O DIREITO NO III MILÊNIO

Horácio Wanderlei Rodrigues (organizador)

EDITORA DA ULBRA



O DIREITO NO III MILÊNIO

Horácio Wanderlei Rodrigues (organizador)

EDITORA DA ULBRA



© do autor
1ª edição: 2000
Direitos reservados desta edição:
Universidade Luterana do Brasil

Editora da ULBRA
Capa
Juliano Dall'Agnol
Projeto Gráfico
Isabel Kubaski
Editoração
Luciana Rizzi

Horácio Wanderlei Rodrigues (organizador) é Doutor em Direito e professor titular de Teoria Geral do Processo na UFSC.

D598 O direito no terceiro milênio / Horácio Wanderlei Rodrigues (organizador). – Canoas : Ed. ULBRA, 2000.
340p.

Conteúdo: v.1. Teoria do direito e profissões jurídicas. --. v.2. Novos direitos e direitos emergentes. -- v.3. Processo e acesso à justiça.

1. Direito. 2. Profissões jurídicas. I. Rodrigues, Horácio Wanderlei (org.). II. Título.

CDU 340
CDD 340.1

Setor de Processamento Técnico da Biblioteca Martin Luther - ULBRA/Canoas

ISBN 85-85692-89-8

APRESENTAÇÃO

A presente publicação é fruto de um grande desafio enfrentado pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), ao reunir, em um Seminário Nacional, alguns dos principais personagens do mundo jurídico brasileiro, visando discutir o tema "O Direito no Terceiro Milênio".

O Seminário, realizado em novembro de 1997 na sede da ULBRA, em Canoas (RS), teve a seguinte programação e conferencistas:

Dia 12 nov. - 19h	**Educação e Profissões Jurídicas no 3º Milênio** Amílton Bueno de Carvalho (Juiz TA/RS) Ela Wiecko Volkmer de Castilho (UFSC) Eliane Botelho Junqueira (PUC/RJ) Paulo Luiz Netto Lôbo (UFAL)
Dia 13 nov. - 10h	**Novos Direitos Individuais e Supra-individuais** Menelick de Carvalho Neto (UFMG) Vera Regina Pereira de Andrade (UFSC)
Dia 13 nov. - 14h	**Alternativas Não Estatais de Solução de Controvérsias** Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC) José Alcebíades de Oliveira Júnior (UFSC) Roberto Kant de Lima (UFF)
Dia 13 nov. - 16h	**Direito e Ecologia** Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP) Fernando Facury Scaff (UFPA)
Dia 13 nov. - 19h	**Bioética e Biodireito** Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (UEL/PR) Francisco Vieira Lima Neto (UFES)
Dia 14 nov. - 10h	**Acesso à Justiça** Eduardo K. M. Carrion (UFRGS) José de Albuquerque Rocha (UFCE)
Dia 14 nov. - 14h	**Direito e Sociedade** Antônio Carlos Wolkmer (UFSC) Edmundo Lima de Arruda Júnior (UFSC)
Dia 14 nov. - 16h	**Direito e Psicanálise** Agostinho Ramalho Marques Neto (UFMA) Jacinto de Miranda Coutinho (UFPR)
Dia 14 nov. - 19h	**Direito, Informática e Novas Tecnologias** Marco Antonio Machado Ferreira de Melo (UFSC) Silvino Lopes Neto (PUC/RS)

Dia 15 nov. - 10h	**Direito e Holismo** Paulo Roney Ávila Fagundes (UFSC) João Maurício Adeodato (UFPE)
Dia 15 nov. - 14h	Direito e Nova Ordem Internacional Christian Guy Caubet (UFSC) Maristela Basso (USP)
Dia 15 nov. - 16h	Novas Tutelas Jurisdicionais Carlos Alberto Carmona (USP) Joel Dias Figueira Júnior (UNIVILLE/SC)

Para fins de publicação, tendo em vista a qualidade e volume dos textos produzidos pelos conferencistas, especialmente para o evento, decidiu-se dividi-los em grupos, por afinidade, com os seguintes agrupamentos temáticos:

Parte 1 - Teoria do Direito e profissões jurídicas;

Parte 2 - Novos direitos e direitos emergentes;

Parte 3 - Processo e acesso à justiça;

Espera-se que a leitura deste livro seja proveitosa e possa atingir o objetivo almejado: incentivar a discussão sobre os novos rumos que o Direito e as ciências que, de forma direta ou indireta, o possuem como objeto, tomam nesse final de século e quais as suas repercussões no novo milênio que se inicia. Observações, sugestões e críticas que forem feitas aos trabalhos aqui publicados serão bem-vindas e consideradas um estímulo ao debate acadêmico.

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues
Coordenador Acadêmico do Seminário
"O Direito no Terceiro Milênio"

SUMÁRIO

PARTE 1

I - Direito e holismo: poema universal 9
Paulo Roney Ávila Fagundes

II - Direito e holismo na modernidade: para uma crítica às concepções universalistas e totalizadoras 45
João Maurício Adeodato

III - Glosas ao "Verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito 58
Jacinto de Miranda Coutinho

IV - Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise 76
Agostinho Ramalho Marques Neto

V - Direito para o Século XXI: teses para uma crítica 88
Edmundo Lima de Arruda Júnior

VI - Direitos, poder local e sociedade 96
Antônio Carlos Wolkmer

VII - Direito e sociedade: dois temas para debate 107
Amílton Bueno de Carvalho

VIII - O profissional do Direito do Terceiro Milênio 113
Eliane Botelho Junqueira e Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca

IX - O Ministério Público no Terceiro Milênio 125
Ela Wiecko Volkmer de Castilho

X - O Magistrado do Terceiro Milênio 131
José Renato Nalini

XI - A Advocacia no Terceiro Milênio 141
Paulo Luiz Netto Lôbo

PARTE 2

I - O novo Código Nacional de Trânsito Brasileiro: desafio vital para o terceiro milênio 151
Vera Regina Pereira de Andrade

II - Legislação e Documentos 167
Menelick de Carvalho Neto

III - Os recursos naturais renováveis: sua proteção e tutela jurídica no âmbito do Direito Agrário e no âmbito da Responsabilidade Civil 167
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

IV - Notas sobre os Princípios do Desenvolvimento Econômico e da Preservação do Meio Ambiente e a Responsabilidade por Dano Ambiental 173
Fernando Facury Scaff

V - Bioética e biodireito 183
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

VI - Bioética e biodireito: uma abordagem biojurídica da engenharia genética 197
Francisco Vieira Lima Neto

VII - O Mercosul através de uma perspectiva econômico-jurídica 218
Maristela Basso

VIII - O comércio internacional na virada do Milênio: algum espaço para o Meio Ambiente? 226
Christian Guy Caubet

IX - O Direito, a informática e as novas tecnologias 239
Marco Antônio Machado Ferreira de Melo

PARTE 3

I - Acesso à justiça: direito a uma decisão fundada no ordenamento jurídico 265
José de Albuquerque Rocha

II - Acesso à justiça: concepção e problemas fundamentais 269
Horácio Wanderlei Rodrigues

III - Acesso à justiça 291
Eduardo K. M. Carrion

IV - Alternativas não-estatais de solução de controvérsias: uma abordagem antropológica 295
Roberto Kant de Lima

V - Alternativas não-estatais de solução de conflitos: refletindo sobre a mediação 303
José Alcebíades de Oliveira Júnior

VI - Novas tutelas jurisdicionais 308
Joel Dias Figueira Júnior

VII - A renovação da arbitragem no Brasil 328
Carlos Alberto Carmona

PARTE 1

I - DIREITO E HOLISMO: POEMA UNIVERSAL

Paulo Roney Ávila Fagundes *

a bipolaridade da dança
universal se expressa
no silêncio e no grito
no movimento e na estática
na felicidade e na tristeza
na noite e no dia
no vegetal e no animal
na saúde e na doença
na violência e na paz
tudo repousa no espírito-matéria
na água que escapa
por entre os dedos
e se materializa no gelo.
Nada é absolutamente
rico ou pobre
vida ou morte.
Transpassam sorrateiros
os elementos vitais em nós
e vibram com alegria
nas moléculas
nas partículas
que bailam
em dimensões que não podemos ver
sequer nos microscópios potentes
mas que estão presentes
diuturnamente
em nossos sonhos de vida
em nossos cotidianos utópicos.
Que energia vital é essa
que não conseguimos perceber?
São expressões tão simples

* Prof. da UFSC. Procurador do Estado de Santa Catarina.

e paradoxalmente tão complexas
que se manifestam no início e no fim
no princípio que se acaba
no fim que reinicia
permanentemente.
Verdadeiramente
o caos é ordem
o equilíbrio é desequilibrante.
Para irmos ao longe
sequer precisamos sair
do lugar onde estamos.

1 - INTRODUÇÃO

O Direito consiste, fundamentalmente, no conjunto de princípios e normas disciplinadoras da conduta do homem em sociedade. É criticado pelos marxistas como instrumento de opressão utilizado pela classe dominante, que tem por objetivo preservar os seus interesses e manter a hegemonia do poder político. Os liberais, por seu turno, consideram-no uma grande conquista da humanidade.

A princípio, teríamos o caos. A ânsia pela ordem veio mais tarde. Depois, a sociedade foi se organizando e, em conseqüência desse esforço, nasceu o Direito. Inicialmente ligado à religião e ao misticismo, naufragou profundamente no racionalismo que hoje se mostra irracional.

Assim, a ciência jurídica deverá sofrer uma profunda reformulação neste final do século XX. Inadmissível continuarmos a considerar o Direito como um sistema afastado dos graves e intrincados problemas que atingem a humanidade.

Não consegue o Direito sobreviver sem a vida em sociedade. E divorciado dos elementos valorativos. Deverá beber da Ética e promover a estética. E repensar os mecanismos adotados historicamente.

Não se trata de um olhar organicista lançado sobre o Direito, considerando-o um corpo amorfo. Busca-se ver o Direito como elo de ligação entre todos os conhecimentos humanos, como peça importante no jogo que se trava diuturnamente na sociedade, que almeja sinceramente se transformar em um lugar melhor para que todos possam viver com harmonia.

Ora, a crise surge como um problema aparentemente intransponível, que teria, assim, o condão de determinar o fim do Direito enquanto instrumento dispensável de resolução dos conflitos intersubjetivos.

A crise, em verdade, reacende a discussão que se faz necessária para que possamos compreender o verdadeiro papel do Direito.

As dificuldades são alavancas imprescindíveis para o repensar do arsenal jurídico patriarcal que vê uma racionalidade excessiva em tudo. Isso o torna excessivamente místico, na má acepção da palavra, e afastado da realidade.

As grandes transformações diagnosticadas na história da humanidade são precedidas, na maioria das vezes, de sérias crises.

As revoluções são decorrentes de severos questionamentos. A mudança de paradigma resulta da falência de um modelo patriarcal e que tem proporcionado uma visão estreita e parcial do homem e da História.

As transformações já estão ocorrendo. O ser humano está em permanente busca. A metodologia tradicional necessita passar, urgentemente, por uma profunda revolução, porque se não tivermos caminhos claros não poderemos chegar à verdade que, cada vez mais, parece estar tão longe.

Convém ressaltar que a visão de integridade não se confunde com o retorno ao jusnaturalismo, seja ele teológico ou racionalista. Trata-se de reconhecer um paradigma que está mais em consonância com as leis que regem a vida.

A vida é uma teia, cujo emaranhado não conseguimos desvendar, dotada de uma complexidade misteriosa que não conseguimos decifrar. Mas que se apresenta real, diante de nossos olhos, habitando permanentemente os nossos sonhos.

Passamos a vida toda tentando separar o real do irreal, a fantasia da realidade. Buscamos simplificar o complexo. E complicar o que é simples. É um jogo permanente, em que ocorrem encontros e desencontros, buscas e esperas.

Nós, ocidentais, acreditamos que os romanos tenham sido os pioneiros na edificação dos institutos e princípios jurídicos. Não podemos nos olvidar do papel dos gregos, que, com sabedoria, entrelaçavam a filosofia, a ciência e a arte, já no nascimento da civilização.

Em verdade, à luz do princípio único universal, não há problema sem solução. São os dois lados da mesma moeda. Quando temos dificuldades intransponíveis é porque o método se apresenta inadequado para a descoberta da verdade.

Precisamos permanentemente repensar os métodos tradicionalmente postos. Necessitamos de todos eles. Todos os caminhos levam à busca da verdade, que se apresenta provisória, relativa, questionando invariavelmente a si própria.

Os princípios da ciência jurídica precisam ser melhor estudados. Devemos identificá-los e desnudá-los. As informações que nos são fornecidas pela doutrina oficial não são suficientes para que possamos penetrar com vigor no mundo fascinante dos princípios.

O holismo nos proporciona a visão de totalidade a partir dos princípios edificados historicamente e que se constituem nos alicerces dos conhecimentos e que inspiram os legislador e contribuem para a construção das decisões judiciais. Nestas entram sempre os princípios, ora humanizando a lei, ora suprindo as lacunas do ordenamento, ora aprisionando o operador nos limites da legalidade.

Não são os princípios apenas elementos poéticos, distantes. Eles integram as operações que realizamos diuturnamente na seara jurídica e em qualquer atividade humana.

Como podemos religar informações que parecem antinômicas? Como estudar os fenômenos interdependentes, e compreender os mecanismos com os quais atuam? Como podemos promover a integração de todos os fenômenos da vida? Como podemos romper as fronteiras criadas em nossa mente? Como refletir permanentemente a respeito de um mundo universalmente integrado, de uma sociedade de homens, animais e plantas.

É bom saber, enfim, que todos são um. E em um habitam todos.

2 - DIREITO E HOLISMO

Defendemos a adoção de uma visão de integridade no Direito, porque as fronteiras edificadas nas ciências deverão ser desconsideradas, para que possamos entender a complexidade da vida.

As normas de conduta acompanham o ser humano do seu nascimento à sua morte. A família, que é considerada por Rousseau a mais antiga de todas as sociedades e a única natural, impõe ao indivíduo, desde a tenra idade, as primeiras leis.[1]

O Estado, com o passar do tempo, passou a exercer o poder através do Direito, transformando-o num aparelho ideológico.[2]

Por se transformar em instrumento a serviço das classes dominantes, esteve, desde o seu surgimento, afastado da verdade.[3]

A mudança do paradigma se impõe, porque a visão newtoniana-cartesiana nos envolveu demasiadamente nas relações de causalidade traçadas entre os diferentes fenômenos que vêm sendo estudados, nos impedindo de promover uma profunda reflexão a respeito das transformações que a realidade opera a cada dia.

Historicamente, constatamos, há muitos séculos antes de Cristo, as primeiras manifestações da visão de integridade, que os orientais conhecem há mais de cinco mil anos. Trata-se apenas de um repensar da trajetória histórica do homem.

A partir de que momento temos a ciência tradicional? Quando fragmentamos a realidade? Como reunificá-la? O conhecimento fracionado necessita ser reunido num bonito mosaico para que tenhamos uma grande visão da vida, manifestada através das suas múltiplas facetas de sua verdade única e relativa.

O que queremos hoje retomar nasceu nos primórdios da humanidade. Desde o berço da civilização o homem passou a questionar a sua existência, passou a formular perguntas e a se debruçar sobre os elementos apresentados pela natureza. Quis, desde um primeiro momento, modificá-los, melhorá-los.

> *"QUE TERÁ LEVADO o homem, a partir de determinado momento de sua história, fazer ciência teórica e filosofia? Por que surge no Ocidente, mais precisamente na Grécia do século VI a.C., uma nova mentalidade, que passa a substituir as antigas construções mitológicas pela aventura intelectual, expressa através de investigações científicas e especulações filosóficas?*
>
> *Durante muito tempo o problema do começo histórico da filosofia e da ciência foi colocada em termos da relação Oriente-Grécia. Desde a própria Antigüidade confrontaram-se duas linhas de interpretação: da dos "orientalistas", que reivindicavam para as antigas civilizações orientais a criação de uma sabedoria que os gregos teriam depois apenas herdado e desenvolvido; e a dos "ocidentalistas", que viam na Grécia o berço da filosofia e da ciência teórica. Interessante é observar que os próprios gregos os séculos V e VI a.C., como Platão e Heródoto, estavam ciosos da originalidade de sua civilização no campo científico-filosófico, embora reconhecessem que noutros setores, particularmente na arte e na religião, os helenos tivessem assimilado elementos orientais."*[4]

[1] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. - tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro : EDIOURO S A, s/d, p. 26.

[2] ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do estado*. Rio de Janeiro : Graal, 1965, p. 68.

[3] FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. - organização e tradução de Roberto Machado - Rio de Janeiro : Edições Graal, 1979, p. 7.

[4] DE SOUZA, José Cavalcante. *Os pré-socráticos - fragmentos, doxografia e comentários*. - traduções de José Cavalcante de Souza e outros. São Paulo : Editora Nova Cultural, 1996, p. 5.

Independentemente do conflito que se estabeleceu entre Ocidente e Oriente, é importante que reconheçamos a bipolaridade necessária para que tenhamos o mundo em funcionamento, dentro de sua harmonia relativa. As duas civilizações contribuíram para o desenvolvimento da mesma humanidade.

> *"Nos gregos do período alexandrino ou helenístico, porém, desaparece essa pretensão de absoluta originalidade: a perda da liberdade política e a inclusão da Grécia nos amplos impérios macedônico e romano alteram a visão que os próprios gregos têm de sua cultura. Já não se sentem - como pretendia Aristóteles - dotados de uma "essência" própria e completamente diferente da dos "bárbaros" orientais. Assim é que Diógenes Laércio, em sua* ***Vida dos Filósofos****, já se refere à fabulosa antigüidade da filosofia entre persas e egípcios. Foi, porém, entre os neoplatônicos, os neopitagóricos, com Filo, o Judeu, e com os primeiros escritores cristãos que surgiu, mais definida, a tese da filiação do pensamento grego ao oriental. Em nome de afirmações nacionais ou doutrinárias, passou-se a atribuir ao Oriente a condição de fonte originária da tradição filosófica, que os gregos teriam apenas continuado e expandido."*[5]

Oriente e Ocidente contêm informações que, ao invés de se excluírem, complementam-se. São os dois lados do mesmo sistema. Os romanos racionalizaram os conhecimentos obtidos pelos gregos e criaram as especializações. O Direito Romano serve ainda hoje como base ao Direito que temos nas nações do século XX.

> *"As origens do direito actual e as razões de ser de muitos institutos jurídicos no direito romano têm a sua raiz, dêle se alimentam e vivem. As legislações modernas, os códigos das nações novas haurem sua seiva e vivem unidos ao direito romano. Conhecê-lo é saber não só a história do direito em geral, mas também as causas que o geraram. Por êle descemos das primitivas instituições sociais e chegamos até à formação do direito hodierno."*[6]

Os romanos contribuíram decisivamente para a adoção do positivismo nos sistemas jurídicos de quase todo o mundo. Toda a ciência recebeu uma importante influência dos romanos. Não se trata de promover uma ruptura, mas um reencontro de polaridades.

Os orientais sempre reconheceram a dança dos dois elementos que integram o universo. De um lado, a racionalidade e do outro os elementos poéticos que fazem parte de uma única verdade, transitória, mutável, permanente.

> *"A 'mudança de paradigma' ocorre quando despertamos nossa consciência e reconhecemos as falhas e equívocos do pensamento então vigente, sendo esta expressão introduzida pelo filósofo Thomas Kuhn, no seu livro 'A Estrutura das Revoluções Científicas', onde explica que esta nova visão exige uma tal mudança, que muitos cientistas dificilmente são convertidos, porquanto aqueles que trabalharam de modo frutífero com as velhas idéias estão emocionalmente e por hábito ligados a elas, normalmente levando para o túmulo sua fé inabalável, até mesmo após serem confrontados com provas numerosas, continuam ligados ao que está errado, mas lhes é familiar; muitas vezes sendo responsáveis por graves atrasos evolutivos, afastando, assim, os benefícios da nova visão, além de bloquear a possibilidade do salto qualitativo da evolução.*

[5] DE SOUZA, José Cavalcante. *Op. cit.*, p. 5.

[6] HENRIQUE, João. *Direito romano.* Porto Alegre : Globo, 1938, p. 12.

(...)

> *A concepção científica ocidental, decorrente do paradigma newtoniano-cartesiano é um modelo mecanicista (concebe o universo como uma grande e complexa máquina) e reducionista (divide o conhecimento humano em compartimentos), que separou de forma dualista o homem da natureza, gerando toda a tragédia ecológica e violência do mundo hodierno."*[7]

Não vamos curar as doenças que atingem a sociedade com a eliminação dos seus sintomas. É como se pudéssemos eliminar o câncer com a mera extirpação do tumor.

Os problemas do mundo são todos eles complexos. As doenças não residem num único órgão. O sangue, por exemplo, transita em todo o organismo, levando a saúde ou a doença. A violência é gerada por múltiplas causas. O homem é um e tem vários dimensões.

As relações de causalidade são, em alguns casos, futilidades que não contribuem para a compreensão da complexidade dos fenômenos e dos problemas que nos exigem solução.

Convém ser ressaltado que o holismo é apenas um olhar diferente lançado sobre a realidade. Não tem a pretensão de ter soluções para todos os problemas e respostas para todas as perguntas. Considera, ademais, que existem perguntas que são mais importantes do que as respostas.

Demais, as respostas são sempre provisórias. Não há cura total. Todos os resultados são provisórios. As doenças não são curadas com a eliminação dos seus sintomas. Exigem do sujeito uma mudança comportamental profunda. E sobretudo a reaproximação da natureza.

O movimento holístico não traz nada de novo. Volta aos pré-socráticos e às tradições do velho Extremo-Oriente.

