esta nem sempre é eficaz, devendo-se, isto sim, mudar-se a mentalidade de nossa gente.

Como uma primeira tentativa de solução, entendemos que dever-se-ia transformar o Sindicato, verdadeira e efetivamente, no substituto processual dos componentes da categoria profissional na defesa de seus interesses individuais. Nessa etapa, manter-se-iam as normas causuísticas e excessivamente regulamentadoras, tirando-se, no entanto, o monopólio da fiscalização das mãos do Estado, ao permitir-se que os Sindicatos de empregados e mesmo de empregadores também a exercessem. Inclusive, possuiriam esses órgãos plena capacidade e competência para ingressar em Juízo, visando à reparação dos danos e aplicação das penalidades cabíveis.

Os Sindicatos, no pleno exercício de seu Direito Público Subjetivo, poderiam exigir do Estado o cumprimento de suas funções de polícia, ocasião em que este exigiria administrativamente das empresas a adoção das medidas necessárias, sob pena de embargo e interdição de suas atividades.

O segundo passo e, quicá, talvez o definitivo, deveria ser dado na direção da mais ampla negociação direta entre os Sindicatos patronais e de empregados. Com relação a esse tema, cabe aqui lembrar o proffcuo, desafiante e construtivo ano de 1968, em especial a agitação social de maio em França, país tido como do primeiro mundo. Camerlynck e Lyon-Caen, citados por Evaristo de Moraes Filho, na 5ª edição de nosso livro *Introdução ao Direito do Trabalho*, LTr, p. 67, atribuem aquela agitação à falta de negociações institucionalizadas, à subestimação que se dava ao movimento sindical como fator de regulação dos problemas sociais e à ausência de negociação permanente e obrigatória das condições de trabalho e de remuneração. Os acordos de Grenello resolveram uma greve de dimensões até então desconhecidas. Depois deles, tanto o Governo como a Confederação patronal acabaram por admitir "*le fait syndical dans l'entreprise*".

Esse é o caminho natural do moderno Direito do Trabalho como há muitos anos ensinava Georges Scelle (*Précis de Legislation Industrielle*, Paris, 1927, p. 350), "no início, encontramos-nos diante de uma concepção autoritária da organização do trabalho: a corporação estreita e parada do antigo regime; o patrão autócrata e proprietário do Código Civil. Depois do estágio intermediário do estatuto legal e da intervenção legislativa, entrevemos o advento de uma regulamentação

competente, técnica, autônoma da produção, baseada no concurso e no acordo de seus fatores essenciais: o capital, a força de trabalho, a ciência técnica. A lei unilateral do empregador ou do Parlamento transforma-se, pelo contrato coletivo e pelas organizações paritárias, na lei convencional, emanado dos próprios interessados, poder-se-ia dizer em governo direto e democrático da produção".

A higiene e segurança, finalmente, não dizem respeito apenas às relações privatísticas do trabalho, pois atinge todas as pessoas direta ou indiretamente. Por um lado pode a pessoa ser a própria acidentada ou doente, por outro, o ambiente insalubre ou perigoso pode gerar graves consequências para a Seguridade Social, onerando-a em excesso. E, devemos sempre lembrar que a Seguridade Social é um grande "clube" do qual fazemos todos parte...

Como cidadãos, ainda mais, uma produção industrial insalubre atingirá o meio ambiente, prejudicando a nossa e as futuras gerações, no que diz respeito à qualidade de vida.

Conclui-se, portanto, que o grande desafio do brasileiro, no futuro, será o de fazer valer os seus direitos e vencer a luta contra o Estado regulamentarista, opressor, patrimonialista e (por mais contraditório que possa parecer) omissivo, obrigando-o a agir, através de todos os seus Poderes, de fato, de acordo com os interesses da sociedade.

O Direito Ambiental e o Novo Humanismo Ecológico (*)

CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO

É justo afirmar que a questão do meio ambiente erigiu-se em categoria universal e definitiva na antevéspera do terceiro milênio. Em que pese a proclamação prestigiosa quanto ao fim das ideologias, de longa data anunciada por RAYMOND ARON e DANIEL BELL, tem-se no discurso e nas advertências ecológicas o último grito das grandes vertentes ideológicas, capaz de consolidar e mesmo enriquecer os ideários que agitaram o curso da história e edificaram as civilizações, a exemplo da cristandade, do liberalismo e do socialismo. Ideológica porque, em paralelo com aquelas concepções sistêmicas do mundo em que vivemos, o arsenal de argumentos defensores do meio ambiente engloba também, e por inteiro, a trajetória da saga humana. Só que com uma diferença fundamental e por certo atemorizante: é que a ideologia do ecossistema, ao contrário daqueles reinados da filosofia política e existencialista, não traduz uma opção voluntária e facultativa em face das valorizações individuais acerca do papel do homem no tempo e no espaço. Traduz, sim, uma ideologia compulsória e decisiva, fadada a condicionar para sempre as formas de vida na terra e a própria sobrevivência da espécie humana.

É, por assim dizer, uma ideologia planetária que arregimenta os esforços e preocupações permanentes de cada ser e de cada célula social: arrebatada, a um só tempo e num mesmo feixe de responsabilidades, todas as perspectivas da expressão individual e coletiva, desde o indivíduo à família, das vilas às megalópoles, do Estado nacional aos blocos político-econômicos, dos continentes a todos os confins do planeta. Em verdade, nada escapa à abrangência ecológica que perpassa todos os matizes do comportamento social e a inteireza da paisagem terrestre, projetando-se desde as profundezas do solo e dos mares ao desconhecido das galáxias.

Se se trata da ideologia derradeira, trata-se também, para alívio geral, de um novo e formidável humanismo, cujo determinismo histórico não é, apenas, intuído como os demais credos filosóficos, mas é principalmente sentido, visualizado

(*) Conferência escrita por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em junho de 1992.

e palpável. Enquanto as ideologias precedentes seduziram o homem pela razão, pela fé ou pela emoção, o credo subjuga-o pelos sentidos: pela visão dos rios assoreados e da desertificação das florestas; pela audição dos decibéis ensurdecedores; pelo olfato do monóxido de carbono e dos odores nauseantes dos centros urbanos e industriais; pelo sabor acre da água clorificada, das verduras com agrotóxicos e dos alimentos enlatados e conservados à custa da química cancerígena; pela sensação do calor insuportável e das mudanças climáticas, não raro catastróficas, que provocam o esquentamento do planeta e do degelo das calotas polares. E isto para não falar do pânico total diante do epílogo da existência, por força da guerra química e da hecatombe nuclear, tornada factível após a chacina de Nagasaki e Hiroshima.

Reconheça-se, nessa ordem de ponderações, que o movimento ecológico deste fim de século é a última porta aberta para a inalcançada união dos homens, a esperança que restou para a utopia da sociedade fraterna e autogestionária. Ao doutrinar a reconciliação dos seres inteligentes com a natureza, a pregação ecológica metaboliza o plasma da sobrevivência do homem e de sua morada no universo. Por acréscimo e com vantagens, consolida aquilo que foi o ideal do socialismo democrático no ocaso do século XIX, cujas ambições humanitárias e solidaristas visavam ofertar a todos o usufruto dos bens da vida e das artes para uma existência digna, liberta e justa, onde a realização individual dependesse da alteridade em regime de harmonia e paz.

E por falar nas relações entre socialismo e ecologia, vale rememorar o comentário de GEORGES FRÉCHE, Deputado pelo Partido Socialista francês e professor de história das idéias políticas na Universidade de Montpellier, que asseverava com lucidez: - "Enquanto no fim do século XIX, e malgrado as críticas de Lênin, os socialistas alemães, desde Edouard Bernstein e Karl Kautsky, tiveram a sabedoria de conciliar o humanismo socialista com os reclamos das liberdades públicas para fundar a social democracia moderna, um século mais tarde o Partido Social Democrata - SPD - alemão, influenciado por homens do porte de Willy Brandt e Oskar Lafontaine, empreendeu a convergência entre a social democracia e os postulados da ecologia nascente" (em "La France Ligtée, Ed. Belfond, 1990, p.247).

Não é por outra razão histórica, e bem a propósito, que os "Grunen" na Alemanha e, de um modo geral, a legenda dos "Verdes", na Europa e na América Latina, tendem a alienar-se às agremiações partidárias representativas do humanismo socialista, hoje remoçado com as várias vertentes da esquerda democrática.

O novo humanismo ecológico, além de aposentar as disputas geopolíticas que infelicitaram a humanidade no período da guerra fria sacramentada com os acordos de Yalta, na metade do século findante, exhibe a superioridade de exprimir-se com inexcédível simplicidade nas escalas do pensamento. Afirma-se, tout court, com a singela mas incontraditável premissa de que o homem é parte

integrante e insuprimível da natureza e que sua vida depende do solo, das águas e do ar que a todos cercam.

Em conseqüência, a engenharia humana deve aprender a respeitar e a proteger o meio ambiente como condição de subsistência: da flora, da fauna e da humanidade. Em suma, a nova ciência ecológica - que constitui um amálgama teórico das ciências exatas e sociais, eis que sintetiza a bioquímica, a física e a medicina com a geopolítica, a sociologia e novo direito ambiental - desponta para demonstrar, sem margem de controvérsia, que o homem se destrói, destruindo a natureza.

Nesse contexto acadêmico, especialmente o Direito Ambiental desponta como o mais abrangente e penetrante ramo da ciência jurídica, revolvendo nas profundezas todo o conjunto de institutos e valores romanísticos enraizados na ordem privada, a ponto de instabilizar sadiamente a própria arquitetura do pensamento jurídico contemporâneo. Trata-se, porém, de um ramo das ciências sociais dotado não apenas do atributo de disciplina indutora de comportamentos individuais e coletivos, mas sobretudo de inspiração teleológica ou de finalística específica, como seja o regramento da conduta humana e das atividades industriais e econômicas a fim de preservar o meio ambiente e aprimorar a qualidade da vida. Consoante assevera o Prof. MICHEL PRIEUR, da Universidade de Strasbourg - França, - "mais do que um novo ramo do direito com seu próprio corpo de regras, o direito do ambiente tende a penetrar todos os sistemas jurídicos existentes para os orientar num sentido ambientalista" (citado por PAULO AFFONSO LEME MACHADO, em "Direito Ambiental Brasileiro", Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 56).

É natural, contudo, que esse novo ramo da ciência do direito, dada a sua vocação expansionista na enciclopédia do conhecimento jurídico, esteja a enfrentar resistências de todo tipo. Pode-se apontar, de um lado, a reação das mentes conservadoras e elitistas, agarradas a preconceitos contra as limitações ao direito individual de propriedade, em sua visão arcaica e ultra-liberal, sabido que o direito ambiental necessariamente impõe restrições à utilização dos bens da vida. Não é supérfluo lembrar, neste passo, que a nossa formação jurídica é eminentemente civilista e privatista, calcada no liberalismo possessivo que erige as relações de domínio em categoria suprema e intangível. E a ótica burguesa reage, sempre, ao inarredável processo de coletivização dos bens e interesses econômicos, como também à crescente publicização do sistema jurídico, que faz sobreparar os postulados do compromisso público e da solidariedade social sobre as autonomias privadas.

De outro lado, o direito ambiental enfrenta o impacto da irreversível internacionalização das questões do eco-sistema, que põe em evidência as precariedades das legislações internas para dirimir conflitos e instituir responsabilidades em virtude de agressões ao meio ambiente que ultrapassam as fronteiras de um país e repercutem em outras nações ou em áreas internacionais.

Éo caso notório, por exemplo, da chuva ácida, das fendas na cada de ozônio, da poluição dos mares e dos rios que banham territórios de vários Estados.

Se essas dificuldades não bastassem, a questão da afirmação do direito ambiental enfrenta, sobremais, o desafio da restrita eficácia das normas legais destinadas à preservação do sistema ecológico. Basta ver, tomando-se o exemplo do Rio de Janeiro, que, dos 150 processos versando questões ambientais em curso nas Varas Federais da Capital, apenas 10% lograram alcançar julgamento de mérito. E dentre os casos não sentenciados, encontram-se muitos que mobilizaram intensamente a opinião pública, como o vazamento de 150 litros do mortal ascarel no complexo industrial da Thyssen e o incêndio de 40% da Reserva Biológica de Poço das Antas, sem esquecer o despejo diário de cerca de 300 quilos de metais pesados pela Cia. Siderúrgica Nacional no Rio Paraíba do Sul.

A lentidão dos ritos judiciais, que não deixa de ser um fenômeno universal, não desmerece, contudo, a excelência da legislação ambientalista brasileira, que pouco ou nada fica a dever ao conjunto de leis vigorantes nos grandes centros da Europa, dos Estados Unidos ou do Japão. É justo assinalar que sobemos acompanhar a evolução do direito positivo ambiental, considerando sobretudo a mudança da estratégia legislativa ocorrida nos anos 70, 80 e 90. Sabe-se que na década de 70 a lei ambiental concentrava-se no requisito do licenciamento prévio para a instalação de indústrias e no sistema de controle de atividades poluentes. Já na década de 80 observa-se a ênfase na tipificação da lesividade e nos procedimentos de apuração de responsabilidades por danos ecológicos. Doravante, neste fim de século, orienta-se o legislador e as agências governamentais no sentido de criar mecanismos conducentes à máxima redução de riscos à ecologia e à saúde, de maneira prevenir a insurgência de focos de poluição, além de realçar a superlativa importância da educação ambiental como premissa para a formação de uma ampla e vigorosa consciência ecológica, que, fora de dúvida, é o mais eficaz indutor do "desenvolvimento sustentável" ("sustainable development"), ou seja, do progresso civilizatório compatibilizado com os padrões de preservação da natureza. Encimado nessa convicção, o legislador constituinte brasileiro em boa hora fez incluir na nova e democrática Constituição a incumbência do Poder Público de - "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente" (art. 225, § 1º, VI).

De fato, com a edição, entre nós, da Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980, que estabeleceu as diretrizes básicas para zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e especialmente da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente e deflagrou a atuação do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA, ao lado de centenas de diplomas normativos emanados dos três níveis de governo na federação, dispendo sobre a poluição e o impacto ambiental, a política nuclear, a exploração dos recursos hídricos e minerais, a utilização de substâncias tóxicas, as áreas de especial interesse para conservação, as reservas ecológicas, a fauna e a flora, além dos

parques e florestas, pode-se afirmar que, em termos de legislação ambiental, estamos incluídos nos padrões de 1º mundo. Muito especialmente sobressai nesse copioso acervo legislativo, para orgulho do legislador pátrio, o capítulo VI, constante do Título VIII, da Constituição Federal promulgada em 1988, merecidamente considerado o mais avançado e abrangente conjunto de normas constitucionais em matéria de meio ambiente. E registre-se, por relevante, que tal capítulo foi aprovado pela unanimidade dos nossos constituintes, o que atesta o sentimento ambientalista que inspirou os autores da Lei Maior e que, de resto, começa a conquistar as várias instâncias do Poder Público e, indispensavelmente, a própria sociedade civil em todo o País.

Impõe-se ressaltar que o concurso da sociedade civil é condição primária para a plena eficácia social da legislação ambiental. Sem a aderência da cidadania ativa e das instituições emanadas do corpo social em torno do ideário preservacionista, frustra-se por inteiro o esforço governamental e legislativo que já se logrou implantar. Enfim, sem a força do povo, a própria Constituição democrática, que hoje bem preside o sistema normativo brasileiro, fica relegada ao plano estéril das intenções retóricas e sem aptidão para exercer o papel transformador e civilizatório da comunidade nacional. Consoante de longa data bem advertira WALTER BURCKHARDT, - "aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, momento ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas e que, despedido, não mais será recuperado" (citado por KONRAD HESSE, em "A Força Normativa da Constituição", Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22). Tal seria dizer, juntamente com HENRI LEVY-BRUHL, que a - "opinião coletiva é a única fonte genuína do direito", sem a qual desmobiliza-se o potencial disciplinador e construtivo das regras jurídicas (em "Sociologia do Direito", Ed. Martins Fontes, 1988, p. 47).

De fato, comumente os profissionais da área ambiental se apoiam em diretrizes tecnicistas, não raro emaranhadas nas praxes burocráticas entediadas e procrastinatórias, que não levam em consideração as realidades temporais e os valores sociais maiores. É, enfim, o ambientalismo pseudo-científico e dependente dos mecanismos coercitivos do Estado, que subestima a imprescindível recepção popular acerca das medidas governativas. E já se sabe que somente quando se interligarem a lei e a consciência social, num amálgama de vontade política decididamente reorientadora do processo de desenvolvimento, poder-se-á atingir as metas ecológicas em benefício da humanidade e da geografia econômica do planeta.

Resta evidente que a nova cultura ambientalista, haurida nas mais caras cartilhas do humanismo coletivista, representa a insurgência da crítica radical

ao produtivismo e ao consumismo frenético gerado nas engrenagens da revolução industrial, que transformaram a economia de mercado e a mídia publicitária no bezerro de ouro do progresso. O novo humanismo ecológico, ao forjar uma nova ética para o desenvolvimento da sociedade, consentânea com os ditames preservacionistas, deplora o capitalismo predatório e egoísta que sustenta a transformação incontida da natureza e, já agora, dos insondáveis mistérios da genética a mercê dos recursos da tecnologia e da mecanização sem limites.

A consciência (e sobretudo os efeitos) da degradação ambiental colocam na ordem do dia das preocupações tanto públicas quanto privadas a idéia do retorno (melhor seria o ideal do retorno), concebida como a convocação inadivável ao novo renascimento, este também calcado no culto à beieza, só que não mais na contemplação das linhas greco-romanas, mas do belo natural, do belo "verde", do belo despoluído e do remanescente de selvagem e de virgem ainda entesourado na paisagem asfáltica, de aço e vidro, do mundo contemporâneo.

Trata-se de recuperar, em alguma medida, o cenário oniricamente padronizado com o estilo de vida campesino e cidadão que encantou a história nos séculos XV e XVI. Noutros termos, impõe-se levar a sério a advertência do historiador ARNOLD TOINBEE, para quem a sobrevivência do homem e das condições ambientais necessárias à vida terrena dependerá, doravante, da substituição dos ideais gananciosos da Revolução Industrial, que privilegiam o ter ao invés do ser, pelos propósitos singelíssimos e angélicos da insurreição naturalista de SÃO FRANCISCO DE ASSIS.

Considera-se, nesse exercício de nostalgia antropológica, que rigorosamente não é mais aceitável o desvario consumista que desequilibra as relações da economia para com a natureza e só faz acumular o lixo urbano, poluir o ar e as águas, além de agravar o efeito estufa, causar a chuva ácida e fragilizar a camada de ozônio protetora da atmosfera e assaz indispensável à vida na Terra.

Os efeitos desse desconchavo urbano-industrial já se fazem sentir de forma aguda e impenitente, bastando assinalar o desaparecimento de centenas de espécies de animais, a mortandade consentida de índios na Amazônia, a agonia de peixes e crianças na ribeirinha de rios e lagos envenenados por dejetos não biodegradáveis, sem esquecer toda sorte de doenças da modernidade que contaminam o sangue, perfuram o pulmão, corroem o aparelho digestivo, obstruem as artérias e, de resto, neurotizam o homem pelos efeitos perversos da poluição e das toxinas alimentícias. Há que reverter, o quanto antes, o canibalismo humano em face dos recursos naturais, haja visto que a biodiversidade vai desaparecendo a cada dia a um ritmo alucinante. Tenha-se em conta que 10% das espécies de plantas no mundo correm presentemente o risco de extinção definitiva, o que pode significar, em consequência, o desaparecimento de 10 a 30 tipos de animais e insetos cujo ciclo de vida delas dependem. A título de mera ilustração, vale lembrar que praticamente já desapareceram da face da terra a beterraba "detroit globe", a couve de bruxelas ("comwall"), a cebola africana "zeeuwee bruine" e a maçã

"adam".

Nem mesmo as relíquias da arquitetura monumental escapam à fúria desse processo degenerante, onde se destaca o destino trágico da imponente catedral de Rouen, na França, cuja alvenaria gótica começa a sucumbir sob os ataques da chuva ácida. E o mais grave, nesse contexto de degradação ambiental, é a desmemória generalizada e inconseqüente em face das recentes catástrofes tecnológicas que horrorizaram o mundo, a exemplo dos acontecimentos de Seveso, México, e Bhopal; das imensas marés negras no Atlântico Norte e do milhão de toneladas de petróleo vazadas anualmente nos oceanos, e dos acidentes nucleares de Three Mile Island e de Chernobyl. Por certo, uma reflexão compenetrada que valorasse a gravidade desses episódios para os sombrios destinos da espécie humana seria suficiente para gerar decisões e posturas compatíveis com os limites de resistência da natureza.

Se considerarmos em apenas três séculos de industrialização, que representam cem vezes menos tempo do que a era da civilização agrícola, o que dizer dos anos que se seguirão, se mantido o ritmo crescente de destruição ambiental, cada vez mais agravado pela explosão demográfica, pela urbanização exacerbada, pelo desperdício inaudito no consumo da massa, pelo acúmulo de embalagens descartáveis e pelo volume gigantesco do lixo doméstico, hospitalar e industrial (cerca de 180 milhões de toneladas anuais, só nos Estados Unidos da América) que desafia a suficiência das tecnologias de compostagem e reaproveitamento dos detritos da sociedade de consumidores alienados pela avidez material.

Por isso mesmo, os cientistas do Clube de Roma, baseados nos níveis de consumo do ano de 1972 e cotejando as projeções de crescimento populacional com as reservas mundiais de matérias-primas não-renováveis, concluíram que em menos de cem anos estarão esgotadas as disponibilidades de cobre, chumbo, manganês, zinco, gás natural e petróleo, o que exigirá dos povos e das nações profundas adaptações comportamentais, além de significativos avanços tecnológicos, a ponto de substituir, em escala global, os insumos naturais exauridos.

Confia-se que a terapia para tão alarmantes vaticínios esteja na tese do desenvolvimento sustentável, hoje de adoção imperiosa para o futuro muito próximo da vida humana. Tal locução, que constitui o "*punctum saliens*" do novo humanismo ecológico, prega a exploração racional, eqüitativa e humanizada dos recursos naturais necessários à sadia continuidade das espécies terrestres, a fim de que não se comprometa a biodiversidade e a sobrevivência das gerações do amanhã.

O desafio, agora, é conciliar o processo de desenvolvimento com a conservação ambiental, ou seja, instituir e fazer cumprir pautas industriais, de organização urbanística e de exploração dos recursos naturais que não inviabilizem a qualidade de vida no futuro e não comprometam a capacidade das gerações de suprirem as necessidades para uma subsistência digna. Tem-se aí um princípio de

"solidariedade diacrônica" com a humanidade do porvir ou de "equidade intergerações" ("intergenerational equity"), para utilizar a ilustrativa expressão de PETER DRUCKER. Impõe-se, para tanto, a mudança de uma economia de degradação para uma economia de preservação, que incentive a inserção de valores ambientais nas práticas de produção e consumo. De acordo com essa reorientação do curso do desenvolvimento, não bastam apenas a regulamentação restritiva, sendo indispensáveis os estímulos fiscais e financeiros às atividades sustentáveis do ponto de vista ecológico, além do ajustamento contínuo dos preços de mercado, de maneira a refletir não só o custo da produção e as margens de lucro do produtor e vendedor, mas também o "custo ambiental" agregado às mercadorias como medida inibidora do consumo de bens de alta nocividade ambiental.

Esse processo de "ambientalização" da economia apresenta-se inadiável na medida em que, segundo a análise realista do Worldwatch Institute, dos Estados Unidos, em quarenta anos sobrevirá a "deadline" para que a humanidade implante uma nova maneira sustentada de viver e de relacionar-se com a natureza. Essa mudança do perfil do desenvolvimento exigirá, por certo, de um lado, o abandono do fanatismo do consumo, do desperdício e da displicência demográfica e, de outro lado, o êxito das políticas econômicas e tecnológicas comprometidas com os cânones ecológicos.

Não se trata, contudo, de um conceito absoluto ou alarmista, mas, sim, realista e responsável, segundo as conclusões da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente, constituída pela Assembléia Geral da ONU em 1983, que enfatizou: "O conceito de desenvolvimento sustentável tem limites, não absolutos, mas limitações impostas pelo estágio atual da tecnologia e da organização social, no tocante aos recursos ambientais e pela capacidade da biosfera de absorver os efeitos das atividades humanas, mas que podem ser aprimoradas, a fim de proporcionar uma nova era de crescimento econômico".

Enfim, o desenvolvimento deverá ser seriamente repensado, não apenas nos aspectos materiais, mas sobretudo cultural e existencial, sabendo-se de antemão -afora os danos e perturbações irremediáveis já causados ao ecossistema - que o processo de despoluição ou mesmo de frenagem da tendência poluidora do planeta exigirá décadas de indesviável determinação política por parte de todos os governos, bem como investimentos da ordem de vários trilhões de dólares, segundo as estatísticas apontadas pelos pesquisadores SYLVIE FAUCHEUX e JEAN FRANÇOIS NOEL (em "Les menaces globales sur l'environnement", Ed. La Découverte, 1990).

Provou-se, assim, que a obsessão pela prosperidade, que serviu de catapulta para a geração dos confortos e demais conquistas da modernidade, volta-se agora contra o homem pós-moderno, impondo-lhe o abandono irreversível da cultura utilitarista e materialista, típica do "over night" existencialista que impulsionou a histeria do consumo e depravou o meio ambiente neste século, cuja irresponsabilidade maior é ignorar que o relógio ecológico tem curso contínuo e que

alcança as gerações do porvir, quicá a própria existência dos perdulários do presente. É sentimento geral, por tudo isso, que só o desenvolvimento sustentável poderá tornar realidade os direitos fundamentais do homem, como proclamados nos sucessivos Bills of Rights de dimensão universalista, que através dos tempos documentaram os avanços espirituais da humanidade. A não ser assim, os primários direitos à vida, à existência digna, à saúde, à educação e à cultura, que as constituições democráticas contemplam e exortam, estarão reduzidos a enunciados puramente retóricos e inalcançáveis, pois não há como falar-se em direitos humanos ou em liberdades básicas onde a água não é potável, o solo incultivável e o ar, irrespirável.

Em verdade, estamos diante da novíssima terceira geração dos direitos humanos, sabido que esses, desde sua articulação legalista com a eclosão das revoluções americana e francesa no século 18, têm experimentado uma dinâmica transformação. Reconhece-se que a primeira fase dos direitos do homem corresponde à enunciação dos direitos civis e políticos, equivalentes às liberdades públicas incorporadas à generalidade das constituições democráticas, também chamados de "blue rights". A segunda fase corporifica os direitos sociais, econômicos e culturais, designados "red rights", cujas raízes fincam-se no humanismo socialista e que, sob o influxo das revoluções anti-burguesas deste século em ocaso e, muito especialmente, da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela O.N.U. em 1948 (arts. 23 a 28), por igual inscreveram-se na agenda das democracias constitucionais. Por fim, a terceira geração dos direitos humanos, que mais de perto ora nos interessa, aflorou nos últimos 20 anos com crescente repercussão no pensamento humanístico. Esses direitos, conhecidos como "green rights", são meta-individuais e só podem ser desfrutados coletivamente, como é o caso do direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento sustentado, ao patrimônio cultural da humanidade e o direito à paz social.

O desafio ecológico avulta, por certo, para as nações do Terceiro Mundo, vítimas do chamado capitalismo tardio e da dependência tecnológica sucedâneos do imperialismo colonialista, visto que, no panorama internacional de iniquidades, poucos produzem, alguns consomem e muitos nem produzem nem consomem. Nesse contexto, em que se insere o Brasil, onde grassam o pauperismo e as agudas disparidades sociais e regionais, o ideário ecológico deságua na busca incessante dos direitos humanos, e da equânime distribuição de rendas e dos serviços vitais ao convívio coletivo.