> *"As raízes do movimento holístico são subsequentes a várias concepções filosóficas construídas ao longo de toda evolução do pensamento humano.*
>
> *Como explica o Prof. Clodoaldo Meneguello Cardoso, o princípio fundamental do paradigma holístico está presente nas grandes lições do Oriente:*
>
> *"No hinduísmo, a suprema Lei do Dharma, expressa no livro sagrado dos Vedas, aplica-se tanto ao cosmo como à vida diária das pessoas. É aquilo que mantém unidas as pessoas e o universo. Também no* ***budismo****, tudo no universo está inter-relacionado, fazendo parte de um grande todo. No* ***taoísmo****, encontra-se a mesma visão integrativa. Do* ***I Ching*** *chinês, ou Livro das Mutações, aprende-se que o Tao - essência primária de todas as coisas - é um processo de constante mutação com duas polaridades indissociáveis: o* ***yin*** *e o* ***yang****. Todos os fenômenos materiais, sociais e psíquicos são regidos por esse dinamismo cíclico eterno."*[8]

[7] REIS, Sérgio Neeser Nogueira. *Uma visão holística do Direito; manual prático do jurista do terceiro milênio.* - Belo Horizonte : Nova Alvorada Edições Ltda. 1997, pp. 23-24.

[8] REIS, Sérgio Neeser Nogueira. Obra citada, pp. 35-36. O autor retromencionado, ademais, destaca que a visão de integridade foi difundida no Ocidente por grandes filósofos: Sri Aurobindo, Jiddu Krishnamurti, Rabindranath Tagora, Paramahansa Yogananda e outros.

Somente podemos compreender a ordem a partir da desordem. O caos não é o fim, pois trata-se apenas de uma polaridade do mesmo fenômeno. Para explicar isso, Marcelo Gleiser faz alusão a um mito taoísta anterior a 200 a.C.:

> *"No princípio era o Caos. Do caos veio a pura luz que construiu o Céu. As partes mais concentradas juntaram-se para formar a Terra. Céu e Terra deram vida às 10 mil criações (Natureza), o começo, que contém em si o crescimento, usando sempre o Céu e a Terra como seu modelo. As raízes do Yang e do Yin - os princípios masculino e feminino - também começaram no Céu e na Terra. Yang e Yin se misturaram, os cinco elementos surgiram dessa mistura e o homem foi formado (...) Quando Yin e Yang diminuem ou aumentam seu poder, o calor ou frio são produzidos. O Sol e a Lua trocam suas luzes. Isso também produz o passar do ano e as cinco direções opostas do Céu: leste, oeste, sul, norte e o ponto central. Portanto, Céu e Terra reproduzem a forma do homem. Yang fornece e Yin recebe."*[9]

Os orientais sempre tiveram a preocupação de explicar os fenômenos através de um princípio único, que não cria obstáculos para a formulação de uma teoria geral do conhecimento, a partir da análise da atuação de duas forças antagônicas e complementares.

Não é uma tarefa fácil edificar fronteiras entre o conhecimento jurídico e os demais. Todos estão intimamente relacionados. Os nossos antepassados realizaram uma tarefa mais difícil do que a que nos é imposta neste final de século. A operação mais difícil é convencer os cientistas de que se trata de apenas uma fantasia. Os homens imaginam que realizaram a separação dos conhecimentos. Enganam-se. Eles sempre estiveram ligados. Os orientais, assim como os gregos, sabiam da impossibilidade de um resultado positivo do tratamento cirúrgico levado a cabo pela ciência.

> *"Outrossim, a visão holística tem suas raízes ocidentais, através da visão integrada dos filósofos pré-socráticos, que não distinguiam a ciência, da filosofia, da arte, da poesia e da mística; elaborando suas teorias em torno da "physis", a natureza, no sentido da "totalidade de tudo que é", podendo ser destacados:*
>
> *Tales de Mileto, considerado o pai da Filosofia Ocidental, partia do princípio da unidade de tudo o que é, ou seja, "Tudo é um".*
>
> *Pitágoras, que proclamou as verdades de ordem matemática, com o essencial significado dos números, além de discorrer sobre a doutrina da transmigração das almas.*
>
> *Heráclito de Éfeso, considerava o absoluto como processo e a mudança como essência, ligando o todo e o não todo - a parte, afirmando assim o tema essencial da unidade.*
>
> *Os citados filósofos naturalistas gregos, da Teoria do "tudo em tudo", tiveram seu pensamento resgatado pelo matemático e filósofo alemão W. Leibniz, no século XVII, através do seu conceito holístico de* ***mônada*** *- verdadeiros "átomos da natureza", partículas de força, indivisíveis e em perene movimento, possuindo, em si, como um microcosmo, as informações e propriedades de todo o universo."*[10]

[9] GLEISER, Marcelo. *A dança do universo - dos mitos da criação ao Big-Band*. São Paulo : Companhia das Letras, 1997, pp. 35-36.

[10] REIS, Sérgio Neeser Nogueira. Op. cit., p. 37.

A visão de integridade não é nova. Mas, mesmo assim, revoluciona a ciência, dando um enfoque metafísico à matéria, e afirmando que todos os compartimentos criados pela teoria deverão reunidos, para que tenhamos uma noção mais exata do quebra-cabeças criado pelos nossos pensadores.

> *"O que diz o **Logos**, do qual Heráclito se faz anunciado e em nome do qual condena o torpor da multidão ou a **polimatia** dos supostos sábios, é isto: a unidade fundamental de todas as coisas. Essa é "natureza que gosta de se ocultar"(D 123). Mas a noção de unidade fundamental, subjacente à multiplicidade aparente, já estava expressa pelo menos desde Anaximandro de Mileto. A novidade trazida por Heráclito - e que lhe permite julgar tão duramente seus antecessores e contemporâneos - está, na verdade, em considerar aquela unidade como uma **unidade de tensões opostas**. Esta teria sido sua grande descoberta: existe uma harmonia oculta das forças opostas, como a do arco e da lira"(D 51). A Razão (**Logos**) consistira precisamente na unidade profunda que as oposições aparentes ocultam e sugerem: os contrários, em todos os níveis de realidade, seriam aspectos inerentes a essa unidade. Não se trata, pois, de opor o Um ao Múltiplo, como Xenófanes e o eleatismo: o Um penetra o Múltiplo e a multiplicidade é apenas uma forma da unidade, ou melhor, a própria unidade. Daí a insuficiência do uso corrente das palavras: somente o **logos** (razão-discurso) do filósofo consegue aprender e formular - não ao ouvido mas ao espírito, não diretamente mas por via de sugestões sibilinas - aquela simultaneidade do múltiplo (mostrado pelos sentidos) e unidade fundamental (descortinada pela inteligência desperta, em vigília").*[11]

Há unidade na diversidade. A pluralidade compõe a unidade. A partir da particularidade visualizamos a universalidade. Existe em cada partícula a representação do todo. O DNA contém todas as informações do homem e é um elemento microscópico. A totalidade existe a partir de cada elemento em permanente pulsar. Existem outros elementos menores ainda e tão ricos como as células ou átomos. Max Planck, ganhador do Prêmio Nobel de 1918, revolucionou a Física com a denominada teoria dos *quanta*.

> *"Proclama Heráclito: "É sábio escutar não a mim, mas a meu discurso (**logos**), e confessar que todas as coisas são Um" (D 50). O **Logos** seria a unidade nas mudanças e nas tensões a reger todos os planos da realidade: o físico, o biológico, o psicológico, o político, o moral. E a unidade nas transformações: "Deus é dia-noite, inverno-verão, guerra-paz, superabundância-fome; mas ele assume formas variadas, do mesmo modo que o fogo, quando misturado a arômatas, é denominado segundo os perfumes de cada um deles" (D 67). Por isso Homero errara em pedir que cessasse a discórdia ente os deuses e os homens: "O que varia está de acordo consigo mesmo" (D 51). A harmonia não é aquela que Pitágoras propunha, de supremacia do Um, nem a verdadeira justiça é a que Anaximandro havia concebido, ou seja, a extinção dos conflitos e das tensões através da compensação dos excessos de cada qualidade-substância em relação ao seu oposto. A justiça não significa apaziguamento: pelo contrário, "o conflito é o pai de todas as coisas: de alguns faz homens; de alguns, escravos; de alguns, homens livres" (D 53). Mas ver a realidade como fundamentalmente uma tensão de opostos não significa necessariamente optar pela guerra, no plano político, "guerra", neste*

[11] DE SOUZA, José Cavalcante. *Os pré-socráticos - fragmentos, doxografia e comentários.* - traduções de José Cavalcante de Souza e outros. São Paulo : Editora Nova Cultural, 1996, p. 24.

último sentido, é apenas um dos pólos de uma tensão permanente ("Deus é dia-noite, inverno-verão, guerra-paz...). E essa tensão, que possui a verdadeira harmonia, necessita, para perdurar, de ambos opostos."[12]

O ser do terceiro milênio vem dotado de sensibilidade maior, mais insatisfeito do que nunca, e sonha construir uma sociedade solidária e melhor para todos. Proliferam, em todas as áreas os movimentos alternativos, questionadores, em essência, do conhecimento cartesiano oficialmente imposto. As experiências todas são importantes para que surja um novo modelo, tão antigo como o Universo, mas tão próximo da simplicidade e da complexidade inerente à própria vida.

Capra noticia o conflito entre Parmênides e Heráclito como os primeiros discursos que colocaram lado a lado o "ser" e o "vir a ser". A tese de Parmênides lançou as bases do pensamento ocidental. [13]

O interesse pela natureza passou a ocorrer a partir do século XV, quando começou a ocorrer um desenvolvimento do espírito científico de cunho especulativo. A transformação da natureza nos compartimentos estreitos da ciência foi o grande desafio colocado ao homem desde os primórdios da humanidade. Foi Galileu o grande responsável pela combinação do conhecimento empírico com a matemática e, por causa dessa sua atuação recebeu o título de pai da ciência moderna, cujos fundamentos vigem até os nossos dias.

Para Capra,

> *"O nascimento da ciência moderna foi precedido e acompanhado por um desenvolvimento do pensamento filosófico que deu origem a uma formulação extrema do dualismo espírito-matéria. Essa formulação veio à tona no século XVII, através da filosofia de René Descartes. Para este filósofo, a visão da natureza derivava de uma divisão fundamental em dois reinos separados e independentes: do mente (**res cogitans**) e o da matéria (**res extensa**). A divisão "cartesiana" permitiu aos cientistas tratar a matéria como algo morto e inteiramente apartado de si mesmos, vendo mundo material como uma vasta quantidade de objetos reunidos numa máquina de grandes proporções. Essa visão mecanicista do mundo foi sustentada por Isaac Newton, que elaborou sua Mecânica a partir de tais fundamentos, tornando-a o alicerce da Física clássica. De segunda metade do século XVII até o fim do século XIX, o modelo mecanicista newtoniano do universo dominou todo o pensamento científico. Esse modelo caminhava paralelamente com a imagem de um Deus monárquico que, das alturas governava o mundo, impondo-lhe a lei divina. As leis fundamentais da natureza, objeto da pesquisa científica, eram então encaradas como as leis de Deus, ou seja, invariáveis e eternas, às quais o mundo se achava submetido."*[14]

[12] DE SOUZA, José Cavalcante. *Op. cit., p. 25.*

[13] CAPRA, Fritjof. *O tao da física - um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental.* - tradução de José Fernandes Dias. São Paulo : Cultrix, 1995, p. 24. Ressalta Capra que "À medida que a idéia de divisão entre espírito e matéria tomava corpo, os filósofos voltaram sua atenção para o mundo espiritual, pondo de lado o material, e passaram a concentrar-se na alma humana e nos problemas da ética. Estas questões continuariam a ocupar o pensamento ocidental por mais de dois milênios após o apogeu da ciência e da cultura gregas nos séculos V e VI a.C. O conhecimento científico da Antigüidade foi sistematizado e organizado por Aristóteles, que criou o esquema viria a se tornar a base da visão ocidental do universo durante dois mil anos. O próprio Aristóteles, contudo, acreditava que as questões concernentes à alma humana e à contemplação da perfeição de Deus eram muito mais valiosas do que as investigações em torno do mundo material."(p. 24).

[14] CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, p. 25.

Até o nascimento da ciência moderna houve uma grande caminhada. Eram imensas as dificuldades enfrentadas pelo homem para compreender a realidade. Como não podia realizar a leitura da totalidade dos fenômenos humanos, achou por bem separá-los, fragmentá-los e, observando-os, chegar a determinadas conclusões que, "a priori", considerava definitivas. O absolutismo da ciência, num primeiro momento, refletia o absolutismo do poder divino sobrenatural.

A racionalização do poder político, através de um Estado baseado no princípio da soberania popular, exerceu uma influência decisiva no papel da ciência. Ela não estava mais a serviço da Igreja e nem se preocupava em refletir apenas os conhecimentos compilados por Aristóteles. A evolução se fazia necessária em todas as áreas, nas artes e nas ciências, na política e na visão do mundo da natureza.

O que houve, em verdade, como se vê, uma retomada da busca empreendida pelos pensadores nos primórdios da civilização. O holismo renasce como proposta de visão científica, que não se limita a operar dentro dos contornos preestabelecidos pelos investigadores. O holismo avança e traça uma teoria do conhecimento, com um único compromisso, que é do permitir uma macrovisão dos acontecimentos emergentes da natureza.

> *"Já no início do nosso século, o filósofo francês Henri Bergson apresentou o intuicionismo em oposição à abordagem mecanicista que vigorava até então, resgatando a metafísica e elevando a intuição a um método filosófico; "Cada momento é não apenas algo novo, mas algo imprevisível (...) a mudança é muito mais radical do que supomos e a previsibilidade geométrica de todas as coisas, que representa a meta de uma ciência mecanicista, é apenas uma ilusão intelectualista. Pelo menos para um ser consciente, existir é mudar, mudar é amadurecer, amadurecer é continuar criando a si mesmo eternamente(...)* ***Essa percepção direta, essa simples e firme consideração (intueor) de uma coisa, é intuição;*** *não qualquer processo rústico, mas o exame mais direto possível para a mente humana. Spinoza estava certo: o pensamento reflexivo não é em absoluto a mais elevada forma de conhecimento; é melhor, sem dúvida, do que o ouvir-dizer;* ***mas como é fraco ao lado da percepção direta da coisa em si".***
>
> *Entretanto, o precursor do paradigma holístico atual foi Jan Smuts, pensador e estadista sul-americano, que destacou-se no movimento "anti-apartheid", foi o primeiro a utilizar o termo holístico, no seu livro "Holism and Evolution", em 1926, onde defende a existência de uma tendência holística integradora e fundamental no Universo, através de uma continuidade evolutiva entre matéria, vida e mente, dentro de um princípio organizador da totalidade, uma verdadeira força sintética do Universo..."*[15]

Devemos destacar, também, que o paradigma holístico é postulado, desde a década de 80, pela psicóloga francesa Monique-Thoenig. A visão de integridade, ao invés de um método, é um permanente questionar de métodos, sempre em busca da verdade, sem compromisso com quem quer que seja. Almeja trazer ternura para o campo científico, tão duro, tão divorciado das múltiplas facetas da realidade. Por que não considerar a subjetividade de toda descoberta científica? Como ignorar isso? No resultado de cada ação há um pouco do homem.

[15] REIS, Sérgio Neeser Nogueira. Op. cit., pp. 37-38. A integralidade é uma maneira de ver o mundo, juntando os elementos internos e externos, compondo, através dos seus diferentes elementos, uma sinfonia. Não teremos harmonia em uma composição sem a junção das diferentes notas musicais. A desarmonia surge como o outro do do aparente equilíbrio que reside na música composta de acordo com as pautas aceitáveis. Às vezes priorizamos a forma, quando a harmonia deveria residir no conteúdo da proposta apresentada. Na ciência é assim. Se formalmente temos um trabalho científico bem feito, nos deixamos embriagar e aceitamos seus ensinamentos como verdadeiros.

Com a adoção da integridade, passamos a pensar nos mecanismos de união dos departamentos científicos que foram criados através dos anos.

Por isso, que insistimos no repensar da metodologia. É a partir dela que traçamos os limites previamente das descobertas científicas. Quando direcionamos nosso trabalho para determinado ponto já sabemos, ou pelo menos temos uma idéia, dos resultados que obteremos.

Não há nenhum campo do conhecimento dotado de neutralidade, pelo simples fato dela inexistir, divorciada da ideologia, sempre presente na atividade científica. A ciência é produto das diferentes condutas empreendidas pelos investigadores na busca de soluções para os variados problemas que lhe são apresentados.

> *"Se nos ofrecen múltiples evidencias de la creciente importancia que fue cobrando en las últimas décadas la relación entre ciencia y gobierno, desde las así llamadas políticas de desarollo, hasta la configuración del denominado complejo industrial-militar - modelado en el marco geopolítico de la carrera armamentista entre los grandes imperios, o la vinculación del sistema científico-tecnológico com el sector productivo que caracteriza la sociedad teconocrática y post moderna.*
>
> *Nuestra hipótesis principal es que la ciencia se há incorporado a las tarcas de gobierno porque se la define como una fuerza política y un instrumento a los fines del estado. Cuando se acuña la expresión ya ampliamente aceptada de "políticas científicas" es precisamente, para designar los propósitos y valores prioritarios buscados por el estado por intermediación de la ciencia.*
>
> *El problema del papel da la ciencia dentro de las tareas de gobierno adquiere gran relevancia en la década del sesenta y numerosos políticos, pensadores y hombres de ciencia que han observado la cuestión, comienzan a plantearse criticamente los alcances y limitaciones de la alianza entre la política y la ciencia. En muchos casos las críticas se refieren a la forma de crecimiento de las organizaciones científicas, que habrían convertido a la ciencia en un estamento autónomo y casi inalcanzable al control del poder político; en otros casos la discusión está centrada en la potencial falta de libertad a que la estaria constreñido el investigador que depende del poder político tando en el aspecto organizativo como en el de financiación de sus atividades científicas."*[16]

Direcionar a investigação científica à defesa de interesses políticos não contribui em nada para o desenvolvimento comunitário. Há necessidade de repensarmos as ligações que se fazem necessárias, neste final de terceiro milênio, entre todos os homens, enfim, entre todos os seres existentes na face do planeta. A discussão do aspecto político se impõe, porquanto fisicamente todos estão inter-relacionados e em permanente troca de energia.

Um ser está sempre em função do outro, integrando um emaranhado físico e energicamente presente. Da mesma forma, os saberes integram uma grande rede. Buscar os elementos de ligação entre as diferentes áreas do conhecimento é a grande tarefa do pesquisador detentor da visão de integridade.

O olhar lançado pelo holismo não se dá apenas dentro do sistema jurídico. É uma visão do sistema em relação aos demais sistemas e subsistemas. E preconiza o holismo

[16] BIAGI, Marta C. *Acerca de las relaciones entre la ciencia y la politica. In* REVISTA JURÍDICA DA UNISUL. Tubarão, n. 2, pp. 5-6, agosto-1996.

que as pontes necessitam ser restabelecidas e que os caminhos deverão ser desobstruídos, para que haja a convivência de todos saberes com o conhecimento universal que não comporta divisões.

A totalidade deve ser compreendida não como um conjunto de peças passíveis de estudo separadamente. Mas um sistema que traz de dentro de si o material e o espiritual, em permanente atuação e em busca de um sentido.

> *"O paradigma holístico desenvolveu-se a partir de uma* ***concepção sistêmica****, nele subjacente. Em suma, essa abordagem consiste na consideração de que todos os fenômenos ou eventos se interligam e se interrelacionam de uma forma global; tudo é interdependente.*
>
> *Sistema (do grego* ***systema****: reunião, grupo) significa um conjunto de elementos interligados de um todo, coordenados entre si e que funcionam como uma estrutura organizada. Os ecologistas, há décadas, nos têm demonstrado sobejamente como o organismo e o meio ambiente se interinfluenciam, conformando uma simbiose indissolúvel. Ludwig von Bertalanffy, na sua Teoria Geral de Sistemas, reagindo à tendência atomista, desenvolveu uma análise acurada dos sistemas, enfatizando também uma inclinação geral para a integração sistêmica. Principalmente o enfoque da* ***Biologia sistêmica*** *contribuiu para a Holística, já que os seres vivos são, por excelência, sistemas abertos auto-organizadores."*[17]

É lógico que há impossibilidade de uma ciência neutra. Assim como é impossível impedirmos a influência do ambiente na formação da personalidade do homem. O ser somente existe a partir da cultura. Mesmo assim, insistimos em espancar todas as dúvidas que surgem no campo científico, como se fosse possível a construção da verdade límpida e cristalina. Há, em verdade, o sonho de edificarmos uma sociedade ideal, que somente reside no mundo de faz de conta da fantasia. Não podemos insistir na eliminação dos maus. Temos de inseri-los com urgência em nossos projetos, porque eles são importantes para que tenhamos uma compreensão melhor de como opera a vida.

A questão ideológica é a questão central que perpassa todo o conhecimento científico. Se nos preocuparmos com isso, atingiremos o ápice da fé absurda na descoberta de uma verdade que nasce viciada nos pressupostos através dos quais necessariamente partimos para descobri-la. Cada ser recebe já em suas entranhas toda a carga cultural que lhe é imposta, individual e coletivamente. A herança genética resulta de todo um processo histórico.

É impossível afastarmos todos os elementos que possam influir na descoberta da "verdade". Ao fazermos isso já estamos adotando uma postura ideológica, um compromisso político, afastando-nos da imparcialidade que preconizamos.

É importante, sobretudo, adotarmos a concepção sistêmica, que contribui para que possamos reduzir bruscamente a cegueira científica.