A questão da "poluição social" ou do pauperismo terceiro-mundista, que contabiliza um bilhão de pessoas em situação de miséria extrema, é, por certo, a mais urgente e dramática. A rigor, não se pode discutir seriamente o meio ambiente sem discutir em profundidade a questão da pobreza, considerando-se que as multidões de miseráveis do planeta são vítimas e não causas dos problemas ambientais. E o mais angustiante é que assistimos a uma escalada das taxas de empobrecimento. De acordo com o Relatório do Banco Mundial de 1990, a América

Latina e a África ficaram ainda mais pobres na década de 80, sendo que o Brasil, a custo de um modelo econômico ao mesmo tempo recessivo, inflacionário e ultracconcentrador da riqueza, assumiu o terceiro lugar no triste campeonato da pobreza, a ponto de somente Honduras e Serra Leone apresentarem distribuição de renda mais desigual. É lamentável, também, verificar que as maiores vítimas da pobreza são as crianças indefesas. 2/3 das pessoas em situação de extrema penúria em todo mundo têm menos de 15 anos e sofrem de insuficiência física e mental em razão da fome crônica. Em 1990, mais de 300 milhões de crianças com menos de 14 anos trabalhavam em condições insalubres e em regime semi-escravagista, recebendo salários indignos em minas, fazendas e fábricas, cumprindo jornadas de trabalho condenadas pela moderna legislação social, e na maioria dos casos com seus pais desempregados ou trabalhando nas mesmas condições. Só no Brasil, cerca de mil crianças de até 4 anos de idade morrem diariamente. E incluía-se nessa estatística de horrores o fato de que, de cada mil crianças, 85 morrem antes de completar 5 anos de idade e 62 antes de 1 ano, tudo causado pela insuficiência de moradia e de saneamento básico.

A proposta de desenvolvimento integrado e distributivo da riqueza nacional, ao lado da perseguição das igualdades tanto internas quanto externas, erige-se em questão metafísica para a organização social e política, eis que, aí, a proteção ambiental significa melhor qualidade de vida, o que vale dizer, melhor salário, melhor habitação, melhor escola e melhor saúde e, em consequência, menos criminalidade, menos orfandade social e menos desilusão diante do mundo, o que não deixa de ser sinônimo de mais esperanças, de mais fraternidade e (por que não?) de paz.

Está claro que as chocantes realidades terceiro-mundistas dependem, para a sua superação, no plano interno, da atuação transformadora e insubstituível das instituições governativas, em face da debilidade e do descompromisso social dos grupos econômicos particulares. A correta formulação do espaço público, e de sua democrática interação com as instâncias sociais privadas, conforme preconizada na sociologia política por JURGEN HABERMAS (em "L'espace public - Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise", Ed. Payot, 1978), assume, nos países em fase de subdesenvolvimento um papel político indeclinável para a transformação das estruturas sociais que concentram a renda e disseminam a marginalidade. Exige, por sua vez, a transformação do próprio Estado, de suas prioridades e de suas liturgias institucionais, bem como mudança qualitativa no desempenho da classe política e do controle social sobre o aparelho de Estado, a fim de que se abram os caminhos para a superação da ordem dominante cartelizada e florescimento de uma autêntica e saudável democracia de massas. Tanto mais quando se reconhece (juntamente com ROBERTO MANGABEIRA UNGER, em "Alternativa transformadora - como democratizar o Brasil", Ed. Guanabara Koogan, 1990) que nos países da América Latina, que experimentam com intermitência a tentação autoritária e o golpismo das elites, o Estado tem exibido a perniciosa tradição de ser forte para oprimir as massas populares e favorecer os aliados

econômicos e políticos que formam o sistema de poder, ao mesmo tempo em que se ressentem da fraqueza para intervir no modelo econômico e, com isso, transformar a sociedade em benefício de todo coletivo.

Por outro lado, a emancipação de nossas nações depende, no plano externo, de políticas globais que repensem o processo de endividamento e da dependência tecnológica, sem o que, na ótica ambientalista, os países do Terceiro Mundo não terão condições de atingir o desenvolvimento sustentável e emergirão como focos incontroláveis da poluição produzida e agravada pela miséria, pela carência de saneamento básico, pelo choque sanitário, pelo inadequado aproveitamento das fontes hídricas e energéticas e pela míngua de recursos para investimentos na economia da despoluição planetária, tudo, é claro, com incômodas repercussões para as nações com desenvolvimento homogêneo e pretensamente sustentado da Europa, do Japão e da América do Norte.

Especialmente quanto à dívida externa, tornou-se intolerável a drenagem de recursos do Terceiro Mundo para países desenvolvidos e beneficiários do fluxo de reservas cambiais, tanto mais quanto na grandeza de mais de 50 bilhões de dólares anuais. Segundo dados da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe -CEPAL, a América Latina perdeu, de 1984 a 1990, cerca de 171 bilhões de dólares. Só no ano de 1991 é que esse quadro adverso começou a reverter-se, registrando um ingresso líquido de 6,7 bilhões de dólares. E não é por outra razão que ultimamente toma corpo a idéia da conversão da dívida externa das nações em desenvolvimento por instrumentos financeiros a serem utilizados basicamente em financiamento de projetos ambientais, que devem incluir, por forçoso, projetos de cunho social na área de habitação, saúde pública e educação.

No mês de junho de 1992, o novo humanismo ecológico terá como capital a nossa cidade do Rio de Janeiro, que sediará a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, já considerada pela imprensa mundial como o encontro político-científico do século.

A Conferência foi convocada através da Resolução 44/228 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 22 de dezembro de 1989, com o nome oficial de "United Nations Conference on Environment and Development - UNCEDE", a realizar-se com a investidura dos Chefes de Estados associados à O.N.U., para consagrar o vigésimo aniversário da Conferência de Estocolmo de 1972 ("Stockholm Conference on the Human Environment"). Contando, pois, com a presença dos mais representativos chefes de Estado e líderes mundiais, e com a excelência das mais conceituadas autoridades científicas do planeta, espera-se que a Conferência do Rio de Janeiro possa reunir, de forma fecunda e para proveito de todos os povos e nações, a enciclopédia do conhecimento ecológico, sinalizando para os domínios públicos e privados os caminhos a serem doravante trilhados, com vistas ao desenvolvimento sustentável e à imperativa proteção do meio ambiente em escala mundial.

É preciso, porém, para o pleno êxito da Conferência já conhecida como

RIO-92, que os debates que lá se travarão não desvinculem a preocupação legítima com a qualidade do meio ambiente da imperiosa necessidade de se resgatar a imensa maioria da população brasileira e, de um modo geral, do Terceiro Mundo, das subcondições de vida em que se encontra relegada atualmente. O restabelecimento do fluxo de investimentos para financiamento de projetos de expansão urbana infra-estrutural e de programas de habitação, saúde e educação pública, sem prejuízo do necessário respeito aos predicamentos das soberanias nacionais, constitui pré-condição para um ajuste internacional do desenvolvimento voltado à preservação dos recursos naturais pertencentes à humanidade. Há de ser superada a visão simplista e imperialista das potências econômicas que pretendem, por exemplo, a preservação da Amazônia como medida para aliviar os bilhões de dólares que são obrigados a dispendar para preservar a atmosfera da poluição gerada por suas indústrias e seu sofisticado nível de consumo. Enfim, há de ser vencida a relutância dos países do Primeiro Mundo em admitir que os direitos econômicos e sociais, para fins da solidariedade internacional em face das nações de precário desenvolvimento, sejam incluídos no elenco dos direitos humanos em regimes de igualdade com os direitos civis e políticos, como tais alçados em garantia insubtraível de todo ser humano em todos os cantos do planeta.

Principalmente, impende reafirmar e sobretudo implementar neste aspecto, com 20 anos de atraso, a própria Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, que deixou reconhecido em seu preâmbulo: "Nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais é causada pelo subdesenvolvimento. Milhões continuam a viver abaixo dos níveis mínimos necessários para uma existência humana, privados de comida, vestuário, abrigo, educação e saúde".

Tendo o mundo em que vivemos se transformado, em definitivo, na aldeia global - a ser habitada no ano 2.025 por cerca de oito bilhões de pessoas - onde se integram os diagnósticos, as receitas e os recursos técnicos e financeiros para enfrentamento das ameaças ao ecossistema, somente um esforço conjunto de todas as partes envolvidas no novo perfil desenvolvimentista para o século entrante - já denominado "AGENDA 21" -, sob um regime de condomínio de responsabilidades públicas e privadas, poderá estancar a evolução da metástase poluidora. Só assim os versos do amado poeta Gonçalves Dias na "Canção do Exílio" ("minha terra tem palmeiras onde canta o sabiá, as aves que aqui gorgelam, não gorgelam como lá") poderão manter entre nós, para orgulho pátrio e regozijo de nossos bem-vindos visitantes da RIO-92, a desejada e brasileira atualidade.

A Sociedade Internacional: Nacionalismo Versus Internacionalismo e a Questão dos Direitos Humanos

1. Introdução; 2. Fontes do nacionalismo; 3. Fontes do internacionalismo; 4. Direitos Humanos; 5. Conclusão.

CELSO A. MELLO (*)

1. A aula que inicia um semestre nos cursos jurídicos é uma tradição nas nossas Faculdades. Antigamente, era denominada de "aula magna", ou ainda, "aula de sapiência", hoje, simplesmente, "aula inaugural".

O tema que escolhi é da maior importância na atualidade. O título é longo e o assunto complexo, o que pretendo estudar é a antinomia da sociedade internacional: nacionalismo versus internacionalismo e a sua repercussão nos direitos humanos. É de se recordar que em nome do nacionalismo inúmeros estados estão se desintegrando, como a URSS, a Iugoslávia e a Tcheco-Eslováquia. E mais ainda, há em outros movimentos separatistas, como no Sudão. Raros são os estados que não se defrontam com o perigo da secessão.

Por outro lado, nos defrontamos com o internacionalismo e a necessidade de se formarem unidades macro-econômicas. Estão aí o Mercado Comum Europeu, o Mercosul e mais de uma centena de organizações internacionais.

O que pretendo é expor estas duas forças e mostrar como elas atuam nos direitos do homem de um modo genérico.

2. Vamos começar tentando explicar o que é nacionalismo e as suas origens fazendo uma análise de suas fontes e as suas conseqüências.

A idéia de nação não é encontrada na Grécia antiga a não ser quando a partir da guerra contra os persas (600 a.C.) teria tido início o desenvolvimento de uma consciência que contrapunha os gregos aos bárbaros. Na Idade Média a idéia de nação não existe, vez que o homem se integrava em uma comunidade mais ampla que

(*) Professor Titular de Direito Internacional Público do Depto. de Ciências Jurídicas da FUC-Rio.

era a Cristandade. É verdade, que internacionalistas recentes têm afirmado já existir a idéia de nação em autores búlgaros dos séculos IX, X e XI, mas issonos parece ser uma exceção e não está provado que tais autores tenham influenciado o pensamento ocidental que vai ser o berço da idéia de nação e a exportará para o resto do mundo. Dentro da orientação que seguimos podemos mencionar que no Concílio de Constança (1414-1417) as nações eram simples divisões geográficas e ali havia apenas quatro nações: a alemã que representava a Europa Oriental (alemães, húngaros e polacos), b) a francesa (formada pelos domínios do rei da França); c) a inglesa (abrangia o norte da Europa incluindo a Escandinávia); d) a italiana, e, posteriormente, admitiu-se a espanhola. No século XVIII a palavra nação é utilizada como sinônimo de estado. Mas é no final deste mesmo século que vai surgir a palavra nacionalismo. Para Heder, na Alemanha, em 1793, a nacionalidade é um organismo vivo que deve ser cultivado. O pensador alemão desde 1764 já defendia que toda língua tem um aspecto nacional próprio. O nacionalismo era, para Herder uma "força ética e cultural". Hans Kohn (*Historia del Nacionalismo*, 1949, Fondo de Cultura Económica, México, trad. de Samuel Cosío Villegas) escreve que o pensamento de Herder tinha afinidade com o dos profetas hebreus. Um outro trabalho alemão é o de Fichte (*"Discursos a Nação Alemã"*), publicado na primeira década do século XIX, em que valoriza mais uma vez a língua, bem como afirma:

"A nação alemã é a única entre os povos neo-europeus, que demonstrou, faz séculos, mediante suas cidades burguesas que é suscetível de suportar uma Constituição republicana". (Fichte - *Discursos a la Nación Alemana*, 1943, estudio preliminar de Francisco Ayala, Editorial Americana, Buenos Aires).

Na verdade, a obra de Fichte sofre a influência da Revolução Francesa que é considerada pelos mais diferentes autores como o berço do nacionalismo. Como foi observado este só surgiu após o aparecimento da noção de soberania popular. Enquanto para o pensamento francês a nação surge de um contrato que tem as suas raízes em Rousseau, para o romantismo alemão (Novalis, Schlegel, etc) a nação é uma "realidade viva" com raízes no passado.

Na França a idéia de ação foi retomada após a queda de Napoleão em 1815 e, em 1820, o historiador Augustin Thierry defende ser a França uma nação. Os movimentos nacionais vão se suceder na Europa, no século XIX, principalmente em 1848. Surgem coletâneas de história como *"Monumenta Germaniae Historia"*, bem como coleções de canções e de literatura popular. Cada povo procura o seu passado, como um modo de se afirmar no presente. É, contudo, após a conquista da Alsácia-Lorena pela Alemanha na guerra de 1870 que a doutrina vai discutir de modo veemente o que é nação, havendo célebre debate entre grandes historiadores. Theodore Mommsen, alemão, e o francês, Fustel de Coulanges, cada um deles seguindo pensamento do seu estado: o primeiro alegando que a característica da

nação era a raça, língua e religião, enquanto para o segundo o importante era o aspecto contratual e voluntário. Não há na verdade uma discussão científica, mas, meramente, política, isto é, a Alemanha que procurava legitimar a anexação da Alsácia-Lorena e a França defendendo a ilegitimidade da perda de suas províncias. Dentro deste debate figura Heinrich von Treitsche que fala em raça alemã e afirma que os alemães sabem melhor o destino dos habitantes da Alsácia-Lorena do que eles mesmos. Ou ainda, Ernest Renan que afirma ser a "nação um plebiscito de todos os dias".

É em nome do princípio das nacionalidades que vai se forjar a unificação da Alemanha e da Itália. É assim em torno da idéia de que toda nação tem o direito de se transformar em estado que surgem tais países. Uma questão permanece em aberto: existiria este direito para as pequenas nações, vamos dizer, sem viabilidade econômica? Diz Eric J. Hobsbawm (*Nações e Nacionalismo desde 1780*, 1990, Editora Paz e Terra, S. Paulo, tradução de Maria Célia Paoli e Anna Maria Quirino) que para Mazzini, político e teórico italiano, o direito só existiria para aquelas com certo tamanho, e mais, ele dividia a Europa em apenas onze nações. No mesmo sentido Friedrich List afirma que a nação precisava ter um grande território com recursos naturais e uma população também numerosa. É um problema que podemos assinalar desde já que não está sendo colocado no desmembramento do leste europeu. De qualquer modo, Mancini na aula proferida na Universidade de Turim, em 1851, a intitulada *"Da Nacionalidade como Fundamento do Direito das Gentes"*, isto é, a razão de ser do DI seria o princípio das nacionalidades. A própria expressão *Direito Internacional* tem a sua origem em Bentham, no século XVIII, e na tradução não muito precisa de seu secretário Dumont para o francês, porque "nation" em inglês também significa estado, mas é o caso de se perguntar se o fracasso de todas as tentativas de correção da denominação de nossa matéria que não é um direito entre nações, mas entre estados, não estaria ligado a um inconsciente coletivo em que as palavras nação e nacionalismo são ainda importantes.

O problema das nacionalidades não se limitou a Europa Ocidental, mas se estendeu a Europa Oriental e aí tem as suas origens quando Cirilo, monge de Bizâncio, elaborou o alfabeto que tem o seu nome para os eslavos, criando assim a sua língua escrita. Diz H. Hauser (*Le Principe des Nationalités*, 1916, Felix Alcan, Paris) que é pela "língua vulgar" oposta a língua universal que surge a nação. Fala o historiador francês na importância da "nacionalização da oração". Na Rússia do século XIX surgem os partidos dos eslavófilos, em que figurava Dostoiévski, e o dos ocidentalistas. Antes da 1ª Guerra Mundial pode-se dizer que os Balcãs (palavra de origem turca que significa montanha) era como disse um historiador o barril de pólvora da Europa. Os impérios multinacionais proliferavam: russo, otomano e auto-húngaro.

Os marxistas vão se deparar com este problema e os livros se sucedem: Otto Bauer, Stalin, etc.

Lenine e Wilson pregam o direito de auto-determinação dos povos, expressão usada pelos filósofos alemães, desde 1848, em relação às nacionalidades.

A auto-determinação dos povos é apenas um renascimento do princípio das nacionalidades. Ele foi violado mesmo após a 1ª Guerra Mundial e até 1939 foi de fato abandonado, seja na conquista da Abissínia, ou na incorporação dos sudetos pela Alemanha.

A 1ª Guerra Mundial surge de uma questão de nacionalidade que foi o assassinato do herdeiro do império austro-húngaro, bem como ainda a 2ª Guerra Mundial vai ser influenciada por ela com a idéia de Hitler de reunir os alemães em um único Reich.

No final da 2ª Guerra Mundial, a Carta da ONU, no seu art. 1 estabelece como um dos propósitos das Nações Unidas desenvolver as relações amistosas entre as "nações" fundadas no princípio da igualdade e da auto-determinação dos povos.

O nacionalismo se expande pelas mais diferentes regiões da sociedade internacional, como a Ásia e a África. Parece-me acertada a definição de nacionalismo fornecida por Carlton J. H. Hayes (Nationalism: A Religion, 1960, The Macmillan Co., Nova York) que afirma ser uma "fusão do patriotismo com a consciência de nacionalidade". A idéia de pátria significa afirmar e desenvolver uma identidade própria (W. Lipp apud Wolfgang Thune - A Pátria como Categoria Sociológica e Geopolítica, 1991, Edições Tempo Brasileiro Ltda, Rio de Janeiro, tradução de Flávio Beno Siebeneichler). Os grandes impérios coloniais sucumbem perante o princípio da auto-determinação dos povos que tem o apoio dos EUA e URSS. Os dois super-grandes estavam interessados em novas áreas de expansão. A ONU qualifica as guerras de libertação nacional como pertencendo ao DIP, contrariando os interesses das potências imperiais, como foi o caso da França na guerra da Argélia. Concluindo, tais guerras não pertenciam a jurisdição doméstica dos estados, mas sim a ordem internacional e a ONU legitimava a luta empreendida pelos movimentos de libertação nacional. É o velho princípio das nacionalidades que renasce e vai ter o seu apogeu nos anos 50, considerada a década da descolonização. As lutas ocorriam fora da Europa, ou ainda, não eram no território das grandes potências. A auto-determinação foi aplicada de modo arbitrário. Deste modo a África atingiu a independência dentro dos limites das antigas colônias que eram construções artificiais no sentido religioso, étnico e lingüístico. É o caso da sanguinária guerra de Biafra, na Nigéria, em que predominou o princípio da integridade territorial do estado consagrado no DI Africano, ou ainda, o massacre dos Hutus, no Burundi, em 1972, sem que houvesse protesto da sociedade internacional.

Uma dúvida pode ser levantada que seria como se fazer a verificação de se há ou não uma aplicação da auto-determinação dos povos? A resposta deveria ser pela utilização do plebiscito que raramente tem sido consagrado. Por outro lado, o

referendum utilizado em Gibraltar que votou para ficar com a Grã-Bretanha e ainda os que ocorreram em Mayotte que votou três vezes para ficar com a França foram recusados pela ONU e esta linha foi obrigada a integrar a República de Comores independente contra a sua vontade.

Estes fatos levaram alguns autores a dizerem que não há um direito a auto-determinação, mas um direito a descolonização. Ora, todos os textos internacionais falam é em direito a auto-determinação dos povos que integraria os direitos humanos da 3ª geração, ou seria, um direito a vocação universal. O seu titular seria o homem e o povo. É assim que ele figura nos Pactos de Direitos Humanos, concluídos, em 1966, sob os auspícios da ONU.

De qualquer modo assistimos ao princípio da auto-determinação dos povos ser reivindicado nos dias que correm no leste europeu. Assim a Iugoslávia se esfacela com a independência da Croácia, Eslovênia e da Bósnia-Herzegovina. O mesmo ocorre com a URSS que tenta criar uma Comunidade de Estados Independentes. E aqui surgem alguns comentários, por exemplo, não há dúvida que a Iugoslávia é uma criação do pós 1ª Guerra Mundial. Na URSS a questão é mais complexa, vez que a Rússia tem um dos seus berços na Ucrânia, segundo Seton-Watson, ou ainda ela já integrava a Rússia há alguns séculos. É preciso ressaltar que se a URSS era um império ele tinha feições muito particulares, sendo que Stalin era natural da Geórgia, hoje independente. É de indagar se no Império Britânico Nehru podia chegar a 1º Ministro na Grã-Bretanha.

A própria criação dos estados bálticos tem as vezes um aspecto artificial, após a 1ª Guerra Mundial, basta repetir com Hobsbawm que a palavra estoniano só surge em 1860, sendo que anteriormente os seus habitantes se designavam como "povo do campo", tais países só conheceram a independência no período entre as duas guerras mundiais.

O desmoronamento da URSS traz uma série de problemas para os direitos do homem e os autores tem fornecido os seguintes dados: a) na Geórgia são 3,8 milhões de georgianos em uma população de 5,5 milhões; b) no Cazaquistão são 6,5 milhões de cazaques em 16 milhões; c) em Riga, capital da Letônia, a maioria dos habitantes é russa; d) os tártaros por terem sido acusados de auxiliarem os nazistas foram removidos de sua terra natal e agora não podem voltar para ela, a Criméia, porque a Ucrânia não deixa. E 60 milhões de russos habitam fora da Rússia. Há uma grande rivalidade que tem levado a conflitos armados entre os muçulmanos do Tadjiquistão e os do Uzbequistão. Os azéris dentro da Armênia estão sendo dizimados, aos quais a Armênia não reconhece o direito de auto-determinação que ela mesma reivindica perante a URSS para proclamar a sua independência. Os exemplos e problemas são inúmeros.

Quem tem direito a auto-determinação dos povos? E mais qual a situação jurídica em que ficam as minorias? Os únicos textos de direitos humanos de caráter

universal são os Pactos da ONU de 1966 que não têm mecanismos eficazes de implementação e que não foram ainda ratificados pelos estados citados.

No período entre as duas Guerras Mundiais havia no âmbito da Liga das Nações uma Comissão de Minorias que apreciava petições de indivíduos. O estado que tinha minorias no seu território concluía com a Liga das Nações um tratado assegurando direitos a elas como o de utilizar a sua língua, manter a sua religião, etc. Tais tratados eram considerados pelos estados uma verdadeira "*capitis deminutio*" na sua soberania.

Após 1945, houve, durante muito tempo, quase que um pudor que impedia que se falasse em minorias, vez que elas tinham contribuído para as duas guerras mundiais. O Pacto de 1966 sobre Direitos Cívicos e Políticos estabelece no art. 27:

"Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas não se negará às pessoas que pertençam às ditas minorias o direito que lhes corresponde, em comum com os demais membros de seu grupo, a ter sua própria vida cultural, a professar e praticar sua própria religião e a empregar o seu próprio idioma".

A dúvida que se tem é a de saber que vai fiscalizar a aplicação deste dispositivo. O que ocorrerá com os estados que não estarão sujeitos a ele por não terem ratificado o citado Pacto? E mais quem é minoria em certos casos? Sobre esta última pergunta registramos que no Kazaguistão até cerca de 15 anos atrás os kazagues eram minoria e a maioria era de russos, como a taxa de crescimento demográfico daqueles era maior a situação se inverteu. Será que não poderá haver em poucas décadas uma nova inversão? Pode-se dizer que a Conferência de Cooperação e Segurança-Européia (Helsinki - 1992) prevê a criação de uma Comunidade para Minorias.

O DIP sente-se impotente diante destas situações, principalmente, perante estados recém-independentes que para afirmarem a sua unidade pseudo-nacional tendem a recorrer ao conceito de soberania de modo mais radical do que os velhos estados já sedimentados. O máximo que a ordem internacional tem conseguido fazer é um apelo de natureza humanitária, ou ainda, a ONU, excepcionalmente, enviar tropas na tentativa de evitar combates. E a tentativa de se aplicar o direito humanitário, bem como procurar qualificar os conflitos armados, como na Iugoslávia de conflitos armados internacionais para que estejam submetidos ao Protocolo I de 1977 que dá maior proteção aos não combatentes. Tudo surge ainda de modo nebuloso.

Uma outra questão é a de se saber se os novos estados são viáveis

economicamente, vez que vivemos um período de integração econômica visando a criar, como dissemos acima, macro-espacos econômicos. Lembro que um grande cientista político, Stanley Hoffman, em 1969, escrevia que a integração européia estava sendo possível devido ao desaparecimento do nacionalismo.

De qualquer modo deixamos em aberto uma questão: o que é uma nação que cria o "estado de espírito" do nacionalismo para utilizarmos as palavras de Hans Kohn?. Seria como querem os alemães um conjunto de elementos objetivos: raça, língua e religião? Seria como querem os franceses, fundados no elemento psicológico, um "querer viver em comum" Ou ainda como querem os italianos uma fusão das duas correntes anteriores? Ou ainda como desejava Stalin que acrescentava a necessidade de uma comunidade econômica?

Na verdade, nada me parece correto quando aplicado a realidade, há sempre casos para desmentirem as mais diferentes definições. Todas elas visam atenderem interesses políticos. Uma corrente moderna de autores afirma que a nação não precede o estado, mas, pelo contrário, ela é uma criação deste. E então perguntamos, por que a URSS não criou uma nação e hoje se desmantela? Talvez, suprema ironia, porque aplicou o princípio da auto-determinação dos povos preconizado por Lenine.

O que vemos no leste europeu é uma situação extremamente delicada do ponto de vista da política internacional em que grandes estados como a Rússia, Alemanha e França irão provavelmente disputarem áreas de influência. Tenho dúvidas que a integração européia seja capaz de refrear a Alemanha que criou a expressão Europa Central e tradicionalmente aí procurou se expandir. Os conflitos talvez venham a se agravarem na próxima década, quando a Alemanha tiver absorvido o custo de sua unificação e a Rússia tiver se soerguido economicamente. A própria destruição de ogivas nucleares na antiga URSS e nos EUA torna a guerra mais plausível no momento em que desaparecer o risco de uma guerra nuclear.

Podemos afirmar que se o direito visa a paz ele também é um elemento polemógeno, vez que serve de fundamento para as reivindicações dos estados. É o que ocorre com o direito humano de auto-determinação dos povos consagrado internacionalmente, mas conduzindo, muitas vezes a um reforço da soberania. De qualquer modo, ele é benéfico em inúmeros casos, resta-nos saber se também o é em todos os casos diante da realidade internacional.

3. As fontes do internacionalismo remontam a mais longínqua Antigüidade, como ocorre no Gênesis em que se afirma que havia uma única língua e Noé tem medo que se perca o sentimento de unidade. Na Grécia já se encontra as anfictionias, isto é, as confederações de estados, sendo que a mais importante parece ser a de Delfos, que é do século VI a.C. Os estados eram unidos por um juramento de natureza religiosa. A própria literatura grega, como Cleanto, no "Hino a Zeus" celebra "a unidade

ao mesmo tempo material e espiritual da humanidade" (Théodore Ruysen - Les sources doctrinales de l'internationalisme, 3 vols., 1954-1961, Presses Universitaires de France, Paris, em quem nos baseamos sobre o tema deste item). Em Roma surge o "jus gentium".