> *"Toda la problemática que actualmente se analiza bajo el nombre de políticas científicas gira alrededor de la ciencia como un "poder". Es interessante - como hicimos en el caso de Francia en una investigación anterior - analizar las políticas científicas de cada estado, buscando comparar segun una línea, las consecuencias de la forma de "poder" bajo la cual se elaboran*

[17] CREMA, Roberto. *Introdução à visão holística: breve relato de viagem do velho ao novo paradigma.* - São Paulo : Summus, 1989, p. 68.

dichas políticas. Así poderíamos llamar políticas científicas, en sentido estricto, a las consecuencias directamente derivadas de esa noción de "poder" científico; mientras que a los efectos no bucados de la misma, podríamos denominarlos "problemas" de política científica.

La pregunta central de un estudio de esta naturaleza es si los que elaboran las políticas científicas toman deciosiones técnicas o políticas al fijar porcentajes del PBI, gastos en I&D, asignación de prioridades de investigación, etc. La observación de de datos y documentación de los gobiernos, en especial los documentos que apuntan a dictar normatividad en el tema, parecería indicarnos que desde las esferas de los gobiernos se adopta de hecho la definición de políticas como técnica para el planejamiente de actividades en las agencias del poder público. Este sentido tecnogrático es inferior y subordinado a la actividad proyectiva frente a un objetivo final "valioso".[18]

Fracionamos para o estudo os diferentes fenômenos. Teremos de reuni-los novamente para que tenhamos o conceito único de integridade. A análise visa reduzir a complexidade. Da análise partimos para a síntese, que nada mais é do que a recomposição do todo decomposto pela análise. Partimos do complexo para o mais simples. E do mais simples para o complexo. É esse o procedimento reconhecido. O holismo adota um novo caminho. Não consiste apenas numa apreciação panorâmica dos fenômenos. Mas no conhecimento do liame que envolve toda a complexidade universal.

"... o Universo é uma teia dinâmica de eventos interconectados, onde cada partícula, de certo modo, consiste em todas as demais partículas. Segundo Weil, Necolescu afirma que o princípio ***bootstrap****, mais do que um novo "tema" na Física, refere-se a um símbolo, "determinando a emergência de uma visão de unidade do mundo", e aparecendo como "um princípio de unidade, ao mesmo tempo estrutural e organizacional, do mundo material: a unidade aparece através da interação de uma partícula com todas as outras, enquanto a estrutura hierárquica se manifesta pela emergência dos diferentes níveis da Realidade física". Participando dessa visão, outro físico francês, Stéphane Lupasco, desenvolveu a Sistemologia, que designa uma "logística dos sistemas possíveis", considerando o fato básico de que "todo o sistema é constituído de eventos energéticos".* [19]

Para que possamos nos envolver no conhecimento universal, precisamos aguçar, primeiramente, a sensibilidade. Mesmo que tenhamos os mais potentes microscópios ou lentes voltadas para o universo, não conseguiremos ter noção sequer da grande correlação existente entre tudo e todos, numa teia, às vezes imperceptível a olho nu, mas que existe e que dá sustentação aos elementos da vida. É um fluir incansável de moléculas e energia. As forças se transmutam. Moléculas morrem e renascem. Num jogo de vida e morte que renasce a cada instante.

CREMA cita Lyall Watson, zoólogo-poeta, que consegue descrever com precisão a interdependência que há entre os diferentes sistemas:

"Vejo (...) uma interdependência mútua quase incompreensível entre toda matéria em nossos sistemas.

Começo a sentir a força dos laços que nos mantêm unidos.

[18] BIAGI, Marta C. Op. cit., p. 12. A visão de integridade reconhece a influência da política nas descobertas científicas e, assim agindo, contribui para a compreensão das verdades relativas que são desvendas pela ciência a cada dia.

[19] CREMA, Roberto. *Op. cit.*, p. 69.

Se procurarmos bem, sentiremos um fio comum que nos leva de volta para o mesmo terreno universal.

Voltaremos a uma ordem dobrada, escondida da vista mas existente para a sensibilidade.

As luzes que brilham tão suaves no firmamento são os padrões envolvidos no desdobramento.

Se tomarmos um padrão teremos a chave para o sentido, os meios para curar e toda a ajuda de que necessitamos para encontrar o caminho.

A terra vive. Como um grande animal, ela se mexe em seu sono, roncando com seus gases intestinais, sonhando um pouco e sentindo coceiras. Ela respira e cresce e seus humores circulam. Os nervos do mundo estão sempre estalando com mensagens vitais e agora, por meio de coletas sensíveis de células em sua pele, ela começa a sentir-se consciente.

Nós e nosso planeta estamos chegando juntos à maturidade. Abrindo nossos sentimentos coletivos ao universo, observando e esperando pelo acorde que vai marcar o começo de uma nova dança mais enriquecedora.

Estamos todos prontos para responder à música das esferas."[20]

O que se quer, portanto, hoje, é reunir metodologicamente o que foi indevidamente separado pelos cientistas.

O fato social não é matéria-prima do Direito. Consiste no próprio Direito, enquanto meio empregado pelos homens para controlar as suas condutas e conter os seus impulsos.

A Política dita as regras através dos seus organismos.

O Direito não poderá ver penas uma parte dos fenômenos. Deverá ter a compreensão do papel de todos eles na vida em sociedade.

Encontramos ramos que já têm a visão de integridade.

O Direito Constitucional, que tem como documento básico a Constituição, trata de quase todas as questões que dizem respeito às pessoas, individual e coletivamente. Há Constituições escritas em determinados lugares e em outros encontramos as cartas consuetudinárias, que resultam de todo um processo cultural.

As normas constitucionais se impõem em relação às demais, buscando estabelecer um equilíbrio em todo o sistema jurídico. O constitucionalismo consiste num fenômeno recente. Somente no século XVIII consolidou-se como movimento jurídico-político e, sem dúvida alguma importante, para estruturação do Estado Democrático de Direito que conhecemos hoje.

A laicização do exercício do poder deu a ele uma racionalidade extremada, em contraposição à religiosidade que imperava na monarquia absoluta. O rei detinha a autoridade por determinação de Deus. Passou a haver a separação entre Igreja e Estado, entre o elemento político e o elemento religioso. É claro que no Direito Constitucional nos dá apenas um traço anatômico do sistema jurídica.

"A idéia de Constituição ganhou força associada às concepções do Iluminismo, ideologia revolucionária do século XVIII. Esta cosmovisão

[20] CREMA, Roberto, *Op. cit.*, p. 70/

tem cinco idéias-força, que se exprimem pelas noções de Indivíduo, Razão, Natureza, Felicidade e Progresso. De fato, ela concebe o homem como indivíduo, ou seja, como um ser individualizado, com vida e direitos próprios, que não se confunde com a coletividade, nem se funde nesta. Este indivíduo é eminentemente racional, determina a sua vontade por uma razão que não aceita senão o que lhe pode ser demonstrado. Razão, portanto, que rejeita o preconceito, isto é, tudo aquilo que não pode ser explicado objetivamente. Tal indivíduo racional vive num mundo governado em última instância por uma natureza boa e previdente. Desta natureza resultam leis (naturais) que conduzem à melhor das situações possíveis, desde que não embaraçadas. Visam à felicidade, que é o objetivo do homem. Objetivo a ser realizado na Terra e não no Céu como era o caso da salvação eterna, meta proposta para o homem pelo Cristianismo. Enfim, o otimismo quanto ao futuro, pois o homem, sua condição de vida, seus conhecimentos, sempre estão em aperfeiçoamento, em progresso."[21]

Estamos vivendo a passagem para um novo ciclo. Não se trata de afastar a racionalidade científica do Direito. Mas de inseri-la no contexto da totalidade.

A holoepistemologia surge como uma proposta de abordagem alicerçada na transdisciplinaridade, conforme o físico Basarab Nicolescu, citado por Crema.[22]

Quanto maior a face maior o dorso, afirmavam os orientais há mais de cinco mil anos. Quanto maior a racionalidade maior o misticismo nela contido. Não se trata a ciência de uma questão de fé inabalável, mas de compreensão das múltiplas facetas dos questionamentos que lhe são postos.

Questionar pode ser mais importante do que responder. Ou não? As respostas definitivas inexistem. Todas as respostas são provisórias. Toda a análise é incompleta. O que há de definitivo é a provisoriedade dos resultados que nos são apresentados pelos cientistas.

A Constituição tem sido elemento importante de consolidação da democracia formal. Contudo, contribui para a solidificação de privilégios das elites nos regimes autoritários ou para reprodução da cultura das classes dominantes. Nem sempre retrata uma avanço institucional. E raramente tem contribuído para o aperfeiçoamento das instituições jurídico-políticos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho busca fazer a distinção entre as Constituições existentes nos Países, em diferentes momentos históricos:

> *"Modernamente, é freqüente designar a Constituição de tipo clássico de* ***Constituição-garantia****, pois esta visa a garantir a liberdade, limitando o poder. Tal referência se desenvolveu pela necessidade de contrapô-la à* ***Constituição-balanço****. Esta, conforme a doutrina soviética, se inspira em Lassalle é a Constituição que descreve e registra a organização política estabelecida. Na verdade, segundo essa doutrina, a Constituição registraria um estágio das relações de poder. Por isso é que a URSS,*

[21] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. - 18ª. ed. ver. e atual. - São Paulo : Saraiva, 1990, p. 6. O constitucionalismo contribuiu para que tivéssemos, em toda parte, regimes constitucionais. O grande problema do fracionamento que se deu racionalmente no conhecimento foi o afastamento que passou a ocorrer entre ciência e arte, política e ciência, sempre buscando uma explicação racional para todos os fenômenos da vida.

[22] CREMA, Roberto. *Op. cit., p. 15.* A abordagem embasada na transdisciplinaridade não se confunde com a interdisciplinaridade e nem com a multidisciplinaridade. O que preconiza Nicolescu é um retorno à visão orgânica e integrada dos pré-socráticos, que considera o melhor caminho para se chegar à verdade.

quando alcançado o novo estágio na marcha para o socialismo, adotaria nova Constituição, como o fez em 1924, 1936 e 1977. Cada uma de tais Constituições faria o ***balanço*** *do novo estágio.*

Hoje muito se fala em ***Constituição-dirigente****. Esta seria a Constituição que estabeleceria um* ***plano*** *para dirigir uma evolução política. Ao contrário da* ***Constituição-balanço****, que refletiria o presente (o ser), a* ***Constituição-programa*** *anunciaria um* ***ideal*** *a ser concretizado. Esta* ***Constituição-dirigente*** *se caracterizaria em conseqüência de* ***normas programáticas****(...)*

A idéia de ***Constituição-dirigente*** *é sobremodo encarecida por juristas de inspiração marxista, como o português Canotilho, que desejam prefigurar na Constituição a implantação progressiva de um Estado socialista, primeiro, comunista, a final. Exemplo, a Constituição portuguesa de 1976."*[23]

A Carta Magna está no topo do sistema jurídico. A ela deverão estar sujeitas todas as demais normas.

A Constituição deverá contribuir para que ocorram mudanças importantes na vida social. É a partir da *Lex Legum* que são criados os demais diplomas legais disciplinadores das relações intersubjetivas.

A Constituição está localizada na fronteira entre o Direito e a Política. O Direito disciplina a vida em sociedade, criando artificialmente normas e mecanismos de controle dos conflitos que se estabelecem no seio da coletividade.

Repensar o Direito significa repensar a sociedade. Libertar o Direito dos compartimentos que lhe são estabelecidos significa libertar a sociedade dos paradigmas preestabelecidos.

Reunificar os conhecimentos compartimentos inseridos em diversos compartimentos historicamente consiste num passo importante na busca da verdade, esteja ela onde estiver.

Notamos neste final do século XX uma tendência, que se manifesta em todo o mundo, de redescobrir as verdades defendidas há milhares de anos, produto de profunda reflexão.

A visão holística, antes de negar todo o incontestável avanço tecnocientífico, questiona todo o edifício construído pela ciência e contribui para o desenvolvimento um novo método, de um novo caminho para a busca que empreende há muito tempo a humanidade.

É claro que o projeto está inacabado. Mas precisamos repensar as nossas condutas enquanto operadores jurídicos e enquanto pesquisadores e cientistas.

No início do terceiro milênio há um natural questionamento do papel da ciência e do exercício político do cientista.

O holismo permite afirmar que a ciência e a religião não são campos excludentes. Ao contrário, complementam-se. A racionalidade excessiva é que mistifica os fenômenos estudados. Vale dizer, quanto maior face a maior dorso.

"A medicina atual, sintomática está se metamorfoseando desgovernadamente em seita moderna, seita subdividida. Ela está se

[23] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 13.

transformando descontroladamente em religião herética, fanática e idólatra; ao separar, desrelacionar, iludidamente, a saúde da doença, e ao considerar a saúde como Deus, e a doença como o Diabo que deve ser excluído, rejeitado e eliminado.

A relação existente a doença e a saúde é inegável, como no magnetismo onde o positivo e inseparável do negativo. Então, como se poderia eliminar a doença, parte negativa do nosso imã vital? A eliminação da doença é a negação da relatividade, e a negação da relatividade é a negação da vida, mesmo.

A medicina oficial, sintomática, para fortalecer mais a crença fanática, a religião terapêutica, e para fazer render mais ainda, financeiramente, está acrescentando, incessantemente, bombas e rituais antibiológicos superviolentos e também equipamentos eletrocomputadorizados, os quais manifestam, momentaneamente, a sua força destrutiva de aniquilação dos sintomas, como se estes fossem expressão do demônio."[24]

O Direito, desde o nascimento, estabelece rituais para a solução dos problemas humanos. Acredita que o seu sistema é real, que tem resposta para todas as perguntas e que as decisões judiciais promovem a justiça. Os operadores jurídicos vivem intensamente a fantasia do mundo particular em que estão inseridos, de normas e decisões, que contribuem decisivamente para a resoluções dos conflitos humanos intersubjetivos.

Como a Medicina, o Direito é místico, excessivamente autosuficiente, fechado em si mesmo, sem comunicação com o mundo exterior. Acredita que as respostas são absolutas, que pode ser dada a última palavra a respeito das questões que lhe são submetidas, mesmo que elas sejam difíceis.

"A medicina moderna é mística, ela crê que a doença é um demônio que deve ser eliminado, por isso, se utiliza de demoniúfugos, de talismãs e de exorcismos fetichistas. Os seus tratamentos são rituais de adoração da técnica material, do remédio milagroso e de promessas incumpríveis. Realmente, a medicina se transformou em autêntica religião, religando o tecnicismo ao curandeirismo e ao charlatanismo."[25]

O Direito nasceu da religião. Os dez mandamentos já estabeleciam regras de conduta aos cristãos ocidentais. Contudo, entre os orientais, as normas jurídicas sempre estiveram impregnadas do elemento ético, ou melhor, se confundiam com a Ética..

O movimento holístico busca reencontrar a essência que reside em todas as coisas e que levam o homem a vislumbrar a sua inserção num grande projeto universal, de uma sociedade incomensurável, que não apresenta barreiras nem fronteiras, e que reconhece a importância de cada partícula, repleta de energia, e de cada ser, na dança permanente da vida.

"Há, pois, uma Soberana Inteligência, que o Princípio e o Fim de tudo. É uma Inteligência que não sabemos definir, e que não se corporifica em ser nenhum. Onde está ela?, perguntamos aflitos. Onde a podemos encontrar, ver, tocar? Não sabemos. Nada sabemos sobre ela. Mas o mais extraordinário é que dela nos lembramos com muita freqüência, no cor-

[24] KIKUCHI, Tomio. *Simultaneidade ternária - proporção sensibilizadora da transformação unipotente.* São Paulo : Musso Publicações, 1987, p. 246.

[25] KIKUCHI, Tomio. *Op. cit.*, pp. 246-247.

rer de nossos dias. A ela nos referimos, com nomes diversos, na nossa linguagem comum. E é a ela que, em público ou no segredo de nossos corações, dirigimos as nossas preces. A ela é que apelamos nas horas de aflição e angustia. E quando a ela recorremos, sentimos que nosso movimento não vem da razão, mas das profundezas de nós mesmos, como se nossa ama estivesse clamando dentro de nós."[26]

As grandes interrogações da humanidade tentam ser respondidas pelas diversas religiões e pela ciência. Mas, entretanto, não se pode afirmar que tenham, em determinado momento, se separado. O misticismo permite uma mais profunda reflexão a respeito de determinado fenômeno. A ciência busca descobrir uma causa e combatê-la, ou várias causas. Velhas doenças, antes consideradas superadas, hoje retornam fortalecidas diante dos modernos quimioterápicos.

O homem apresenta, em face de sua condição de ser pensante, em relação aos demais. Está em permanente evolução, em permanente questionamento.

É importante que nos libertemos das verdades absolutas do positivismo que imperavam no século passado e que defendia intransigentemente a solução definitiva dos graves problemas humanos. Não há cura absoluta. Ela é sempre provisória. Consiste numa busca permanente. Não se trata de um processo individual, porquanto envolve tudo e todos.

O movimento holístico não é um modismo. Ele se manifesta em todas as áreas do conhecimento. Os pontos comuns são estudados, para que venha a ocorrer a reaproximação urgente de todos os conhecimentos antes considerados estanques, para que passem a integrar a convivência pacífica de todas as correntes.

O holismo é um movimento naturalmente pluralista. Simplifica e socializa o conhecimento. Assim, consegue libertar o homem do formalismo exagerado e busca dar um sentido à nossa existência. É místico quando estimula o reencontro do homem consigo mesmo, combatendo a proliferação de diferentes seitas e religiões, que têm por objetivo único o enriquecimento de falsos líderes. É científico quando tem um compromisso com a verdade real, sem ser exclusivamente materialista. É natural, porque não inventa, apenas reconhecendo a complexidade da natureza nas suas múltiplas manifestações. É democrático, porque almeja envolver todos os homens e todos os povos. É universalista, porque não se interessa em desbravar outros planetas, mas apenas reconhecer a complexidade da vida, esteja ela onde estiver, não importando a sua forma. É humano, porque se volta à natureza humana, ao reencontro do homem com a natureza. É desenvolvimentista, porque não deseja apenas o progresso material do homem, mas, fundamentalmente, o progresso espiritual. Não diverge de doutrinas nem de pensadores. Busca unificar os pontos de vista de todos e direcioná-los para um ponto comum.

O holismo sabe que a sociedade harmônica que tanto sonhamos não passa de uma utopia. A violência faz parte da humanidade. Ela estará sempre presente. O Direito não conseguirá conter o avanço da violência. Se empregar a força gerará mais violência. Se tentar extirpar a malignidade da criminalidade, cometerá o grave erro de estimular e solidificar a marginalização, institucionalizando-a.

O Direito não pode se calar. Mas deverá crescer na sua reflexão. Os operadores jurídicos não são meros aplicadores de normas de conduta. O Direito é um produto cultural. A sua historicidade é indiscutível. O Direito não pode se constituir em instrumento de repressão. Ao invés de oprimir, ele pode estimular condutas positivas. Por que não exerce o Direito, com a máxima urgência, a sua função educacional?

[26] TELLES JUNIOR, Goffredo. *Ética - do mundo da célula ao mundo da cultura*. Rio de Janeiro : Forense, 1988.

O que queremos reafirmar é que não é possível a existência do Direito sem a Filosofia. E que não podemos ter o Direito divorciado da Medicina, da Física, da Química, da Política, da Sociologia, da Pedagogia, das Artes...

3 - HOLISMO E JUSNATURALISMO

O que o holismo tem a ver com o jusnaturalismo?

Trata-se de uma pergunta difícil, mas cuja resposta, "a princípio", apresenta-se negativa.

Convém insistir que as perguntas são mais importantes que as respostas.

> *"Embora a idéia de direito natural remonte à época clássica, e não tenha cessado de viver durante a Idade Média, a verdade é que quando se fala de "doutrina" ou de "escola" do direito natural, sem outra qualificação, ou, mais brevemente, com um termo mais recente e não ainda acolhido em todas as línguas européias, de "jusnaturalismo", a intenção é referir-se à revivescência, ao desenvolvimento e à difusão que a antiga e recorrente idéia do direito natural teve durante a idade moderna, no período que intercorre entre o início do século XVII e o fim do século XVIII. Segundo uma tradição já consolidada na segunda metade do século XVII - mas que há algum tempo, com fundamento, tem sido posta em discussão —, a escola do direito natural teria tido uma precisa data de início com a obra de Hugo Grócio (1588-1625),* ***De jure belli ac pacis****, publicada em 1625, doze anos antes do* ***Discours de la méthode*** *de Descartes. Mas não tem uma data de encerramento igualmente clara, ainda que não haja dúvidas sobre os eventos que assinalaram o seu fim: a criação das grandes codificações, especialmente a napoleônica, que puseram as bases para o renascimento de uma atitude de maior reverência em face das leis estabelecidas e, por conseguinte, daquele modo de conceber o trabalho do jurista e a função da ciência jurídica que toma o nome de positivismo jurídico."*[27]

A visão de integridade não se confunde com o jusnaturalismo, seja ele teológico ou racional.

Trata-se da reconciliação entre todos as propostas apresentadas historicamente, fundindo-as, respeitando-as na sua individualidade, reconhecendo-as numa proposta de natural pluralidade.

Não há reconstrução, mas reconhecimento de que os elementos nunca estiveram separados.

Nota-se já a partir da década de setenta, em todo o mundo, o crescimento dos denominados movimentos alternativos, em todas as áreas do conhecimento humano, que buscam contestar a estrutura de poder mantida na ciência no Ocidente e levada ao Oriente através de um forte processo de ocidentalização.

Discute-se hoje o denominado Programa 5-S, adotado a partir da década de 50 no Japão, nas empresas de todo o mundo, visando torná-las centros de promoção de mudança comportamental.