A meu ver a verdadeira fonte do internacionalismo está no Cristianismo. Ela se encontra no Novo Testamento, e no Evangelho de S. João, quando Cristo rezava ao Pai para que houvesse "um único rebanho e um único pastor". Entre os primeiros cristãos há a defesa do pacifismo como a obra de Tertuliano "De corona". Santo Agostinho na "Cidade de Deus" fala em "paz e ordem", sendo que esta ocorre quando as coisas semelhantes e dissimilantes se encontram no seu devido lugar. Defende não somente a paz da "paz celeste", mas também a paz da "cidade terrestre". É Santo Agostinho o terceiro fundador do cristianismo (o segundo foi S. Paulo), nas palavras de Ruysen. A sua influência foi imensa em quase toda a Idade Média. Surge a primeira comunidade internacional com o Papa Gregório VII, no século XI, que vai desenvolver a idéia de cristandade como uma unidade espiritual e temporal. "As duas espadas, símbolo dos dois poderes" são concentradas nas mãos da Igreja. É o augustinismo político na sua essência como escreve H.-X. Arquillière (L'Augustinisme Politique, 1955, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris). Ou como diz E. Gilson, a ordem natural é absorvida na ordem sobrenatural. A Igreja vai desenvolver vários institutos visando a proteção do homem na ordem internacional, como a Trégua de Deus, a Paz de Deus, ou ainda a noção de guerra justa, estudada por Isidoro de Sevilha e outros, que vai ser desenvolvida de modo preciso, posteriormente, por Santo Tomás de Aquino. Assinala Christian L. Lange (Histoire de l'Internationalisme, vol. I, 1919, H. Ascheoug and Co., Kristiania) que mesmo o sectarismo na I. Média "é uma das fontes das mais importantes do pacifismo moderno", porque ele "mantém a doutrina anti-militarista do cristianismo primitivo". Pode-se mencionar ainda a tentativa de se criar o Sacro Império Romano Germânico com a iniciativa de Frederico II da Suábia.

A formação dos grandes estados nacionais e a Reforma trazem a secularização do poder político. Entretanto, não desaparece a idéia do pacifismo que vamos encontrar no século XVI na "Utopia" de Tomas Morus, ou ainda, o humanista Erasmo que no seu "Querela Pacis", visando a que a Espanha e França concluíssem uma paz durável, lembra aos "povos cristãos a sua fraternidade original", bem como apela para que todos os religiosos preguem em favor da paz. Os irenistas, isto é, os defensores da paz são inúmeros Dante, Sully, Abade de Saint-Pierre, etc. Os que citamos são apenas a título exemplificativo. Os juristas ao estudarem o "Direito das Gentes" também desenvolvem o internacionalismo como os teólogos espanhóis Francisco de Vitória e Francisco Suarez. Há uma importante vertente dos juristas no pensamento protestante como Grotius, Pufendorf, Wolff aperfeiçoando o DI.

O DI surge como um direito de guerra o que não deixa de certa forma de ser uma ironia, vez que o seu fim último é exatamente a paz. Todas as primeiras obras desta disciplina versam o direito de guerra. É verdade, que na Europa dos séculos XVI

e XVII predominavam os combates, sendo que os anos de paz eram verdadeiras exceções. O livro que é considerado o primeiro tratado sistemático de DI é a obra de Hugo Grotius intitulada "De jure belli ac pacis", publicada em 1625, e que como se pode verificar coloca a guerra em primeiro lugar. A mais recente interpretação deste livro é no sentido de que ele trata apenas da guerra e que a paz mencionada no seu título é vista como uma consequência daquela, isto é, o que ele estuda são os tratados de paz.

A idéia de paz começa a frutificar e surgem os grandes congressos internacionais, sendo que o primeiro deles foi a Paz de Westfalia em 1648 que colocou fim a última das guerras de religião, a Guerra dos 30 Anos, que devastou a Alemanha que levou mais de 150 anos para se recuperar. Segue-se em 1815 o Congresso de Viena com importantes consequências para o DI, as conferências de Haia de 1899 e 1907 e sucessivamente a Paz de Versailles (1919) e a Conferência de S. Francisco (1945). Tais congressos formam uma nova modalidade de se tentar garantir a paz com a participação do maior número possível de estados. Atualmente, em que o mundo é denominado por poucas grandes potências desenvolveram-se as conferências de cúpula em que alguns chefes de estado se reúnem visando a criar um clima de confiança mútua, quando há uma crise nas relações internacionais.

A idéia do internacionalismo está intimamente ligada a de paz. Internacionalismo significa na sua essência estabelecer e organizar a paz.

A internacionalização da vida tem sido uma tendência marcante de nossa época. O progresso dos meios de comunicação intensificou as relações internacionais e desenvolveu o comércio, ou ainda, a dependência econômica entre os estados. Inúmeras consequências vão surgir no plano internacional, como no século XIX a grande preocupação em se proteger o comércio dos neutros em tempo de guerra, ou ainda o abandono no século XX do instituto do reconhecimento como beligerantes, nas guerras civis, vez que ele também permitia a interferência no comércio dos neutros. A guerra é substituída pelo conflito armado em que a própria neutralidade desaparece.

A guerra está tão arraigada no homem que mesmo em 1919 a Liga das Nações não estabeleceu o fim da guerra e apenas determinou uma "moratória" É somente, em 1928, no Pacto Briand-Kellogg que os estados renunciaram o uso da força nas relações internacionais, o que não impediu a 2ª Guerra Mundial. A Carta da ONU é que proíbe a agressão e consagra a idéia de paz, tendo obtido resultados parciais. É preciso sublinhar que a evolução do ser humano é extremamente lenta.

O DI dominado pela figura do estado que permanece ainda como sendo o principal ator das relações internacionais. Entretanto, ele começa a perder o seu poder. Inicialmente, isto ocorreu com a denominada política de blocos, durante a Guerra Fria, que eram alianças militares em tempo de paz com uma potência líder que impunha a sua ideologia. Na década de 90 com o esfacelamento da URSS e de seus

estados satélites tal política desaparece.

O estado continua o seu processo de erosão devido a duas forças que o vão minando gradativamente: as organizações internacionais e as empresas transnacionais.

As organizações internacionais surgem em 1919 e proliferam a partir de 1945. Atualmente, são cerca de 150 organizações internacionais inter-governamentais. O nosso século se caracteriza pelo associacionismo internacional. Os estados só podem utilizar determinados bens com uma administração no plano internacional. Toda a vida hoje é interdependente. Os fatores económicos conduzem inelutavelmente a uma integração, que por enquanto é sub-regional, ou regional, mas que tende a se universalizar. Os estados cedem às organizações competências que eles zelosamente defendiam como pertencentes a sua soberania. As organizações com personalidade própria tendem a crescer vão gradativamente ampliando a sua área de atuação. A soberania é hoje muito mais uma noção emocional do que uma realidade política.

As empresas transnacionais desenvolvidas a partir da década de 60 visam a uma integração económica mesmo contra a vontade dos estados. O próprio FMI teve que abandonar o controle da taxa de câmbio para que os estados pudessem se defender das transferências que elas realizavam.

A grande questão no internacionalismo é saber em benefício de quem ele vai ser feito, ou ainda, as custas de quem. O problema é que vivemos um sistema imperial regendo as relações internacionais, ou ainda, como escreve Samuel Huntington, um sistema unimultipolar. A primeira etapa do internacionalismo não promete nada de bom, a meu ver, para nós que pertencemos ao 3º Mundo. Caberá a este pagar a despesa e os lucros serão concentrados no hemisfério norte.

Por outro lado, o internacionalismo permite o aparecimento de mais um direito humano, o chamado direito a paz, que pertence com o direito a auto-determinação aos denominados de direitos a vocação universal. No tocante às contradições entre eles faremos um pequeno estudo em seguida.

4. Os direitos humanos não são uma preocupação nova. O Cristianismo sempre defendeu a igualdade entre os homens. No plano jurídico é que o problema é mais ou menos recente, sendo de se citar o "Bill of Rights", na Inglaterra, no século XVII e no século XVIII as Declarações formuladas pelas colônias inglesas na América, sendo que a mais famosa foi a da Virgínia. A mais importante de todas e que teve repercussão universal foi a da Revolução Francesa. Entretanto, o tema era visto como pertencendo a jurisdição doméstica dos estados.

Somente no século XX começa a sua internacionalização. Tentativas são realizadas no período de 1919-1939. É em 1945, em um mundo chocado com o

aspecto bárbaro do conflito mundial que os direitos do homem são consagrados em um tratado internacional: a Carta da ONU. Acredito que se os objetivos da ONU forem resumidos em dois eles seriam: garantir a paz e promover os direitos humanos.

O progresso é lento e tímido. Começa-se por uma Declaração em 1948. Elabora-se os Pactos de Direitos Humanos em 1966. Sucodem-se inúmeras convenções como a que proíbe a tortura, a da proteção da criança etc. Entretanto, os mecanismos de implementação são fracos. No plano regional os resultados são mais palpáveis, como no Conselho da Europa, ou ainda no âmbito da OEA.

Jacques Mourgeon (*Les Droits de l'Homme*, 1978, PUF, Paris) escreve que os direitos do homem visam a própria relação política, estado-pessoa, daí a dificuldade de se aceitar os textos internacionais, ou a não criação de órgãos internacionais de controle que sejam eficazes. É ainda a idéia de soberania. O próprio Brasil só muito recentemente ratificou os Pactos da ONU e a convenção americana.

A proteção internacional ao homem é indispensável, vez que já se constatou ser o estado o maior infrator dos Direitos Humanos. Somente através de uma proteção internacional é que eles poderão ter uma universalidade, conforme o ideal do Iluminismo. Há uma imensa dificuldade para que isto se realize diante da diversidade das culturas, mas de forma gradativa talvez se possa atingir este fim. Mesmo sem gostar ou apoiar a denominada cultura d'omassa ela é uma realidade e facilitará a universalidade dos direitos humanos ao dirimir as diversidades culturais. E mais, o internacionalismo pode se desenvolver sob uma forma de estado federal respeitando a diversidade cultural.

5. A conclusão que pode ser apresentada é que os direitos do homem só serão implementados com uma vitória do internacionalismo sem super-potências. É uma utopia pela qual devemos lutar. Os direitos do homem só podem ser respeitados em um estado de paz, daí este direito figurar entre os chamados direitos de solidariedade. O direito a paz visa a preservar a espécie humana, sendo ao mesmo tempo um direito individual e coletivo (Adrian Nastase).

O Direito seja ele qual for tem sempre origem no homem e como fim último o próprio homem. O DIP não é nenhuma exceção a esta regra.

Pode-se perguntar se com o renascimento do nacionalismo o direito a paz não será sacrificado. Será compatível o direito a auto-determinação dos povos com o direito a paz. A resposta é afirmativa. Ambos os direitos são válidos, mas a compatibilização entre eles será um processo lento e doloroso. Nacionalismo e Internacionalismo se encontram em um processo dialético a espera de uma nova síntese, que por sua vez desencadeará um novo processo dialético. A História continua. Ela não tem fim. O fim da História só teve uma certa repercussão por vivermos na denominada era do pós-modernismo que é tão "estranha" que se auto-

define pela era anterior. Gilles Lipovetsky (*L'ère du vide*, 1983, Gallimard, Paris) escreve que o pós-modernismo é o desencajamento, a desindicalização e a impotência perante o político, que ns leva a abandoná-lo.

Há, todavia, algo que uma Faculdade de Direito não pode abandonar: a defesa dos direitos humanos. Entendida esta expressão no seu sentido mais amplo abrangendo não apenas os direitos políticos e civis, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. Uma outra missão que temos como profissionais do Direito é defender a Ética, hoje, tão abandonada, mas já bastante estudada nas relações internacionais.

Tudo isto nos conduz a uma palavra mais ampla: humanismo. Gosto especialmente de uma frase de Miguel de Unamuno (*Del Sentimiento Tragico de la Vida en los Hombres y los Pueblos*, 1986, Alianza Editorial, Madrid) quando diz que não se pode exigir o sacrifício de um homem em benefício da humanidade se a própria humanidade não estiver disposta a se sacrificar por ele.

O que posso vos propor é o engajamento em favor dos direitos humanos não importando as vossas crenças ou opiniões políticas. Enfim, que o humanismo seja a nossa bandeira.

O Problema da Excelência Acadêmica na Universidade Pública

JOÃO MAURÍCIO L. ADEODATO (*)

I

Já se disse que conhecer é classificar. Examinar critérios de classificação é, então, um problema epistemológico crucial. Nada obstante, a questão do critério não nos interessa aqui enquanto teoria do conhecimento mas sim em sua aplicação prática. Isto porque critérios são necessários sempre que se quer estabelecer uma hierarquia, não importa com que objetivos. Um desses objetivos pode ser a divisão de recursos limitados.

E este é o caso na universidade pública brasileira hoje: os recursos do governo não apenas estão limitados mas são também insuficientes para garantir um padrão mínimo de qualidade, ressalvadas as raras e honrosas exceções. Isto significa: é preciso estabelecer critérios os mais claros possível para distribuir as verbas escassas que o governo destina à universidade pública, diante das muitas tarefas a ela atribuídas, tais como ensino, prestação de serviços à comunidade, pesquisa, com todas as necessidades que as acompanham, da mais prosaica máquina copiadora ao microscópio eletrônico de varredura, passando pelos salários. Obviamente este problema interno não se confunde com a luta política por mais recursos para a universidade pública, questão externa ao ambiente acadêmico.

Um dos critérios ou grupos de critérios para hierarquizar internamente a distribuição dessas verbas é o mérito ou a pomposamente chamada excelência acadêmica. Com maior ou menor intensidade, este parâmetro vem sendo usado nos países desenvolvidos e em universidades como as do México e Costa Rica. Algumas poucas universidades brasileiras também o têm aplicado em alguma medida.

(*) Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

II

Tome-se como exemplo uma dessas universidades brasileiras, a Universidade Federal de Pernambuco, do mesmo modo que se poderia tomar a Universidade de Viçosa ou a de São Paulo. Dentre os diversos critérios em vigor destinados a aferir o mérito de estudantes, funcionários e professores, aproveitam-se, por exemplo: a Resolução nº 03/89 do Conselho Universitário disciplina a progressão horizontal, isto é, dentro de uma mesma categoria de professor auxiliar I, II, III, IV, assistente I, II, III, IV, adjunto I, II, III, IV; a Resolução nº 06/85, que regula a progressão vertical de assistente para adjunto, já é de responsabilidade do Conselho Coordenador de Ensino, Pesquisa e Extensão; as regras para progressão vertical de auxiliar para assistente estão na Resolução nº 02/90, novamente do Conselho Universitário. Neste assunto o caso da UFPE é ilustrativo, já que não se trata da mais nem da menos exigente universidade pública brasileira quanto à excelência acadêmica e porque sua legislação confusa e lacunosa vem sendo muito debatida.

Verifica-se que não existe mais a figura da cátedra, substituída pela categoria de professor titular, a única que ainda exige novo concurso público de provas e títulos independentemente do ingresso na carreira (Decreto nº 94.664 de 23 de julho de 1987). Na prática, porém, ressalvadas as exceções de sempre, esta hierarquia reduz-se a pouco mais do que meras diferenças salariais e o comando por parte do professor titular passa a depender exclusivamente de contingências pessoais. O chamado sistema de créditos, que importamos dos Estados Unidos para substituir o sistema seriado, serviu para pouco a pouco democratizar o ingresso na carreira docente, diminuindo o poder dos "feudos" ou "dinastias" universitárias. O sistema de créditos brasileiro, nada obstante, e diversamente do que ocorreu nos Estados Unidos, foi um dos fatores importantes na queda da qualidade da universidade. Os critérios de excelência acadêmica têm sido uma das tentativas de proteger as conquistas do sistema de créditos sem perda da qualidade docente.

A leitura das resoluções referidas acima nos mostra que se procurou contemplar as peculiaridades dos diversos segmentos e suas diferentes atividades dentro da universidade. Mostra também que, em atenção à diversidade na formação dos quadros docentes, as fronteiras entre as categorias funcionais foram tomadas mais fluídas, flexíveis. Isso se justifica sob o argumento de que o processo de implantação da excelência acadêmica encontra uma geração de transição, inspirada no antigo sistema, educada em uma estrutura para aferição de mérito acentuadamente subjetiva, na qual os títulos curriculares têm peso muito reduzido e o empenho do pessoal é o mais importante. Um exemplo contemplado na UFPE é o fato de não se exigir doutoramento para adjunção - ao contrário da Universidade de Campinas, p. ex. - ou sequer para titularidade. Há universidades públicas com casos

de professores titulares que sequer escreveram uma dissertação de mestrado ou outro trabalho de maior fôlego, isto é, são bacharéis como seus alunos. Isso se justifica pelo argumento de que há outras formas de aferição do mérito, válidas, ainda que mais subjetivas do que o currículo. O problema é determiná-las. Mas há também universidades públicas brasileiras onde o doutoramento não basta e exige-se ainda a livre-docência para concorrer à titularidade.

Observa-se que as normas contemplam inclusive critérios estranhos à própria atividade científica, como, por exemplo, as atividades administrativas desempenhadas pelo professor, o que garante a ele pontuação para progresso na carreira independentemente de aferição de quaisquer resultados objetivos nessas atividades, seja favorecendo eventos científicos, seja incentivando qualificação de seus quadros docentes, seja melhorando o ambiente físico da unidade administrada; o simples fato de administrar é privilegiado, ainda que a atividade possa ser desempenhada por um funcionário, como acontece até em funções de cúpula tipo pró-reitorias. E a experiência mostra que as simpatias políticas superam a qualidade da docência na escolha para as funções de administração. A prestação de serviços à sociedade - extensão - é também contemplada, assim como o registro de patentes, a obtenção de prêmios, a supervisão de estágios, a coordenação de convênios ou mesmo a participação em órgãos colegiados, entre muitos outros critérios.

O regime de trabalho de dedicação exclusiva pouco tem a ver com a excelência acadêmica e assim também o determina o Decreto federal referido, que reconhece o professor de perfil exclusivamente de ensino, garantindo-lhe o regime de 20 horas semanais e exigência mínima de carga horária de 8 horas-aula. O antigo regime de trabalho de 40 horas foi extinto, resguardados os direitos adquiridos daqueles anteriormente concedidos, desde que mantido o mínimo de 16 horas-aula semanais para os professores de perfil exclusivamente de ensino. Argumenta-se, em contrário, que a dedicação exclusiva é a regra nas universidades do centro desenvolvido, que os professores exclusivamente dedicados à universidade têm mais tempo para ela (o que significa, entre outras coisas, mais projetos e maior captação de recursos externos) e que permite uma abordagem mais completa e isenta do objeto estudado (em casos específicos das ciências sociais aplicadas, p. ex.) etc. A questão da dedicação exclusiva é basicamente ainda que não unicamente quantitativa. Mas este não é o tema principal.

O que parece importante é, como o faria qualquer empregador, recomensar o professor tanto pela qualidade quanto pela quantidade de horas que dedica à universidade dentro de suas atividades. O problema da quantidade é mais fácil de ser aferido do que o mérito, ainda que haja distorções, tais como o professor em regime de 40 horas que trabalha exatamente o mesmo tempo que trabalha um professor de 20 horas, reduzindo as diferenças quantitativas a mera ficção. Tais distorções não se devem ao sistema propriamente mas sim ao corporativismo administrativo da universidade, que não sanciona as transgressões - o instrumento

que prevê a sanção de redução da jornada de trabalho do professor em tempo integral inadimplente para 20 horas semanais, permanecendo em nosso exemplo concreto da UFPE, é a Resolução nº 01/90 do Conselho Universitário. Os centros e departamentos de menor nível de dedicação e excelência acadêmicas, ao invés de permanecer resistindo aos novos tempos sob os mais diferentes argumentos e procurar tornar ainda mais maleáveis os critérios de progressão na carreira, precisam se adaptar e instaurar uma política de médio prazo. Um dos meios para isso é o concurso público de provas e títulos como única via de acesso à carreira, conforme disciplina o art. 12 do mencionado Decreto, com privilégio para os concursos de mais alto nível - claro que empregar o docente já mestre ou doutor (assistente ou adjunto) representa economia para a universidade pública, a qual não precisará conceder afastamento ao professor para esses estágios iniciais da carreira.

III

Para avaliação da qualidade, por outro lado, a excelência acadêmica é fundamental. Os economistas podem perfeitamente dar pareceres ou mesmo trabalhar como consultores de instituições privadas, sem prejuízo qualitativo de suas atividades; o professor de cálculo pode trabalhar em construtora privada como sócio ou engenheiro, pode ter outro emprego público até sem qualquer relação com suas atividades universitárias: há normas que disciplinam a acumulação pública ou não de cargos justamente para este fim. O principal é que o professor exerça sua função com qualidade, estude e se aprimore, pois, diante do caráter complexo e específico das atividades docentes, sua prática empírica fora da universidade jamais será suficiente. Claro que o dia só tem vinte e quatro horas e quem desempenha mais de uma atividade profissional precisa de esforço e competência dobrados ou triplicados para desempenhá-las todas a contento.

Note-se que a separação entre o ensino e a pesquisa, contemplada pela legislação em atenção aos diferentes contextos dos departamentos, é meramente burocrática e impossível na realidade; isto pelo simples fato de que não se pode ensinar sem estudar. E a clientela da aula, se esta for artificialmente observada em separado, o alunado, é por definição incompetente para avaliar a qualidade da docência, podendo apenas pronunciar-se quanto a algumas questões didáticas. Por essas dificuldades, o ensino tem sido visto mais pelos aspectos formais da assiduidade e da pontualidade - que também são importantes, é óbvio. É preciso, contudo, atentar para o problema da qualidade, inclusive do professor de perfil exclusivamente de ensino, e estimular os docentes que não estudam há tempos e dão a mesma aula a sucessivas gerações de estudantes enfadados.

A avaliação da excelência acadêmica se dá de várias maneiras. A via direta, consagrada em todo mundo, são as *teses*: mestrado, doutorado, livre-docência, titularidade. Claro que não apenas em seus aspectos formais, é preciso verificar - como já o faz o Ministério da Educação através do CNPq e da CAPES - o conteúdo da tese e, não menos importante, a instituição e até a composição da banca responsável pelo julgamento. Para quem não quer se submeter a este julgamento direto pelos seus pares há várias outras formas. Dentre elas se destacam as publicações, aquilo que o professor escreve de público, participando do debate científico e acadêmico em sua área e justificando a figura do notório saber diante da falta de titulação, figura ainda devidamente contemplada pela legislação vigente nas universidades públicas. O veículo onde publica é também de toda importância, também a fim de separar a seriedade da publicação de uma mera relação de amizade com o editor ou de uma edição financiada com recursos próprios. Este critério, como as teses, tem a vantagem da maior universalidade, pois pode ser estendido a músicos, cineastas, arquitetos, médicos: todos têm o seu subsistema de discussão acadêmico-científica, seu espaço público. Não parece haver de imediato modos menos equívocos de provar que o professor estuda e participa da comunidade científica. E só é possível participar de discussões, no contexto mundial de hoje, escrevendo.

Ainda assim há critérios adicionais para aferição da qualidade docente, todos usados pelas instituições que atentam para a excelência acadêmica, todos partindo do núcleo básico, o curriculum vitae do professor avaliado: sua participação em congressos, cuidando também da qualidade dos congressos e das instituições promotoras; sua atuação nos cenários local e nacional e nas discussões referentes a sua área de interesse; sua experiência e intercâmbio internacionais, sempre examinando a qualidade dos mesmos e das entidades que os apóiam; o interesse do professor pela orientação de alunos de pós-graduação e pela iniciação científica, principalmente em um momento em que as exigências curriculares para os docentes orientadores foram ainda diminuídas através dos chamados programas institucionais; o número de aulas dadas, o domínio da matéria por parte dos alunos, o programa e a metodologia aplicados, tentando aferir a qualidade do ensino ministrado pelo professor; sua participação em bancas examinadoras dentro e fora da universidade de origem; suas atividades de extensão, a eventual relação de seu trabalho com a comunidade fora da universidade... Tudo isso pode ser criteriosamente examinado.

Critica-se fundamentalmente a legislação em vigor nas universidades públicas. Seu caráter híbrido, sua falta de unidade, faz com que as normas vigentes sofram ataques de ambos os lados, dos que querem dificultar e dos que querem facilitar os critérios para aferição de mérito. Claro que as regras devem ser revistas, com o apoio de "fórmulas que contemplam a diversidade da universidade" (eufemismo ambíguo que por vezes esconde interesses menos nobres de defesa do próprio poder). Mas o espírito da excelência acadêmica precisa ser preservado nas universidades públicas em que ele ainda resiste e até instaurado naquelas que

nunca o aplicaram. A sociedade tem de estar alerta e contra o sucateamento das universidades brasileiras, processo impulsionado nas gestões militares - momento no que concerne às ciências ditas humanas - mas que pode piorar.

IV

Todos esses problemas, já graves, são mais ainda complicados diante do critério decisório central, qual seja, quem decide quais serão os critérios aplicados. Os problemas da isonomia e da democracia fora da política governamental, contra o que Aristóteles já nos avisava (Política, 1279 b 6), torna-se crucial na universidade pública. Se o princípio da maioria já constitui parâmetro altamente problemático na política oficial, como ensinam os cientistas políticos, mais ainda em uma instituição cujos conteúdo e finalidade não são basicamente políticos mas sim a aquisição e a transmissão de determinados conhecimentos. Os perigos da demagogia ou "democratismo" nas universidades públicas fogem ao tema agora. Supondo, porém, que se decida decidir pelo voto, resta a questão de determinar quem vota. Ai os critérios são também numerosos: devem votar só os professores titulares, só os doutores, apenas os membros do Conselho Universitário, unicamente os professores assistentes, todos os professores, os funcionários com nível superior, todos os funcionários diretos, também os funcionários das prestadoras de serviço à universidade, apenas os alunos nunca reprovados ou todos os alunos?

Quanto mais restrito o critério de decisão, argumenta-se, menos legítimo o poder. Contra-argumenta-se afirmando que tanto mais amplo o critério de decisão mais se nivelarão os interesses por baixo, sem atenção para a qualidade. É de se observar que, apesar de toda a querela sobre a adequação ou inadequação dos critérios em vigor e da necessidade de modificá-los, o que realmente importa são os interesses pessoais de cada um. Pode-se perguntar se os diversos segmentos das universidades públicas conseguiriam decidir "democraticamente" pela excelência acadêmica, desligando-se de sua situação pessoal. Uma última reflexão leva a pensar por que ainda se estão discutindo os meios, que deveriam todos passar pela excelência acadêmica, meio evidente e principal, quando urge discutir os fins da universidade, quais sejam, a aquisição e a transmissão sistemática de conhecimentos.

A Lei (*)

JOSÉ AFONSO DA SILVA (**)

I - Sociedade e Direito

1. Uma das primeiras coisas que ouvimos no início de nossos cursos jurídicos é uma velha e famosa parêmia, em latim, assim: *ubi societas, ibi ius; ubi ius, ibi societas*, que traduz a idéia de que onde há sociedade, aí está o direito; e onde há direito, aí existe uma sociedade, que no fundo, quer dizer que o Direito fenômeno sócio-cultural que é, surge com o início da organização social da humanidade e com ela desenvolve-se.

2. A essência de qualquer sociedade se dá pelo conceito de *relatio ad alterum*, de relação entre os socii, que, juntos, convivem e se coordenam para realização de fins comuns, vínculo esse que também dá características ao Direito, no seu sentido de entrelaçamento bilateral. Sentido de vinculação que identifica o Direito como um dos elementos da sociedade e, por isso, nascido com ela, desenvolvendo-se com ela, "pois que - na expressão de Del Vecchio - vida humana não existe e não é possível se não no seio de uma sociedade, que, por sua vez, não é possível sem nexos e limitações jurídicas entre aqueles que a compõem".¹

3. O Direito pertence, pois, ao reino da cultura, compenetra-se de vida humana; é parte do mundo histórico construído pelo espírito no entrelaçar das ações sociais. A ação social é sempre valorada, pois o homem age segundo motivos, ou fins, escolhidos em vista de certos valores. O homem conduz-se, assume uma conduta, boa ou má, justa ou injusta, religiosa ou não religiosa.

Se a conduta tem, como fim, o valor do justo, o sentido do bem comum, diz-se que ela é uma conduta jurídica. A conduta humana é, pois, o substrato do valor jurídico: o sentido do Direito é esse valor. A aderência do valor jurídico ao suporte (conduta) se realiza, social e historicamente, por determinada

(*) Aula Inaugural proferida no Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio em

(**) Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

¹ Cf. Giorgio Del Vecchio, "Sulla Statualità del Diritto", in *Studi sul Diritto*, I, p. 93.

forma de comportamento, que, assim, serve de guia ou regra à ação social. A forma de conduzir-se se dá o nome de norma, e surge enquanto a forma da conduta exprime uma pauta de comportamento futuro, constituindo-se num dever ser; e essa pauta é dada pelo valor impregnado na conduta.

Cumpra, contudo, não confundir norma jurídica com a lei jurídica, que está nos diplomas legais, nos códigos. A lei surge com a interferência do Poder na determinação de modos de agir específicos, em vista de interesses dominantes num dado instante histórico. Como assévera António Banfi: "O momento, em que a formação espontânea de relações de direito vem precisada, definida e integrada em um complexo de normas, ao mesmo tempo coordenadas, é representado pelo legislador. A atividade deste, de outra parte, corresponde a afirmar-se a independência do Estado das formas de consociações ético-religiosas tradicionais, independência que ele conquista somente pondo-se como organização de direito, de livre e evolutiva sociabilidade. Por isso, a figura do legislador surge ao mesmo tempo que a do político e com esta se confunde, ou melhor, é dela um aspecto absolutamente integrante, mesmo que, em certos momentos, possa aparecer em oposição a ela".²

II - Lei e Direito

4. Vê-se por aí que a lei é Direito. O Direito legislado, a lei, é apenas um aspecto do Direito sócio-cultural, é um dos modos de sua expressão, de sua manifestação. Muitas vezes, o direito legislado se encontra em desacordo com o Direito sócio-cultural. Sobretudo, nos momentos de transição histórica, a ordem jurídica formal tende a permanecer estática, protegendo interesses conservadores, enquanto a ordem jurídica dinâmica se desenvolve, como Direito cultural e material, num sentido de justiça social, em flagrante contraste com a ordem formal. A contradição se estabelece no interior do Estado entre as duas ordens: uma, formal e conservadora, a proteger privilégios; a outra, real e progressista, a postular o valor do justo nas relações sociais.

5. A lei, como direito legislado, é a concretização da conduta do Poder Legislativo, do mesmo modo que a sentença judicial é a concretização da conduta do Poder Judiciário num caso concreto.

A conduta do legislador tem como missão relevar, em preceitos genéricos, o Direito (fato, valor e norma), que, social e historicamente, a sociedade tem como tal. Ocorre que a norma de conduta, tida como justa, é um tanto imprecisa, podendo ser concebida segundo vias diversas. Assim fica sujeita a juízos

² Cf. "Saggio sul Diritto e sullo Stato", in Rivista di Filosofia del Diritto, fac. III, 1935, p. 354.

de valor difusos e, às vezes, discordantes, dotando, por isso, as relações jurídicas de incertezas. Daí ter o Poder, que é também manifestação de cultura, o papel de escolher, em conceitos escritos, a via que, em dado momento histórico-cultural, melhor atenda as tendências ideológicas da comunidade. O legislador autêntico conduz-se no mesmo sentido dos valores jurídicos (justiça, segurança, ordem e paz social), acrescentando, às normas difusas, o valor (também jurídico, porque bilateral) da certeza, para que prospere a ordem na realização dos negócios jurídicos.

Mas essas normas escritas só adquirem juridicidade, enquanto traduzem o Direito cultural. Quando seu conteúdo não coincide com o objeto que mencionam, deixam de ser jurídicas. Caem em desuso, ou devem ser ab-rogadas. Se permanecem atuando, contra o Direito real, satisfazendo apenas o interesse do Poder, dominado por uma classe social, assegurando seus privilégios, então cessaram de ser jurídicas, por não postularem justiça, para serem meramente políticas, protecionistas.

6. Concebido assim, o Direito legislado é a positivação das normas jurídicas existentes difusas no meio sócio-cultural, acrescentando-lhes, com a força do Poder, o plus da certeza e da obrigatoriedade.

Concebemos o direito escrito como dado de referência para as condutas possíveis; é, na verdade, esquema do Direito, ao qual tanto a conduta social, como a do Poder público em geral, deve sujeitar-se por força do dever ser de condutas futuras: "a regra jurídica, em verdade, representa aquele momento conclusivo do processo espiritual em que o fato passa pelo crivo ou pelo critério das estimativas e se projeta como esquema genérico de fins a serem atingidos", como acentua Miguel Reale.³

A interferência do Poder estabelece, assim, esquemas gerais de realização do Direito com certeza e unidade. A positivação estatal do Direito é uma decisão política fundamental que se justifica na possibilidade de condutas anti-jurídicas, mas, não raro, serve apenas para proteger interesses classistas.

III - A Problemática da Lei

7. Postos esses princípios, cabe-nos, agora, indagar da problemática da lei, como interferência do Poder Legislativo na predeterminação das condutas futuras.

Toda lei é uma relação constante derivada da natureza das coisas, dizia Montesquieu. Se as relações são do mundo físico, temos leis físicas. Se do

³ Cf. Filosofia do Direito, II, 2ª ed., 1957, p. 499.

mundo social; uma lei social; se das relações sociais, ou condutas humanas entrelaçantes, que sirvam de suportes a valores jurídicos, temos a lei jurídica, que se diz normativa pela revelação estatal. A lei, para ser autenticamente jurídica, tem que postular o valor da justiça, conformando-se com o Direito cultural, de que não passa (ou não deveria passar) de um esquema genérico. Como disse Leroy/Beaulieu: "Uma vez fixado por escrito, por textos precisos e concisos, o direito continua em movimento e em desenvolvimento. Mas aqui ainda, por uma análise exata, a iniciativa não vem do legislador... o legislador chega em último lugar para uma suprema sanção".⁴ De fato, a interferência do legislador tem o sentido de precisar, para o futuro, tais condutas, conferindo-lhes predeterminação, unidade e certeza. Essa é a função do Estado, como legislador, função que se amplia e se estende, à medida que os fins do Estado se desenvolvem, conquanto seja a função política por excelência.

"Fazer a lei - já dizia o nosso extraordinário Pimenta Bueno - é prescrever as normas, os preceitos que devem reger os homens e as coisas, as autoridades e a sociedade em todas as suas relações; é exercer a alta faculdade de regular todas as forças sociais, seu desenvolvimento, os destinos públicos, de fazer a prosperidade ou a desgraça do país, pois que a sorte do Estado depende mais que muito de sua legislação".⁵

IV - Conceito de Lei

8. Essas considerações nos levam ao problema do conceito de lei. Para o cientista político, a lei, num dado momento e em qualquer sociedade organizada, consiste naquelas regras da conduta humana que são impostas pelo Poder do Estado; pois, sociedade alguma pode continuar por muito tempo sem práticas e hábitos de vida uniformes; por isso, é necessário o estabelecimento de regras e limites; formas expressas e definidas de associação são necessárias para o cumprimento dos propósitos básicos da ordem interna e da segurança contra as forças externas; a esses agrupamentos sociais interessa durar, é preciso haver prescrições para a manutenção de uma sucessão perpétua de uma geração às outras e isto é assegurado pela organização política e pela administração.

Na Ciência do Direito, o termo lei apresenta diversidade de significação dependendo da posição filosófica do jurista. Assim, os juristas da Escola Analítica concebem o Direito identificado com as regras e preceitos que, em conjunto, constituem o sistema legal básico numa sociedade política desenvolvida, definindo a

⁴ L'Etat Moderne et ses Fonctions, 2ª ed., p. 110.

⁵ Cf. Direito Público e Análise da Constituição do Império, p. 67.

lei como uma regra geral de ação humana externa, imposta pela autoridade política soberana; os da Escola Histórica fundamentam sua interpretação da ordem legal na história do desenvolvimento do procedimento judicial e na regulamentação da conduta humana; Duguít, p. ex., diz: "Lei e o preceito de lei são derivados da profunda crença da massa dos homens, de que uma dada norma é imperativa, de que certa tarefa deve ser cumprida. Lei, em resumo, é, acima de tudo, a criação psicológica dos homens determina pelas suas necessidades material, intelectual e moral".⁶ Os juristas da Escola Sociológica, em princípio, vêem o significado da lei na sua aplicação e adaptação ao povo; os racionalistas vêem o sentido derivado da razão pura e da lógica.

9. Emile Bouvier e Gaston Jèze estudaram o problema com proficiência; negando o conceito formal de lei, buscam firmar a definição verdadeira de lei. Criticam várias definições. Aham que a lei deve ser definida tendo em vista sua função e seus caracteres, visto como as definições correntes não distinguem a lei pelos seu aspecto funcional; não dizem o que é lei em sentido substancial, e independentemente de qualquer forma, ou seja, de qualquer voto das assembleias que se chamam Poder Legislativo. Não lhes parece possível ater-se apenas ao modo de sua confecção, em vez de apresentar-lhes uma noção funcional, isto é, que lhe indique a função e a do Poder Legislativo. Partindo da idéia de que este é o poder cuja função principal é fazer as leis, procuram descartar-se do círculo vicioso, insito nos conceitos formais, e consistente nisto: o Poder Legislativo tem por função fazer leis e a lei é aquilo que é feito pelo Poder Legislativo segundo um procedimento determinado. Então, estabelecem inicialmente os caracteres da lei para depois formularem o que chamam de verdadeira definição de lei. Esta é um preceito jurídico, é dotada de generalidade, de obrigatoriedade e de permanência e, finalmente, para extremar a lei do regulamento, do ponto de vista da função, destacam o caráter de originalidade da lei.

Terminam propondo a seguinte definição: "A lei é a regra primordial e fundamental que rege as relações no interior do Estado de um modo geral e permanente".

10. Apesar da crítica desses autores, parece-nos necessário distinguir a lei no seu sentido material e formal, pois, no interior do Estado, há normas jurídicas escritas de diferentes espécies promulgadas por diversos tipos de autoridade (leis, decretos, regulamentos, etc.). Todos esses atos envolvem certa dose de função normativa, mas nem todos, já se vê, são essencialmente atos de legislação, stricto sensu, isto é, emanados do órgão a que a Constituição confere a competência específica para emitir preceitos com for de lei.

Nem todas as normas jurídicas entram no conceito de lei, em sentido

⁶ Cf. Law in the Modern State, p. 43.

técnico, quer no material quer no formal.

No sentido material, a lei consiste num ato normativo de caráter geral, abstrato e obrigatório, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva, no sentido de trazer certeza, precisão e garantia às relações jurídicas. "Esses caracteres e o de modificação na ordem jurídica preexistente, que decorre da sua qualidade de ato jurídico, se somam para caracterizar a lei entre os demais atos do Estado".⁷ Não importa quem o produza. Já no sentido formal, lei é o ato jurídico emanado do Poder Legislativo composto de representantes do povo, elaborado e aprovado de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição, abstração feita de seu conteúdo. Noção que já se encontrava no Direito romano: *Lex est quod populus jubet atque constituit*. A lei em sentido formal só existe, rigorosamente, nos regimes constitucionais da separação de poderes, pois seu conceito provém do fato de ser a função legislativa atribuída a órgão distinto dos incumbidos das funções executiva e jurisdicional. Quase sempre, no entanto, a lei formal contém as características da lei material, havendo, assim, coincidência entre forma e conteúdo da lei. No entanto, lei em sentido material pode provir do Poder Executivo, como é o caso do decreto-lei. As medidas provisórias têm força de lei, nos termos do art. 62 da Constituição. Ficam sujeitas a uma condição resolutive. Não podem, a nosso ver, dispor sobre matéria sujeitas a uma reserva de lei, ou seja, matérias subordinadas à legalidade escrita, como agora se pode constatar com as que dispuseram sobre a matéria penal, em desrespeito ao princípio do *nullum crimen sine lege*.

11. Essa classificação das leis em formal e material não fica superada pela distinção delas em leis de arbitragem e leis de impulsão.⁸ As primeiras têm por função compor conflitos de interesses inter-individuais; definem os parâmetros e os limites da conduta individual; destinam-se a manter a ordem, para que cada um realize seu interesse nos termos da lei. As leis de impulsão destinam-se a realizar políticas, determinam metas de realização governamental, estabelecem programas e interferem no domínio econômico, procurando efetivar a justiça social. Ambas devem provir do Poder Legislativo composto de representante do povo, mas se reconhece ao Executivo maiores condições de sua elaboração técnica para preparar as leis de impulsão e, assim, tomar a iniciativa de seu processo legislativo. As leis de arbitragem aproximam-se mais do conceito de lei em sentido formal, enquanto as leis de impulsão estão mais perto das leis em sentido material. Mas, do ponto de vista de sua formação, ambas devem submeter-se ao conceito formal de lei, no sentido de ato jurídico emanado do órgão de representação popular, formado segundo formalidades constitucionalmente estabelecidas. O decreto-lei, tenha função de arbitragem ou de impulsão, não é lei nesse sentido formal, mas apenas no sentido material.

⁷ Cf. Seabra Fagundes, *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 16.

⁸ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do Processo Legislativo*, São Paulo, Saraiva, 1968, pp. 218 e ss.

12. É possível ainda lembrar um outro tipo de lei que não estaria nem entre as de arbitragem nem entre as de impulsão. Tais são as leis de organização e definidoras de competência, que poderiam chamar-se leis construtiva, segundo uma distinção das regras jurídicas que se encontra em Duguit, para quem as regras de direito são: normativas, que são aquelas que impõem a todo homem que vive em sociedade certa abstenção ou certa ação, e construtivas ou técnicas, que preordenam medidas, organizam e fixam competências e asseguram sanções.⁹

V - Relevância da Lei

13. O sentido e relevância da lei variam em função do tipo de Estado. Já observamos que o aparecimento do direito legislado revela a desvinculação do Estado das formas ético-religiosas tradicionais. Até o séc. XVIII, triunfou no domínio do agir do homem regras éticas fundadas no princípio de transcendência ou de heteronomia, que se caracteriza por uma representação do homem e do mundo que tem na divindade um princípio supremo, a fonte e referência permanente dos comportamentos individuais e sociais.¹⁰ A partir do séc. XVI, anota Jean-Luc Chabot, surge e desenvolve-se um projeto de vida social e individual tendente a romper com a referência transcendente e religiosa, fundado no princípio de imanência ou de autonomia, de que resultaria uma sociedade concebida como auto-legitimante em nome de uma racionalidade individual e coletiva. Então, a relação totalidade inscrita na heteronomia religiosa sofre uma transferência para o objeto imanente mais próximo: a atividade política.¹¹ Dessa evolução, vem o constitucionalismo, com seus princípios de garantia dos direitos e da separação dos poderes, na lídima tradução do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo o qual a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.

14. A lei aparece nesse contexto como a expressão deificada e acabada do legalismo do Estado liberal que brota da Revolução francesa. A lei, expressão da vontade geral, é concebida como perfeita, intocável e irreprensível, que não pode ser abolida senão por outra lei. Ela pretende definir, por si mesma, lembra Jean-Luc Chabot, os critérios da moralidade, como a legitimidade das vontades particulares: "Tudo o que é definido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena", declara o art. 5º da Declaração de

⁹ Cf. *Traité de Droit Constitutionnel*, I, pp. 106 e 107.

¹⁰ Cf. sobre o tema, Jean-Luc Chabot, *Histoire de la Pensée Politique (XIXe et XXe siècle)*, Paris, Masson, 1988, p. 5.

¹¹ Ob. cit., pp. 6 e 7

Direitos de 1789; "a lei não reconhece mais nem votos religiosos, nem qualquer outro engajamento que seja contrário aos direitos naturais ou à constituição", proclama o preâmbulo da Constituição francesa de 1791. A lei, não a palavra liberdade, é que se destaca nos comentários da Declaração de Direitos de 1789. "De fato, conclui o citado autor, a liberdade para os revolucionários franceses".¹²

15. Ela, segundo essa concepção, constituiu o princípio basilar do Estado de Direito, que é criação do liberalismo. Por isso, na doutrina clássica, o Estado de Direito repousa na concepção do direito natural, imutável e universal, de onde decorre que a lei, que realiza o princípio da legalidade, que dá a essência do seu conceito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei constitui o fulcro desse Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão. Dela, e só dela, defluiria a igualdade. "Sendo regra geral, a lei é regra para todos".¹³

16. O postulado da generalidade das leis foi ressuscitado por Carl Schmitt sob a Constituição de Weimar, após ter sido abandonado sob a influência de Laband, surgindo, em seu lugar, a divisão das leis em formais e materiais.¹⁴ Essa restauração tem sentido ideológico preciso, pois que, como lembra Franz Neumann, a teoria de que o Estado só pode governar por meio de leis gerais se aplica a um sistema econômico de livre concorrência,¹⁵ e "o renascimento, sob a Constituição de Weimar, da noção da generalidade das leis e sua aplicação indiscriminada às liberdades pessoais, políticas e econômicas, foi assim usado como um dispositivo para restringir o poder do Parlamento que já não mais representava exclusivamente os interesses dos grandes latifundiários, dos capitalistas, do exército e da burocracia. E então, o direito geral, dentro da esfera econômica, era usado para conservar o sistema de propriedade existente e para protegê-lo contra intervenção sempre que esta fosse julgada incompatível com os interesses dos grupos mencionados".¹⁶

Invoca-se, com frequência, a doutrina da vontade geral de Rousseau para fundamentar a afirmativa de que a igualdade só pode ser atingida por meio de normas gerais, mas se esquece de que ele discutia o direito geral com referência a uma sociedade em que só haveria pequenas propriedades ou propriedades comuns.¹⁷

Não é, pois, fundamento válido para o postulado da generalidade que embasa

¹² Ob. cit., p. 16

¹³ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 21

¹⁴ Cf. Franz Neumann, *Estado Democrático e Estado Autoritário*, Rio, Zahar Editores, 1988, pp. 60 e 61, trad. de Lutz Corção.

¹⁵ Ob. cit. p. 61

¹⁶ Franz Neumann, ob. cit. p. 63

¹⁷ Franz Neumann, ob. cit. p. 61

o liberalismo capitalista. De fato, a "propriedade particular, que é sagrada e inviolável, de acordo com Rousseau, só é propriedade até onde permanece como um direito individual e discriminado. Se for considerada comum a todos os cidadãos, ficará sujeita a *volonté générale* e poderá ser infringida ou negada. Assim o soberano não tem o direito de tocar na propriedade de um ou de diversos cidadãos, embora possa legitimamente tomar a propriedade de todos".¹⁸

17. Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político,¹⁹ de onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.²⁰

18. O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, proclamado no art. 1º da Constituição de 1988. É, de fato, da essência do conceito de Estado Democrático de Direito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei, que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas especialmente quanto à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.

19. É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que

¹⁸ Cf. Franz Neumann, ob. cit., p. 62, citando, sob nota 27, *Émile*, livro V. Cf. efetivamente *Émile ou de l'Éducation*, Paris, Flammarion, 1988, pp. 604-605.

¹⁹ Cf. Pablo Lucas Verdu, *Curso de Derecho Político*, v. II, Madrid, Editorial Tecnos, 1974, pp. 230 e 231.

²⁰ Cf. Elias Días, ob. cit., pp. 139-141

imperou no Estado de Direito clássico.²¹ Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade.²² Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade requer, a lei se elevará de importância, na medida em que se caracteriza como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição.

20. Essa função da lei sobreleva de importância maior em face das constituições analíticas e programáticas, como a nossa. Aqui, a lei, como primeira expressão do direito positivo, exerce papel relevante na medida em que se manifesta como um desdobramento necessário do conteúdo da Constituição. Muitas normas constitucionais, outorgantes de direitos econômicos e sociais, dependem de uma legislação ulterior que integre sua eficácia e realize na prática sua aplicação. Neste caso, a lei até poderá ser considerada como um instrumento de realização da eficácia da Constituição, exercendo a função transformadora da sociedade, alterando-lhe o controle social, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que continue exercendo uma função conservadora, garantindo a sobrevivência dos valores socialmente aceitos. Em casos como o do Brasil, em que a Constituição prevê, em vários de seus artigos, uma lei complementar para desenvolver seu conteúdo, aparece um tipo de lei integradora das normas constitucionais, de natureza especial que a situa entre a lei ordinária e as leis constitucionais, por isso, às vezes, se diz que se trata de lei paraconstitucional.

21. A lei é, assim, reconhecida como o instrumento institucional de maior relevância no controle social, já que também é um instrumento de dominação política, o que postula atuação e controle democráticos na sua elaboração e aplicação, para coibir abuso e autoritarismo.

22. Essas características da lei crescem de importância na medida em que a expansão das tarefas estatais solicitam cada vez mais a intervenção do legislador na preparação do caminho necessário para que o governo alcance os objetivos de seu programa. Assim, a lei passou a desempenhar também um papel de instrumento de atuação de um programa político, de onde é fácil compreender a importância da ideologia política predominante no processo de sua formação.

²¹ A propósito, cf. Christian Starck, *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 249.

²² Christian Stark, ob. cit., p. 300.

VI - Legitimidade da Lei

23. A santidade da Lei, no liberalismo, sofreu sua primeira contestação, quando Marshall, em 1803, a submeteu ao princípio da legitimidade, com a primeira declaração de que a lei não pode prevalecer se contraria a Constituição. Então, um órgão jurisdicional assume a função de decidir se uma lei é ou não compatível com a Constituição, fulminando-a se entendê-la não compatível. Isso não é legislação negativa, nem é forma de abrogação da lei, mas um critério de aferimento de sua legitimidade em face de uma lei maior, que se presume legítima quando provenha da atuação do poder constituinte popular.

24. Esse procedimento de verificação da legitimidade das leis é tanto mais importante quanto mais a lei se torna num instrumento de governo, de interferência na esfera de autonomia das pessoas. É preciso, assim, estruturar meios adequados e eficazes de precaverem-se contra a ameaça do legislador, que, servindo-se deste instrumento, pode instaurar um regime de força, transformando a força da lei numa lei da força. García de Enterría, referindo-se ao nazi-facismo da Alemanha e da Itália, lembra bem "a trágica experiência, a enorme experiência de que o legislador passe a ser a maior ameaça para a liberdade, diante da concepção tradicional do Estado de Direito, como um Estado que se submete às leis; a lei, até agora vista como garantia, como escudo da liberdade, apareceu ali, com um legislador arbitrário, dono do poder de fazer leis, como a possibilidade de introduzir injustiças sistemáticas, de perverter o ordenamento jurídico, na expressão de uma famosa interpretação da ordem jurídica nacional-socialista. Esta experiência é a que levou os constituintes dos dois países a fixar-se outra vez na técnica dos Tribunais Constitucionais, para precaver-se diante de uma atividade legislativa arbitrária, uma vez que se há concretizado no texto constitucional um quadro de valores supremos e tendencialmente inalterável".²³

25. A experiência brasileira do autoritarismo militar, que por via de leis excepcionais sacrificara a liberdade e o respeito pela pessoa humana, não foi lição suficiente para instituir sistema de controle da legitimidade das leis e atos do poder público em face de valores constitucionais supremos. Por isso, mesmo sob uma Constituição democrática, como a de 1988, ainda nos deparamos com um legislador atrelado e com juízes que determinam prisões com base em medidas provisórias, que, de meio excepcional de regulação de questões urgentes, passam a ser instrumento da força e do arbítrio.

²³ Cf. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 133.

As Transformações do Judiciário em face de suas Responsabilidades Sociais (*)

JOSÉ EDUARDO FARIA (**)

Por causa de suas decisões mais recentes, exigindo do Executivo o respeito estrito à ordem constitucional em nome da certeza jurídica e da segurança do direito, o Judiciário alcançou grande visibilidade nestes últimos tempos. No entanto, apesar de seu empenho em resguardar valores tradicionalmente garantidos desde o advento do constitucionalismo moderno, esse poder também está vivendo o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às situações inéditas no âmbito de uma sociedade urbano-industrial profundamente estigmatizada pelas contradições econômicas, pelos antagonismos sociais e pelos paradoxos políticos.

Como tendem a desafiar a rigidez lógico-formal do sistema jurídico em vigor, contrapondo uma racionalidade material à racionalidade formal tão cultivada pelas concepções legalistas e normativas de inspiração liberal, essas situações inéditas têm posto o Judiciário diante da necessidade de rever algumas de suas funções básicas. Estas, no âmbito de um aparelho burocrático com regras próprias de organização e de atuação específica desenvolvidas e aplicadas por um corpo de profissionais, já não conseguem mais decidir conflitos judiciais mediante a simples aplicação de normas abstratas gerais e unívocas a casos concretos, restituindo os direitos violados e reprimindo seus respectivos violadores. Desde que grupos sociais tradicionalmente aliados do acesso à Justiça descobriram os caminhos dos tribunais, orientando-se por expectativas dificilmente amoldáveis às rotinas judiciais, utilizando de modo inventivo os recursos processuais e explorando todas as possibilidades hermenêuticas propiciadas por normas de "textura aberta", como as normas-objetivo, as normas programáticas e as normas que se caracterizam por conceitos indeterminados, o Judiciário se viu obrigado a dar respostas para demandas para as quais não tem nem experiência acumulada nem jurisprudência firmadas.

(*) Texto preliminar, extraído das notas preparadas para o Seminário Nacional sobre Judiciário e Cidadania promovido pelo GAJOP, Fundação Joaquim Nabuco e Universidade Católica de Pernambuco, de 2 a 4 de abril de 1982, em Recife.

(**) Professor-Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo.

No exercício de suas funções judicantes, a magistratura forjou a partir do Estado Liberal uma cultura própria que, resultante da dogmatização de princípios como os da imparcialidade política, da neutralidade axiológica e da independência pessoal, propiciou ao Judiciário uma forma particular de auto-conhecimento, baseada num intrincado conjunto de categorias e conceitos que definem como um poder técnico e reativo. Repetido por distintas gerações de juízes e aperfeiçoado pelos juristas cooptados pela instituição e pelos intelectuais orgânicos do Estado Liberal, esse conjunto de categorias e conceitos também valoriza o Judiciário como um poder independente e soberano. O profissionalismo é convertido, assim, no traço característico da forma de auto-conhecimento engendrada nos tribunais.