[27] BOBBIO, Norberto *et alii. Sociedade e estado na filosofia política moderna.*- tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo : Brasiliense, 1986, p. 13.

Fala-se em senso de utilização, de ordenação, de limpeza, de saúde e de autodisciplina. A Ética que foi afastada do Direito com o passar dos anos é retomada hoje. Seu papel é imprescindível para o êxito do Direito enquanto instrumento de controle social, na empresa, na escola, na sociedade, enfim, em tudo lugar. A Ética não pode ser imposta. Ela nasce dentro de cada um. E vive na cultura do povo.

> *"**Senso de autodisciplina** - Quando, sem a necessidade de estrito controle externo, a pessoa segue os padrões técnicos, **éticos e morais** da organização onde trabalha, ter-se-á atingido esse senso. A pessoa autodisciplinada discute até o último momento mas, assim que a decisão é tomada, executa o que foi combinado. Espera-se que uma pessoa em avançado estágio de autodisciplina esteja sempre tomando iniciativas para o autodesenvolvimento, o desenvolvimento do seu grupo e da organização a que pertence, exercendo plenamente o seu potencial mental. É óbvio que a autodisciplina representa o coroamento dos esforços persistentes de educação e treinamento que levam em consideração a complexidade do ser humano."*[28]

Historicamente, as relações familiares e se assentaram na Ética e na autodisciplina. O Estado, semelhante ao que conhecemos hoje, somente surgiu na Idade Moderno. Os poderes do Estado se tornaram instrumentos de controle das condutas individuais e coletivas. O Estado teve por objetivo tornar a vida em sociedade possível. Não poderia ele, desde um primeiro momento, ser defensor dos interesses dos grupos detentores do por econômico. O Estado democrático está mais em sintonia com o anseios da grande maioria da população, muito embora a democracia se constitua numa busca permanente de todos os povos.

A Ética se manifesta naturalmente em todos os fenômenos. O homem almeja criar as suas próprias normas, interferindo na via. Às vezes, essa interferência em nada contribui para a felicidade de todos. Queremos ter controle sobre tudo e sobre todos. Uma pergunta se impõe: por que manipular geneticamente os elementos da vida? É porque, dotado de pensamento, o homem acredita que tudo pode ser diferente da ordenação criada pela natureza. Em realidade, as leis da natureza são implacáveis.

> *"Apontando para os bens soberanos, a inteligência incorporou à natureza do sêr humano o **sentimento de dever**, ou seja, o sentimento de que o homem se **deve comportar** de acordo com determinados ideais, que são os bens de sua perfeição, dentro da ordem ou categoria atingida pelo sêr humano, no longo processo da evolução.*
>
> *Fundada numa constelação de bens soberanos, que lhe serve de **sistema de referência**, a inteligência formula **juízos de dever**.*
>
> *Os **juízos de dever** não são juízos sobre o valor das cousas, mas juízos sobre **como deve o homem agir** para que seu comportamento se harmonize com bens que foram objeto de **juízos de valor** (...)*
>
> *Os juízos de dever são **mandamentos para o comportamento humano**, de que constituem exemplos os seguintes: Se causar prejuízo ilícito, deves reparar o dano", "Se encontrares cousa perdida, deves restituí-la ao dono", "Primeiro, fazer justiça; depois, caridade", "Antes conserve a pureza de uma boa consciência do que te orgulhes com a douta filosofia", "Não te aferres a teu próprio parecer", "Conhece-te a*

[28] SILVA, João Martins da. *5s: o ambiente da qualidade*. Belo Horizonte: Fundação Christiano Ottoni, 1994, p. 16.

ti mesmo", "Não permitas que as agruras da vida emudeçam teu sonho."[29]

As normas jurídicas são impostas a todas as pessoas indistintamente, como se todos os seres humanos fossem iguais. Cada ser é diferente. Cada homem tem os seus sonhos. Cada indivíduo vê a vida de uma maneira diferente. Cada pessoa adota uma postura diante da vida, e traça o seu próprio regramento. As normas éticas nascem dentro de cada um, embora condicionadas fatores culturais.

Existe uma ordem geral ética, que sobrevive independentemente do posicionamento individual de cada ser humano.

> *"O termo* ***ético****, provindo do grego (êthê), e o termo* ***moral****, provindo do latim (****mores****), designam os usos e costumes, ou seja, os modos e maneiras com que o homem se comporta. Nas referidas expressões* ***ordenação ética e ordenação moral****, tais termos são adjetivos, qualificando uma espécie certa de ordenação.*
>
> *De fato, a ordenação ética ou moral é a* ***ordenação composta de juízos de dever****. Isto significa que essa ordenação é feita de mandamentos para o comportamento humano, em razão de um conjunto de anteriores juízos de valor.*
>
> *Do que acabamos de explicar, infere-se que uma ordenação ética resulta do encontro das faculdades da inteligência com os fatos reais da vida.*
>
> *Os fatos reais da vida, por mais que se repitam, jamais gerarão, por si sós, imperativos para o comportamento humano. Jamais redundarão em juízos de dever, representações mentais do que* ***deve*** *ser feito.*
>
> *O que* ***é*** *não constitui razão suficiente o que* ***deve ser****.*
>
> *O que* ***é*** *pode ser o contrario do que* ***deve ser****. Por exemplo, o crime* ***póde ser*** *praticado continuadamente, como meio de vida, mas não é o que* ***deve ser*** *praticado como meio de vida. O* ***ser*** *não gera o* ***dever-ser****.*
>
> *Por outro lado, a inteligência sem os fatos reais da vida é uma energia desaplicada, uma faculdade ordenadora sem matéria para ordenar, pura potencia sem ocasião de fazer ato.*
>
> ***A*** *ordenação ética surge de uma complexa operação, pela qual a inteligência confronta os fatos* ***reais*** *da vida com uma "tábua"* ***ideal*** *do que deve ser feito. Resulta, enfim, do* ***julgamento*** *dos fatos, à luz de um certo* ***sistema axiológico de referência****, ou seja, à luz do que, num certo tempo e num certo lugar, se convencionou chamar* ***tábua de valores****, que é em verdade, uma* ***constelação de bens soberanos****."*[30]

O homem está impregnado de valores. Há um patrimônio cultural que herda de seu núcleo familiar. Socialmente, recebe uma carga de um sistema axiológico de referência que, embora não seja determinante, exerce uma grande influência em sua vida. A partir desses elementos ele constrói o seu juízo de dever, passa a assumir um compromisso perante todos.

Quando há uma grande artificialidade na estrutura política montada, há uma tendência maior à perda do "eu". O "nós" somente existe a partir de um "eu" solidamente reconhecido.

[29] TELLES JUNIOR, Goffredo. *Op. cit.*, p. 228.

[30] TELLES JUNIOR, Goffredo. *Op. cit.*, pp. 228-229.

A solidariedade, indubitavelmente, foi a grande bandeira levantada pelo socialismo e que se constitui num valor de suma importância para a convivência harmônica dos povos. Todavia, se trata de um valor relativo, que não pode afrontar cada ser em sua individualidade, em seus sonhos, em sua própria vida.

4 - HOLISMO E CRISE

A doutrina é unânime em afirmar que vivemos uma crise sem precedentes na história da humanidade. A cada dia agravam-se os problemas sociais. Os empecilhos políticos que surgem parecem intransponíveis. Os modelos preexistentes são insuficientemente dotados de mecanismos para solução dos graves problemas que atingem a sociedade. A própria Sociologia parece perplexa diante das profundas transformações que ocorrem diuturnamente. O avanço tecnológico não teria sido previsto. A filosofia dá a impressão de estar distante da realidade. A arte, nem se fala, sempre esteve divorciada da vida, segundo os tradicionalistas.

> *"O planeta Terra vive um período de intensas transformações técnico-científicas, em contrapartida das quais engendram-se fenômenos de desequilíbrios ecológicos que, se não forem remediados, no limite, ameaçam a implantação da vida em sua superfície. Paralelamente a tais perturbações, os modos de vida humanos individuais e coletivos evoluem no sentido de uma progressiva deterioração. As redes de parentesco tendem a se reduzir ao mínimo, a vida doméstica vem sendo gangrenada pelo consumo da mídia, a vida conjugal e familiar se encontra freqüentemente ossificada por uma espécie de padronização dos comportamentos, as relações de vizinhança estão geralmente reduzidas à sua mais pobre expressão..."*[31]

Para reduzir a complexidade e os mistérios, o homem passou a separar elementos e estabelecer relações de causalidade entre os diferentes fenômenos. Sepultou o edifício científico num imenso lamaçal.

Contudo, a partir das experiências mal sucedidas, nos espera uma grande tarefa, que é de reaproximar as diversas áreas do conhecimento, ou melhor, reconhecer os laços que transformam todos num só elemento. Grande ou pequeno? Depende, uma poeira é um elemento pequeno diante de um homem. O mundo é uma partícula insignificante em relação aos cosmos.

> *"A fragmentação do conhecimento levou a humanidade a uma crise sem precedentes na sua história.*
>
> *A ciência se afastou da ética na medida em que deixou de se posicionar, através de sua "neutralidade" em relação a outros ramos do conhecimento, tais como a filosofia, a arte e a mística. Essa aparente objetividade faz com que as regras de ética ficassem exclusivamente por conta da religião.*
>
> *O perigoso vírus da divisão também se apoderou de valores significativos no processo histórico de nossa formação cultural. Citamos como exemplos a liberdade, a igualdade e a fraternidade, suportes máximos que alicerçaram a filosofia básica que inspirou a revolução francesa. Essa trilogia constituía a unidade inseparável de sua intenção.*

[31] GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. - tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. - 6ª. ed. - Campinas, SP : Papirus, 1997, p. 7.

Comumente se afirma que a liberdade estaria mais próxima do mundo capitalista, que teria sacrificado a igualdade de oportunidades. Por outro lado, o mundo socialista teria ficado com a igualdade. Entendemos porém ser perigoso estabelecer uma fronteira bem demarcada entre esses dois mundos. A verdade é que a fraternidade foi esquecida por ambos, que se limitaram mais processo da ciência e da tecnologia. Embora a fraternidade tenha sido, desde o princípio da civilização, uma questão inserida no contexto da espiritualidade, ainda hoje quem fala em fraternidade e amor é muitas vezes visto como "idealista", sonhador, vivendo nas nuvens, sentimental, atrasado e por aí vai..."[32]

A solidariedade deve ser buscada sempre. Ademais, a solidariedade é valor que deverá estar presente em tudo e em todos. É natural, faz parte da vida, e não se constitui em meta apenas dos socialistas, muito embora os marxistas tenham contribuído historicamente para despertar os homens para a fraternidade que se faz necessária para que tenhamos uma vida melhor. Deveremos tratar os outros como gostaríamos que fossemos tratados. É simplesmente isso.

Se a individualidade defendida pelos neoliberais permanecer, em breve teremos o fim da humanidade e dos seus sonhos. Não podemos viver como se fôssemos eternos. E nem podemos viver isolados dos demais seres. Se assim procedermos, promoveremos a nossa infelicidade e a dos demais.

A crise é promotora de ruptura e também de uma profunda reflexão a respeito dos problemas que se fazem presentes em determinado momento histórico.

Triste da ciência que não vive em permanente crise. É a partir dela que edificamos o conhecimento. Quanto mais provisório o resultado mais consciência temos da fragilidade dos métodos por ela empregados.

Vejamos o entendimento da escola ontopsicológica:

"O fim último da pesquisa científica realizada pela escola ontopsicológica consiste no abrir ***o problema crítico do conhecimento****. O fato de que o homem não pode conhecer com exatidão é universalmente aceito.*

O homem não é exato ao saber porque é inexato em si mesmo; e ele revela-se inexato em sim mesmo observando analiticamente e progressivamente a forma do Eu no abrigo familiar de cada sociedade.

Foi demonstrado que a criança evolui como cópia à compensação da mãe: conseqüentemente, na época adulta temos um Eu que sabe responder muito bem à exigência compensadora da mãe, mas não é eficiente para si mesmo. Ele aprendeu um outro modo para ser exato, útil para compensar a mãe, a sociedade, o superego, a dor dos outros, mas não sabe como ser si mesmo.

Já foi demonstrado em todas as escolas que cada um tem na bagagem um Eu fictício; isto significa que o homem, desviado da própria originalidade da natureza, quando vai operar o saber, opera-o de modo distônico.

O homem não sendo ***autêntico****, isto é, não sendo um* ***instrumento exato****, não pode alcançar a exatidão científica.*

A exatidão do saber*, de modo humanístico, científico, para proceder* ***exige na base a exatidão do instrumento; o instrumento do saber é a razão na Gestalt organísmica.***

[32] WEIL, Pierre. *Organizações e tecnologias para o terceiro milênio: a nova cultura organizacional holística*. Rio de Janeiro : Rosa dos Tempos, 1991, p. 17.

A razão humana é exata se é aberta, discutida e visada por uma autenticidade como a natureza se especifica na constante H.

É muito simples: se o homem sofre um desvio durante a gestão da sua idade infantil, obviamente não será exato em si mesmo: por conseqüência, inexato a si mesmo, será.

Eis a necessidade da psicoterapia autenticar a exatidão do cientista humano. A partir desta situação é possível e também muito mais fácil exercitar qualquer ciência."[33]

Há uma permanente busca da essência do ser.

A crise, seja ela individual ou coletiva, leva necessariamente à reflexão. Temos de buscar permanentemente as respostas, aí sim como se fôssemos eternos.

Precisamos repensar com urgência os problemas que estão aí, exigindo solução. Os modelos históricos não comportam toda a riqueza da vida, na sua complexidade e transformação permanente.

José Alcebíades de Oliveira Júnior acredita que os novos direitos deverão ser construídos em resposta à emergência da pós-modernidade.

> *"E os dois grandes modelos paradigmáticos de Ciência Jurídica são insuficientes e inadequados para dar conta dos problemas. O Jusnaturalismo, com as suas características de imutabilidade, universalidade e revelação, tornando-se inadequado face à realidade do Estado moderno. Agora, o Positivismo Jurídico, sobretudo na sua versão kelseniana, que sustenta primordialmente a norma jurídica estatal como objeto privilegiado e único da descrição neutra e objetiva do cientista, recebe contraposição de uma realidade globalizada, de um direito regido muito mais por princípios do que por normas e, portanto, de uma atuação dos operadores, teóricos e práticos do direito, muito mais politizada do que neutra.*
>
> *Diante desses desarranjos teóricos, renasce, ainda que de modo muito confuso e desarticulado, o debate sobre as condições de possibilidade da Ciência Jurídica. Ainda não existe um paradigma articulado daquilo que alguns autores denominam de transmoderno, e que procura sintetizar a tensão entre a crise da modernidade e a emergência da pós-modernidade. Porém é certo que ele deve conter um forte componente ético acerca da importância da vida e de condições dignas de subsistência, a fim de barrar o rumo desenfreado de um neoliberalismo autodestrutivo."*[34]

A crise pode ser o fim ou o reinício, depende da conscientização de cada indivíduo e de cada povo. A doença pode ser um elemento de desagregação ou de crescimento pessoal. A violência pode ser o fim de uma civilização ou o princípio de uma nova vida plena de solidariedade. Temos, entretanto, de aprender a lição ditada pelas dificuldades inerentes à vida humana.

> *"Quem tem um processo condicionado, sente o limite da própria realização e muita dificuldade. Mas analisando as dificuldades de cada um, podemos descobrir e entender a origem da dificuldade. Realmente,* ***a origem da dificuldade é o uso da alavanca ao contrário****. Só isso.*

[33] MENEGHETTI, Antonio. *O nascimento do eu.* - tradução de Wilney Ferreira Gciozza. Porto Alegre : ABO, 1993, p. 94.

[34] OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Cidadania coletiva.* - organizado por José Alcebíades de Oliveira Júnior e José Rubens Morato Leite. - Florianópolis : Paralelo 27, 1996, pp. 16-17.

Não é coisa difícil para entender. Se a pessoa sentir dificuldade para entender a origem, a confirmação do que seja dificuldade, isso é que é um grande problema. Mas quem tem facilidade para entender a origem da dificuldade e a sua vantagem até gosta e diz: "Esta foi a dificuldade mais gostosa que já enfrentei". Sem dificuldade é muito difícil viver. Sem dificuldade significa facilidade. A vida fácil é mais difícil de se viver. Vida fácil é vida com conforto."[35]

Entendemos a crise com um grande obstáculo para a realização de nossos sonhos. Entretanto, ela coloca-se diante de nós como um desafio com capacidade gerar o nosso aperfeiçoamento, o nosso crescimento.

Cada crise que surge na história inaugura uma nova etapa, trazendo à baila novos questionamentos e rupturas. Não há nenhum momento igual ao outro.

A crise é grave? É. É superável? Depende da compreensão que tivermos dela. Depende da capacidade que tivermos de transformá-la. A dificuldade pode ser extremamente útil como elemento desencadeador da criatividade. E também pode ser meio de aniquilamento dos nossos anseios. Não há problema sem solução. Não há vida sem morte. Não há início sem fim. E não há fim sem recomeço. A vida vai e vem permanentemente. As ondas do mar vão e vêm. Nada consegue contê-la. Se contivermos o curso natural das águas estamos sujeitos a uma grande catástrofe.

Por que temos uma crise geral? Porque todos os problemas estão inter-relacionados. Não existe uma problema isolado. Ele convive com os demais, exerce uma influência em relação a todos.

Nós, ocidentais, tradicionalmente, fragmentamos os elementos da vida. Lançamos um olhar parcial sobre as coisas. Buscamos o medicamento adequado para a doença. Consideramos determinado problema superado quando não sentimos mais as suas manifestações. Eliminamos os sintomas e acreditamos que a doença foi erradicada.

Nos enganamos. Há uma unidade do universo, que se manifesta nas questões que reputamos mais insignificantes.

*"Embora as diversas escolas do misticismo oriental divirjam em inúmeros detalhes, todas enfatizam a unidade básica do universo, característica central de seus ensinamentos. O objetivo mais elevado para seus seguidores - sejam hindus, budistas ou taoístas - é precisamente tornar-se consciente dessa unidade e da inter-relação mútua de todas as coisas, transcender a noção de um Si-mesmo (**Self**) individual e identificarmos com a realidade fundamental. A emersão dessa consciência - denominada "iluminação" - não é apenas um ato intelectual mas, na verdade, uma experiência que envolve a totalidade do indivíduo e se afigura religiosa em sua natureza básica. Por essa razão, a maioria das filosofias orientais são essencialmente religiosas."*[36]

A visão oriental contém uma distinta percepção da vida. Os ocidentais querem traçar com precisão a fronteira entre o bem e o mal, Deus e o Diabo, a verdade e a mentira, como se isso fosse possível. Nada é absolutamente mau ou bom.

Os valores são relativos. Só exsurge como absoluto o Princípio Único Universal, que tem dois braços ("yin" e "yang"), apresentando uma constante sinergia e se transmutando permanentemente.

[35] KIKUCHI, Tomio. *Op. cit.*, p. 27.

Os poderes tecnológicos são limitados. Podem construir ou destruir a humanidade. Apresentam aspectos positivos e outros extremamente negativos. E demonstram com clareza a impotência das sofisticados meios disponíveis de resolver velhos problemas.

> *"Chernobyl e a Aids nos revelaram brutalmente os limites dos poderes técnico-científicos da humanidade e as "marchas-à-ré" que a "natureza" nos pode reservar. É evidente que uma responsabilidade e uma gestão mais coletiva se impõem para orientar as ciências e as técnicas em direção a finalidades mais humanas."*[37]

A sociedade nova não será igual às existentes na antigüidade. O desenvolvimento científico deixou marcas. Mas há, sobretudo, hoje, mais do que nunca a necessidade humanização do homem e a humanização da sociedade. A artificialização da raça humana é um fato incontestável. Por isso, o respeito ético do homem para com a natureza se impõe, como um compromisso que deverá nascer dentro de cada pessoa.

5 - HOLISMO E ÉTICA

O Direito nasceu impregnado de normas éticas. Na cultura oriental nós vislumbramos um Direito fraco, que perdeu espaço para a Ética e para a harmonia que deve prevalecer nas relações intersubjetivas.

O Direito não consegue sobreviver sem a ética, assim como o Direito perde o sentido se não se reaproximar da vida.

> *"Por causa do Tao, todas as coisas estão ligadas. Por isso, temos dentro de nós o microcosmo do Universo. Assim é a interligação de todas as coisas vivas levadas à sua conclusão suprema, que estamos todos uns dentro dos outros. A unidade fundamental de tudo, dentro e através do Tao, é o que repousa no centro do taoísmo, tanto nas suas formas originais, quanto na sua evolução em crenças e práticas religiosas mais públicas."*[38]

A sociedade clama por uma postura ética por parte da classe política. E também vive uma grave crise ética.

A Ética consiste basicamente no conjunto de valores positivos que deveriam reger a sociedade, para a existência harmoniosa de todos os seres. A ética deverá ser ditada pelo coração e se constituir no elemento de ligação de todas aqueles que desejam a sociedade solidária.

A vida, no seu estado natural, é solidária. Fisicamente nenhum elemento existe sem a colaboração de outro. Sem a interação entre os diferentes elementos não conseguiremos ter vida. Sem o negativo não teremos o positivo. Sem a morte não teremos a vida. Sem a violação frontal à ética não conseguiremos resgatá-la enquanto elemento perene.

Clamamos por Ética porque ela foi inexplicavelmente afastada do Direito.

[36] CAPRA, Fritjof. *Op. cit. 26.*

[37] GUATTARI, Félix. *Op. cit., p. 24.*

[38] PALMER, Martin. *Elementos do taoísmo.*- tradução de Cláudia Gerpe Duarte - Rio de Janeiro : EDIOURO, 1993, P. 15.

"A ética poderia ser definida como o conjunto de valores construtivos que levam o homem a se comportar de modo harmonioso.