Analisando a constituição, a expansão e a consolidação dessa forma de auto-conhecimento no âmbito de instituições com esse traço característico, Boaventura Santos chama atenção para duas conseqüências básicas. "Por um lado, tornou possível uma enorme e condensada circulação de sentido no interior das instituições. Os conceitos constituídos no seio das instituições eram, por isso mesmo, auto-referenciáveis e, daí, evidentes, transparentes, o que possibilitava que o sentido das ações, e, portanto, a avaliação dos comportamentos e das atitudes se formasse e circulasse rápida e inequivocamente por todo o edifício institucional. Este foi um fator decisivo na construção da coerência institucional e do espírito de corpo que normalmente a acompanhou. (...) Mas, por outro lado, o auto-conhecimento produziu um outro efeito, complementar ao anterior: o processo pelo qual o discurso institucional se tornou evidente e transparente para o interior da instituição fez com que ele se tornasse hermético, cifrado, esotérico para a sociedade exterior à instituição. O discurso do auto-conhecimento, que abriu canais no interior da instituição, fechou os canais por que a sociedade exterior poderia ter acesso à instituição. As grandes instituições passaram a apresentar-se em sociedade segundo uma imagem pública, meticulosamente calculada e fabricada; uma imagem de fachada atrás da qual as instituições se fecharam, transparentes apenas para si mesmas. A distância entre o público e o privado, tal como a distinção entre o político e o técnico, o profissional e o amador, foram utilizadas para caucionar a forma de transparência interna que só era possível através do fechamento externo".¹

Com os problemas e dilemas gerados por um desenvolvimento sócio-econômico iníquo, que alterou profundamente a estrutura geo-ocupacional do país e gerou na dinâmica desse processo o rastilho para a explosão de uma bomba social de efeito retardado, essa "vida socialmente dupla" do Judiciário acaba sendo posta em questão. A crescente tensão e a explosão de conflitos coletivos no âmbito de uma sociedade marcada pela intensa migração interna, pela urbanização desenfreada, pela crise fiscal e pelo fracasso políticas públicas² fragiliza o discurso

¹ Cf. Boaventura Santos, *O Estado e a Sociedade em Portugal*, Porto, Afrontamento, 1990.

² Ver, nesse sentido, os ensaios de Sonia Draibe, "As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas", e Fábio Wanderley Reis, "Cidadania democrática, corporativismo e política social no Brasil", na coletânea *Para a década de 90: prioridade e perspectivas de políticas públicas*, George Martine org., Rio de Janeiro, IPEA/PLAN; ver também, Wilmar Faria e Maria Helena Guimarães Castro, *Política Social e Consolidação Democrática no Brasil*, Campinas, mimeo, 1988; e Wanderley Guilherme dos Santos

institucional tradicional do Judiciário. O que até pouco parecia ser uma grande virtude - seu "fechamento estrutural" - passa a ser um grave problema. As próprias categorias e conceitos que balizavam a forma particular de auto-conhecimento de nossa justiça, permitindo-lhe encarar-se a si própria e a apresentar-se publicamente como um poder técnico, neutro, reativo, profissional, independente, autônomo e soberano, vão sendo gradativamente estilhadas pelos fatos.

A partir da transição pela "transação" do regime burocrático-autoritário para o regime democrático, o Judiciário abandona seu comportamento algo tímido das décadas passadas passando a decidir de modo cada vez mais contundente contra o Executivo. Enquanto muitos juízes ganham destaque na imprensa, utilizando-se do formalismo jurídico para exibir respeito aos mais variados direitos civis e políticos, alguns poucos já tentam dar um novo passo, procurando deslocar o *locus* de sua atuação judicante do campo político-institucional para o campo sócio-econômico. No primeiro campo, os direitos civis e políticos já estão positivados; o problema é assegurar que sejam respeitados. Já no segundo campo muitos direitos sociais sequer foram criados; e os que foram consagrados pela Constituição ainda carecem da devida regulamentação - o que deixa a magistratura sem balizamentos formais para agir de modo firme e substancialmente eficaz. Se há um mérito no movimento dos magistrados gaúchos em favor do "Direito Alternativo", em que pese o fato de não efetuarem com clareza essa distinção entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos sociais e econômicos, por outro³, é o de terem questionado as concepções exegéticas tradicionais, que usualmente viabilizam a conservação do direito positivo e a continuidade do *statu quo*. Ao enfatizarem a importância das funções políticas do direito, valorizando tanto as leis e os códigos em vigor quanto as teorias jurídicas em circulação como instrumentos de ação coletiva, eles chamaram atenção para um fato em si óbvio mas cujo reconhecimento público, pelo Judiciário, implicaria a ruptura de seu discurso institucional tradicional: se a solução judicial de um conflito é em sua essência um atributo de poder, na medida em que pressupõe não apenas critérios fundantes e opções entre alternativas, mas a imposição da escolha feita, toda interpretação, toda aplicação e todo julgamento de casos concretos sempre têm uma dimensão política; por conseguinte, a Justiça, por mais que seu discurso institucional muitas vezes enfatize o contrário, não pode ser, na

"Gênese e Apocalipse", in *Novos Estudos*, São Paulo, Cebrap, 1988, nº 20.

³ Ver, nesse sentido, Luciano Oliveira, *Ilegalidade e Direito Alternativo: notas para evitar alguns equívocos*, Recife, lido no original. Ver, também, Marc Galanter, "La Justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux", in *Accès à la Justice et L'État Providence*, Mauro Cappelletti org., Paris, 1991. Analisando a tendência de certas posições mais avançadas de considerar todo o direito espontâneo como legítimo, este autor faz a seguinte advertência: "Le droit spontané peut par définition avoir le mérite d'être un droit familier à tous, compréhensible, et de pas nécessiter l'intervention de professionnels. Approuver, sans discrimination, tout ce qui est droit spontané serait cependant naïf, car on accorderait par là son soutien à des structures inégalitaires et d'exploitation des hommes, aussi bien qu'à des structures démocratiques de participation. Ainsi donc, si ce que nous voulons est protéger les individus et leur conférer des pouvoirs dans le cadre de leurs rapports sociaux, l'établissement de tribunaux ou autres organismes de règlement des conflits, qui devraient appliquer le droit spontané des diverses communautés, ne peut être regardé tout au plus que comme un programme incomplet".

prática, um poder exclusivamente técnico e neutro.

Para se avaliar as funções sociais do Judiciário brasileiro, partindo dessa substituição da crença no "direito-mito" pela ênfase ao "direito-ação" como ângulo de análise, é fundamental levar-se em consideração seu meio ambiente, no plano social, político e econômico. Do ponto de vista social, o que atualmente se tem é o círculo vicioso da pobreza; do ponto de vista político, o que se tem é uma distribuição desigual de direitos adquiridos e a concessão formal de direitos sociais que, por carecerem de regulamentação, simplesmente não podem ser aplicados e concretizados; do ponto de vista econômico, o que se tem é a estagnação, a inflação e a deterioração dos padrões de consumo, com sequelas hobbesianas; sem poupança, sem investimento, sem mercado e sem emprego, o "salve-se quem puder", se converte numa palavra-de-ordem de caráter potencialmente anônimo. Eis aí o pano de fundo em que se hoje movem nossos magistrados: diante dos novos direitos consagrados pela Constituição de 1988, a magistratura continua com uma cultura técnico-profissional defasada, incapaz de entendê-los e, por consequência, de aplicá-los; embora o acesso à Justiça venha aumentando, por causa dos novos protagonistas de nossa vida política, como é o caso dos movimentos sociais, as deficiências burocráticas do Judiciário comprometem a qualidade de seus serviços; na medida em que os novos consumidores desses serviços tendem a "politizar" sua leitura das normas vigentes e a utilização dos recursos processuais ao seu dispor, consagrando em termos concretos a substituição do "direito-mito" pelo "direito-ação", valorizando a "justiça" em detrimento do "jurídico" e substituindo o "legal" pelo "legítimo", as sentenças judiciais que consideram "injustas" e "ilegítimas" nem sempre são atacadas nos casos de conflitos-limite (propriedade privada, impostos territoriais, moradia, etc.); e enquanto amplos segmentos sociais entreabrem uma nova percepção para conceitos indeterminados tradicionais, como "fim social", "bem comum", "boa-fé", "soberania nacional" e "função social", exigindo dos operadores do direito soluções rápidas e capazes de atender às expectativas dos cidadãos comuns, o aparelho judicial continua operando a partir de ritos, prazos e procedimentos kafkianos, absolutamente incompreensíveis para os "rústicos", para os "profanos" e para os "leigos" - isto é, para os não-iniciados nos meandros insondáveis do universo jurídico.⁴

As origens desse cenário conflituoso, heterogêneo e sombrio remontam às últimas décadas e, por uma simples questão de tempo e espaço, limito-me a enumerar algumas de suas fontes: a erosão das identidades coletivas, a ausência de normas sócio-culturais reguladoras, a multiplicação das linhas de conflito e o inter-cruzamento dos antagonismos, no plano social; a reponderação do peso político dos atores tradicionais, a emergência de novas formas de participação, a fragmentação organizacional de um Estado inchado, o arcaísmo das instituições

⁴ Questões aqui apenas sumariadas e conceitos apenas enunciados nesta palestra encontram-se apresentados de um modo mais inteligível nos meus trabalhos *Justiça e Conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991; e *O Brasil Pós-Constituinte*, Rio de Janeiro, Graal, 1989.

de direito e a dependência do jogo parlamentar e da representação popular à manipulação dos orçamentos estatais e das verbas políticas públicas, no plano institucional. Trata-se, portanto, de um cenário turbulento, adverso e cambiante, que, no âmbito do Judiciário, não foi suficientemente bem captado e interpretado por seus integrantes.

Nos anos 70, por exemplo, o Judiciário parece condenado a funções residuais nos conflitos limite, dada a presença do Executivo com suas soluções substantivas, ignorando os procedimentos formais da magistratura. Exclusivamente normativista, o Judiciário aos poucos se descobre sem um conhecimento especializado em matéria econômica, científica e tecnológica; ele constata, mas não capta em toda sua amplitude, o processo da publicização do direito privado e da administrativização do direito público. Ritualista, a Justiça não consegue enfrentar com eficácia e presteza as armadilhas jurídico-processuais preparadas pelos ativistas do direito, que contrapõem a legitimidade à legalidade, os fins aos meios, o tempo da política ao tempo do processo. Sem saber como lidar com as demais instâncias emergentes de resolução dos conflitos, seja no âmbito do Executivo, seja no âmbito da própria sociedade, o Judiciário é "reformado" por um projeto do Executivo imposto autoritariamente com base num ato de exceção (o Ato Institucional nº 5).

É nesse momento que alguns segmentos da magistratura começam a refletir sobre as funções sociais de sua instituição, chamando atenção para três imperativos: 1) a necessidade de recuperar a credibilidade da instituição perante uma opinião pública que não entende a dimensão kafkiana do funcionamento dos tribunais; 2) a necessidade de se aprender a lidar com a diversidade, com a especialização, com a inflação legislativa, com a instrumentalização do direito pelo Executivo e com a coletivização dos conflitos; 3) a necessidade de discutir o significado do conceito de "justiça" no âmbito de uma sociedade urbano-industrial marcada por profundas desigualdades sociais, econômicas, regionais e setoriais. A primeira reação é de caráter basicamente estatamental: praticamente toda a magistratura está consciente da carência de recursos financeiros e acredita que, eliminando-se esse problema, o Judiciário poderia reestruturar-se organizacionalmente, tornando-se burocraticamente eficaz e preparando-se assim para resgatar sua credibilidade perante os demais poderes e a própria sociedade. A segunda reação é de caráter político: um pequeno segmento da magistratura, que se destaca por uma formação técnico-profissional mais moderna, se bem que não necessariamente "politicizada", descobre a importância dos processos de deslegalização, o que lhes permite disseminar as idéias da desformalização, descentralização e deslegalização, o que lhes permite disseminar as idéias da desburocratização e dos julgados de pequenas causas como estratégias de legitimação do Judiciário. A terceira reação é de caráter ideológico: uma parte íntima da magistratura, esta sim com uma visão política mais aguçada, passa a defender uma reformulação nas pautas hermenêuticas dos tribunais, voltando-se a aplicação do direito para os desfavorecidos; trata-se originariamente de uma defesa romântica,

conceitualmente imprecisa e impregnada por um certo "progressismo" acadêmico e religioso.

De qualquer modo, e apesar de suas diferentes limitações, essas três reações registram o despertar do Judiciário para a estreiteza do caráter legalista e normativista de sua cultura técnico-profissional. Examinando-se sentenças, relatórios e discursos desse período histórico, é possível verificar que parte da magistratura faz algumas importantes descobertas ao final dos anos 70. Eis algumas delas: 1) por serem resultantes do paradigma liberal-individualista de direito, Estado e justiça, que se caracteriza por cultivar uma visão autônoma e autarquizada do direito, as instituições judiciais brasileiras tenderiam a desconhecer o contexto em que se inserem; agindo apenas com uma preocupação lógico-formal, e desprezando as discussões substantivas, tais instituições teriam um "campo próprio (no sentido que Bourdieu dá ao termo)⁵, desconectado da realidade sócio-econômica; 2) a excessiva ênfase ao dogma jurídico, que transforma o "pensar o direito" num saber tecnológico, tende a levar o jurista a perder a dimensão histórica do próprio direito; 3) o tradicional apego dos operadores do direito à promulgação dos códigos e das normas, ato formal sempre cultivado simbolicamente pelos juristas como sinônimo da plenitude do Estado de Direito, os torna insensíveis aos problemas da falta de regulamentação dessas mesmas normas e textos; 4) o preço de uma hermenêutica exclusivamente exegética é advento de uma jurisprudência coerente, em termos técnico-jurídicos, mas socialmente alienada e eticamente "idealista"; 5) conservadoras por formação, as cúpulas do Judiciário, em muitos de seus tribunais especializados, resistem às mudanças e ao diálogo da instituição com setores da sociedade.

Nos anos 80, tais descobertas já se encontram mais sistematizadas e adensadas. As associações de magistrados rompem barreiras e criam cursos de especialização; os juízes mais jovens, servindo na 1ª instância, tomam decisões relativamente inovadoras; há uma crescente consciência de algumas questões-limite, basicamente, distributivas e classistas; ainda que precariamente, desenvolveu-se nos tribunais uma linguagem capaz de veicular argumentos forjados a partir de uma razão política contraposta a uma razão meramente técnica; e, em alguns casos, há magistrados que finalmente começam a afetar de maneira diferenciada o processo civil e o penal, valorizando mais o litígio em si do que as próprias normas jurídicas que o regulam. Trata-se de um fato importante; com desdobramentos significativos nos anos 90, mas que não constitui necessariamente uma "revolução copernicana" no universo judicial; entre outros motivos porque essa estratégia já é tradicional no mundo anglo-saxão, cujo conhecido pragmatismo gerou o princípio da equity, a justiça do caso concreto capaz de amenizar a rigidez dos

⁵ Cf. Pierre Bourdieu, "The force of Law: toward a sociology of the juridical field", in *The Hastings Law Journal*, v. 38, 1987. Para uma aplicação no âmbito específico do Judiciário conceito de "campo jurídico" desenvolvido por Bourdieu, ver Jean-Pierre Mounier, "Du corps Judiciaire à la crise de la magistrature", in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, Paris, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1986, n° 64.

precedentes; um princípio forjado na consciência de que lei alguma seria tão forte para valer indiscriminadamente em todos os casos.

Nesse momento histórico, que coincide com a conclusão dos trabalhos da Assembléia Constituinte e com o advento de uma nova ordem constitucional, em 5 de outubro de 1988, é cada vez maior o número de juízes conscientes de que não estão preparados técnica e intelectualmente para lidar com o que é inédito; de que não dispõem de uma formação profissional multidisciplinar apta a permitir-lhes entender, formular e explicitar tanto a novidade quanto as próprias transformações da ordem jurídica; de que não foram treinados para interpretar normas programáticas e normas com conceitos indeterminados; de que são incapazes de desarmar as "guerrilhas processuais" dos "serviços inovadores de assessoria legal", preocupados em ideologizar a aplicação do direito nas diferentes instâncias dos tribunais⁶. Esse é o momento de emergência do já mencionado movimento dos magistrados gaúchos em favor do "Direito Alternativo", pondo em questão a tradicional figura do juiz como simples prestador de um serviço público e apontando suas inexoráveis responsabilidades como um mediador político. Esse é, igualmente, o momento em que a imprensa começa a dar algum destaque aos conflitos geracionais entre os juízes mais jovens, servindo em áreas conflagradas socialmente, e os juízes mais antigos, servindo nos gabinetes refrigerados das capitais e de Brasília. Esse é, por fim, o momento em que se descobrem sutilezas nos processos de informatização do Judiciário, o que se dá essencialmente em São Paulo, onde alguns magistrados queixam-se de ter perdido parte de seu "poder" para os programadores e analistas que os assessoram.

É nos anos 90, com a visibilidade alcançada graças a sentenças contra o Executivo, que os problemas estruturais do Judiciário se tornam amplamente conhecidos por crescentes segmentos da opinião pública. São problemas cada vez mais agravados pela complexidade das novas matérias reguladas por textos legais cujos dispositivos, inter cruzando-se e formando inúmeras "cadeias normativas", obrigam o Judiciário a interpretá-las e aplicá-las de modo "constutivo". Apesar do princípio de legalidade, esse inter cruzamento rompe a hierarquia das leis e propicia tantas cadeias normativas que o sistema jurídico torna-se incapaz de impor medidas e procedimentos auto-unívocos aptos a impedir uma "construção ponderada" de uma jurisprudência uniforme, por parte dos juízes. Sem balizamentos jurídicos explícitos e sem regras verificáveis inter-subjetivamente, essa "construção ponderada" se torna *conditio sine qua* para a "descoberta de soluções minimamente aceitáveis e razoáveis"⁷. Sem a preocupação de esgotar o tema, enumero alguns aspectos que hoje me parecem relevantes para a compreensão do problema da "função social do Judiciário", tal como tem sido ultimamente formulado pelas

⁶ Ver Celso Campolongo, "Assistência jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais", in *Discutindo a essência popular*, Miguel Pressburger org., Instituto Apolo Jurídico Popular, Rio de Janeiro, 1991.
⁷ Cf. P. Drai, "Le délit et l'imagination du juge", Vauxreux, Centre de Recherches Interdisciplinaires, 1979; Marianne Saluden, "La jurisprudence, phénomène sociologique", in *Archives de philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1985; e Jacques Lenoble, "La crise du juge: mythe ou réalité", in *La crise du juge*, J. Lenoble, R. Andersen et alii, Paris, L.G.D.J., 1990.

inúmeras Escolas de Magistratura criadas a partir da Constituição de outubro de 1988:

1) os juízes brasileiros têm cada vez mais consciência de que dispõem de um poder normativo superior ao que detinham no passado recente, em face das "zonas cinzentas" representadas pelas antinomias, pelas lacunas e pelas "cadeias normativas" de uma ordem constitucional recheada de conceitos polissêmicos e de normas que, intecruzam-se, adquirem sentidos inéditos;

2) o enfoque processualístico tradicionalmente adotado em nossos tribunais, com base em critérios de racionalidade formal, vem hoje sendo mesclado por abordagens fundadas em critérios de racionalidade material; trata-se de uma tendência que tem sido organicamente estimulada por juristas criativos e responsáveis por trabalhos originais sobre "a instrumentalidade do processo";

3) a abstração normativa, tão valorizada pelos métodos exegéticos dominaram o cenário judicial brasileiro até o final dos anos 80, começa agora a dar lugar à tópica e à teoria da argumentação, como estratégias de superação do dedutivismo lógico-formal; à teoria da concreção, como critério de decidibilidade; a uma hermenêutica crítica, que não concentra sua atenção nas respostas, mas nas indagações que deram origem ao problemas que dependem de sentenças judiciais; que parte das distorções estruturais existentes na vida material, afirmando que só pela crítica ideológica é que se conseguirá depurar o direito de seus condicionamentos sócio-econômicos implícitos;

4) o formalismo é gradativamente temperado por atitudes pragmáticas, que permitem aos juízes posicionar-se diante das normas promulgadas, porém não reguladas; dos direitos sociais consagrados formalmente, mas que são letra morta por não terem sido objeto de leis complementares;

5) a interpretação segundo uma razão pretensamente técnica é substituída pela interpretação "emancipada", a partir de um processo comunicativo mais espontâneo e mais fluido entre as partes e os próprios operadores do direito;

6) antes estabelecido de maneira rigorosamente bilateral, o contraditório agora é determinado de modo mais difuso, na dinâmica não só do processo judicial, mas do próprio conflito substantivo que deu margem a esse processo;

7) nesse sentido, o objeto desse processo não é uma divergência concreta entre duas partes, com relação a direitos próprios, porém uma reivindicação ou uma reclamação sobre ações e omissões políticas do Executivo;

8) abandonando o modelo vencedor/vencido, muitos juízes deixam-se assim de ser reativos e passivos, no sentido de se limitar a dizer o direito aplicável ao objeto em litígio, passando, em várias situações, a estimular os fatos e a organizar o procedimento para facilitar o encontro de soluções viáveis e factíveis;

9) agindo não mais apenas retrospectivamente, mas também prospectivamente, muitos juízes tomam consciência de que a sentença não se

esgota na jurisdição do caso, implicando sua participação contínua na concretização das decisões por elas tomadas;

10) tendendo a enfatizar resultados negociados, muitas vezes os juízes substituem a obediência estrita à norma por jurisprudência inovadoras, na surpreendente perspectiva de uma "Common Law";

11) preferindo, nos conflitos coletivos ou em situações-limite, decisões obtidas por conciliação ou por arbitragem, muitos juízes substituem a tradicional adjudicação e a deliberação pela ponderação e pelo estímulo;

12) tendendo nesses conflitos e situações a reconhecer a competência das partes para proteger seus próprios interesses e conduzir sua própria defesa de modo "desprofissionalizado" e a partir de um processo conduzido em linguagem comum, muitos juízes se antecipam à expansão de novas leis mais abrangentes (como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Execuções Penais, e as normas relativas à proteção dos interesses difusos ("interesses gerais amplamente conflitivos")⁸ etc.).

É importante reconhecer que todas essas recentes transformações ocorridas em nosso Judiciário, se bem que inéditas entre nós, guardam muita proximidade com o que aconteceu em vários outros países que, nas últimas décadas, também enfrentaram o desafio da transição democrática - como é o caso da Espanha e de Portugal⁹. São transformações importantes, não há dúvida, que por vezes revelam a vontade de mudar por parte de segmentos da magistratura, dando, no entanto, a impressão de que tais segmentos ainda não formularam de maneira mais adensada um projeto específico de mudança. Um projeto que fosse capaz a um só tempo de dar o devido valor ao formalismo, no que se refere ao respeito dos direitos civis e políticos assegurados pela Constituição, e de tratar de maneira inteligente e exequível um problema fundamental para a legitimação de nossa ordem jurídica: as novas legislações de caráter social, como é o caso específico da Lei de Execuções Penais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, somente podem ser aplicadas de um modo plenamente eficaz, pelo Judiciário, se o Executivo cumprir rigorosamente as providências determinadas por esses textos legais.

Leis como essas, conforme se vê no quadro abaixo, não têm mais as funções exclusivamente repressivas típicas do Estado Liberal, que exigem dos seus aplicadores, no âmbito do Judiciário, pautas hermenêuticas bastante restritas para a captação do sentido do conteúdo das normas, por meio de interpretações lógico-sistemáticas baseadas no princípio da legalidade. No atual Estado Providência, com seus diferentes e complexos papéis como provedor de serviços

⁸ Cf. Fábio Konder Comparato, "Sugestões para a contribuição de juízes e advogados à reconstrução da nacionalidade", in *Revista Forense*, 1979, v. 270.

⁹ Ver, nesse sentido, Fernando Galindo "Jueces y Democracia: critérios para una actividad judicial democrática", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ministério de Justiça, 1990, n. 7; e Fernando Ruy, "Aparelho Judicial, Estado e legitimação", in *Revista de Ciências Sociais*, Coimbra, 1981, n. 6.

básicos, como promotor de novas relações sociais, como planejador de atividades econômicas e até mesmo como agente diretamente produtor de bens e serviços, as modernas leis sociais caracterizam-se, acima de tudo, por suas funções promocionais - o que exige de seus aplicadores, nos tribunais, um amplo esforço de compreensão valorativa de suas regras, mediante procedimentos mais abertos e flexíveis do que os previstos pela hermenêutica comum ao Estado Liberal. Aplicar judicialmente essas leis é promover, assim, a realização política de determinados valores, moldando e afetando a realidade a partir de um projeto específico expressão pelas normas em vigor. Consistindo em condição necessária - embora não suficiente - de legitimação do Estado Providência, essas novas leis sociais não se limitam a estabelecer competências, a fixar obrigações e a traçar as fronteiras precisas da ação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Elas vão muito além, exigindo iniciativas, em termos de formulação, implementação e execução de políticas públicas. Obrigados agora a combinar critérios técnico-formais com outros de caráter axiológico, o que os leva a substituir gradativamente suas pautas hermenêuticas tradicionalmente estritas por pautas hermenêuticas valorativas, os magistrados já não vêem assegurado automaticamente o cumprimento de suas sentenças. Para que sejam plenamente eficazes, essas sentenças, e, por conseguinte, as próprias leis em que fundamentam, dependem do empenho e da eficiência com que o Executivo cumpre suas obrigações, em matéria de políticas públicas¹⁰. Na medida em que esse poder, em todas suas instâncias, vem deixando de formulá-las e de implementá-las, ou, então, as executando com propósitos meramente eleitoreiros e demagógicos, como ocorre atualmente, o Judiciário fica assim numa posição muitas vezes difícil. Em outras palavras, revela-se em alguns casos impotente diante das leis que, apesar de inovadoras em seus objetivos e modernas em sua concepção, não conseguem ser eficazes por causa da omissão de um outro poder igualmente autônomo, soberano e independente.

norma	tipo	função	objetivo a priori	objetivo a posteriori	sanção	alcance da sanção
Estado						
Liberal	conduta	controle	prevenir	reprimir	penal	retrospectivo
Providência	organização	direção	promover	recompensar	premiar	prospectivo

¹⁰ Ver Sandra Amaral de Oliveira Faria, Sílvia Andrade Stanisci e Regina Marta Barbosa Faria, "Implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente na região metropolitana da Grande São Paulo", In *Questão Social: Infância e Juventude*, São Paulo, Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 1991.

É evidente que o Executivo tem a discricionariedade para alocar recursos oficiais conforme as prioridades definidas por seus dirigentes, eleitos pelo voto direto em pleitos livres, nos quais defenderam programas específicos de governo em conformidade com um determinado ideário doutrinário. No entanto, como alguns setores do Judiciário se sentem tolhidos na aplicação das novas leis sociais que exigem desempenho político-administrativo de outro poder, constata-se aí um conflito de discricionariedades entre dois poderes soberanos - um conflito inédito que exige um redimensionamento do equilíbrio da divisão dos poderes, tal como nos foi legada pelo constitucionalismo moderno. Partindo das "zonas cinzentas" geradas pelas novas legislações sociais, como a Lei das Execuções Penais, ou o Estatuto da Criança e do Adolescente, alguns magistrados têm procurado chamar atenção para esse problema, seja comentando criticamente em artigos e entrevistas temas de alçada do Executivo, seja enquadrando seus atos e decisões em arguições de inconstitucionalidade e em ações cautelares de grande repercussão popular. Por sua vez, o Executivo reage procurando fugir da polêmica por meio da tentativa de desqualificação da autoridade de seus críticos no âmbito dos tribunais, acusando-os de "jovens" e, por conseguinte, "imatuos". Veja-se, por exemplo, o que diz o editorial publicado pelo Jornal do Brasil em 26 de setembro de 1991, comentando as várias liminares concedidas pela Justiça Federal que suspenderam a execução de um dos programas fundamentais do governo - o de privatização das empresas estatais.