Certo número de valores são intimamente relacionados com a ética. São os valores que determinam as opiniões, atitudes e comportamento de uma pessoa. Quando estes valores são de natureza ética, as pessoas se comportarão de modo ético; o contrário também é verdadeiro. Estes valores influenciam a qualidade de vida, o desenvolvimento cultural e mesmo a preservação da própria cultura.

Por isso mesmo é importante termos clareza quanto aos valores que constituem ou condicionam o comportamento ético.

A questão não é tão simples. Poder-se-ia pensar, por exemplo, que basta agrupar os valores dentro de duas categorias, uma positiva e outra negativa, e teremos resolvido o problema. Acontece que a classificação dos valores pode ser encarada sob vários pontos de vista, e existem muitos sistemas."[39]

Mesmo na condição de juristas, não podemos supervalorizar o Direito enquanto elemento de agregação da sociedade. Sem ética no sistema jurídico não conseguiremos dar a ele um sentido. A força imposta não consegue manter o controle do sistema. A violência tem sido responsabilizada pela geração de mais violência.

Muito embora o fator cultural seja importante, não podemos desconsiderar o papel da educação na solução dos graves conflitos que atingem o mundo.

Estaremos adotando uma postura ética se tivermos consciência das limitações dos métodos que viemos empregando historicamente para a busca da verdade. Há um progresso tecnológico evidente. Mas podemos questionar quais são os resultados obtidos até aqui para termos vida plena.

"A cosmovisão moderna, caracterizada pelo racionalismo científico, enfatizou o ideal da eficiência e do progresso tecnológico. Contudo, a avaliação que hoje podemos fazer das conseqüências desse modelo positivista de pensamento suscitada uma justificada apreensão diante de sombrias perspectivas.

A idéia do progresso como lei histórica e de realização necessária caracterizou a Idade Moderna ocidental, conformando talvez a sua convicção mais arraigada. Esta idéia está vinculada à crença de que a civilização se movimenta sempre numa direção desejável segundo uma ***ordem*** *que, como lei causal, impulsiona a sucessão dos conhecimentos.*

O principal postulador otimista dessa concepção foi o filósofo francês Augusto Comte (1798-1875), considerado o pai e fundador da Sociologia, criador da escola do Positivismo, denominada mais tarde de "filosofia científica". Na sua teoria sociológica Comte propunha o teorema segundo o qual há uma hierarquia nas ciências teóricas, ocupando a Sociologia o seu ápice, e a "lei dos três estados". Tal lei, principal fundamento do Positivismo, postula que o conhecimento humano atravessa três períodos de desenvolvimento: o teológico (a "infância da humanidade"), o metafísico (de transição, caracterizado pelo espírito crítico) e o positivismo (a maturidade, o período científico, fixo e definitivo). Claramente condicionada pela Física Mecânica newtoniana, a Sociologia positivista divide-se em ***estática****, que estuda as condições de existência*

[39] WEIL, Pierre. *Op. cit.*, p. 23.

social cujo fato principal é a ordem, e ***dinâmica****, estudo do contínuo movimento e das leis de sucessão dos estágios, cujo primordial fato é o progresso. E tanto foi influenciada a República do Brasil, que na época era concebida teoricamente, por essa escola de pensamento, que ordem e progresso passou a constar como* ***slogan*** *da nossa bandeira nacional."*[40]

De acordo com Engels, "As leis da dialética são, por conseguinte, extraídas da história Natureza, assim como da história da sociedade humana. Não são elas outras senão as leis mais gerais de ambas essas fases do desenvolvimento histórico, bem como do pensamento humano. Reduzem-se elas, principalmente, a três:

1) A lei da transformação da quantidade em qualidade e vice-versa;

2) A lei da interpenetração dos contrários;

3) A lei da negação da negação."[41]

O indiscutível progresso tecnológico está nos levando para onde? Ninguém consegue responder.

Falava-se há pouco numa verdadeira revolução. Hoje sabemos que, embora o marxismo continue vivo, não conseguiu impor a sua concepção de mundo.

Estamos distantes da libertação da mulher por ele preconizada, mas a luta continua viva na sociedade. Há a busca de um novo cidadão, diferente daquele ao qual o Estado concede um punhado de direitos, e que tem uma consciência política mais ampliada. Não é o cidadão da nação. Antes tudo de tudo é um cidadão do mundo e um ser comprometido com o destino do Universo. A divisão do mundo parece inexistente. As línguas não passam de símbolos culturais que se entrelaçarão para que possamos compreender a caminhada que é empreendida por todos e por cada um. O "nós" do socialismo não existe mais sobranceiro. Há o "eu", que também faz parte do "nós". O homem angustiado resgata a sua personalidade perdida. A mulher vê o seu papel antigo ser resgatado de elemento de criação. Não deveremos priorizar o patriarcado religioso.

A revolução socialista muito nos ensinou. O mundo hoje é diferente porque tivemos um movimento comunista mundial. Contribui o socialismo para a edificação da solidariedade como valor e para o enaltecimento do papel da mulher cidadã.

"O que nos ensinou a experiência, no campo da transformação dos hábitos no decorrer dos primeiros anos da Revolução de Outubro? Esta experiência confirmou, em primeiro lugar, que a situação da mulher na sociedade, suas relações com a família e seus direitos no casamento eram absolutamente determinados por seu papel na produção e pelo grau de sua participação no trabalho produtivo com vistas a enriquecer a economia nacional e melhorar a organização da vida social. O trabalho é a medida da situação da mulher: o trabalho assalariado, sob a égide do capitalismo e da economia familiar individualista, submeti-a, enquanto que o trabalho para a coletividade, para a sociedade, enquanto ase desenvolve a organização de todas as formas de produção e de consumo socialista, liberta-a. Em segundo lugar, a edificação de novas formas de produção e de vida cotidiana mostrou que a família estava sofrendo uma evolução profunda, que os laços familiares enfraqueciam-se, que o casa-

[40] CREMA, Roberto. *Op. cit., pp. 23-24.*

[41] ENGELS, Friedrich. *A dialética da natureza.* 3ª. ed. - Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1979, p. 34.

mento tornava-se um fenômeno provisório (já que não era um sacramento indissolúvel) e que a maternidade transformava-se em uma função social."[42]

Não houve, mesmo no socialismo, a elevação do papel na sociedade. O ser de criação, conforme a cultura oriental, precisa ser reconhecimento pelo Ocidente racional extremado.

A partir de cada de ser nasce a harmonia ou desarmonia que há na sociedade.

Quem não cuida de sua saúde não se preocupa com a saúde do corpo coletivo. A Ética individual se reflete na Ética que se estabelece nas relações humanas. Adota-se a visão sistêmica sempre, para que possamos compreender o holismo enquanto proposta de vida, tão antiga quanto o homem e aparentemente tão avançada para o nosso tempo.

> *"Um sistema é um conjunto de partes interdependentes que atuam visando a um objetivo comum. As partes podem ter objetivos bem definidos e nenhuma liberdade para ação individual, como nos sistemas mecânicos, ou exercerem a sua vontade, seguindo ou não o papel que lhes foi destinado, como nas organizações humanas. No segundo caso, a luta pelo poder individual leva, no limite, à destruição da organização como sistema humano.*
>
> *Uma orquestra é um bom exemplo de sistema. Não há necessidade de que cada membro da orquestra seja o melhor do mundo, mas que atue em harmonia com os demais membros, sob a liderança do maestro."*[43]

Se nós não comportarmos adequadamente, de acordo com a cultura, sofreremos as conseqüências disso. Se cometermos um delito, poderemos ser linchados.

A autodefesa da sociedade continua a existir como mecanismo de manutenção de um certo equilíbrio nas relações humanos. Isso não significa também que não existam profundas distorções no processo de criação de milícias, de grupos paramilitares que exercem o poder e fazem a "justiça" com as próprias mãos.

Não defendemos que o Estado deva cruzar os braços e assistir impassível a exploração do homem pelo homem, e a violência cotidiana que grassa nos grandes centros urbanos. O Estado necessário deverá se manter enquanto instrumento imprescindível para a defesa dos interesses coletivos e para criação de leis justas.

A desestatização é o caminho mais curto para o arbítrio. A privatização dos sonhos é a melhor forma que temos para eliminá-los.

O Direito e a Moral são considerados pela doutrina tradicional como dois círculos concêntricos, em que a Moral é mais ampla, abrangendo o Direito. Assim, todas as normas jurídicas seriam dotadas de moralidade. Antigamente se afirmava que as normas religiosas eram mais amplas que as regras de Moral, tendo o papel de inspirar as normas morais.[44]

> *"O normativismo jurídico alterou profundamente tal modo de pensar, que era típico e mesmo fundamental para o jusnaturalismo - não há como se exigir que existam determinadas regras morais que transcendam os tempos e as sociedades, como a regra de ouro do jusnaturalismo ("não lesionar") transcende toda a História.*

[42] KOLLONTAI, Alexandra. *Marxismo e revolução social.* - tradução, seleção e prefácio de Ana Corbisier. São Paulo : Global, 1982, p. 116.

[43] SILVA, João Martins da. *Op. cit.* p. 105.

A Ética está para a Moral assim como a ciência jurídica está para o Direito: a Ética é a ciência da conduta que se inspira nos princípios fornecidos pela Moral.

Sobre a relação entre Direito e Moral, ensinou Kelsen (1979, p. 106):

"Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, de um ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral."[45]

Estaremos aperfeiçoando as instituições jurídicos se inserirmos regras éticas no ordenamento jurídico.

Sobretudo, temos leis que têm conteúdo ético.[46]

Na Constituição Federal de 1988, no art. 37, "caput", há a consagração do princípio da moralidade na Administração Pública. Não se trata de uma moralidade jurídica, mas de uma moralidade política, que deve reger a atuação do administrador da coisa pública.

Os povos primitivos viveram (e alguns ainda vivem em determinados rincões) à luz de normas éticas. As regras jurídicas para eles são elementos estranhos, antinaturais, que não se coadunam com a sua realidade histórica.

Nos grandes centros urbanos convivem "tribos" distintas, com idéias diferentes a respeito da vida em sociedade. Em todos os países do mundo encontramos indígenas ou primitivos que não têm conhecimento das normas estatais e que continuam firmes às suas tradições milenares. O Estado quando intervém, nesses casos, o faz indevidamente.

Mesmo nos povos mais distantes das sociedades organizadas, encontramos a presença da ética, inerente à pessoa humana. Nos povos primitivos, entre os indígenas, é a Ética que rege as condutas, alicerçada na cultura tradicional.

"O comportamento ético, apanágio do sêr humano, se distingue do comportamento dos demais seres vivos pelo fato essencial de constituir o efeito de ***juízos****, a conseqüência de* ***opções****. É um comportamento ditado por nossa inteligência, que está muito longe de ser a Soberana Inteligência, mas que é, apesar de tudo, uma inteligência privilegiada, capaz de aferir e preferir, prever e prevenir, imaginar e preparar o futuro.*

O que, desde logo, nos surpreende é que o comportamento ético do sêr humano e o comportamento dos demais seres vivos são produtos de equipamentos orgânicos extraordinariamente parecidos.

[44] SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à constituição de 1988 : aspectos fundamentais.* Rio de Janeiro : Forense, 1989, p, 363.

[45] SAILBI FILHO, Nagib. *Op. cit.*, pp. 363-364. Os dogmatistas insistem na separação entre Moral e Direito, porque a moral varia de povo para povo e também de período histórico vivido por determinada nação. É claro que esses motivos não são suficientes para divorciarmos o Direito da Moral.

[46] Encontramos leis que estabelecem a ética profissional de determinada categoria (v., dentre outros, o Decreto 1.171, de junho de 1994, que aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Civil do Poder Executivo Federal.) Na verdade, são normas éticas reconhecidas pelo Direito.

Já tivemos oportunidade de verificar que uma rigorosa unidade existe nos arcanos do mundo vivo. Sob a poliformia dos seres que habitam a Terra e suas circunvizinhanças, há, em cada indivíduo, uma invariável maquinaria química, de dimensões microscópicas e quânticas. No minúsculo protozoário, na arvore frondosa, nas variegadas flores, na lagarta voraz, na leve andorinha, no cão amigo, no homem; na alga, no paquiderme, em Beethoven, a oficina primordial da vida é sempre a mesma. Ela é sempre a mesma, não só na sua estrutura principal, mas, também, no funcionamento de suas peças constituintes.(...)

A célula de uma ameba e a célula de qualquer um de nós são industrias muito semelhantes.

Uniforme é o fenômeno da vida. Uniforme, dentro da imensa variedade de seres vivos.

Esta é uma espantosa revelação. A uniformidade fundamental da vida é uma verdade que longamente permaneceu desconhecida. Nas ultimas décadas, é que pesquisadores a descobriram e a descreveram. E, até agora, muitos de nós a ignoramos, ou nela não queremos acreditar.

Mas, no momento em que essa verdade nos penetra e apodera de nossa mente, uma luz se faz em nós, uma nova concepção de vida nos ilumina.

O que muda não são só fatos, evidentemente; não são as realidades da biosfera, que já existiam e que perduram. O que muda não são os equipamentos orgânicos da vida.

O que muda, de repente, é o nosso ***modo de ver*** *a vida, é* ***nosso olhar*** *sobre os seres vivos. O que muda é o nosso entendimento, é nossa inconcussa compreensão* ***pluralista*** *da vida, subitamente substituída por uma extraordinária visão: uma visão* ***unitária*** *da vida, a visão de que todos os seres vivos - plantas, animais, homens - formam uma só classe, um só conjunto de entidades, todos como que membros de uma só família. De repente, irrompe em nós o sentimento de que todos os vivos pertencem à mesma linhagem, à uma estirpe, porque agora tomamos consciência da primordial afinidade que nos une."*[47]

Há, enfim, uma igualdade entre todos os seres que habitam o planeta. Ou os planetas. Não vivemos sós. Habitam em nós seres microscópicos que proporcionam o equilíbrio necessário para que tenhamos vida.

Havia necessidade de iluminarmos as mentes humanas. A sociedade nova nascerá das entranhas de cada um. Nascerá da visão de cada ser. Nascerá da percepção da visão de integridade.

O Direito é produto do homem e, portanto, falível. A justiça formal é reflexo do sistema. A justiça vital não está sujeita aos limites do ordenamento, nem tem qualquer preocupação com ele. Tem vida própria. Desconhece barreiras.

O Estado Democrático de Direito não satisfaz mais os anseios coletivos. Passamos a exigir um Estado Democrático de Justiça. De uma Democracia Real e de uma Justiça Plena. De um sistema mais voltado às perenes e seguras leis da natureza.

A Bioética, por exemplo, surge como uma disciplina nova, voltada para a normatização dos procedimentos médicos da manipulação genética, fecundação "in vitro", transplantes etc., enfim, de atitudes da ciência que, se por um lado, atestam progresso, por outro ofendem os mais comezinhos princípios da vida humana. Todos

[47] TELLES JUNIOR, Goffredo. *Op. cit.*, p. 259.

nós queremos vida. E em plenitude, cabendo ao Direito assegurar a sua integridade e as múltiplas manifestações.

Precisamos, com urgência de um julgador íntegro eticamente, conhecedor da justiça vital, que não se confunde com a justiça formal defendida pelo sistema jurídico.

Por isso, faz advertência Ohsawa:

> *"O juiz não pode de forma alguma julgar corretamente, se nada conhece da justiça absoluta; e mais, a imposição da lei pela polícia, como bem se sabe, jamais curará a sociedade do crime e nada mais faz do que combater os sintomas sem sucesso pela prisão e punição do criminoso. Substitui a intolerância do sintoma (no caso, o criminoso) pelo estudo e análise profunda das causas primárias do mal (o crime) e sua cura* ***total****. Quem aceita tudo com grande prazer, não necessita saber o significado da tolerância."*[48]

A justiça vital não horário de funcionamento. Não está presa aos limites dos dispositivos legais e nos pune implacavelmente, quando violamos os seus princípios fundamentais.

6 - CONCLUSÕES

Acreditamos que a grande tarefa da holismo é aproximação do homem à natureza, permitindo, através de uma abordagem nova, a construção de uma consciência revolucionária que se materialize num olhar que permita a ruptura da tradição científica.

O holismo contribui, assim, para que possamos empreender uma busca da verdade que, a cada momento, parece mais distante.

Não temos de ter a pretensão de construir verdades absolutas. Todas as verdades são relativas. Somente poderemos chegar a determinadas conclusões importantes se tivermos consciência das pontes que deveremos edificar entre as diversas áreas do conhecimento. Cada verdade é obtida a partir de outra. Cada elemento vive em função de outro elemento. É de fácil percepção na física. É uma constatação biológica. Demais, corpo e mente compõem uma coisa só.

Se especialização contribuiu para o desenvolvimento científico, ao mesmo tempo proporcionou que cada cientista passasse a conhecer mais de uma parcela cada vez menor do universo, gerando a incapacidade de refletir sobre a inserção do conhecimento obtido em relações às demais descobertas e as implicações disso na vida com um todo. Temos hoje especialistas nas mais estranhas matérias. Existem médicos que são especialistas em olhos, ouvidos, nariz, garganta, coração etc., com se esses órgãos não fizessem parte de todo o corpo, não fossem mantidos pelo mesmo sangue, não recebem as mesmas energias mentais, não estivessem integrados.

Isso não significa que a análise esteja com os seus dias contados. A análise é um procedimento importante, para que se possa estudar determinado fenômeno. Entrementes, após a análise deverá se proceder a síntese, que é a recomposição todo decomposto pela análise. E, ato seguinte, o pesquisador deverá ter a capacidade de realizar a interconexão do conhecimento obtido com as demais ciências.

O que se denomina de holoepistemologia é esse conhecimento que se obtém a partir da análise de um determinado fenômeno sob todos aspectos. Depende de um elevado grau de sensibilidade. E não se pode afirmar hoje que as ciências exatas estão

[48] *Idem, ibidem*, p. 22.

mais próximas da verdade. A holística promete o resgate das ciências sociais, que estão, no nosso entender, mais próximas da complexidade da realidade do universo.

O misticismo das ciências dotadas de conhecimentos tradicionais faz com que tenhamos de realizar um grande esforço para unir diversas esferas de conhecimento, localizadas em pontos distantes, e aparentemente inconciliáveis. Desde o primeiro momento há uma busca de especialização, porque impossível todo o fracionado conhecimento.

Entretanto, surgem disciplinas que já conciliam os conhecimentos antes considerados antinômicos. A Bioética surge como uma nova visão da vida, mais ampla, mais em consonância com a realidade que bate diariamente em nossos Tribunais e que exige uma resposta convincente, mais próxima do sofrimento do povo e de sua busca diuturna de seus sonhos concretos. O biodireito tem, fundamentalmente, um compromisso com a vida. A Ecologia é, indiscutivelmente, uma proposta de vida sã e plena. A artificialização que nos foi imposta vem gerando um processo degenerativo dos corpos individual e coletivamente.

Caso contrário, teremos apenas uma disciplina que se perderá no tempo, engessada pela dogmática, dotada de uma cegueira irreversível que não lhe permita ter uma visão maior da vida e do homem nas suas múltiplas dimensões.

Não podemos cometer os mesmos erros das ciências tradicionais. Nem biologizar o Direito e nem permitir que haja uma irracional jurisdicionalização da complexidade dos fenômenos naturais e produzidos pela tecnologia de ponta.

Não se admite mais o misticismo da tradição e nem o tratamento cirúrgico de fenômenos multicausais que requerem um profundo e mais amplo estudo de suas diversas causas desencadeadoras.

Deverá o homem ser visto como uma totalidade integrada no ambiente natural.

Os problemas humanos estão interligados. A grande revolução poderá nascer de dentro de nós, de uma busca e um compromisso por nós assumidos para promovermos a transformação necessária da vida que temos para a vida que queremos, mais solidária e mais justa.

O olhar eletrônico que se lança na ciência não permite só a visão microscópica, conduz o conhecimento à busca de um novo tempo, que consiste na integração de todos os elementos e de todos os saberes que carecem de pontes e de uma teoria geral baseada num princípio único e universal. Não se trata, como vimos, de um princípio absoluto, mas de um princípio relativo, em constante transmutação, que retrata o jogo das partículas presentes em toda a vida que se expressa.

Não há segurança absoluta nas relações mantidas pela ciência tradicional. A visão cartesiana gerou a cegueira científica na busca empreendida em busca da verdade. A segurança é mais uma conquista individual do que um valor que possa ser concedida pelo Estado. O que o Poder Público tem gerado, a olhos vistos, é a insegurança da grande maioria da população, marginalizada e faminta, que sofre os efeitos da atuação do aparelho de repressão.

As pesquisas sob encomenda se sucederam com o passar do tempo. Os melhores cientistas passaram a atuar na defesa dos interesses dos grupos econômicos e dos detentores do poder político. Isso gerou, indubitavelmente resultados passíveis de impugnação.

Há uma indiscutível interdependência entre todos os elementos. Eles atuam, querendo ou não, em busca de uma unidade.

Não se trata do reconhecimento de um sonho inalcançável. E nem na construção de um método de racionalidade extremada e de resultado indiscutível.

O holismo reconhece a precariedade dos resultados da ciência, porém busca dotá-la de ética.

O holismo reconstrói a teia que envolve todo o conhecimento, com a consciência de que a coisa conhecida está na razão direta do sujeito cognoscente. E que é preciso nos voltarmos para o crescimento global, com compromisso ético que a individualidade e que se propõe a repensar, permanentemente, o papel do homem enquanto cidadão do universo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1.ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do estado.* Rio de Janeiro : Graal, 1965, p. 68.

2.BIAGI, Marta C. *Acerca de las relaciones entre la ciencia y la politica. In* REVISTA JURÍDICA DA UNISUL. Tubarão, n. 2, agosto 1996.