"A idade dos juízes federais, muitos em começo de carreira, não é desculpa para fazer concessão política em matéria jurídica e enfraquecer a confiança dos cidadãos na lei e na Justiça. A lei não se valoriza como expressão da vontade social quando é utilizada como biombo para demonstrações de força bruta. A política não autoriza esse tipo de violência que procura ostensivamente intimidar os juízes. A democracia nada deve à demagogia que a compromete. (...) O Judiciário não reencontrou, depois do longo autoritarismo, seu centro de gravidade. E não quer ficar atrás: contraria também as decisões do Executivo, dispensando-lhe um tratamento de adversário. De que adiantam poderes independentes se eles não são capazes de funcionar harmonicamente? Vê-se com apreensão o agravamento desse quadro institucional. Quando um juiz federal, jovem e sem experiência, se considera árbitro para aplicar a lei sem considerar todos os aspectos implícitos nas conseqüências, a vontade social está sendo desconsiderada".

Em suma, não há como se fugir de um dilema, depois de toda esta discussão: se Judiciário quiser resgatar sua credibilidade, ele não pode deixar de modificar suas tradicionais funções sociais limitadas, em termos hermenêuticos, à subsunção dos fatos às normas por meio de métodos exclusivamente formais de caráter lógico, sistemático e dedutivo - o que o levará a incorrer nas críticas acima; ao mesmo tempo, porém, o Judiciário não pode abandonar a consciência de que também precisa de alguma uniformização em suas pautas hermenêuticas e em suas jurisprudências, sob o risco de uma esquizofrenia jurídica travestida de "direito livre".

Nessa "crise de transformação" de nosso Judiciário, muitos erros têm sido cometidos pela instituição. A sistemática recusa à criação de um Conselho Nacional de Magistratura parece ser um deles, pois a continuidade do *statu quo* permite a concentração do poder decisório no âmbito do Judiciário nas mãos de uma cúpula vetusta e receosa de mudanças. Tão vetusta e receosa que matou praticamente na raiz a figura do "mandado de injunção", uma inovação que poderia ter agilizado por falta de regulamentação, a legitimação de uma ordem constitucional cujas graves falhas no capítulo da ordem tributária e político-administrativa têm servido de pretexto para a defesa da supressão de suas inovações no capítulo dos direitos fundamentais. Os juízes que batalham pelo "Direito Alternativo" também cometeram equívocos, seja ao deixar sem resposta objetiva a crítica a eles dirigida, no sentido de que não há poder que possa ser exercido fora da lei, no Estado de Direito, seja ao permitir que a imprensa os apresentasse de maneira maniqueísta, como "adversários" das leis vigentes, despertando assim uma oposição gratuita e fechando, conseqüentemente, importantes canais para um diálogo mais conseqüente.

O poeta francês Paul Valéry costumava dizer que "o que tem arruinado os conservadores é a má escolha das coisas a serem conservadas". Neste momento de transformação do Judiciário, respondendo às profundas mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais de uma sociedade heterogênea, complexa e contraditória, é muito importante que os magistrados transformadores não cometam um equívoco semelhante, escolhendo mal as coisas que desejam destruir e substituir. O momento exige atitudes inteligentes - e uma delas, condição necessária porém não suficiente para que a Justiça readquira credibilidade e legitimidade, resgatando suas funções sociais, é o diálogo substantivo sem idiossincrasias e preconceitos. Um diálogo forjado a partir de uma racionalidade comunicativa capaz de fluir com base na força do melhor argumento, na dimensão do triplice respeito à verdade factual, aos princípios mais elementares de justiça social e às convicções doutrinárias.

A Ordem Mundial Liberal Emergente e os Desafios da América Latina nos Anos Noventa

JOSÉ MARÍA GÓMEZ (*)

Antes de entrar no tema, gostaria de fazer uma breve advertência. Há uma enorme defasagem entre a complexidade, extensão e caráter inacabado dos processos e fenômenos que o tema em questão recobre e a fragmentação e simplificações excessivas de minhas observações. Ocorre que, como muitos, sinto-me perplexo diante de um quadro de profundas mudanças qualitativas das relações internacionais, de um fluxo vertiginoso de acontecimentos da mais alta significações histórica, cuja compreensão e explicação provavelmente requerem novos mapas cognitivos, novas lentes de leitura e interpretação. Isso para dizer que aqui me limitarei a traçar apenas algumas linhas de reflexão sobre tendências e problemas maiores de mutante realidade internacional, vista de uma perspectiva latino-americana.

Esta exposição está dividida em duas partes. Na primeira faço uma série de considerações gerais a propósito da natureza das transformações em curso, enfatizando certos aspectos valorativos, econômicos e estratégicos da ordem mundial em gestação. A segunda empreende um exercício de interrogação sobre os impactos do contexto global na América Latina, à luz do principal desafio que enfrenta na década de 90: conciliar a democracia política com o desenvolvimento econômico-social (termos que, como se sabe, poucas vezes caminharam juntos na história da região).

Começo esta parte fazendo uma rápida resenha das mudanças mais marcantes da situação internacional:

a) Fim da Guerra Fria entre as duas superpotências e do esquema

(*) Professor Associado do Departamento de Ciências Jurídicas e do Instituto de Relações Internacionais da PUC-RIO. Professor da Escola de Serviço Social da UFFJ.

bipolar Leste-Oeste que, durante mais de 40 anos modelou direta ou indiretamente o conjunto das relações internacionais (com prevalência dos componentes estratégicos e ideológicos sobre os econômicos), implicando não só a derrota, pela via pacífica, da União Soviética, mas também sua ulterior dissolução enquanto superpotência e Estado multinacional;

b) Consagração plena, no cenário internacional, da economia de mercado capitalista e do liberalismo democrático como formas legítimas de organização sócio-econômica e de governo, especialmente depois da morte súbita do comunismo no Leste Europeu e na URSS e da dupla e simultânea transição nelas desencadeada em direção ao capitalismo e à democracia representativa;

c) Aceleração da chamada globalização da economia mundial, isto é, a intensificação notável de padrões de interdependência entre as economias nacionais nos campos da produção, do comércio e das finanças, como resultado da constituição e difusão de um novo paradigma industrial e tecnológico "pós-fordista" nas sociedades de capitalismo avançado. Ao mesmo tempo, em resposta às mudanças estruturais do sistema produtivo, do perfil dos investimentos e do intercâmbio, junto à busca de melhores condições de crescimento, competitividade e estabilidade, avança o fenômeno da regionalização sob a forma de constituição de megaespaços econômicos supranacionais, especialmente em torno dos principais centros (Estados Unidos, Comunidade Européia, Japão). Cabe salientar que esses megablocos econômicos regionais, longe de frearem a globalização, a aprofundam, em virtude da prática estratégica das grandes firmas e bancos transnacionais operando simultaneamente em mercados distintos. Por outro lado, os efeitos combinados da globalização-regionalização da economia mundial - e de sua inevitável articulação com outras dimensões não-econômicas de Interconexão (políticas, jurídicas, sociais, etc.) -, impõem severas restrições à capacidade de todos os Estados nacionais de controlar "soberanamente" suas decisões e resultados políticos, nos planos domésticos e externo.

d) Construção acelerada de uma ordem liberal pós-Guerra Fria, orientada pelas idéias-força da economia de mercado e da democracia (junto a outras noções correlatas: paz, direito, livre comércio etc.), impulsionada por um reduzido grupo de grandes potências, e que procura assentar as bases de sua sustentação em um esquema planetário de segurança estratégica e na globalização-consolidação plena do capitalismo em escala mundial.

Essas profundas alterações da situação internacional foram visualizadas, em um primeiro momento, como o ponto de partida de uma nova era de estabilidade, paz, prosperidade e cooperação internacional. Mas, uma vez passado o ufanismo inicial alimentado por certos acontecimentos (a queda do

muro de Berlim, as revoluções democráticas do Leste Europeu, os cortes de armamento nuclear entre as duas superpotências, a guerra do Golfo Pérsico), o foco das atenções se voltou para um acúmulo de questões - algumas pendentes, outras novas - extremamente preocupantes: o elevado risco sistêmico dos mercados financeiros nos países industrializados; o declínio da figura do Estado-Nação e, seu contraponto, a explosão e intensificação das identidades étnicas e nacionais geradoras de intolerâncias (xenofobia crescente na Europa Ocidental) e de conflitos bélicos (Iugoslávia); ameaça de colapso econômico e desestabilização política nos países ex-comunistas, especialmente na URSS, com desdobramentos estratégicos regionais e globais; a recessão e os desequilíbrios estruturais da economia estadunidense (perda de competitividade, déficit externo e enorme endividamento financiado pelos capitais japoneses e europeus); o incremento da competição entre os "Três Grandes" da economia mundial, com risco de se instalar uma espécie de "guerra fria econômica"; as complicações crescentes na unificação política da Comunidade Européia (em matéria de coordenação de políticas externas, segurança, autoridade monetária); a deterioração das relações Norte-Sul e o agravamento das condições sócio-econômicas do Terceiro Mundo (em particular, África e América Latina); e, enfim, o aumento da percepção da ameaça de problemas globais, quais sejam, ambientais, demográficos, migratórios, drogas, AIDS, fome.

Cabe perguntar, portanto, que tipo de "nova ordem" mundial está emergindo e quais as tendências de evolução que se vislumbra. O que certamente se pode afirmar é que esse reordenamento se estrutura sobre a base de um modelo multipolar extremamente incerto e dinâmico que segue as principais linhas de transformação da natureza do poder e da distribuição desigual dos seus recursos primordiais no sistema internacional. A esse respeito, uma ampla literatura tem sublinhado que, em um mundo cada vez mais interdependentes e sobredeterminado pelos processos multidimensionais de globalização, aumenta a importância dos recursos econômicos e científico-tecnológicos, ao mesmo tempo em que tende a diminuir a importância dos recursos ideológicos e estratégico-militares (sobretudo pelos altos custos e pela ineficácia que eles revelam em manipular as interconexões nas atuais condições internacionais). Em termos de geografia do poder, isso significa a conformação de um sistema tripolar, de uma verdadeira *troika* constituída pelos Estados Unidos, a Comunidade Européia (com o papel ascendente da Alemanha reunificada) e o Japão, sendo que os primeiros perdem o domínio econômico absoluto que tiveram durante várias décadas, mas conservam (e até reforçaram depois da Guerra do Golfo Pérsico) sua condição de única superpotência militar, enquanto Europa e Japão continuam se fortalecendo como potências econômicas. Diante de um quadro internacional bastante turbulento, esse núcleo de poder mundial parece pretender funcionar como um "diretório estabilizador unilateral" que, por um lado, busca harmonizar as relações de competência e cooperação intrapotências (por exemplo, através de fóruns específicos: "G7",

"G5, "G2"), e, por outro, tenta "normalizar" - inclusive mediante o uso da força - conflitos "externos" fora de controle, ou países de conduta errática ou irresponsável que desafiam as regras de convivência exigidas pelos "grandes". A guerra do Golfo ofereceu a prova inequívoca do tratamento que a "nova ordem" pretende dispensar às questões de segurança em sentido estrito. Resta saber, porém, se a *troika* conseguirá estabilizar e consolidar uma ordem econômica liberal acima dos conflitos de interesses e perspectivas que se desenvolvem no seio de sua *pax consortis*. A rigor, o núcleo de poder está imerso em uma situação de equilíbrio instável que, de acordo com as circunstâncias e a evolução de determinadas tendências, pode resolver-se pela afirmação de distintas variantes: "Aliança Atlântica" (Estados Unidos-Europa), "Aliança do Pacífico" (Estados Unidos-Japão), "Aliança Euro-Asiática" (Europa-Japão), ou globalismos unilaterais europeu, americano ou japonês. Elementos potencialmente deflagradores é que não faltam (desequilíbrios de fluxos comerciais, tecnológicos e financeiros entre os "Três Grandes"; enfrentamentos na rodada do Uruguai; futuro da URSS etc.). Em suma, a nova fase de reestruturação liberal do sistema internacional está marcada por turbulências e um alto grau de incerteza, que podem prolongar-se por um longo período de tempo, tomando pouco provável a configuração de cenários extremos, seja de "multilateralismo" generalizado, seja de "guerra" entre blocos econômicos, o que implica a existência de "nichos" ou brechas inter e intrabloco e a factibilidade de explorá-los através de estratégias multidimensionais consistentes.

Uma pergunta obrigatória surge das considerações anteriores: qual é o lugar dos países do Terceiro Mundo nesse reordenamento em curso? Parece evidente que a extensão e profundidade das transformações da situação internacional (fracasso econômico e desaparecimento do Segundo Mundo Socialista; prevalência dos recursos de poder econômico sobre os estratégicos e ideológicos; avanços efetivos quanto ao desarmamento nuclear e corte dos gastos militares por iniciativa das duas superpotências; consolidação do modelo de acumulação "pós-fordista" nos centros e redefinição inexorável dos termos de inserção das periferias na economia mundial) geraram a perda considerável de poder político que tais países alcançaram, via Movimento dos Não-Alinhados e Grupo dos 77, sob o esquema bipolar precedente.

Com efeito, no novo contexto, não apenas é impossível agir politicamente em grandes blocos, mas as próprias posturas que lhe deram identidade - e que eram questionadoras da ordem mundial anterior - perderam razão de ser e sua pretendida "superioridade ética". Mais ainda, o Terceiro Mundo passou a adquirir uma imagem estigmatizada, fruto de sua identificação com o narcotráfico, a devastação ambiental, a miséria, a violência urbana e política, a instabilidade econômica etc. Isto se vincula, por outro lado, ao triunfo hegemônico do neoliberalismo nos países ricos do Norte e sua expressão no chamado enfoque ou "Conselho de Washington" quanto à problemática do

desenvolvimento do Sul, ou seja, na afirmação de uma estratégia de crescimentos (e de um rígido receituário) baseada na drástica redução do tamanho do Estado, na abertura plena ao comércio internacional e na promoção das exportações. Nesta perspectiva, desenvolvimento e acesso à riqueza devem estar orientados exclusivamente pelo mercado - e por critérios ético-normativos - e fundar-se nas regras do esquema ordenador neoliberal. Fica claro, porém, que a "igualdade" de fortes e fracos no mercado é extremamente favorável para os países desenvolvidos e pode ter efeitos catastróficos para o conjunto dos países em desenvolvimento, já que, na melhor das hipóteses, abre possibilidades só para "salvações" individuais e seletivas.

A maioria dos países do Terceiro Mundo estão hoje submersos em uma crise terminal dos seus modelos de desenvolvimento (crise esta desencadeada, em parte, pelas políticas do Norte - rigidez no pagamento da dívida externa, protecionismo comercial etc. - e, em parte, pela própria aplicação de políticas de estabilização e ajuste de cunho neoliberal), vivendo um dilema dramático: ou restabelecem algum tipo de conexão consistente com o sistema tripolar em formação, ou se condenam a uma espécie de "limbo" internacional de subdesenvolvimento crescente e desagregação social e política. Desnecessário sublinhar que essa "síndrome de exclusão", que alimenta nos governos atitudes e comportamentos compulsivos tendentes a estabelecer "relações especiais" com o Primeiro Mundo (ou "relações carais", segundo a expressão sutil do atual ministro das Relações Exteriores da Argentina, referindo-se aos Estados Unidos), aumenta os riscos de exercício hegemônico por parte dos grandes, sobretudo naquelas situações nacionais ou regionais em que se sentem diretamente atingidos, envolvendo segurança, economia e temas globais (meio ambiente, drogas etc.).

Em suma, é no marco de um contexto internacional bastante desfavorável - onde a democracia política se expande como valor legítimo e substrato de paz, mas funciona exclusivamente enquanto exigência de organização interna dos Estados, ao mesmo tempo em que o mercado, sem maiores interferências da democracia, funciona como valor e mecanismo absolutamente de organização do sistema econômico, aos níveis nacional, regional e internacional - que devem ser ponderadas as perspectivas reais de desenvolvimento econômico e democracia política nos países do Sul. Certamente, elas dependerão de como se aborde e se resolva difíceis desafios não contemplados pela ótica neoliberal dominante, que são, basicamente, empreender a reforma imediata de suas economias, sociedades e sistemas políticos para adequá-los à eleição de um padrão de desenvolvimento e consumo viável econômica e politicamente nesse tipo de países; criar condições econômicas internacionais minimamente favoráveis para obtenção dos benefícios potenciais da globalização da economia mundial, e intensificar a cooperação Sul-Sul nos planos comercial, financeiro, tecnológico etc. Mas dependerão,

especificamente, de uma percepção apropriada da chamada "nova ordem mundial" e das possibilidades que ela abre para a aplicação de estratégias multidimensionais de inserção.

II

Nesta parte da exposição, que se refere à América Latina, parto do conhecido paradoxo que caracterizou a região ao longo da década passada: enquanto a democracia política se implanta como regime consensualmente aceito em quase todos os países, uma grave crise econômica estremece as estruturas sociais e a institucionalidade emergente. Por um lado, generalizam-se as eleições, mudam os governos na Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, México, Nicarágua, Peru, Venezuela e Uruguai; aumenta, de maneira notável, a participação das massas no processo eleitoral (basta lembrar os 80 milhões de votantes na última disputa presidencial brasileira) e crescem os movimentos sociais e populares em geral, cujas reivindicações ampliam incomparavelmente o espaço público: há sinais de surgimento de uma nova cultura democrática (adesão a valores básicos, recusa majoritária à volta dos governos ditatoriais etc.); enfim, apesar das muitas fragilidades e circunstâncias críticas, que em outras épocas não tão distantes já teriam provocado golpes de Estado ou insurreições), constata-se a reafirmação da democracia como forma de governo. Assim, desse ponto de vista, a década dos 80 é uma "década ganha" pela democracia.

Por outro lado, a região, no seu conjunto, segundo estimativas da CEPAL, se afunda numa gravíssima crise econômica: a média do produto bruto por habitante é 8% inferior ao de 1980 (e, em alguns países, muito mais: Argentina e Venezuela quase uns 25%, Bolívia 23%, Peru 30%); uma inflação média, em 1989, de quase 1000%; acentua-se a concentração da renda e a regressão dos salários; assiste-se à progressão de uma dívida externa superior aos 416 bilhões de dólares (com um crescimento de 100 bilhões desde o início da década, apesar de terem sido transferidos para os centros credores, entre 1982 e 1989, mais de 200 bilhões de dólares), cujos juros representam aproximadamente um terço das exportações em 57%, mas com um aumento real de 24% do seu valor. A consequência inevitável desse desempenho econômico é a brutal deterioração das condições sociais e o aumento da pobreza (segundo a CEPAL, em fins dos anos 80, havia 183 milhões de pobres latino-americanos, ou seja, 44% da população total e 71 milhões de pessoas a mais que em 1970). Em síntese, os anos 80 significaram para a América Latina mais descapitalização, mais endividamento, mais pobreza, menos emprego. Ou seja, do ponto de vista

do desenvolvimento econômico e da equidade social, é a famosa "década perdida".

Se se vincula essa contradição entre a ascensão da democracia política e o aprofundamento da crise econômico-social às linhas fundamentais da ordem mundial em gestação descritas na primeira parte, compreende-se melhor a situação dramática que a América Latina atualmente atravessa: seu único "triunfo" é a democratização política, mas ela não é aproveitável internacionalmente (como tem sido no caso do Leste Europeu e da União Soviética, por razões estratégicas globais e especificamente regionais), pois hoje a afirmação no cenário internacional passa pelo poder econômico, científico-tecnológico e pelo acesso à riqueza. Cada vez mais inexpressiva no comércio e na economia mundial, financeiramente endividada e politicamente desarticulada enquanto região (iniciativas diplomáticas interessantes como Contadora ou o Grupo do Rio, perderam sua razão de ser e mesmo o seu horizonte), a América Latina parece também ter perdido seu "lugar" neste mundo. Sem uma visão própria de longo alcance sobre os desafios internacionais que enfrenta, e pressionados seus governos eleitos pelas urgências conjunturais das economias em crise, aumentam e se atualizam os riscos de ceder ao imediatismo do receituário neoliberal dominante e à hegemonia hemisférica estadunidense (que, aliás, atualmente se acentua com as tendências à constituição de megablocos e ao declínio relativo da hegemonia norte-americana ao nível global). Inclusive, um projeto promissor de integração sub-regional como o do Mercosul corre o risco de descaracterizar-se se, ao abrir mão de objetivos autônomos, é absorvido plenamente pelas propostas pan-americanistas da administração Bush sobre comércio, dívida e investimentos.

Em um contexto histórico dessa natureza, a pergunta que impõe é se é possível, até que ponto e pagando qual preço conciliar as exigências da democracia política (fundada em uma lógica legitimadora de inclusão de todos os cidadãos) e as consequências decorrentes da persistência da crise e das políticas neoliberais predominantes para superá-la (presididas por uma lógica de exclusão de amplos segmentos da população. Em última instância, a questão que se coloca é a do futuro da democracia a partir de processos de construção em condições econômicas e sociais tão adversas. Como se sabe, os primeiros governos civis pós-ditatoriais enfrentam dois desafios políticos importantes. Um, completar a democratização política mediante a superação de fortes "enclaves autoritários" herdados dos antigos regimes militares (que se combinam com outros ainda mais antigos - práticas patrimonialistas, clientelísticas etc.). Outro, levar adiante a consolidação democrática, visando estabilizar e reproduzir no tempo os regimes emergentes. Já não se trata apenas de completar e estender os princípios, instituições e mecanismos inerentes à democracia para os âmbitos da vida política dos países; trata-se, sobretudo, de que ela funcione efetivamente, processando as demandas da sociedade no plano das decisões coletivas, isto é,

tomá-la efetiva enquanto regime político que resolve as questões da forma de governo e da cidadania. E é aí onde se revelam obstáculos de distinta natureza, assim como a necessidade de criar ou contar com outras condições necessárias (econômicas, culturais, sociais, internacionais), além das estritamente institucionais. Precisamente, o maior risco dos países de transição recente - uma vez descartada a hipótese de regressão autoritária -, é a formalização de regimes democráticos vazios de efetividade e eficácia social e histórica, em razão das distorções impostas ao funcionamento das instituições e ao processo decisório pelos poderes fácticos (militares, corporações econômicas, potência externa), pelos poderes de Estado fora de controle democrático (Política, Justiça), ou, simplesmente, pelos processos de decomposição (corrupção, criminalidade) e desorganização social (marginalidade, anomia). Aliás, vários países como República Dominicana, Guatemala, Colômbia, Peru, México, que nunca tiveram uma transição propriamente dita, ou que já a tiveram há bastante tempo, ilustram com suas democracias "reais" que esse risco não é ilusório.

Não há dúvida de que as dificuldades maiores para a consolidação dos regimes democráticos na América Latina se originam na continuidade, e não poucas vezes, no aprofundamento da crise econômica e social. Como se sabe, os governos civis tiveram que enfrentar, desde o início, graves desajustes econômicos (déficit da balança de pagamentos, descontrole inflacionário, incremento do déficit público, desemprego etc.), cuja persistência culminou com o fracasso das políticas econômicas e em instrumentos corriqueiros de intervenção estatal fundados em estratégias de substituição de importações (lembra-se do caso mais patético: o Peru de Alan García). Depois de explorar em vão fórmulas "heterodoxas", quase todos os países se viram forçados pelas circunstâncias (especialmente, pelo endurecimento das condições impostas pelo sistema financeiro internacional, através da dívida externa) a adotar políticas neoliberais de ajuste e reestruturação, com seu conhecimento recetário para a superação da crise (rígido controle do gasto público, privatizações e extinção de empresas estatais, desregulamentação, maior abertura ao comércio e ao capital externos, negociações da dívida nos termos do Plano Brady etc.). Em vários casos (México, Bolívia, Venezuela, Argentina) conseguiram estabilizar as variáveis macroeconômicas e controlar o processo inflacionário, mas, em contrapartida, ficou em evidência não apenas o brutal custo social e político do esquema neoliberal, mas também sua impotência para retomar o caminho do desenvolvimento e resolver os velhos e novos problemas de integração social.

A rigor, o fracasso ou impotência das políticas econômicas na América Latina revelam a natureza histórico-estrutural da crise econômica e social. É claro que ela é uma crise de modelo de desenvolvimento, ou melhor dito, de esgotamento dos modelos de acumulação e regulação "mercado-internistas" ou de "substituição de importações", sustentados e impulsionados pelo crescente papel intervencionista do Estado. Mais do que isso,

ela é uma crise do que alguns autores denominam de "matriz de centralidade estatal" que, a partir de 1930, articulou o conjunto das relações econômicas, políticas e sociais na quase totalidade das sociedades latino-americanas. Razão pela qual, quando se desenvolveu a crise da dívida externa no início da década passada e a crise fiscal passa a imobilizar os Estados como artífices do desenvolvimento, é a própria figura do Estado-Nação que entra em crise (virtual colapso das funções básicas inerentes a toda forma estatal, debilitamento das condições de governabilidade do sistema político) e, com ela, todo um ciclo histórico que se fecha.

* * *

Concluindo, parece desnecessário insistir nas difíceis tarefas que as sociedades latino-americanas devem se desincumbir nos anos 90, tanto no plano interno quanto no externo, se pretendem fazer frente ao desafio maior de conciliar a democracia política com o desenvolvimento econômico-social. Entre elas, certamente estão incluídas: a de completar a democratização política; a de assentar as bases de um novo modelo de desenvolvimento em sintonia com as exigências de redefinição da inserção internacional da região e de consolidação democrática ("transformação produtiva com equidade, segundo a recente denominação da CEPAL); a de superar definitivamente a "matriz de centralidade estatal" através de processos de auto-nomização-complementariedade- fortalecimento do Estado (para desempenhar seu papel indispensável de agente do desenvolvimento e das reformas sociais), do sistema político (para mediar conflitos e consensos e controlar democraticamente o Estado) e da sociedade civil; enfim, a de avançar nos projetos de integração econômica e política além das fronteiras territoriais dos atuais Estados nacionais em crise, já que a integração regional (ou sub-regional) pode ser instrumento capaz de permitir não apenas a retomada do crescimento, mas uma inserção mais autônoma dos países latino-americanos no cambiante cenário da economia e política mundial.

Diante dos Governos, Os Direitos do Homem (*)

MICHEL FOUCAULT

Somos aqui apenas homens privados, que não têm qualquer qualificação para falar, e falar em conjunto, senão uma certa dificuldade comum de suportar o que se passa.

Bem sei e é necessário aceitar as evidências: nada se pode fazer quanto às razões que levam homens e mulheres a preferir abandonar seus países em lugar de ali viver. Este fato está fora de nosso alcance.

Quem portanto nos delegou esta missão? Ninguém. E é isso, exatamente, que constitui o nosso direito. Parece-me que é preciso ter em mente três princípios que, creio, guiam esta iniciativa, bem como outras que a precederam: a Ilha de Lumière, o Cabo Anamour, o Avião de Salvador, mas também, Terra dos homens e Anistia Internacional.

1 - Existe uma cidadania internacional que tem seus direitos, seus deveres e que se empenha em erguer-se contra todos os abusos do poder, qualquer que seja o autor, quaisquer que sejam as vítimas. Afinal de contas somos todos governados e, a este título, solidários.

2 - Porque pretendem se ocupar da felicidade da sociedade, os governos se arrogam o direito de computar entre os lucros e as perdas a infelicidade dos homens que suas decisões provocam e que suas negligências permitem. É um dever desta cidadania internacional insistentemente levar aos olhos e ouvidos dos governos as infelicidades dos homens pelas quais não é verdade que os governos não sejam responsáveis. A infelicidade dos homens não deve jamais ser um resquício mudo da política. Ela fundamenta um direito absoluto de se erguer e se dirigir àqueles que detém o poder.