3.BIAGIONI, João. *A ontologia hermenêutica de Hans G. Gadamer. In:* Revista Reflexão. Campinas : PUCCAMP, n. 53/54, mai-dez/1992.

4.BIAVASCHI, Magda Barros. *Direito do trabalho: um direito comprometido com a justiça, in:* Beinusz Szmukler, *Perspectivas do direito do trabalho*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1993.

5.BOBBIO, Norberto *et alii. Sociedade e estado na filosofia política moderna.* - tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo : Brasiliense, 1986, p. 13.

6.BITTENCOURT, Jane. *Conhecimento, complexidade e transdiciplinaridade.* Mimeo. Florianópolis, 1997.

7.BREKHMAN, Izrail Itskovich. *O homem e as substâncias biologicamente ativas - o efeito dos medicamentos, dieta e poluição na saúde.* - tradução de Maria de Lourdes Faro. Rio de Janeiro : Emperor, 1983.

8.CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação - a ciência, a sociedade e a cultura emergente.* - tradução de Álvaro Cabral. São Paulo : Cultrix, 1997.

9.CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo : intersexualidade, transexualidade, transplantes.* - 2ª. ed. revista e ampliada. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994.

10.CREMA, Roberto. *Introdução à visão holística: breve relato de viagem do velho ao novo paradigma.* - São Paulo : Summus, 1989.

11.DE SOUZA, José Cavalcante. *Os pré-socráticos - fragmentos, doxografia e comentários.* - traduções de José Cavalcante de Souza e outros. São Paulo : Editora Nova Cultural, 1996.

12.EGGER, Ildemar. *Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso,* n. 23, p. 308, segundo semestre 1983.

13.ENGELS, Friedrich. *A dialética da natureza.* - prólogo de J.B.S. Haldane. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1979.

14.ESPELETA, Lydia Buisan, "Bioética y principios basicos de etica medica" ensaio publicado na coletânea organizada por María Casado, intitulada *Materiales de Bioetica y Derecho,* Barcelona : Cedecs, 1996.

15.FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Fragmentos.* Sant'Ana do Livramento : EDIGRAF, 1986.

16.FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* - 18ª. ed. revista e atualizada - São Paulo : Saraiva, 1990.

17.FOUCAULT Michel. *Microfísica do poder.* - organização e tradução de Roberto Machado - Rio de Janeiro : Edições Graal, 1979, p. 7.

18.FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta.* Petrópolis : Rio de Janeiro; Porto Alegre : EDIPUCRS.

19.GOEBEL, Wolfang *et alii. Consultório pediátrico : um conselheiro médico-pedagógico : enfermidades, condições para um desenvolvimento sadio, educação como terapia.* - tradução de Ursula Szajewski. - 2ª. ed. - São Paulo: Antroposófica, 1993.

20.GUGGIANA, Paulo César Gutierres *et alii. Salvaguardas poéticas.* Sant'Ana do Livramento : ED GRAF, 1985.

21.HENRIQUE, João. *Direito romano.* Porto Alegre : Globo, 1938.

22.JESUS, Damásio E. *Direito penal.* - vol. 1. Parte Geral. 15ª. ed. - São Paulo : Saraiva, 1988-1991.

23.MARTINS, Ives Gandra. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica* - n. 17, abril e junho 1997.

24.MENEGHETTI, Antonio. *O nascimento do eu.* - tradução de Wilney Ferreira Gciozza. Porto Alegre : ABO, 1993.

25.MIRABETE, Júlio Fabbrini. - 5ª. ed. revista e atual. - São Paulo : Atlas, 1996.

26.OHSAWA, George. *Macrobiótica zen - arte da longevidade e do rejuvenescimento.* Porto Alegre : Departamento Editorial da Associação Macrobiótica, 1983.

27.OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Cidadania coletiva.* - organizado por José Alcebíades de Oliveira Júnior e José Rubens Morato Leite. - Florianópolis : Paralelo 27, 1996.

28.PALMER, Martin. *Elementos do taoísmo.*- tradução de Cláudia Gerpe Duarte - Rio de Janeiro : EDIOURO, 1993.

29.REIS, Sérgio Neeser Nogueira. *Uma visão holística do direito; manual prático do jurista do terceiro milênio.* - Belo Horizonte : Nova Alvorada Edições Ltda., 1997.

30.REZENDE, Eurico. *O professor de direito.* Brasília : Centro Gráfico do Senado Federal, 1975.

31.ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social.* - tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro : EDIOURO S A, s/d.

32.ROSE, Steven. "A PERTURBADORA ascensão do determinismo neurogenético. **Revista Ciência Hoje, SBPC**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 126, p. 21, fev. 1997.

33.ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia.* - tradução de Genero R. Carrió. - Buenos Aires : Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

34.ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social.* - tradução de Antônio P. Machado. 13ª. ed. - Rio de Janeiro : EDIOURO.

35.SILVA, João Martins da. *5s: o ambiente da qualidade.* Belo Horizonte : Fundação Christiano Ottoni, 1994, p. 16.

36.SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à constituição de 1988 : aspectos fundamentais.* Rio de Janeiro : Forense, 1989.

37.TELLES JUNIOR, Goffredo. *Etica - do mundo da célula ao mundo a da cultura.* Rio de Janeiro : Forense, 1988.

38.VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado, em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária especialmente dos estados americanos* - v. III, Parte Especial. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1978.

39.KIKUCHI, Tomio. *Inyologia - guia do princípio único.* São Paulo : Musso Publicações, 1979.

40.KIKUCHI, Tomio. *Ordem do corpo humano.* São Paulo : Musso Publicações, 1980

41.KIKUCHI, Tomio. *Simultaneidade ternária - proporção sensibilizadora da transformação unipotente.* São Paulo : Musso Publicações, 1987, p. 246.

42.KOLLONTAI, Alexandra. *Marxismo e revolução social.* - tradução, seleção e prefácio de Ana Corbisier. São Paulo : Global, 1982.

43.WEIL, Pierre. *Organizações e tecnologias para o terceiro milênio: a nova cultura organizacional holística.* Rio de Janeiro : Rosa dos Tempos, 1991, p. 17.

II - DIREITO E HOLISMO NA MODERNIDADE

Para uma Crítica às Concepções Universalistas e Totalizadoras

João Maurício Adeodato[*]

1 - HOLÍSTICA E HEURÍSTICA

Este estudo procura definir alguns poucos conceitos para entender o direito moderno, sugerindo a tese de que a modernidade tem seguido uma linha mais desagregadora do que unificadora. Pode até ser que o futuro reserve surpresas aos juristas, tornando mais adequadas as concepções holísticas. Não tem sido assim, contudo. Finalmente, veremos que a progressiva emancipação do direito não significa necessariamente uma visão niilista de seu conteúdo ético. Comecemos pelos pressupostos epistemológicos.

> *Um dos problemas mais importantes da teoria do conhecimento é observar se a linguagem humana descreve as coisas como são ou se sua relação com estas reduz-se a uma convenção que os homens estabelecem arbitrariamente. Tal arbitrariedade não implica que cada ser humano determine subjetivamente a relação entre a língua e o mundo exterior, pois o uso corrente das palavras diante das coisas apresenta uma objetividade convencional, isto é praticamente unânime. A questão é se tal objetividade seria essencial, ontológica, como coloca o filósofo, com toda atualidade, ao distinguir o criticismo kantiano do ceticismo: "A filosofia crítica não foi de modo algum ceticamente posta; ainda assim foi ela que fez recuar cada vez mais para longe a pergunta pelo ente enquanto tal e que finalmente a rejeitou como totalmente inútil. A pergunta como pode-*

[*] Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife - UFPE (desde 1990). Pós-Doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt (1988-89). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - UFPE (desde 1996). Pesquisador do CNPq (desde 1984). Pesquisador I do CNPq (desde 1992). Consultor do CNPq (desde 1986), da CAPES (desde 1990), da Secretaria de Ensino Superior do MEC e de diversas Fundações Estaduais de Amparo à Pesquisa (desde 1995). Membro da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (desde 1995). Professor convidado em diversas Universidades no Brasil. Professor convidado nas Universidades de Mainz (1989 e 1991) e Freiburg im Breisgau (1995). Ex-Coordenador do Comitê de Ciências Sociais Aplicadas do CNPq (1990-1993). Ex-Membro da Comissão do Exame Nacional de Cursos do MEC (1996).

mos saber algo sobre o que é em si é substituída pela pergunta como podemos falar disso de forma clara e coerente, ou seja, significar"[49].

Vamos tomar como ponto de partida, pedindo auxílio à antropologia, a dicotomia na qual, grosso modo, se pretende resumir a tradição do pensamento ocidental diante da questão, colocando duas alternativas de definição do ser humano[50].

De um lado, pode-se entender o homem como um ser **carente** (literalmente "pobre"), de outro, como um ser **pleno** (ou "rico"). Em outras palavras, o fato de o homem não estar biologicamente fixado a um ambiente determinado pode ser visto como efeito de deficiência vital em relação a um aparato de autopreservação, adequado a este ou àquele meio ambiente, ou pode ser entendido como sendo o homem um ser criativo, que não é naturalmente condicionado e que constrói as condições para adaptação a seu próprio mundo circundante[51].

Enquanto ser pleno, o homem possui o critério e é capaz de chegar à **verdade**, servindo-lhe a língua apenas como instrumento e a retórica como simples ornamento, através dos quais aquele que fala pode influir no meio de forma mais ou menos eficaz; como ser deficiente ou carente, o homem é incapaz de perceber quaisquer verdades a respeito do mundo independentemente de um contexto lingüístico, única **realidade artificial** com que é capaz de lidar[52].

Assim é colocado o problema: a linguagem e tudo o que chamamos de "inteligência" pode ser visto como um *plus*, como habitualmente o fazemos, mas também como um *minus*. E o que denominamos livre arbítrio ou liberdade resultam de um *plus* ou um *minus* em relação à natureza? A liberdade pode ser vista como algo sublime que assemelha o homem a Deus e o torna superior aos demais seres. Mas todas essas características humanas também podem ser pensadas, cética ou biologicamente, como um "defeito" no código genético, gerando inadaptação ao mundo e conflitos inexistentes entre abelhas e formigas. Eticamente falando, será que não são essa liberdade e essa razão discursiva causa de nossos sofrimentos?

Pode-se ainda expor esta oposição tradicional através dos termos **holística** e **heurística**.

O substantivo **holismo** tem uso mais corrente, sobretudo mas não apenas no vocabulário místico contemporâneo. Origina-se do adjetivo grego *holikós*, que significa "universal". A expressão parece ter sido cunhada por J. C. Smuts, em 1926, com o objetivo de diferençar sua teoria filosófica naturalista, tanto do monismo mecanicista quanto do dualismo vitalista. Pode ser definida como a tendência, supostamente característica de todo o universo, no sentido de sintetizar unidades em totalidades

[49] Nicolai Hartmann: *Zur Grundlegung der Ontologie*. Berlin: Walter de Gruyter, 1965, p. 1. Compare-se com o seguinte texto de Tércio Ferraz Jr., ao explicar a mudança de atitude gnoseológica do essencialismo para o convencionalismo: "... a caracterização de um conceito se desloca da pretensão de se buscar a natureza ou essência de alguma coisa (que é a mesa?) para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra (como se emprega 'mesa'?)". *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 37. Cf. João Maurício Adeodato: *Filosofia do Direito - Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 195 ss.

[50] Hans Blumenberg: "Antropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik". *Wirklichkeiten, in denen wir leben - Aufsätze und eine Rede*. Stuttgart: Philipp Reclam, 1986, pp.104-136.

[51] A tese foi originalmente exposta por Arnold Gehlen no livro *Der Mensch*, lançado em 1940, fornecendo os fundamentos de sua teoria da instituição que teve repercussão na Europa (*apud* Hans Blumenberg., nota 3 , p. 115).

[52] Cf. Ivor Richards: "Die Metapher" (pp. 31-52) e Max Black: "Die Metapher" (pp. 59-79), ambos em Anton Haverkamp (hrsg.): *Theorie der Metapher*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983.

organizadas; essas totalidades constituem novas unidades para novas sínteses, cada uma com sua objetividade específica[53]. A corrente holística parte de uma **objetivização** dos fenômenos. A teoria do conhecimento e a ciência devem fazer corresponder proposições **verdadeiras** a tais objetos preexistentes, buscando sempre um princípio ontológico unificador. Obviamente, o aparato cognoscitivo do homem, enquanto ente pleno, é tido como competente para tanto. Desta tendência faz parte a tradição platônico-aristotélica com suas diversas formas de ontologia essencialista.

Mais modesta é a tendência **heurística**, palavra com a mesma raiz grega que a interjeição *heureka!* ou o verbo *heurisco* ("achei!", "achar"). Menos comum hoje em dia, o uso do termo é mais antigo, remontando pelo menos ao século XVII. Em seu sentido moderno, a heurística pode ser definida como aquela série de conceitos e procedimentos que cooperam de alguma maneira para a relação do homem com seu meio, apesar do caráter conjetural e provisório, fornecendo conhecimentos adequados ainda que sem fundamentação rigorosa ou pretensão de verdade definitiva[54]. Aqui o homem é visto como ser biologicamente carente, cuja linguagem é a única "realidade" (que nada tem a ver com *res*) com que pode lidar.

Notem-se os dois lados já presentes em Kant: muito embora sua *Crítica* apresente contornos holísticos, a heurística é enfatizada na distinção entre conceitos **ostensivos** e conceitos **heurísticos** (*ostensive* e *heuristische Begriffe*): as idéias (psicológicas, cosmológicas e teológicas) são conceitos heurísticos porque, muito embora nenhum objeto lhes corresponda, elas funcionam como "princípios regulativos que possibilitam a unidade sistemática diante do caráter multifacetado do conhecimento empírico"[55].

"A deficiência do homem em relação a disposições específicas para uma conduta reativa diante da realidade, ou seja, sua pobreza de instintos, é o ponto de partida para a questão antropológica central - como este ser, apesar de sua indisposição biológica, pode existir. A resposta pode ser exposta na fórmula: na medida em que ele não se relaciona diretamente com esta realidade. A relação humana com a realidade é indireta, complexa, retardada (*verzögert*), seletiva e sobretudo **metafórica**"[56]. Se o homem constrói o seu mundo separado da natureza, os objetos que o rodeiam são exclusivamente seus e se constituem em intermediários entre ele e aquele mundo natural, fazendo com que a relação gnosiológica e mesmo vital entre o homem e o universo seja também indireta, intermediada pela linguagem. O meio ambiente não é mais tido como **dado** mas sim como **produzido** pelo sistema lingüístico de maneira exclusivamente auto-referente. Mesmo no campo das chamadas ciências naturais, a "nova física quântica" chega a colocar explicitamente a "questão da consciência humana e seu possível papel na formação da realidade física"[57].

Trazendo esta abordagem para o nosso tema, podemos fazer equivaler a versão antropológica do homem como um ser pleno, capaz de apreensão e transmissão de postulados verdadeiros sobre o mundo ambiente, à possibilidade de uma concepção holística do direito; do outro lado, a visão do homem como ser carente elimina esta pretensão.

[53] V. Joachim Ritter (hrsg.): *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel-Stuttgart: Schwabe & Co., vol. III, pp. 1167-8. E Scott Brewer: "Figuring the Law: Holism and Tropological Inference in Legal Interpretation". *The Yale Law School Journal*, vol. 97. Yale University Press, 1987, pp. 823 ss..

[54] J. Ritter (hrsg.): *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, nota 6, pp. 1115-20. Também Hans-Peter Ballmer: *Philosophie der menschlichen Dinge - Die europäische Moralistik*. Bern/München: Francke Verlag, 1981, pp. 10-16.

[55] Immanuel Kant: *Kritik der reinen Vernunft*. Wilhelm Weischedel (hrsg.): *Werkausgabe - in zwölf Bände*, vol. III. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1977, p. A 672 (B 700).

[56] Hans Blumenberg: "Antropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik", nota 3, p. 115.

[57] Danah Zohar: *O Ser Quântico*. São Paulo: Ed. Best Seller, 1990, p. 41 e *passim*.

A história das idéias sobre a relação do homem com seu meio, a chamada teoria do conhecimento, constitui-se referencial seguro para compreensão de muitos dos dilemas e antinomias na filosofia européia do ocidente. E, como sugere a hipótese acima, essa gnosiologia parte da alternativa antropológica entre um ser humano pleno, adaptado ao ambiente, ou um ser humano carente, ensimesmado e biologicamente incompetente.

Para a crença na plenitude, o título do escrito de Kant publicado por Hartknoch (Riga, 1783) é expressivo: *Prolegômenos a Toda Metafísica Futura que possa vir a se apresentar como Ciência*. Aí afirma Kant: "Do mesmo modo, atrevo-me a predizer que o leitor desses Prolegômenos, capaz de pensar por si mesmo, não apenas duvidará da ciência que possuiu até agora, mas também ficará em conseqüência totalmente convencido de que algo assim como uma ciência não poderia absolutamente ter existido sem que as exigências aqui formuladas, e nas quais se baseia sua possibilidade, sejam satisfeitas. Já que isso até agora nunca aconteceu, não há ainda qualquer metafísica"[58]. A confiança na razão impressiona, principalmente partindo do filósofo que, talvez involuntariamente, tanto contribuiu para o desprestígio da ontologia na filosofia moderna.

Influenciado por um lado mais "descrente" da obra de Kant e também seguindo aquela tradição, muito antiga mas marginal, Nietzsche conta a fábula: "Em algum recanto remoto do universo cintilante, derramado por incontáveis sistemas solares, houve uma vez um astro em que animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e mais mentiroso da 'história universal': foi porém apenas um minuto. Depois de uns poucos fôlegos da natureza o astro congelou-se e os animais inteligentes tiveram de morrer.-" E continua: "É notável que o intelecto chegue a isto, logo ele, que foi concedido aos mais infelizes, delicados e perecíveis dos seres apenas como meio auxiliar para que possam existir um minuto..."[59].

Do ponto-de-vista gnosiológico, como colocam os adeptos do desconstrutivismo, na esteira de Nietzsche[60], os filósofos ontológicos impõem seus sistemas suprimindo ou simplesmente ignorando os efeitos desagregadores da linguagem. A desconstrução de um texto filosófico quer desfazer a idéia - segundo Derrida a principal ilusão da metafísica ocidental - de que a razão pode, de alguma maneira, dispensar a linguagem e chegar a uma verdade ou método puro e autojustificável, ou estabelecer um parâmetro não-auto-referente, externo ao próprio discurso[61].

A oposição entre as duas correntes sobre a referência objetiva (plenitude) ou auto-referência discursiva (carência) do ser humano, que pode ser um ponto de partida antropológico da filosofia, é tão antiga quanto a própria filosofia; ela se apresenta como uma discussão teórica, gnoseológica, conforme buscamos mostrar neste trabalho, mas sua projeção prática (moral, jurídica, política) é, em certo sentido, mais relevante. Daí a permanência histórica de ambas as tendências.

[58] Immanuel Kant: *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können.* Wilhelm Weischedel (hrsg.): *Werkausgabe - in zwölf Bände*, vol. V, nota 8, pp. A6-A7.

[59] Friedrich Nietzsche: "Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne", *Nachgelassene Schriften 1870-1873*. Giorgio Colli e M. Montinari (*hrsg.*): *Kritische Studienausgabe - in fünfzehn Bände* (em 15 vols.), vol. I. Berlin: Walter de Gruyter, pp. 873-890, p. 875.

[60] Cf. Paul De Man: "Nietzsche's Theory of Rhetoric". *Symposium*, vol. 28, Number 1. Bruges: Spring 1974, pp. 33 ss..

[61] Cf. Christopher Norris: *Deconstruction: Theory and Practice*. London/N.York: Methuen, 1982, pp. 18-19, e também Jacques Derrida: *La Voix et le Phénomène*. Paris: Presses Universitaires de France, 1983, pp. 25 ss. e *passim*, e, no contexto da universidade, *Du Droit à la Philsophie*. Paris: Galilée, 1990, *passim*. Acreditam em uma racionalidade como critério do discurso autores como Aulis Aarnio, Neil MacCormick ou Ralf Dreier, entre muitos e muitos outros. Cf. Neil MacCormick e Zenon Bankowski (eds.): *Enlightment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*. Aberdeen: Aberdeen University Press, 1989.

2 - MODERNIDADE E COMPLEXIDADE

O conceito de modernidade é muito amplo e pode ser aplicado a vários setores do conhecimento e da atividade humana. Vamos procurar delimitar um sentido no qual se pode chamar de "moderna" determinada forma de organização do direito. Claro que um tema assim genérico precisa ser tipificado, amputado de muitos de seus aspectos importantes, além do que, o pouco espaço disponível em uma comunicação como esta certamente compromete algo da profundidade e talvez da clareza que o assunto mereceria.

A tese que se pretende agora expor sob essa rubrica, modernidade e direito, é que a modernidade representa o equivalente a um certo e inusitado grau de complexidade que a organização do direito adquiriu em nossa civilização; isto significa que, dentro deste corte didático e epistemológico, pode-se afirmar que quanto mais complexas as relações jurídicas, na definição de complexidade aqui apontada, mais moderno o direito.

Pode-se então começar admitindo que uma ordem jurídica mais primitiva organiza-se de forma indiferenciada, o que significa, entre outros aspectos, que as ordens normativas, éticas, que regulam a conduta humana, uma das quais é o direito, estão todas coligadas, sem funções definidas separadamente no contexto social. Então, para tomar um exemplo no Egito antigo, um ilícito jurídico é ao mesmo tempo uma grande imoralidade e mesmo um pecado contra a estrutura social. Não há essa separação entre o ilícito religioso, o ilícito moral, o ilícito jurídico, o ilícito dos usos sociais, que seriam, para seguir a doutrina tradicional, as grandes ordens normativas mais assemelhadas.