3 - É necessário recusar a divisão de tarefas que, com frequência, nos propõe: aos indivíduos, indignar-se e falar; aos governos, refletir e agir. É verdade: os bons governos prezam a santa indignação dos governados, desde que ela permaneça lírica. Creio ser necessário dar-mo-nos conta de que, frequentemente, são os governantes que falam - apenas eles podem e querem falar. A experiência mostra que podemos e devemos recusar o papel teatral que nos é proposto da pura e simples indignação. Anistia Internacional, Terra dos Homens e Médicos do Mundo

(*) Tradução do Prof. Antonio C. Maia.

são iniciativas que criaram este direito novo: o dos indivíduos privados de intervirem efetivamente na ordem das políticas e das estratégias internacionais. A vontade dos indivíduos deve inscrever-se em uma realidade sobre a qual os governos quiseram reservar-se o monopólio, este monopólio que é necessário subtrair dos governos pouco a pouco, dia a dia.

* * *

Este breve texto testemunha uma das inúmeras intervenções políticas de Michel Foucault. Depois de Sartre, nenhum outro filósofo ocupou, neste século, em França um papel tão marcante no cenário público. Esta declaração não foi publicada durante sua vida. Escrita poucos momentos antes de ser lida, em 1981, em uma conferência de imprensa. Na ocasião trata-se da criação do Comitê Internacional contra a pirataria. O objetivo era a defesa dos refugiados do sudeste asiático, conhecidos pelos meios de comunicação como *boat-people*.

Este documento ilustra uma das características principais do pensamento de Foucault: a escrupulosa atenção com as transformações políticas presentes no cenário político contemporâneo. Ao sublinhar, no início dos anos 80, a importância das Organizações Não Governamentais no panorama político internacional, já vislumbrava um dos agentes mais ativos e inovadores da arena política-nacional e internacional do fim do século. Esta declaração foi publicada no jornal *Liberation*, em 1 de julho de 1984, logo após a sua morte.

ANTONIO C. MAIA (**)

(**) Professor Auxiliar do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

O Destinatário Ideal do Aparelho Jurídico

OU

Crônica dos Maus Malandros

PAULO FERREIRA DA CUNHA (*)

O rei perguntou ao pirata; Qual é a tua idéia ao infestares o mar? E o corsário retarquiou, com insolência desinibida: A mesma que a tua, ao infestares a terra! Mas porque eu o faço com uma pequena tripulação, sou apelidado pirata; porque tu tens uma grande marinha, chamam-te imperador.

S, Agostinho, *A Cidade de Deus*, IV, 4¹.

Quando alguns sacerdotes romanos resolveram especializar-se numa nova arte, o Direito, foram observar os bons costumes da sociedade romana de então. Não olharam às situações patológicas, desviantes, nem sequer procuraram fazer a média das atitudes ou comportamentos dos cidadãos. Não lhes ocorreu deverem fazer estatísticas nem psicologia do criminoso. Tinham diante de si um modelo que seguiram, que era o comportamento leal, fiel, de boas contas e recta actuação do bom cidadão romano, o *bonus paterfamilias*.

Este cidadão não era, como se sabe, um santo, nem um herói, nem um mártir, nem um sábio, nem sequer um *gentleman*. Talvez se aproximasse daquele burguês aprumado que depois o capitalismo e a ética protestante geraram, mas essa questão já é mais sutil e complexa.

(*) Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

¹ É um tanto a mesma idéia expressa por LA ROCHEFOUCAULD - *Sentences et Maximes de Morale* (1655), in *Oeuvres Complètes*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1957: "Les crimes deviennent innocents, même glorieux par leur nombre, et par leurs qualités: de là vient que les voleries publiques sont des habilités, et que prend des providences injustement s'appelle faire des conquêtes. Le crime a ses héros, ainsi que la vertu"

O certo é que o direito (os bons costumes, antes de mais, que depois viriam a transformar-se em leis) teve como modelo uma exemplariedade normal, habitual, de gente sem altos vãos mas também sem vãos rasantes, ou descidas a pique. O direito foi feito para toda a gente, tendo como destinatário uma comunidade, mas com base num tipo dessa comunidade: o bom cidadão romano, o honesto pai de família.

Ora, é importante saber-se qual é o modelo e o destinatário de qualquer ordem jurídica. E esta questão mais importância ganha nos nossos dias. Há que pôr o problema: qual o modelo humano que o direito actual tem em vista? E para quem é feita a lei?

É lamentável dizê-lo, mas a verdade é que o tipo que resulta da actual malha legislativa é o de um servo do Estado gigante. Pagador, servidor, submisso, todos os dias ferido na sua dignidade e atropelado nos seus direitos naturais (e até positivos) por leis e actos da administração que o lesam e perseguem como se qualquer cidadão de um criminoso se tratasse.

Enquanto isso, e enquanto a lei a todos se destina, por entre as suas malhas, e a rir-se nas barbas das autoridades, o bandido verdadeiro, o assassino, o ladrão, o violador, escapa e até lhe pedem desculpa por cima, como vítima da sociedade.

Simultaneamente, os maus nunca são punidos. Nem os são os marotos grandes, que vivem à farta com fugas vultuosas ao fisco, produtos deteriorados, especulação, açambarcamento, mercado negro, lavagem de dinheiro, o que tudo pode implicar crimes contra a vida, a honra, a fazenda etc. Nem os marotos mais pequenos (e todavia enormes) que matam o vizinho ou a mulher, assaltam um banco ou uma residência, violam quem aparece, e também têm o complexo social e outros a seu favor.

Todavia, a sociedade tem de punir alguém. Quem vai servir de bode expiatório?

Os homens de bem, os que cometeram pequenos deslizes. Porque esses não têm capacidade, até pelo seu fundo de pessoas não dizemos boas, mas razoáveis, para ripostarem e para se vingarem. Se um terrorista é condenado, o juiz pode crer que tem a cabeça a prémio. Se um capitalista é pronunciado, o ministério público sabe que a sua vida (e carreira) será por todos os meios entravada, e até também pode ser contratado algum jagunço.

Mas se é um inocente apanhado nas teias da lei?

Temos homem. Pode lamentar a sua sorte, recorrer, mas nada têm a temer as instituições nem os seus concretos protagonistas. Por isso, compensa perseguir inocentes.

Tanto ou mais compensador é perseguir as bagatelas penais. Porque aí o réu sente-se culpado. Muito mais culpado do que verdadeiramente é. Se não for

uma consciência embotada ou cauterizada - o que não acontecerá com frequência - que sucede é que o homem relativamente honesto que deu um passo em falso, e que já se puniu bem mais que todas as penas do mundo, roído pela sua consciência, aceitará a sentença com o alívio de quem vê um pesadelo ir terminar, pela expiação da falta.

Quando fiz estágio de advocacia praticamente não vi senão inocentes e pequenos infractores a passarem pelo banco dos réus, e a serem normalmente condenados.

A função pedagógica e de prevenção geral do direito é importante. Mas será de repensar os casos em que transforma o infractor num pretexto para dar uma lição à sociedade - a qual não a toma, porque os malandros maus, esses, não têm medo nenhum. É que assim, a intimidação só se exerce sobre os bons, não tendo como função torná-los melhores, mas escravizá-los, docilizá-los, torná-los objecto da história do Estado, do seu poder e da sua vontade. "Algumas em pulsos razoavelmente honestos pode até ser instrutivo, mas deprime".²

Os casos seguintes funcionam míticamente para mim. Não entro em pormenores, e pode ser que o seu simbolismo, a estes anos de distância, prejudique aqui e ali a fidedignidade do relato. As nossas instâncias relevarão as faltas, não se susceptibilizando com esta crítica. Para evitar as represálias, afirmo que os exemplos são hipotéticos, duma justiça dum país inventado.

A rapariga feia que vai com um canivete em defesa dum irmão, a ser espancado, e é acusada de usar uma faca ou coisa que o valha.

A senhora alda nova, mas decadente, que furta uma meia dúzia de cosméticos no supermercado.

O homem pobre que furta um saco de coelhos, e é agredido pela polícia, mesmo antes de lhe abrir o saco, só pela pinta de larápio.

O comerciante que se indigna com o rigor da polícia a multar e a sua incúria a rrender os verdadeiros bandidos, e é levado a tribunal por isso, e severamente admoestado.

Etc., etc.

Todos estes casos, que presenciámos directamente nesse país inventado, deixaram-nos a profunda impressão que a máquina da justiça se transformou numa fábrica de condenações dos pequenos.

O crime do comerciante, é nenhum: apenas manifestou a sua opinião, como cidadão.

Quanto muito, a rapariga agiu em excesso de legítima defesa de terceiro, usando o primeiro objecto que lhe veio à mão.

² Altino do TOJAL - *Os Autos*, Lrª, Prelo, 2ª ed., 1974, p. 213.

O procedimento da polícia anulária ou atenuaria muito o caso dos coelhos.

O furto de cosméticos sem dúvida que merece repreensão. Mas é muito diferente castigar um delinquente habitual, ou estigmatizar uma senhora presentemente com dificuldades económicas que se deixou tentar por umas pinturazinhas.

A maneira como toda esta gente é tratada nos tribunais é indecente. Os objectos da máquina da justiça são tratados por tu, pelo nome próprio, e todos pressupõem, na prática, nos olhares, no desprezo, na forma como se lhes dirigem, todos pressupõem a sua culpabilidade. Evidentemente, se um grande entra em tribunal (a menos que seja da cor política diversa dos actores que, no caso, aí estejam na mó de cima) fazem-lhe vénia e só falta ir buscar a passadeira de veludo vermelho.

A justiça dos maus está a vencer a justiça dos bons. A justiça das pessoas comuns pressupõe que elas são más, e, às más, trata-as como boas. O processo de Kafka fez a sua intervenção no mundo do direito real. Aí de quem nel calhe de entrar.

O direito tem de tomar o partido dos bons contra os maus. Tem que pôr de parte a ideia de servir uma política de cidadãos bonzinhos vergados ao jugo do Estado e conformados com a rapina dos marginais maus. Não pode passar-lhe pela cabeça obrigar a que a sociedade seja perfeita, isto é, mais que composta por boa gente, por gente santa, heróica ou sábia. Tem de lidar com os homens como eles são e impor-lhes um mínimo de convivência. De entre os que agem mal, deverá destriçar os malandros maus dos menos maus e dos bons malandros. Todos têm castigo, e eventualmente emenda; mas castigo e emenda diversos.

Se o direito não pode ser maniqueu, pintando o mundo a preto e branco sem qualquer matiz entremédio, também não pode ser meias-tintas, baralhando o bem e o mal ou lavando as mãos do sangue dos justos, vítimas dos bandidos ou vítimas de uma justiça injusta. Se o direito não pode ser mole e céptico, também não pode esquecer a clemência, a suavidade, a inteligência, "Tratar o igual igualmente e o desigual desigualmente na medida da sua desigualdade" é equidade e é justiça. Ora, como nada é rigorosamente igual, há sempre que adaptar a justiça, que tomá-la como a régua de Lesbos, afeiçoável ao objecto a medir. Nada repugna mais à justiça que o metro-padrão de Sèvres, rígido, de platina, feito pelo totalitarismo do Terror para impôr ao mundo a sua medida - ainda por cima geometricamente errada. Ou antes: há só uma coisa que lhe repugna mais - uma justiça com dois pesos e duas medidas, quaisquer que sejam.

As Interfaces do Penal: Notas para uma Discussão Atual

WANDA DE LEMOS CAPELLER (*)

A inexorável marcha das sociedades de capitalismo avançado em direção ao pós-modernismo atinge o domínio das políticas criminais. As sociedades centrais entraram ao final dos anos 50 numa idade pós-industrial e suas culturas numa idade pós-moderna, e vimos como o saber mudou de estatuto ao mesmo tempo que as sociedades (Lyotard, 1979:11). Um novo paradigma sócio-cultural está a aparecer, testemunha da necessidade de repensar-se o projeto da modernidade que deixou algumas promessas não cumpridas (Sousa Santos, 1988:7). Parece ser importante observar que ele determina algumas conseqüências no terreno das práticas políticas (Sousa Santos, 1988:3), da mesma maneira que urge verificar em que medida esse paradigma emergente afeto o campo das políticas criminais.

A situação de transição característica da pós-modernidade transforma em incertezas as premissas do direito - racionalidade moral-prática ligada ao princípio do Estado - no processo de regulação social (Sousa Santos, 1988:4). Crise, dizem alguns, crise do Estado-Providência (Rosanvallon, 1981), crise de crescimento do Estado (Ewald, 1986), de todos os modos parece que foi impossível administrar os desenvolvimentos contraditórios do projeto da modernidade (Sousa Santos, 1988:3).

Com efeito, Boaventura de Sousa Santos mostra como o projeto sócio-cultural da modernidade assenta em dois pilares fundamentais: o pilar da regulação e o pilar da emancipação (Sousa Santos, 1988:4). No que diz respeito às questões penais - que suscitam a implementação de políticas criminais de prevenção e/ou repressão de comportamentos individuais legalmente danosos -, parece ser que as relações (e contradições) entre regulação estatal e participação (emancipação) das comunidades nos processos de decisão e aplicação dessas políticas chegaram atualmente a um ponto interessante para observação.

No campo penal (Delmas-Marty, 1986; Capeller, 1991) das sociedades pós-industrializadas, vê-se hoje uma maior participação das comunidades nos assuntos concernentes às políticas criminais, ou seja, ao desenvolvimento de novas formas de regulação sócio-penal. Essas novas experiências levadas a cabo no

(*) Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio; *Fellow* do Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati (Espanha); Membro da Direção da Associação Francesa *Droit et Société*.

campo penal podem ser vistas como resultantes de dois momentos importantes: o da criminologia crítica como um momento de crise das políticas criminais tradicionais; e, conseqüentemente, um momento de implementação de novas políticas criminais nas sociedades centrais, que apresentamos aqui como um laboratório de observação, dado que essas medidas "softs" parecem já ter mostrado sua incapacidade de gerar modelos penais realmente alternativos (Cohen, 1985).

A criminologia crítica: um momento de crise das políticas criminais tradicionais.

Dissemos em outro lugar que as práticas penais alternativas somente puderam ser pensadas a partir dos movimentos de "desconstrução dos modelos penais fundamentais" (Cohen, 1985), pois a revisão dos "patterns" positivistas constitui uma incansável "escavação arqueológica" - para utilizar a expressão de Stanley Cohen - que permitiu a "mise en cause" dos modelos penais hegemônicos (Capeller, 1991 b).

No final dos anos 60, a "crise de legitimidade" do modelo político social-democrata nos países centrais implicou o questionamento da criminologia positivista. Essa criminologia havia sustentado, de fato, as políticas criminais dominantes, desde o período do pós-guerra, nas sociedades de capitalismo avançado. Nesta época, no entanto, criou-se um clima propício para o advento de uma criminologia radical, que começou a ser desenvolvida, a partir dos anos 70, principalmente na Inglaterra e nos USA. Essa criminologia radical, baseando-se numa visão marxista contestou os mecanismos de controle sócio-penal, e afirmou que o comportamento criminal era o produto direto da ordem social capitalista. Os autores ingleses engajados na discussão de uma "nova criminologia" (Taylor, Walton e Young, 1973) recuperaram os escritos de Willem Bonger (1916) e de Rusche e Kirchheimer (1939), onde as questões penais foram pela primeira vez relacionadas com o modo de produção das sociedades e a ideologia que sustenta o econômico. Nesta perspectiva, os sistemas de dominação e disciplina servem para criar uma classe trabalhadora submissa e útil ao sistema capitalista de produção, tese, aliás, também desenvolvida por Michel Foucault (1975) em seu trabalho mais marcadamente marxista.

Na sociedade capitalista, então, o controle penal é conseqüência da necessidade de nova regulação da economia de mercado. A emergência da fábrica como local da produção capitalista determina algumas estratégias de controle: as fábricas, as escolas, a igreja e a família são vistas como parte do setor de normalização do comportamento dos indivíduos (Garland, 1985); a prisão, elemento principal do setor de segregação (Garland, 1985), serve como estratégia de reconversão. Assim, os marxistas denunciaram a prisão como instrumento último do sistema capitalista, onde os movimentos oscilatórios dos mecanismos de controle sócio-penal possibilitam a implementação de um sistema de transferências. O

indivíduo é, de fato, submetido a diferentes estratégias e graus de controle sócio-penal, e pode ser transferido de um setor a outro do sistema social (Garland, 1985).

Ora, Jock Young mostrou que, no momento da crise do modelo social democrata, dois novos paradigmas apareceram no campo penal: o da criminologia radical e o da criminologia administrativa (Young, 1988). O primeiro paradigma permitiu o desenvolvimento de algumas experiências alternativas no campo penal, a partir da crítica das ideologias, dos mecanismos de controle, e, fundamentalmente, do diálogo que o penal estabelece com o econômico, o político e o social. O segundo paradigma parece, no entanto, ter-se afirmado no universo das práticas políticas, quer dizer, na implementação das políticas criminais estatais. Apesar disso, vamos insistir na utilidade de observar as experiências penais alternativas, únicas que possibilitam pensar as políticas criminais para além de seus aspectos meramente repressivos.

Um laboratório de observação: as práticas penais alternativas.

Longe de nossa intenção sugerir que os modelos (e as práticas) penais desenvolvidos nos países centrais ¹ devam ser acriticamente importados pelos países periféricos (Capeller, 1991). Ao contrário. As experiências observadas no campo penal dos países pós-industriais têm demonstrado que essas sociedades tentam retomar às práticas não-estatais outrora existentes em certos países do mundo periférico (Cohen, 1987). Com um quê de ironia: justamente quando as políticas criminais estatais estão sendo severamente criticadas nos países desenvolvidos, elas continuam a ser exportadas aos países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento (Cohen, 1987).

A democracia participativa (Lazerges, 1988) exige, por definição, a participação dos cidadãos nas políticas públicas implementadas neste setor, vale dizer, atuação das próprias comunidades na luta contra o crime. Assim, as políticas criminais tomam-se "assunto de todos" (Lazerges, 1988).

Políticas criminais entendidas como "assunto de todos"? Difícil pensar nesses termos, pois ao Estado cabe garantir a ordem pública. Reconhecer que a segurança pode ser problema de todos, coloca, é claro, muitos perigos. Principalmente em sociedades onde a violência e a criminalidade assumem um caráter estrutural (Capeller, 1982:63-70), e os direitos formais não são respeitados, como é o caso da sociedade brasileira.

Apesar disso, alguns países centrais parecem estar dispostos a apostar na abertura do bloco monolítico da justiça penal (Lazerges, 1988:96).

¹ Sobre a conceituação centro/periferia concerne a localização dos países no sistema mundial, cf., entre outros, Heinz R. Sonntag, Duda/Carta/Crisis. *La evolución de las ciencias sociales de América Latina*, Unesco/Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1988.

dando espaço a uma maior participação da sociedade civil nos assuntos penais. Por um lado, vê-se uma verdadeira redistribuição de papéis permitindo aos cidadãos ingerência nas questões que exigem respostas ao crime e ao desvio (Lazerges, 1988:96), e, por outro, a justiça penal é investida de um outro papel, o de um simples parceiro entre outros na resolução dos assuntos criminais. Poderíamos dizer, que, então, dá-se a passagem de uma justiça puramente estatal à uma justiça de caráter associativo.

Na França, por exemplo, a abertura do campo penal e uma nova política de prevenção da delinquência começam, em 1983, com o Relatório Bonnemaison. Este relatório apresentado pela Comissão dos Prefeitos sobre a Segurança ², e cuja idéia principal está expressa na dísia "A segurança é assunto de todos", propõe a criação dos conselhos comunitários de prevenção que, através dos eleitos locais, coordenem o conjunto de ações visando a assegurar "a segurança na cidade" (Wyvekens, 1991:44).

Seguiu-se ao Relatório a promulgação do Decreto nº 83.459 de 8 de junho de 1983, que determinou a criação do Conselho Nacional de Prevenção da Delinquência - CNPD -, dos Conselhos Departamentais de Prevenção da Delinquência - CDPD - em cada Departamento da República Francesa ³, e, dos Conselhos Comuns de Prevenção da Delinquência - CCPD - em cada município francês. Esses conselhos têm como missão o seguinte: verificar as ações de prevenção empreendidas no território do município; definir os objetivos e as ações conjuntas que o Estado e o município decidem de comum acordo realizar, principalmente no domínio de ajuda às vítimas; e, finalmente, controlar a execução das propostas ou das medidas empreendidas conjuntamente (Lazerges, 1988:91). Não há que esquecer que a chave do sucesso deste tipo de empreendimento está justamente na existência de uma Interparcelragem.

Nos EUA, por exemplo, desde os anos 70, vimos implementar-se políticas criminais comunitárias. Em Detroit, em 1976, foi desenvolvido o projeto Neighbourhood Crime Watch, que teve grande sucesso. Este projeto desenvolveu-se com base em uma cooperação entre a comunidade e a polícia, que ensinava os cidadãos a prevenir "eventos criminalizantes". Em razão de uma base comunitária anteriormente assentada, e de um trabalho policial democrático o projeto foi um sucesso. Na Inglaterra, no entanto, essa mesma experiência não funcionou de maneira satisfatória, demonstrando uma tendência a "patrulhagem dos vizinhos" (Kinsey, Lea e Young, 1986). Por isso, parece importante sublinhar que, se as comunidades de base não tiverem previamente desenvolvido fortes laços comunitários, e se a polícia não agir democraticamente, este tipo de experiência objetivando a participação das comunidades nos assuntos penais pode ser perigosa.

² Relatório da Comissão dos Prefeitos sobre a Segurança (*Commission des Maires sur la Sécurité*), Face à la délinquance: prévention, répression, solidarité, Paris, La Documentation française, 1983.

³ A França é dividida em 22 Regiões e 95 Departamentos. As regiões correspondem a mini Estados, com uma Assembléia Legislativa e um poder Executivo local e os Departamentos são sub-divisões de regiões com poderes Executivo e Legislativo locais.

Uma das alternativas penais muito difundida hoje em dia nos países centrais baseia-se nas experiências de mediação e conciliação (Ottenhof, 1984). Em geral, as experiências mais conhecidas nesse terreno dizem respeito a outros campos do direito, como o civil (problemas entre proprietários e inquilinos), comercial (consumidores), etc. Mas, vimos que desde há muito tempo, alguns projetos centrados na mediação penal foram colocados em prática nos EUA, principalmente os Community Boards Programmes, em San Francisco, a partir de 1976, e o New York Programme, em 1981 (Verin, 1984).

Na França, onde o quadro social e político é completamente diferente, conhecemos também algumas iniciativas em mediação penal. Bonafé-Schmitt (1989) mostra-nos o desenvolvimento dos projetos de Valence, Paris e Strasbourg. O Projeto de Valence, criado em 1985, foi o resultado de uma preocupação dos juizes da região sobre a inadequação do modelo judicial para a resolução dos conflitos. Recebendo os casos a tratar diretamente de fontes judiciais, esta experiência demonstrou seu caráter ambivalente, querendo ao mesmo tempo responder ao bloqueio dos aparelhos judiciais e às demandas dos cidadãos (Bonafé-Schmitt, 1989). O objetivo principal do Projeto Paris, criado em 1983, é a reconstrução dos laços sociais, evitando assim maiores contatos com o sistema judicial. Aqui, a mediação é a forma principal de regulação de conflitos, em todos os domínios da vida social, seja o lugar de trabalho, a vizinhança ou a família (Bonafé-Schmitt, 1989). Por último, o Projeto de Strasbourg dedica-se a um trabalho com as vítimas e, ao mesmo tempo, com os egressos. A ênfase é colocada nos aspectos relacionais e psicológicos, procurando um afastamento dos modelos judiciais.

À guisa de conclusão.

Jock Young afirmou que a criminologia radical foi apenas um momento de crise da criminologia tradicional (1988). Nos anos 80, vimos que a criminologia administrativa acabou por impor-se, e começa uma fase de nova instrumentalização das políticas criminais, seja nos EUA de Reagan (Young, 1988), na Inglaterra de Mme. Thatcher (Hunsworth, 1988), ou mesmo nos países periféricos, como o Brasil, que importam modelos de controle.

Autores como Richard Abel (1981) e Stanley Cohen (1985) mostraram como as formas alternativas de resolução de conflitos - compreendendo o campo penal - desenvolvidas em países pós-industriais estenderam a capacidade de intervenção estatal ao invés de diminuir o poder do Estado. Por isso, essas experiências somente devem servir como laboratório de observação, para que possamos, a partir delas, alargar a reflexão sobre nossas próprias iniciativas quanto às políticas penais. Aqui as ciências sociais são chamadas a colaborar mostrando a emergência de um novo paradigma. A reflexão daí resultante deve insistir na idéia de que políticas criminais são políticas públicas, e de que é necessário saber-se quais são as Interfaces do universo penal. Mas, sobretudo, de que é preciso

construir para o penal um paradigma da "vida decente" (Boaventura de Sousa Santos, 1988).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEL, Richard, 1981, "Règlement formel et informel des conflits: analyse d'une alternative", in Sociologie et Justice, Paris, Seuil.
- BONAPÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, 1989, "Alternatives to the Judicial Model, in Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community, London, SAGE Publications.
- BONGER, Willem, 1916, Criminality and Economic Conditions, Boston: Little, Brown, and Co.
- CAPELLER, Wanda de Lemos, 1982, A Marginalidade Social e a Criminalidade na Sociedade Dependente, PUC-RIO, mimeo.
- CAPELLER, Wanda de Lemos, 1990, "Violência e Políticas criminais de Ajustamento Social", in Fascículos de Ciências Penais, Ano 3, nº 4, out/nov/dez.
- CAPELLER, Wanda de Lemos, 1991 b, "Fenix e o Eterno Retorno: a dialética entre a "imaginação criminológica e a força do Estado", Direito Alternativo II, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1992 (no prelo).
- CAPELLER, Wanda de Lemos, 1991, La mise en oeuvre des Politiques criminelles au Brésil: réception et adaptations des modèles occidentaux, Tese de Doutorado, França.
- COHEN, Stanley, 1985, Visions of Social Control, Great Britain, Polity Press.
- DELMAS-MARTY, Mireille, 1986, Le flou du droit, Paris, P.U.F.
- EWALD, François, 1986, L'État Providence, Paris, Grasset.
- FAGET, Jacques, 1986, Le rhizome pénal - milieu ouvert et décentralisation de la politique criminelle, Conseil de la recherche du ministère de la Justice / G.E.R.I.C.O., Bourdeaux, mimeo.
- FOUCAULT, Michel, 1975, Surveiller et punir, Paris, Gallimard.

- GARLAND, David, 1985, Punishment & Welfare. A History of Penal Strategies, Great Britain, Grower.
- HUNSWORTH, C.R., 1988, "Law and Society: un regard sur l'Angleterre de Thatcher", in Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques, nº 21.
- KINSEY, Richard, LEA, John e YOUNG, Jock, 1986, Losing the fight against Crime, London, Basil Blackwell.
- LAZERGES, Christine, 1988, "Une politique criminelle participative", in Archives de politiques criminelles, nº 10.
- LYOTARD, Jean-François, 1979, La condition postmoderne, Paris, Éditions de Minuit.
- OTTENHOF, Reynald, 1984, "Les techniques de conciliation en matière pénale", in Archives de politique criminelle, nº 7.
- ROSANVALLON, Pierre, 1981, La crise de l'État providence, Paris.
- RUSCHE, George e KIRCHHEIMER Otto, 1938, Punishment and the Social Structure, New York, Russell and Russell.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, 1988, O social e o político na transição pós-moderna, Oficina do Centro de Estudos Sociais, Coimbra.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, 1988, Um Discurso sobre as Ciências, Porto, Ed. Afrontamento.
- TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e YOUNG, Jock, The New Criminology, London, Routledge & Kegan Paul.
- VERIN, Jacques, 1984, "Un exemple de conciliation non étatique: la médiation anglo-saxonne", in Archives de politique criminelle, nº 7.
- WYVEKENS, Anne, 1991, "Justice pénale et environnement local: le 'milieu ouvert' et l'insertion locale des juridictions", in Archives de politique criminelle, nº 13.
- YOUNG, Jock, 1988, "Radical Criminology in Britain: The emergence of a competing paradigm", in A History of British Criminology, London, Paul Rock.