Pois bem. Os primeiros registros históricos de questionamentos a respeito de tal indiferenciação remontam à *Antígona* de Sófocles[62], ao separar nitidamente o direito de Créon, posto, do direito natural superior, reclamado por Antígona para sepultar seu irmão; depois, à célebre frase de Jesus Cristo, presente em três dos quatro Evangelhos oficiais da Igreja Católica: "a César o que é de César, a Deus o que é de Deus"[63]. Começa-se a pleitear, dentro do monopólio que o Estado Romano tinha sobre as normas éticas, a separação entre uma esfera que seria de competência de uma Igreja emergente, independente de outra ordem, atribuída ao Estado Romano onipresente, onisciente, onipotente da época. Pois bem: os seguidores de Jesus, do apóstolo de Tarso e outros grande pensadores a serviço do catolicismo fizeram um bom trabalho e é só no século XVIII que aparecem o que poderíamos denominar de "Jesus Cristos às avessas", os dois primeiros grandes juristas modernos: Samuel Pufendorf e Christian Thomasius.

Sim, pois tudo o que estivera outrora unificado sob a égide do Estado antigo, depois separado pela idéia de um direito transcendente, natural, já voltara a unificar-se, monopolizado pelas mãos da Igreja. O objetivo prático das teorias de Pufendorf e Thomasius é contrário: arrancar um pouco dessa competência omnicompreensiva da Igreja para o Estado absolutista que nascia. Como toda grande teoria, como toda ideologia influente, a de Pufendorf e Thomasius também tinha um objetivo prático específico, que era este: tirar da competência da Igreja aquela parte das ordens normativas que seria, exatamente, a parte jurídica, destinada à competência estatal.

Os critérios que eles inventaram são bem conhecidos daqueles que estudaram Introdução ao Estudo do Direito. Em primeiro lugar, o da interioridade e da

[62] Sophocles: *Antigone*, trad. Elizabeth Wyckoff. *The Great Books of the Western World*, vol. 4. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993, pp. 159-174.

[63] *Evangelhos* de Marcos, 12 (17); Mateus, 22 (21) e Lucas, 20 (25).

exterioridade - ao Estado estariam afeitas as condutas externas dos indivíduos enquanto que à religião, as condutas internas. É a partir daí que a ciência jurídica nascente vai aperfeiçoar os critérios de Pufendorf e Thomasius, trazendo critérios mais sofisticados como autonomia e heteronomia, identidade e alteridade, unilateralidade e bilateralidade ou coercitividade e incoercitividade.

3 - TRÊS PRESSUPOSTOS SOCIAIS PARA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO

Podemos então perguntar quais os fatores sociais mais importantes que devem estar presentes para que uma sociedade seja chamada de juridicamente moderna, esteja apta para modernizar o seu direito. Podemos, como Niklas Luhmann[64], utilizar a expressão "positivar" o seu direito ou, como preferimos, torná-lo "dogmático". O primeiro desses pressupostos é a pretensão de monopólio por parte do Estado na produção das normas jurídicas. Pela primeira vez na história na nossa civilização aparece uma instituição que se arvora competência para monopolizar o direito. Isto não significa que o Estado moderno produza todas as normas jurídicas, mas sim que é direito aquilo que ele produz ou tolera seja produzido por outras fontes.

O Estado, a gente pode dizer de uma maneira genérica, sempre existiu; um Estado moderno, porém, diferencia-se de outros Estados, como o Egípcio e o Feudal, por exemplo, entre um sem-número de outras características, por esta: arvorar-se o monopólio na produção do direito. Isso nunca aconteceu antes. Havia instituições produtoras de direito tão ou mais importantes do que o Estado, como o *pater familias* em Roma[65] ou as corporações medievais. Se o pai romano tinha direito de até vender seu filho e mantê-lo sob seu jugo por toda a vida, no mundo moderno a emancipação se dá por decurso de prazo, mesmo contra a vontade do pai, a quem tampouco é permitido exagerar nos castigos, enquanto titular do pátrio poder. O direito estatal pretende alcançar inclusive relações íntimas como aquelas de família ou mesmo o chamado "débito conjugal".

Jhering chama a atenção para o fato de que, há menos de dois séculos atrás, os crimes contra a honra, na Alemanha, país tido como tipicamente moderno, não eram monopólio total do Estado, permitindo-se, em casos de ofensa à honra, que as questões fossem resolvidas no duelo. Se o pretensão estatal de monopólio da violência legítima não estava ainda consolidada há parcos duzentos anos, no coração da cultura européia, então este fenômeno é muito recente. Basta verificar que a prática do duelo encontra-se institucionalizada pelo Código Penal do Uruguai atualmente em vigor e, se não chega a ser estimulada, diminui drasticamente as penas referentes a lesão corporal grave e homicídio, com ou sem uso de armas, constituindo-se em clara circunstância atenuante, desde que o procedimento dogmático prescrito tenha sido obedecido (formalidades como padrinhos e "Tribunal de Honra", por exemplo)[66].

[64] Niklas Luhmann: "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", *in* Niklas Luhmann: *Ausdifferenzierung des Rechts - Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981, pp. 113-154.

[65] Sílvio Baptista: "A Família na Obra de Rudolf von Jhering. Conceito Romano e Atual de Pátrio Poder", *in* João Maurício Adeodato (org.): *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Ed. Universitária/UFPE, pp. 202-210.

[66] Código Penal Uruguaio: Lei nº 9.155, de 04.12.1933, art. 38 (*El Tribunal de Honor en el delito de duelo*), além da Lei nº 7.253, de 06.8.1920, ambas em vigor, repetindo esta última o teor do antigo Código Penal do Uruguai, de 1889.

A segunda característica de uma sociedade que pretende modernizar o seu direito, decorrente dessa primeira, é a crescente importância das fontes estatais em detrimento das fontes espontâneas e extra-estatais do direito. O costume sempre foi de importância primordial no direito antigo. Ele ainda é importante em nossa sociedade, mas todo advogado sabe que aquele que tem a lei ao lado de sua argumentação leva vantagem sobre aquele que alega um costume em sentido contrário. Assim, o advogado só deve alegar o costume quando não consegue, nas fontes normativas estatais - a lei e a jurisprudência - obter respaldo para a sua pretensão.

Temos notícia histórica de que a jurisprudência e a lei são tão antigas quanto a civilização. Os historiadores nos falam dos *éforos* no direito espartano e dos códigos de Manu e Hamurabi, pois, depois que o ser humano aprendeu a escrever, preocupou-se em reduzir a termo os costumes então existentes. Mas é só com o Estado moderno que o processo legislativo - resultando na lei - e o costume jurisprudencial - originando a jurisprudência - passam a preponderar sobre as fontes não estatais do direito como o contrato, as declarações unilaterais de vontade ou o costume jurídico, que só valem na medida em que constituem fontes complementares, subsidiárias às regras estatais. Então, no contrato, por exemplo, é preciso objeto lícito, agente capaz etc., a autonomia da vontade não basta para estabelecer um vínculo jurídico, sendo necessário o acordo com as fontes estatais do direito.

É possível até conceber que estas formas de organização social sob as quais vivemos estão acabando; com a globalização, o Estado nacional parece enfraquecer-se. Mas o fato é que a estrutura em que vivemos até hoje ainda é aquela do Estado nacional e esta teoria não pretende ser prospectiva, vez que não é intenção aqui fazer previsões.

A terceira e mais importante das características que fazem uma sociedade capaz de dogmatizar seu direito é o que podemos denominar de emancipação da ordem jurídica em relação às outras ordens normativas, a auto-referência do sistema jurídico, que vamos expor sucintamente.

Vimos que um elemento importante nos primórdios de nossa civilização era a indiferenciação das ordens normativas, em uma indistinção entre o que é jurídico e o que é religioso, o jurídico e o moral, o moral e o religioso, direito e economia, direito e magia etc.

A auto-referência significa que os critérios para a definição do que é lícito e do que é ilícito, juridicamente falando, são em larga medida independentes em relação aos demais modos de organização da vida social, com as regras internas do sistema, as "normas jurídicas", definindo e tratando o que é juridicamente relevante (fechamento), ainda que em permanente interação com os demais subsistemas (abertura). Dentro dos limites simplificadores de uma comunicação como esta, pode-se denominar esta auto-referência de *autopoiese* (*autopoiesis*), reservando-se a expressão *alopoiese* para descrever sociedades mais indiferenciadas.

Isto admitindo que os indivíduos componentes de uma comunidade organizam-se segundo as mais diversas regras, formando diferentes subsistemas sociais: há os religiosos e os que não têm religião, os bonitos e os feios, os amigos e os outros, os nortistas e os sulistas, há aqueles que possuem muitos e os que não possuem tantos bens etc. Pois bem: o direito de uma sociedade será tão mais complexo quanto mais nitidamente separado desses subsistemas, quanto mais esteja ele imunizado contra as interferências deles, entre outras várias características. E, ao contrário, uma sociedade pode ser dita mais indiferenciada na medida em que ocorre essa interferência, como, por exemplo, quando o fato de alguém pertencer ao grupo dos amigos

(subsistema de contato, de boas relações) do presidente de determinado tribunal interfere na afirmação da *jurisdictio*, no dizer o Direito[67].

Um exemplo real de alopoiese, comprovado a todo momento na sociedade brasileira, é o subsistema jurídico-penal carcerário: se, digamos, metade da população brasileira é economicamente carente (independentemente dos critérios usador para definir a carência) e noventa e cinco por cento dos condenados encarcerados ajusta-se ao mesmo conceito, está havendo interferência da condição econômica na decisão sobre o lícito e o ilícito. Quanto ao subsistema de boas relações, basta lembrar o dito "aos amigos tudo, aos inimigos a lei". Isto pode gerar problemas graves de legitimação, os quais são tratados e contornados por outras estratégias que não cabe examinar aqui[68]. Assim, não se deve pensar que um sistema alopoiético não se legitima, mas apenas que sua legitimação não é moderna do ponto de vista da autopoiese.

4 - MODERNIDADE JURÍDICA: UM ENTRE VÁRIOS CONCEITOS POSSÍVEIS

Para este conceito simplificado de "modernidade", três ressalvas epistemológicas devem ser feitas.

A primeira é que nosso conceito é qualitativo e não meramente temporal. As sociedades assim estruturadas podem ser ditas modernas porque sua forma de organização obedece ao padrão aqui escolhido para definir "modernidade". Deste modo, nem tudo o que é contemporâneo, nem tudo o que vem após a Revolução Francesa ou a Segunda Grande Guerra, é moderno, como o exemplificam os sistemas jurídicos teocráticos fundamentalistas ou as formas de organização do direito em comunidades no interior do Brasil.

Uma segunda ressalva é que não pretendemos ligar o conceito de modernidade a qualquer juízo de valor, afirmando que os tipos ideais de "modernidade" aqui descritos sejam melhores ou piores para as sociedades e as pessoas. Não se deve pensar que sistemas alopoiéticos sejam necessariamente mais disfuncionais ou em si mesmos menos complexos e sofisticados do que o direito característico da modernidade.

A terceira ressalva é que não entendemos que os parâmetros de organização do direito definidos como modernos constituem um caminho pelo qual evoluirão todos os povos e a sociedade globalizada dos neoliberais; nada parece indicar que o mundo esteja caminhando na direção desse tipo de complexificação social. Muitos dos sistemas jurídicos alopoiéticos contemporâneos apresentam outras formas também altamente complexas e estáveis, estrategicamente bem-sucedidas de positivação do direito.

Sem grandes pretensões científicas, denominamos "modernos" os sistemas jurídicos emancipados e auto-referentes do primeiro mundo basicamente por dois motivos. O primeiro é seu caráter inusitado, sem precedentes na história do direito. Um

[67] João Maurício Adeodato: "A Legitimação pelo Procedimento Juridicamente Organizado - Notas à Teoria de Niklas Luhmann", *in Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru: ano XXII, n.16, 1985, pp. 65-92. Niklas Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983, pp. 75 ss.

[68] João Maurício Adeodato: "Brasilien. Vorstudien zu einer emanzipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder", *in Rechtstheorie*, 22. Band, Heft 1. Berlin: Duncker & Humblot, 1991, pp. 108-128. Ou "Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos", *in Anuário do Mestrado em Direito* n° 5. Recife: Editora Universitária, 1992, pp. 37-42.

ordenamento jurídico identificado com a religião ou a influência da riqueza econômica sobre a jurisdição, sobre o poder de separar o lícito do ilícito, são fatos conhecidos dos historiadores do direito. Mas o direito dogmático, autopoiético, este é uma grande novidade. O segundo motivo é a tendência dos países contemporâneos, bem-sucedida ou não, no sentido de dogmatizar o seu direito, com os Estados arvorando-se progressivamente o monopólio da jurisdição, fixando agrupamentos de normas positivas, pretensamente omnicompreensivas e inequívocas, além de eficazes, com corpo de funcionários específico para decidir o direito etc.

Exemplos de argumentos tipicamente modernos têm sido divulgados pela imprensa brasileira, como o caso daquele servidor público que declara saber que o alto valor de seus proventos é certamente imoral, mas como é legal, torna-se necessário aceitá-lo, alegações provavelmente ininteligíveis para quem vê no direito uma moral mínima positivada e não percebe como algo pode ser intrinsecamente imoral e ao mesmo tempo de acordo com o direito. Este é um preço a ser pago pela autopoiese. Como dizem os positivistas, a legitimidade torna-se palavra oca ao ser equiparada à legalidade, pois o direito legítimo, nos sistemas modernos, é aquele produzido de acordo com as regras do sistema. A gente vê isso, por exemplo, na teoria da validade das normas, na teoria da inconstitucionalidade das leis e atos jurídicos. Válida e assim legítima é toda norma elaborada de acordo com o conteúdo das normas superiores (compatibilidade "material"), emanada do poder competente e elaborada de acordo com o procedimento prescrito pelo ordenamento jurídico (compatibilidade "formal"). No topo do sistema de normas, ato de vontade do poder constituinte originário fixa livremente os conteúdos do direito. Advogando o fim da "ideologia" do direito natural, o positivismo coloca como modernidade exatamente essa autofixação dos critérios do lícito e ilícito.

A afirmativa, por exemplo, de que não é justo (e assim não é jurídico) um sistema que proíba a liberdade de imprensa ou consagre a desigualdade entre homens e mulheres é peremptoriamente antipositivista, antidogmática, jusnaturalista, até, neste amplo sentido dado aqui. Isto porque parte do princípio de que há normas superiores e anteriores à fixação das regras positivas de direito e que essas normas superiores valem por si mesmas, qualquer que seja seu fundamento (aí já se trata de uma discussão entre os antipositivistas), servindo como critério para aferir a legitimidade do direito posto. O sistema jurídico piramidal, imaginado por um antecessor de Kelsen, Adolf Merkl, estabelece a partir da "norma fundamental" os seus critérios, os quais não têm qualquer conteúdo axiológico aprioristicamente válido.

A inconstitucionalidade por conteúdo, por exemplo, chamada inconstitucionalidade material, só é possível porque foram fixados conteúdos normativos na primeira constituição pelo poder constituinte originário, mas a inconstitucionalidade permanece um conceito interno do direito positivo. As decisões de uma assembléia constituinte originária não podem ser inconstitucionais, vez que, em princípio, esquecendo as pressões da comunidade internacional, ela é juridicamente incondicionada. Eis o cerne da doutrina jurídica positivista.

Pois bem. Mas ao mesmo tempo em que a modernização do direito assume o alto risco da instabilidade de um direito emancipado das certezas da religião e da moral, relativamente independente de uma idéia material de justiça, ela também traz consigo a vantagem ética de uma maior tolerância para com as diferenças individuais entre os seres e grupos humanos. Um sistema jurídico emancipado de ordens normativas outras permite uma maior diversidade de condutas, assumindo o monopólio da coercitividade, o monopólio da violência legítima, apenas no que concerne a suas próprias regras. Então, há uma tendência no Estado dogmático de permissividade em relação a comportamentos que não seguem a ortodoxia moral, religiosa, de etiqueta, desde que de acordo com o subsistema jurídico.

Tomemos outro exemplo bem prosaico. No Brasil de hoje, mesmo nas capitais mais tolerantes, um jurista que use brincos, por melhor que seja, dificilmente será presidente do tribunal de justiça ou coordenador do curso de doutorado em direito. Este é um sintoma de alopoiese, na medida em que se supõe que a aparência das orelhas interferirá indevidamente no comportamento do jurista. E de fato interfere, posto que a sociedade está assim organizada e os advogados, as partes e os serventuários talvez não interagissem devidamente diante de um desembargador heterodoxo, provocando disfunções naquele subsistema, ainda que todos saibam, em sã consciência, que uma coisa nada tem a ver com a outra. Uma sociedade será tanto mais diferenciada quanto mais esses subsistemas (no caso, a forma de apresentar-se e a competência jurídica) estejam imunizados uns diante dos outros.

Assim, a inusitada complexidade do mundo moderno traz para o direito o problema de precisar lidar com os mais diversos conteúdos, valores por vezes incompatíveis. Há o subsistema moral daqueles que querem a pena de morte para os homossexuais; há os que pretendem permitir que os homossexuais tenham direito à vida, mas reclusos a guetos, sem cidadania; outros querem que eles tenham direito de votar mas não possam casar entre si ou adotar; há os que defendem a igualdade de direitos para homossexuais e heterossexuais; e há até aqueles que pretendem tornar o homossexualismo obrigatório. O mesmo pode ser dito das mulheres ou de quaisquer grupos sociais, raciais, regionais, nacionais, culturais. Dentre essas visões de mundo o subsistema jurídico tem que escolher uma e fixá-la como dogma, como norma de direito.

5 - O DIREITO DOGMÁTICO MODERNO

Uma vez que a sociedade apresente esses pré-requisitos mencionados, ela está apta a dogmatizar o seu direito, o que, como visto, não ocorrerá necessariamente.

Dentre as diversas características do direito dogmático, vamos ressaltar apenas duas, que parecem as mais importantes. A primeira característica é o que podemos chamar a "inegabilidade dos pontos de partida"[69]. Então, o direito é dogmático quando os pontos de partida são inegáveis. O que significa isso? Significa que um argumento é juridicamente aceitável se, e na medida em que, toma por base uma norma jurídica do sistema, pois é exatamente a norma que constitui o dogma deste tipo de direito. Isto não implica que não se possa rejeitar esta ou aquela norma jurídica, mas sim que uma norma jurídica só pode ser recusada com base em outra norma jurídica.

Um juiz alternativo pode não querer despejar um inquilino inadimplente porque ele é pobre e o proprietário, rico, mas não pode basear sua decisão expressamente neste argumento, posto que não há em nosso sistema uma norma que garanta direitos subjetivos meramente pela pobreza ou que penalize alguém por possuir mais imóveis do que necessita para morar. Por isso ele vai às normas constitucionais, algumas das quais são vagas e ambíguas justamente para permitir que os mais diferentes argumentos caibam nelas, e lá toma a norma que protege a dignidade da pessoa humana para embasar seu argumento de que a moradia é essencial à dignidade e que a Constituição deve prevalecer sobre a Lei do Inquilinato, lei esta que seria a via normal de aplicação naquele caso concreto.

[69] Tércio Ferraz Jr.: *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, pp. 95 ss.

O argumento não vale por ser racional, não vale por ser empírica ou cientificamente demonstrável. É por isso que, para muitos, a atividade dogmática nada tem de científica[70], podendo, quando muito, ser objeto da ciência do direito. Do outro lado temos Kelsen, afirmando que a dogmática é a única ciência puramente jurídica, vez que as normas preponderam sobre os fatos[71]. Ambos têm razão, a depender do conceito de ciência adotado. Veja-se, por exemplo, o conceito jurídico de pai, que não é aquele definido pela biologia, pelo DNA (a não ser que uma norma jurídica prescreva que pai é aquele que a ciência biológica entende como tal). Se o sistema jurídico, um belo dia, entender que todos os velhos são pais de todos os jovens, os quais são seus filhos, como queria Platão na *República*, esta será a "realidade jurídica" dogmática. Pensamos que aí está o ponto de Kelsen. A Escola do Direito Livre falou na revolta dos fatos contra as normas, mas Kelsen defende uma revolta das normas contra os fatos pois, em um sentido bem literal, as normas fazem os fatos.

Os fatos, sobretudo os fatos jurídicos, não são dados puros da realidade, não se confundem com os eventos do mundo, fatos são versões lingüísticas sobre eventos[72]. Assim, um fato jurídico, para a dogmática, é aquilo que a norma determina como tal. Por isso os profissionais do foro repetem que "o que não está nos autos não está no mundo". Presumem-se do marido os filhos da mulher casada havidos na constância do casamento[73], mesmo que as evidências empíricas indiquem o contrário, como no caso de Dom Casmurro[74]. Daí o dogma fundamental: argumentar a partir do texto de alguma norma jurídica do sistema.

A segunda característica desse direito dogmático, a ser destacada aqui, é a proibição do *non liquet* ou a obrigatoriedade de decidir. Só com o moderno Leviatã, o Estado passa a decidir, sempre, tudo o que é juridicamente relevante, pretendendo o monopólio da violência legítima e do dizer o direito, em última instância. E esse é o drama do magistrado brasileiro e do magistrado de uma maneira geral, o ter que entender de tudo para decidir sobre tudo. O direito vai se tornando cada vez mais complexo e é impossível que um juiz consiga apreender-lhe todos os matizes. Não é raro ver-se um jovem juiz, ainda na casa dos vinte anos, recém-concursado, defrontando-se com uma causa no valor de milhões de reais, de cujo teor pouco entende, posto que refere-se, digamos, a detalhes de direito econômico-financeiro, envolvendo fórmulas matemáticas complexas; sem contar que o processo traz dois pareceres opinando em sentidos diametralmente opostos, ambos com argumentos altamente complexos e assinados por juristas renomados, pagos a peso de ouro.