A Estrutura Jurídica e Social da Família Após A Constituição de 1988 no Brasil

TÂNIA DA SILVA PEREIRA (*)

I - Introdução

Falar da FAMÍLIA neste final de século é analisar uma instituição através de contradições e, principalmente, através de modificações profundas refletidas na sociedade e nas relações afetivas dos indivíduos.

Não se pode perder de vista a palavra do Prof. João Baptista Vilela que, em entrevista, já se antecipava em 1980, à reforma constitucional brasileira.

"A família deixou de ser uma unidade de fins econômicos, sociais, políticos e religiosos e passou a caracterizar-se como uma instituição onde se busca obter a superação dos sentimentos de isolamento, uma forma de receber diante de uma sociedade asfixiante, típica da vida moderna"¹.

Durante os dez anos de discussão da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU), um dos maiores desafios dos membros da comissão elaboradora foi a conceituação de FAMÍLIA, diante das divergências culturais existentes.

Países de formação grupal se contrapunham aos países conhecidos como "ocidentais", onde a tendência era defini-la a partir de um núcleo formado pelo casal e os filhos.

Para que fosse "reconhecida a proteção e assistência, necessárias, a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade", a Convenção, em seu preâmbulo, definiu FAMÍLIA como "um grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros".

João Baptista Vilela já previa que "a família não deve ser vista, portanto, como um espaço de oposição aos valores sociais, mas deve exprimir

(*) Professora Agregada do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC - Rio

¹ João Baptista Vilela em "A nova dimensão social da Família" entrevista publicada na Revista Jurídica LEMJ nº 149, p. 10, abril de 1980.

uma linha de continuidade com o grupo social do qual ela recebe contribuições, absorve valores e para o qual ela fornece elementos de renovação e crescimento"².

O **CASAMENTO** se conserva como uma instituição importante na caracterização da família, mas não significa necessariamente a solidez da relação entre seus membros. A tão discutida "crise no casamento" não representa sua extinção, mas a transformação dos valores subjetivos assumidos socialmente.

Nesta fase de transformações profundas da família o **CONCUBINATO**, mais modernamente designado **UNIÃO LIVRE**, ganha grande expansão e destaque no Brasil e em todo o mundo, por ser mais flexível e menos formal.

Com alguns componentes do casamento, o **CONCUBINATO** responde melhor aos anseios do homem moderno. Sem assumir um compromisso formal perante o Estado, a **UNIÃO LIVRE** entre o homem e a mulher representa um empenho pela felicidade recíproca, desvestida, porém, dos vínculos formais, não se caracterizando, no entanto, como aventuras fugazes ou meras relações sexuais transitórias.

De qualquer maneira, grande parte dos sistemas jurídicos modernos reconhecem as responsabilidades de seus membros entre si, e especialmente com os filhos por ela gerados.

Não se pode omitir, também, uma grande realidade mundial de famílias formadas por um dos pais (principalmente mulheres) com seus filhos, merecendo da mesma forma o reconhecimento de seus direitos fundamentais.

Destaca-se nesta complexa realidade de final de século, a situação da infância e adolescência, dentro e fora do contexto familiar.

É preocupação permanente dos Governos, dos organismos internacionais e organizações não governamentais a situação alarmante, principalmente dos países africanos e latino-americanos, onde a mortalidade infantil, a desnutrição, além das questões básicas ligadas à educação, saúde, saneamento básico, etc, exigem uma definição de absoluta prioridade, reconhecendo a esses seres em vias de desenvolvimento os seus direitos fundamentais na sociedade.

Programas governamentais começam a impulsionar ações em todos os níveis da escala nacional convocando a **FAMÍLIA**, **COMUNIDADE** e **ESTADO** para um trabalho conjunto persistente e planejado para superação desta situação catastrófica em nosso país.

² João Baptista Villela, ob. cit., p.12.

II - A Constituição Federal de 1988 e a Família

II.1 - O Novo Conceito de Família

A partir da Constituição Federal de 1988 a **FAMÍLIA**, como conceito jurídico, sofreu significativas modificações, ao consolidar conquistas já apresentadas nas leis ordinárias e nas decisões dos Tribunais.

A família, como base da sociedade, é protegida pelo Estado (art. 226) sendo reconhecida esta proteção nas seguintes situações:

a) A família oriunda do casamento civil (§ 1º do art. 226), reconhecido também o casamento religioso com efeitos civis, na forma da lei (§ 2º do art. 226).

b) Merece proteção ainda do **ESTADO** a "**ENTIDADE FAMILIAR**" reconhecida como "União Estável entre o homem e a mulher" (§ 3º do art. 226). Identificado com o **CONCUBINATO**, este conceito ainda polêmico, não representa necessariamente um "casamento informal tutelado", mas sobretudo reconhecimento de inúmeros direitos nas relações de concubinato.

A "União Estável" é protegida pelo Estado, prevendo expressamente a Constituição que deverão ser criadas facilidades para se converter em casamento.

Ela incorpora as conquistas da Doutrina e da Jurisprudência relativas à companheira, inclusive aquelas já previstas em lei ordinária. A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal "reconhece aos concubinos, comprovada a **SOCIEDADE DE FATO**, a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". Na caracterização da "União Estável" não de estar presentes as características do Concubinato previstas pelos tribunais, "dispensando a convivência o mesmo teto, abstraindo a continuidade e constância das relações e constância das relações e reconhecendo a estabilidade e ostensiva fidelidade da mulher"³.

Para Carlos Alberto Direito "reconhecendo a União Estável como "Entidade Familiar", para efeito de proteção do Estado, a Constituição Federal permite expressamente que as leis protetoras da família protejam também a União Estável". (...) "Toda a construção interpretativa dos tribunais foi sendo elaborada com os olhos postos na necessidade de proteger a sociedade como um todo, que passou a agasalhar, em número cada vez maior, a então chamada concubinária. Tenho para mim que o que se deve buscar é o abrigo da proteção jurídica da vida em comum. Não se pretende robustecer a união legítima, mas sim criar condições jurídicas para proteger a constituição da família independente de

³ Celso Mário da Silva Pereira em "Instituições de Direito Civil", volume V, p. 200, Editora Forense, 7ª Edição, 1990.

sua origem no ato civil do casamento".

Propõe o mesmo Autor um conceito para a "União Estável" como uma comunidade formada por um homem e uma mulher: "é a vida em comum, *more uxorio*, por período que revele estabilidade e vocação de permanência, com sinais claros, indubitáveis de vida familiar e com o uso em comum do patrimônio".

Discute-se, ainda, se a "União Estável" ocorre apenas entre pessoas desimpedidas ou se é possível caracterizá-la quando uma delas é casada ou separada de fato.

c) Como "Entidade Familiar" é reconhecida também "a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226 § 4º). O último relatório do PNUD (ONU) revela a incontestável realidade brasileira de quase 15% de famílias formadas por mulheres com seus filhos. Isto decorre de fatores ligados às mudanças consideráveis nos padrões familiares (principalmente nas médias e grandes cidades) e consequente aumento de separações conjugais. Nas famílias de baixa renda, a instabilidade conjugal tem um dos determinantes a própria condição financeira dos cônjuges.

O "PLANEJAMENTO FAMILIAR" é outra novidade constitucional (§ 7º do art. 226) fundada em dois princípios: a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável. Este foi um passo importante, no texto constitucional, ao abordar a necessidade de se atender à questão do crescimento desordenado da população em contraposição ao papel do Estado neste processo.

A meu ver a composição familiar é um critério da intimidade do casal: ter filhos ou não os ter, adotá-los, ou mesmo utilizar métodos científicos (inseminação artificial) para concebê-los, faz parte da privacidade do casal. O planejamento familiar é, portanto, um direito fundamental previsto no art. 5º, X, cuja violação (ex.: esterilização não consentida) assegurará indenização por dano moral.

O texto constitucional fixa o âmbito de atuação do Estado, limitando sua ação em "propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

Assim, o papel das instituições públicas será de estímulo a programas de orientação, esclarecimento e cooperação, dando acesso, a todos os cidadãos, dos métodos técnicos e científicos de planejamento e controle da natalidade.

⁴ Carlos Alberto Menezes Direito em "Da União Estável como Entidade Familiar" publicado na Revista dos Tribunais, maio de 1991, p. 17 a 23.

II.2 A Relação "Pais e Filhos" na Convivência Familiar

Uma das maiores conquistas do texto constitucional de 1988, relativa à Família foi, sem dúvida, a equiparação dos filhos, independentemente de sua origem ou nascimento, "proibindo inclusive quaisquer designações discriminatórias" relativas à filiação (§ 6º do art. 227).

Este preceito é a conquista final quanto à filiação no Direito brasileiro. Não existem mais qualificações tais como: LEGÍTIMA (resultante do casamento), ILEGÍTIMA (decorrente de relações sexuais eventuais ou concubinárias), NATURAL (de pessoas não casadas mas que não têm impedimento para o casamento), CIVIL (decorrente da adoção), ADULTERINA (originária da relação entre pessoas que não podem casar por ser uma delas casada), INCESTUOSA (decorrente da relação sexual entre parentes próximos).

Uma vez reconhecido pelos pais ou em decorrência de sentença judicial ou por testamento, o indivíduo é filho e tem igualdade de direitos civis, decorrendo, daí, direitos sociais e também sucessórios.

Inclusive, em razão desta equiparação de direitos, a lei 7841 de 1989 revogou o art. 358 do Código Civil que proibia o reconhecimento dos filhos adúlteros e incestuosos.

O incesto é a proibição social e legal de casamento e relações sexuais entre pessoas ligadas por vínculo de parentesco em linha reta, *in infinitum*; afim ou colateral em grau proibido. Assim, considera-se incestuosa não só a relação entre irmãos, pais e filhos, mas também entre sogro e nora, genro e sogra e finalmente, entre adotante e adotado, evitando, assim, concupiscência na relação familiar.

A autorização de registro de filhos incestuosos trouxe a público a discussão sobre o incesto no Brasil e constatou-se uma flagrante realidade, não só nas classes pobres, mas também nas classes abastadas.

A Constituição Federal de 1988 introduziu ainda a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges na sociedade conjugal (§ 5º do art. 226) da mesma forma que estabeleceu de maneira genérica o dever dos pais de "criar e educar os filhos menores" impondo, inclusive, aos filhos, a obriga de "ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade (art. 229).

Em decorrência deste preceito, o exercício do Pátrio-Poder compete igualmente a ambos os genitores, mas na falta ou impedimento de um deles, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. A questão se torna polêmica no caso de divergência entre os detentores do Pátrio-Poder, quando um deles deverá recorrer à Justiça a fim de resolver a contenda. Nestes casos, deverá prevalecer, sobretudo, o interesse do filho, devendo ser evitada a transferência

para a autoridade judicial de questões ligadas à privacidade da família.

Como bem ressaltava Gustavo Tepedino, na variedade de situações que se configuram diuturnamente, no âmbito familiar, o limite aos poderes resultantes do pátrio-poder é definido pela absoluta prioridade constitucional e legislativa dada ao desenvolvimento da personalidade do filho a cujo interesse devem se submeter todos os protagonistas do processo educacional.⁵

O Divórcio introduzido no Brasil desde 1977 sofreu também modificação ao ser estabelecida no art. 266, § 6º, CF, como condição para a sua concessão, "a prévia separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei", encerrando definitivamente a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de ser o divórcio concedido à mesma pessoa mais de uma vez, regulamentado definitivamente pela Lei n. 7841 de 16.10.89. O prazo para concessão do "divórcio direto", tanto na modalidade consensual como na litigiosa, foi restringindo a dois anos de "separação de fato".

Recentemente, pela Lei nº 8480 de 13.02.92, a separação consensual também foi alterada, ficando estabelecida como condição para propor a separação judicial a "prova de ruptura da vida comum por prazo de um ano".

A investigação de culpa na privacidade do casal é função do Juiz como representante do Estado.

II.3 O Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Prioridade Absoluta para a Infância e Adolescência

Encontramos no art. 227 da Constituição Federal os preceitos básicos de proteção da infância e adolescência que representam uma síntese dos princípios estabelecidos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU) ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99.710/90:

É dever da Família, da Sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

⁵ Gustavo Tepedino em "A Tutela Jurídica da Filiação" publicado na obra "Estudos Sócio-Jurídicos" sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente editado pela RENOVAR, p. 282, 1ª Edição, 1990.

Regulamentando estes novos princípios constitucionais, entrou em vigor em 14 de outubro de 1990 a Lei n. 8069, conhecida como o **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**, revogando o Código de Menores de 1979. Introduzindo, como base jurídica, a "Doutrina da Proteção Integral", nele encontramos um capítulo especial relativo à Convivência Familiar e Comunitária, onde são fixadas, entre outras, medidas pertinentes aos pais e responsáveis.

Pelo **ESTATUTO**, criança e adolescente são "sujeitos de direitos", pessoas destinatárias de **PRIORIDADE ABSOLUTA** e, principalmente, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento (art. 6º).

Além da criança e do adolescente serem chamados a participar com voz ativa da própria educação, o **ESTATUTO** estabelece um controle ostensivo dos educadores, dos pais e da sociedade em geral, reprimindo atos ilícitos e abusos de direito.

A **CONVIVÊNCIA FAMILIAR** representa o **DIREITO FUNDAMENTAL** de ser criado e educado no seio de sua família, e excepcionalmente, em **FAMÍLIA SUBSTITUTA** (art. 19) compreendidas a **GUARDA, TUTELA e ADOÇÃO**.

O instituto da **GUARDA**, presente nos artigos 33, 34 e 35 do Estatuto, é visto por Jayme Henrique Abreu a partir de sua vasta experiência como Juiz de Família:

"A **GUARDA** coloca a criança e o adolescente sob a responsabilidade de uma pessoa que se obriga a prestar-lhe uma assistência material, moral e educacional. Com a **GUARDA** não se rompe nenhuma relação de parentesco com a família natural; nem mesmo o Pátrio-Poder se extingue ou se suspende. Os pais continuam como representantes legais podendo eventualmente o detentor da **GUARDA** representá-lo por decisão judicial. A ele cabem as ações, a iniciativa, os atos de assistência, podendo mesmo opor-se aos pais, titulares do Pátrio-Poder. Não se estabelece com a **GUARDA** nenhum vínculo de parentesco tomando a criança ou o adolescente dependentes do detentor da **GUARDA** para todos os fins, inclusive previdenciários".⁶

O instituto da **TUTELA**, previsto no Código Civil, tem como pressuposto a perda ou suspensão da **TUTELA** serão decretadas judicialmente

⁶ Jayme Henrique Abreu em "Convivência Familiar: a Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente" publicado na obra "Estudos Sócio-Jurídicos" sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente produzido pela RENOVAR, p. 138, 1991.

em procedimento contraditório.

O instituto da **ADOÇÃO** sofreu consideráveis modificações na **NOVA LEI DA CRIANÇA**.

Corrigindo falhas dos sistemas anteriores e avançando em alguns aspectos, a **ADOÇÃO** no **ESTATUTO** representa um passo importante para o maior desafio brasileiro: **AS CRIANÇAS CARENTES, DESASSISTIDAS e ABANDONADAS** de nosso país.

Declarando a **ADOÇÃO** irrevogável e constituída apenas por sentença judicial, esta medida veio cobrir uma série de irregularidades dos sistemas anteriores.

Ampliando as possibilidades em relação aos adotantes, o legislador criou, por outro lado, algumas exigências que visam a impedir irregularidades tais como a devolução de crianças, ou mesmo, a venda de bebês para aproveitamento de órgãos para transplantes.

O **ESTATUTO** estabeleceu ainda regras relativas ao exercício do **Pátrio-Poder** prevendo sua suspensão e perda no caso de abuso. Buscando subsídios no art. 395 do Código Civil que preceitua a sua perda nos casos de "castigar imoderadamente, deixar ao abandono ou praticar atos contrários à moral e aos bons costumes", o **ESTATUTO** declara expressamente no art. 23 que "a falta ou carência de recursos materiais não é motivo suficiente para perda e suspensão do **Pátrio-Poder**. Como bem saliente **RADBRUCH** "o pátrio-poder é conceituado, cada vez mais, como um poder educativo de caráter social".⁷

Finalmente, numa demonstração de nítida preocupação em preservar a **CONVIVÊNCIA FAMILIAR**, o **ESTATUTO** prevê no art. 129 "as medidas pertinentes aos pais e responsáveis" visando procedimentos que vão desde o encaminhamento a programas de promoção à família, a tratamento de alcóolatas e toxicômanos, tratamento psicológico e psiquiátrico até advertência, perda da Guarda, destituição da Tutela e suspensão do **Pátrio-Poder**. No caso de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, o Juiz poderá, como medida cautelar, determinar o afastamento do agressor da moradia comum (art. 130).

Embora não se mude a sociedade a toque de leis, conclui-se que a **ABSOLUTA PRIORIDADE** para a criança e o adolescente já se concretiza em medidas legais efetivas em nosso país.

II.4 A Proteção Institucional da Família Após 1988

Como destaque entre os preceitos constitucionais, o art. 203 estabelece a obrigação de Assistência Social "com o objetivo de proteção à Família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice", destacando em seguida, o amparo às crianças e adolescentes carentes.

Estabelece, ainda, na área de assistência social (art. 204) as ações governamentais com base nas seguintes diretrizes:

1 - Descentralização político-administrativa cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidade beneficiárias e de assistência social.

2 - Participação da população por meio de organizações representativas, na formalização das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Atendendo aos princípios do art. 204 da Constituição, o **ESTATUTO** introduz uma nova forma de assistência à infância e adolescência, transferindo para os Municípios e Estados o atendimento direto à criança, destinando, inclusive, subsídios políticos, sociais e econômicos para programas assistenciais e de atendimento.

Através de lei ordinária cada município deve criar o seu "**CONSELHO DE DIREITOS**", órgão normativo vinculado ao Poder Executivo, formado por membros do Governo e da Sociedade, com a finalidade de estabelecer as políticas básicas de atendimento. Os membros destes Conselhos gerenciarão um "**FUNDO MUNICIPAL**" que centralizará os recursos destinados a programas específicos para crianças oriundos de verbas estatais, das doações da sociedade civil e das empresas, os quais gozarão de incentivo fiscal abatendo as doações do Imposto de Renda.

Para garantir a **ABSOLUTA PRIORIDADE** prevista no art. 227 da Constituição, o **ESTATUTO** estabeleceu princípios para que esta última não se perdesse em propostas demagógicas:

a - Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias

b - Precedência do atendimento nos serviços públicos ou de

⁷ Radbruch "Introducción a la Filosofía del Derecho", p. 162.

relevância pública

c - Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas

d - Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude

Estes princípios aliados à descentralização político-administrativa devem nortear a efetivação de políticas sociais públicas, exigindo uma nova postura do Poder Executivo e uma maior mobilização da opinião pública para a participação na sociedade.

A família deve ser, sobretudo, o centro desta **PRIORIDADE ABSOLUTA**. Tanto assim que o § 8º do art. 226 "assegura a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

III - Conclusão

"Tanto é criminoso tomar o filho, da mãe que deseja criá-lo, como mantê-lo com a mãe que o rejeita". (LELONG)

A preocupação com a família está presente em todos os documentos internacionais de proteção de Direitos Humanos.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU), ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, determina a proteção e assistência à Família a fim de que possa "assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade".

Todo o contexto da **CONVENÇÃO** tem em vista o desenvolvimento da criança, preferencialmente num ambiente familiar, devendo ser propiciadas medidas especiais para reuni-los, ou serem promovidos programas que a integrem a ambientes e cuidados alternativos assemelhados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil foi preparado a partir dos princípios da Convenção que já estava em discussão pela comissão elaboradora formada por representantes de 43 países-membros da Comissão de

Direitos Humanos da ONU. Assim, a lei 8069/90 está rigidamente dentro dos princípios internacionais relativos à criança.

A Adoção, a Guarda e a Tutela se apresentam no **ESTATUTO** como formas alternativas de acolhimento da criança ou adolescente em uma família substituta para seu desenvolvimento ligado a laços afetivos.

Analisando o papel do Estado na relação familiar, é tempo de se fixarem os limites de sua interferência na convivência familiar.

Parece que a preocupação legislativa tem abandonado paulatinamente a investigação de culpa e inocência entre os cônjuges, na separação.

Não é justo que uma parte obtenha vantagens da culpa do outro em decorrência de fatos isolados que longe refletem a vida do casal.

Não cabe ao Estado, através do magistrado, investigar a privacidade conjugal. A exigência constitucional de provar apenas a "**SEPARAÇÃO DE FATO POR MAIS DE DOIS ANOS**" ou provar a "**RUPTURA DA VIDA EM COMUM POR MAIS DE UM ANO**" (lei 8408 de 13/02/92), sem exigir a investigação da causa, representa um passo importante na não-interferência na privacidade da família.

Esta intromissão se fará necessária na medida em que o conflito doméstico incorrer em agressão física ou violência psicológica. O Estado entrará como força cogente, em defesa da integridade de seus membros, como pessoas humanas, e principalmente, visando à proteção dos filhos em processo de formação e desenvolvimento.

Portanto, o papel do Estado deverá ser de proteção da instituição e, e não, de interferência na privacidade das relações familiares, salvo quando colocar em risco seus direitos fundamentais.

Cabem ainda considerações sobre o papel da mulher neste novo contexto familiar de final de século.

As mulheres, neste novo contexto, deixaram de ser consideradas uma parte da população necessitada de proteção por suas "fragilidades", confinadas em sua milenar função gestadora, e passaram a ser vistas como seres humanos integrais, como papel atuante na sociedade, respeitadas suas características físicas e psicológicas como **PESSOAS DO SEXO FEMININO**.

Neste novo espaço, em fase de dolorosa conquista, a **MATERNIDADE** deve distingui-la, desvinculada de sua capacidade produtiva, mas integrada em sua condição de **CIDADÃ**. Seu trabalho é importante, mas sua presença é fundamental na família.

Separados, ou sob o mesmo teto, os pais devem estar conscientes de suas funções. Oferecendo referências sexuais diferenciadas, estarão partilhando dos encargos e alegrias no desenvolvimento e educação dos filhos.

Vivenciando novos modos de organização familiar, em todos os níveis sociais e econômicos, a MATERNIDADE e PATERNIDADE serão assumidos como uma opção lúcida, num convívio de carinho, cumplicidade e participação, abandonando, em definitivo, a estrutura baseada em relações de poder e dominação.

Para os pais, é tempo de romper com os padrões tradicionais e com as imagens estereotipadas dos papéis materno e paterno, compartilhando os "ônus" e "bônus" da procriação e criação.

Desvinculada da relação biológica, a **PATERNIDADE** deve ser encarada como relação afetiva e de cooperação educativa. Sob este ponto de vista, bem se explica a tendência moderna de valorização do **PAI SOCIAL**, ou seja, aquele que assume perante a sociedade as funções de pai. Na **GUARDA** e na **ADOÇÃO** (e mesmo na **TUTELA**), esta figura masculina é importante na formação da criança.

A Constituição Federal de 1988 deu um passo importante ao proclamar no art. 226 a tutela do Estado à Entidade Familiar conhecida como "**UNIÃO ESTÁVEL**" entre o homem e a mulher.

É tempo de nossos Tribunais reconhecerem a esta nova figura jurídica a proteção dos princípios do Direito de Família.

Não se trata de equiparar o Concubinato ao Casamento, mas, simplesmente, outorgar a proteção jurídica à vida em comum configurada como "União Estável".

É incoerente devolver tais conflitos ao Direito das Obrigações tratando-os apenas como questões de Sociedade de Fato.

Não existem em jogo apenas vínculos de natureza econômica, mas interesses de ordem pública, exigindo, inclusive, a presença efetiva do Ministério Público para proteger os interesses familiares ali existentes.

O Brasil vive neste final de século uma realidade cruel. Numa população de aproximadamente 150 milhões de habitantes, 60 milhões têm menos de 17 anos. Mais da metade deles vivem em famílias que ganham menos de meio salário mínimo. Todos estes aspectos citados acima devem ser avaliados no sentido de que programas assistenciais se dirijam especialmente à Integração das crianças e adolescentes carentes e desassistidos a um ambiente familiar.⁸

Nada substitui o vínculo familiar. Na impossibilidade, é necessário obter outra forma de amparo que se assemelha ao próprio lar.

Se a **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**, o **ESTATUTO** e a **CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA** ratificada, (Decreto 99.710/90) representam documentos básicos neste momento histórico, é tempo

da **SOCIEDADE CIVIL E ENTIDADES NÃO-GOVERNAMENTAIS** assumirem suas funções neste processo de **MUDANÇAS URGENTES E NECESSÁRIAS**. A Família está presente como uma instituição onde deve ser sempre enfatizado o seu compromisso social e sua vinculação com a própria sociedade.

⁸ Dados fornecidos pelo IBGE relativos a levantamentos realizados em 1990.

RESENHA

BLANKENBURG, Ehrard, COMAILLE, Jacques & GALANTE, Marc. Disputes and Litigation. Oñati Proceedings. Oñati, International Institute for the Sociology of Law, 1991.

Este volume da série *Oñati Proceedings* publicada pelo Instituto Internacional de Sociologia do Direito reúne, sob a coordenação de Ehrard Blankenburg, Jacques Commaille e Marc Galanter, doze trabalhos apresentados no workshop realizado em julho de 1990 para discutir o tema da resolução de conflitos nos países centrais (EUA, Europa e Japão).

A partir desta perspectiva, a publicação subdivide-se em três partes: a primeira parte dedica-se a uma análise comparativa entre culturas jurídicas, com uma descrição da situação atual do tema realizada por Ehrard Blankenburg e estudos mais específicos sobre as disputas judiciais na Bélgica (J. Wouters & F. Van Loon), na Alemanha (Christian J. Wolschläger) e no Japão, que, em razão de sua cultura, mostra uma resistência à resolução judicial dos conflitos interindividuais (Takashi Maruta e Setsuo Miyazawa); a segunda parte concentra-se sobre os temas dos conflitos no direito de família (Jacques Commaille, Nicolas Humphris e Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, Louis Assier-Andrieu e Valerio Pocar), incluindo uma análise do dilema enfrentado pelo Juizado de Menores na França em função da necessidade de escolha entre uma atitude paternalista ou uma atitude legalista no tratamento de adolescentes (Antoine Garapon); e, por último, a terceira parte analisa a resolução de conflitos na área empresarial através de um projeto de pesquisa desenvolvido na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos (Marc Galanter, Steward Macaulay, Tom Palay & Joel Rogers).

Apesar da diversidade de enfoques e de experiências relatadas, os diferentes artigos indicam que, em função da crise do Poder Judiciário que vem sendo vivenciada pelos países centrais nas duas últimas décadas no bojo da crise do Estado-Providência, o modelo adjudicativo formal de resolução de conflitos tende a ser substituído tanto por alternativas judiciais informais criadas pelo próprio Estado, como por modelos negociais desenvolvidos em experiências societárias através da mediação das partes fora dos tribunais, dentro do movimento que vem sendo conhecido como *Alternative Disputes Resolution* (ADR).

Ainda que este movimento não se manifeste com a mesma intensidade nos países periféricos, a discussão dos modos de resolução de conflitos encontra-se

estritamente relacionada com o tema do direito alternativo, este sim de grande ressonância não apenas no Brasil, mas também nos demais países latino-americanos. Em outros termos, é fundamental que os setores preocupados com a democratização da Justiça acompanhem o debate que vem sendo travado nos países centrais sobre novas alternativas sociais de composição da conflitualidade.

Eliane Junqueira (*)

(*) Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.