É por esta e outras que o juiz probo tem o complexo de Atlas, o titã que carrega a abóbada celeste sobre os ombros. Imaginemos lides de conteúdo jurídico simples mas que envolvam um valor profundo, não necessariamente econômico, uma causa com conteúdo axiológico importante: uma das partes é esta mulher exemplar, cujo único problema é não conseguir viver com este homem exemplar, que por seu turno também não quer viver com ela; o objeto do litígio é a guarda de dois filhos amorosos e extremamente unidos; acontece que a mãe acaba de receber proposta profissional irrecusável para mudar-se para a Austrália e o pai não pode abandonar seus igualmente excelentes negócios no Brasil. O juiz tem que dirimir este problema, mas o problema é irresolúvel. Ao contrário do que pensa o aluno iniciante, apaixonado pelos filmes envolvendo direito penal, as relações jurídicas quase nunca confrontam

[70] Ottmar Ballweg: *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1970, pp. 116-119.

[71] Hans Kelsen: *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976, pp. 109 ss.

[72] Tércio Ferraz Jr.: *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 253.

[73] Lei nº 3.071, de 1º.1.1916 (*Código Civil Brasileiro*). São Paulo: Saraiva, 1997. Cf. arts. 338, 340, 343 e 344

[74] Machado de Assis: *Dom Casmurro*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

o bem e o mal, o mocinho e o bandido, vez que o direito, comunicação humana interativa que é, reúne materiais axiológicos os mais diversos e antagônicos.

A proibição do *non liquet* não era um problema para o rei Salomão, por exemplo, famoso na Bíblia, entre outros motivos, justamente quando não seguiu esta regra. O *Livro dos Reis* conta que, julgando um caso de duas mulheres que reclamavam a maternidade da mesma criança, Salomão, por falta de prova conclusiva, decide pela destruição do objeto controverso, ou seja, manda dividir ao meio a criança. Diante da reação das mulheres, uma das quais prefere que o filho seja entregue à outra ao invés de morto, o rei exercita sua sabedoria[75]. Um juiz contemporâneo que, após estudo dos autos, se pronunciasse pela destruição da coisa, alegando não dispor de elementos para decidir, seria por certo taxado de maluco. É que o Direito dogmatizou-se. O mundo mudou: ao tempo de Salomão, o Estado podia dizer o *non liquet*. Hoje o Estado arvora-se o monopólio da jurisdição e competência para decidir tudo o que é juridicamente relevante. Daí Kelsen, talvez o maior teórico do direito dogmático, entender como redundante a expressão "direito positivo estatal", pois todo direito é positivo e todo direito é posto pelo Estado[76].

6 - ÉTICA E POSITIVISMO JURÍDICO

Ainda que o dogmatismo, enquanto teoria geral do direito, esteja obsoleto, e, enquanto visão política do direito, tenha exercido influência conservadora, o fato de ser dogmático não significa que o direito moderno implique uma visão tacanha dos problemas jurídicos, nem que sua teoria geral, a dogmática, seja atitude necessariamente inadequada diante do mundo real. Posturas competentes diante do direito dogmático exigem, ao contrário, a utilização do dogma jurídico, a norma, como porta de entrada extremamente complexa para esta outra "realidade" construída que vimos de mencionar. O jurista dogmático tem a tarefa difícil de transformar demandas sociais efetivas em demandas jurídicas. E é por isso que quem sabe fazer isso bem, tem poder.

Quando a mãe entra no escritório do advogado cheia de ódio porque o marido de quem depende financeiramente quer abandoná-la e levar-lhe a guarda dos filhos, os argumentos dogmáticos não podem processar-se no mesmo padrão. O advogado não pode defender o empregado argumentando que o patrão o demitiu por estar ele flertando com sua mulher. O jurista dogmático tem exatamente a função de transformar esses conflitos existenciais, dramáticos, emocionais, em lides dogmáticas. A ciência que informa tal tipo de trabalho é a hermenêutica jurídica, que é, digamos assim, a filha nobre da teoria geral do direito.

Esta a grande ilusão de muitos profissionais do direito, achar que opõem-se a prática dogmática e a teoria geral. A história dos grandes juristas da modernidade mostra isto claramente, até hoje. O procurador ou advogado não-familiarizado com conceitos como vigência, validade, eficácia, que não souber quando uma norma entra em vigor e quando ela deixar de vigorar, não souber o que é vigência temporária determinada e indeterminada, relação jurídica ou princípios hermenêuticos, ele não vai conseguir trabalhar dogmaticamente de forma eficiente.

Muito bem. Para finalizar, podemos sugerir que não se deve ver no positivismo dogmático - que ainda luta por se implantar no Brasil - motivo para a angústia existencial que se percebe em alguns antipositivistas, no Brasil e fora dele. O direi-

[75] Cf. *Primeiro Livro dos Reis*, 3-4, do Antigo Testamento.

[76] Hans Kelsen: *Teoria Pura do Direito*, nota 24, pp. 383 ss.

to moderno não é mau por ser assim organizado, da mesma maneira que a ligação ontológica pré-moderna entre direito e moral não constitui um bem em si mesma. Se Jesus Cristo era um jusnaturalista, Hitler também o foi. O direito natural parte do princípio antidemocrático de que há um conteúdo de justiça apriorístico em relação ao direito positivo, o qual precisa curvar-se a seus princípios e deve ser imposto a todos os desviantes e recalcitrantes. Aí a contribuição ética do positivismo, tal como definido aqui: como não há uma justiça evidente em si mesma, nós próprios é que temos de tomar em nossas costas o fardo de dizer, de por (daí *positivismo*) o direito. Foi o que mudou: o direito continua axiológico como inevitavelmente o é, mas seu valor não está prefixado por qualquer instância a ele anterior ou superior. Ele não é imposto pela infalibilidade do Papa ou da Santa Madre Igreja, nem é fixado a partir desta ou daquela concepção que alguém tenha de "justiça" ou de "razão".

Portanto, se a emancipação paga um preço alto, como dito, por outro lado gera essa ética tolerante, democrática. Claro que é preciso aperfeiçoar o conteúdo do direito, sempre na direção de mais tolerância, mas a modernidade não é em si um mal e ninguém tem de estar desesperado por não ter nascido na Idade Média ou na época das luzes européias. Se o mundo hoje é ruim, parece que já foi pior e pode ficar pior do que jamais foi se não abrirmos os olhos e fixarmos esse conteúdo axiológico do direito da maneira que nos parecer mais "justa".

É simplista a argumentação antipositivista de que o positivismo defende qualquer ideologia da facção vitoriosa na luta pelo poder. A ética inerente a um positivismo moderno, parece-nos, não é aquela que, por admitir qualquer conteúdo, presta-se, por exemplo, a justificar a imposição compulsória de padrões homogêneos de comportamento a toda a comunidade. Por recusar parâmetros de conduta legítimos "em si mesmos", o positivismo coaduna-se mais facilmente com uma ética genericamente cética, compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, desde que não se pretendam estender a todos a todo custo.

Apesar da imensa força retórica dos jusnaturalismos, posto que carregam as certezas de quem viu a luz e sabe separar claramente o ético do não-ético, um ceticismo tranqüilo quanto ao direito e a este poder quase mágico da *juris dictio*, de diferenciar coercitivamente o lícito do ilícito, cabe também em uma abordagem empírica e juspositivista.

Se a crença em um direito natural superior pode impulsionar o direito positivo, segundo esta ou aquela concepção, para um aperfeiçoamento ético, como, por exemplo, na defesa da igualdade feita já nos primórdios do Cristianismo, não se deve esquecer que são também perspectivas jusnaturalistas que inspiram a intolerância religiosa, o racismo e assemelhados.

Como na leitura de qualquer filósofo, como na recepção de qualquer mensagem discursiva, contudo, a compreensão só é possível através da ascese de que falou Platão[77], a atitude de **querer entender** os argumentos, sem estar a toda hora procurando contradições e contra-argumentos, ou seja: se o receptor não quer compreendê-la, a mensagem dificilmente será assimilada e a imprecisão já congênita do discurso impedirá a apreensão do sentido. Mas nem por isso precisamos aceitar o que o filósofo chamou "les grands récis du monde"[78], as narrativas, as histórias, as essências tantas vezes enganadoras com que tranqüilizamos nosso espírito.

[77] Platão: *Symposium* (*O Banquete*), 202-212, *in The Dialogues*, trad. J. Harward, *The Great Books of the Western World*, vol. 6. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993.

[78] Jean-François Lyotard: *La Condition Postmoderne*, cit., pp. 7 ss. e *passim*.

III - GLOSAS AO "VERDADE, DÚVIDA E CERTEZA", DE *FRANCESCO CARNELUTTI*, PARA OS OPERADORES DO DIREITO*

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

1 - INTRODUÇÃO

Retorno, depois de longo período, ao estudo mais profundo da prova, mormente no processo penal, a disciplina que o destino (ou o inconsciente?) reservou-me. Sem embargo de tratar-se de um reestudo, não poderia restar fora algumas avaliações e análises de **Francesco Carnelutti**. Ele foi genial, como todos sabem, mas também polêmico, polemista, arrogante, dissimulador, inconstante, com um largo trajeto por vários ramos do direito até terminar sua carreira na cátedra de *Diritto Processuale Penale,* da *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*. Como poucos, poderia oferecer-se como exemplo ao neologismo (de composição por aglutinação) encontrado por Lacan (Lacan, Jacques. O seminário: livro 20: mais, ainda. Versão brasileira de M.D. Magno, 2ª ed., Rio de Janeiro : Zahar, 1985, p. 121 e ss) para garantir que as relações sempre são de amor e ódio, *amódio* (*Haïnamoration*): ninguém, por ele, passa imune. É, porém, na matéria referente à prova, dentre tantas outras (ninguém desconhece ser ele o articulador do moderno conceito de *lide*, por exemplo, de vital importância: Miranda Coutinho, Jacinto Nelson. A lide e o conteúdo do processo penal, Curitiba : Juruá, 1989), que deixou uma das suas mais ricas contribuições, de passagem obrigatória por todos aqueles que labutam com o direito processual. Nesta matéria, por outro lado, produziu textos excepcionais, mas, mais importante, parece ser mesmo "**Verdade, dúvida e certeza**" (originalmente publicado na *Rivista di Diritto Processuale, Padova : Cedam, 1965, vol. XX (II Série), pp. 4-9,* com o título *Verità, dubbio e certezza,* agora traduzido - e bem! - por Eduardo Cambi, um dos melhores alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná), razão

*. Os presentes estudos são a síntese de um curso proferido na Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado), da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no Recife, em outubro-novembro de 1997, sob o título "A verdade no processo penal". Com algumas modificações, o trabalho foi especialmente preparado para o painel "Direito e Psicanálise", do Seminário Nacional "O Direito no III Milênio: Novos Direitos e Direitos Emergentes", realizado na Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, em Canoas, Rio Grande do Sul, de 12 a 15 de novembro de 1997.

**. Professor de Direito Processual Penal na Universidade Federal do Paraná e no IBEJ - Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Pós-graduado em Curitiba e Roma.

por que resolvi glosá-lo, na medida do possível, para oferecer dele uma pequena visão aos colegas *operadores do direito* (reconheço a procedência da crítica de Albano Pepe à equivocidade do termo, dado o reducionismo que estampa, mas vou utilizá-lo na falta de outro menos ruim), mormente aqueles vinculados a *deveres* dirigidos à realização da justiça, diuturnamente metidos em processos onde a compreensão do problema é de suma importância.

Alternarei as glosas com o texto original (que seguirá em negrito), seguindo a seqüência nele estabelecida. Não tenho, todavia, qualquer pretensão de esgotar a análise, até porque o tema é sugestivo para uma tese ou, no mínimo, uma dissertação, tal sua riqueza. A questão, então, está muito mais vinculada a um possível alerta à sua importância que, propriamente, jactar-me a partir da sua erudição. Sem certas descobertas, porém, o operador jurídico não passa de uma mero repetidor daquilo que se convencionou chamar de *senso comum teórico dos juristas*, ou seja, algo extremamente perigoso quando se trata de servidores públicos com responsabilidade direta na construção de uma visão *transformadora do direito e consolidação da passagem da democracia formal àquela material*, a começar pela exigência de se fazer valer as conquistas democráticas, tão caras à nossa tradição de lutas contra os freqüentes períodos de tirania e que tão-só nos fizeram sofrer.

2 - A VERDADE COMO *TODO*, EM CARNELUTTI

"1. - Eu vou ainda escavando, com sempre maior interesse, aliás com sempre maior paixão, aqueles fundamentos da ciência jurídica sobre os quais insisti tanto na segunda parte da minha vida intelectual. O proveito, até hoje, foi medíocre, mas a alegria de pensar me compensou largamente. Quem julgará, a seu tempo, a minha obra, no seu conjunto, deverá prestar atenção mais à estrada percorrida que aos resultados alcançados. E me vem em mente, enquanto disse essas minhas últimas reflexões, um escrito de Heidegger, entre o filosófico e o poético, do qual não recordo agora com precisão o título; mas o leitor poderá encontrá-lo, oportunamente, traduzido para a língua italiana pelo filósofo La Via, em um dos últimos fascículos de Teoresi.

Quando parti, nos meus estudos sobre processo, com a Prova Civile, falei de verdade, assinalando, como escopo do processo, a investigação da verdade substancial e, como resultado, a obtenção de uma verdade formal. Mas não era, embora algo comum, uma distinção fundada. A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem.

Alguma coisa disso comecei a entender com a meditação sobre o conceito de parte, que constitui uma das bases do meu modo de pensar. E quem me ajudou, de um primeiro modo, ainda que fosse muito distante da meta obtida no escrito, que recordei há pouco, foi o filósofo Heidegger com aquela que foi, e deveria ser, a sua sinfonia incompleta: o "Sein und Zeit", onde fala da Weltlichkeit der Sache, que me tocou profundamente e que traduzi, nas primeiras páginas dos Dialoghi con Francesco con universalità della cosa. Justamente porque a coisa é uma parte; ela é e não é; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não-ser. Mas para conhecer a verdade

da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava a Francesco, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos a tentar compreender, por que Cristo disse: "Eu sou a verdade".

Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da verdade, pela da certeza."

O Carnelutti do final da vida, por evidente, não é o mesmo do começo da carreira. A descoberta da Filosofia - ou um maior aprofundamento dela nos seus estudos -, aliada a um sempre maior sentimento religioso, trouxe-lhe uma riqueza peculiar ao discurso, agora comprometido com a interdisciplinaridade, a multidisciplinaridade ou, diria, quiçá mais propriamente, a transdisciplinaridade (Miaille, Michel. Uma introdução crítica ao direito. trad. de Ana Prata. Lisboa : Moraes, 1979, p. 56). Seu exemplo, por isto, é singular.

Com efeito, hoje, quando dogmas como o isolamento kelseniano do direito é coisa do passado, a neutralidade dos juristas é quase arqueologia jurídica e a sua imparcialidade só é imaginável com muito discurso que lhe dê conta, a hipótese pareceria normal - sem embargo das eternas resistências dos mais desavisados (ou mal resolvidos?), em geral confortavelmente assentados em um saber que lhes garante uma "aparente" segurança, embora falsa -, mas há vinte e dois anos (quando o texto foi publicado, como precitado), assim não se passou; e nem poderia ser. Operar um *corte epistemológico* (Bachelard), então, representava romper com um passado de erros mas, sobretudo, ter a coragem - e a humildade - de não se prostrar diante do famoso *sono dogmático* (Japiassu). A tarefa, de fato, não é fácil, porque implica leituras pesadas e cansativas, às vezes com a necessidade de derrubar bibliotecas. Nada disso, porém, abala um homem honesto cientificamente, preocupado com o seu tempo e sua gente. Carnelutti nunca foi um acomodado; e sua obra é testemunho disto.

O difícil, sem embargo, é perceber que os operadores jurídicos (e em especial os nossos), precisam de toda uma vida para darem-se conta da importância dos estudos interdisciplinares, multidisciplinares e transdisciplinares; se é que se dão e quando dão. Por isto, paga-se o preço: eles, porque há uma evidente ansiedade na ignorância constante, um fantasma que não é fácil de carregar; e os que deles dependem, os clientes do direito - e da Justiça -, em geral os repositórios das desgraças, dos direitos sonegados. Os tempos, por certo, estão mudando, mas a *resistência*, talvez por ser uma das *marcas do humano*, não. O trabalho de resgate (a palavra italiana *affare*, aqui, seria mais representativa), então, nesta direção, demanda tempo, muito tempo, gerações inteiras, mas é o destino inarredável de uma sociedade que caminha à democratização, apesar dos pesares. Carnelutti, neste passo, foi um exemplo e, como um clássico, merece ser sempre revisitado.

Verdade, dúvida e certeza (tomadas individualmente) são questões imanentes ao processo e, por conseguinte, não há como livrar-se delas. Falar de processo, todavia, é, antes de tudo, falar de *atividade recognitiva*: a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o

peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto, com o escopo (da sua parte) pacificador, razão por que precisamos da *coisa julgada*. Por isto, intermedeia, do seu conhecimento do caso concreto (*notio; cognitio*) à sentença (não esquecer, jamais, que, do latim, a palavra decorre de *sentire*, gerúndio *sentiendo*, só para que não se pense em "máquinas judicantes"), *um conjunto de atos preordenados a um fim*. Ora, tais atos (e o radical continua latino e em *actio*), tomando em conta aquele escopo, têm, por evidente, o fim de sanar a ignorância, razão pela qual se vai falar em *instrução* (do latim, *instructione*), no nosso caso, processual e, para os antigos (no processo penal), criminal, embora o crime, por elementar, seja mais objeto que conteúdo, aqui identificado com o *caso penal*.

Instrução e *recognição*, por outro lado, cumprem, além da função jurídica, outra, de natureza política e vital, ou seja, de permitir que tudo seja feito conforme o *devido processo legal* (art. 5º, LV, CF), fator imprescindível à democratização. *Instruir*, então, *pelo conhecimento do fato*, tem um preço a ser pago pela democracia (não avançar nos direitos e garantias individuais), mas que há de ser pago a qualquer custo, sob pena de continuarmos, em alguns pontos, sob a égide da barbárie, em verdadeiro *estado de natureza*. (Hobbes, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2ª ed., São Paulo : Abril Cultural, 1979, p. 78 e ss, coleção *Os Pensadores*). E aqui, como parece óbvio, o *garante* pode ser qualquer operador jurídico, mas ao juiz, em particular, está reservado um papel de destaque, de suma importância. Afinal, a *instrução* é basicamente para ele; e dele deve partir o *limite* que a sociedade estabeleceu à *busca do conhecimento do fato*, embora - há de se reconhecer -, tal mister não é mesmo nada fácil: basta, a cada um, pensar-se naquele lugar.

O *fato*, neste diapasão, é *acontecimento histórico*, dado à luz por adequação ou inadequação ao jurídico. Como tal, traduz-se em uma *verdade* também *histórica* e, assim, *recognoscível*. O meio, sabe-se bem, de fazer - ou se tentar fazer - com que aporte no processo é a *prova*. Eis por que se diz que a prova é o meio que constitui a convicção do juiz sobre o caso concreto ou, também e no mesmo sentido, conjunto de elementos que formam a convicção do juiz, em que pese, saberem todos, não ser só ela a verdadeira formadora do juízo. De qualquer sorte, Carnelutti mostrou, já em 1925, que é estéril a discussão a respeito de viger a *verdade material* ou a *verdade formal*, olhando à diferença que se insistia - e alguns ainda insistem - em fazer entre elas, no processo penal e civil. Se Eugenio Florian (Prove penali. Milano : Vallardi, 1924, p. 6 e ss) apontou naquela direção, Carnelutti, ao responder (Prove civile e prove penali. *in* Rivista di diritto processuale civile, Padova : La litotipo, 1925, volume II, parte I, p. 3 e ss, especialmente, pp. 17-18), mostrou que a comparação era equivocada, a um, porque o escopo de ambos era a *verdade* e; a dois, porque "*se l'impiego di dati mezzi, i quali talvolta servono a farla conoscere, talvolta no, viene prescritto, il risultato che salta fuori si chiama verità* formale o legale *volendosi significare che il loro risultato deve essere dal giudice posto a base della decisione, come* se fosse verità, anche se non sia.(...) *Il che significa che neanche al processo penale si deve assegnare, come* risultato *anzichè come* scopo, *la verità materiale*." (p. 18). Com tal formulação, sequer a resposta de Florian (Le due prove (civile e penali). *in* Rivista di diritto processuale civile, Padova : Cedam (già Litotipo), 1926, Volume III, Parte I, p. 221 e ss), ainda que bem lançada, foi convincente, porque necessariamente circunscrita a pontos secundários. Basta ver que, no essencial, asseverou que "*Lo scopo generico delle varie prove, che nei due processi si possono svolgere, è sempre quello di scoprire la verità; ma - ahimé - la verità, già tanto ardua a conseguirsi, si atteggia in modo diverso nelle prove penali e nelle prove civili*." (p. 223). Daí por diante, não havia como confrontar escopos e resultados, embora fosse - e continue sendo - visível a diferença que se manifesta quanto à *busca*, dada a origem sistêmica inequivocamente distinta entre ambos os ramos do direito processual: o penal continua sendo essencialmente *inquisitório* e o civil segue com sua essência *acusatória-dispositiva*; sistemas

diferentes (veja-se, por evidente, o conceito de sistema, antes de tudo), princípios reitores diferentes: naquele inquisitivo; neste, dispositivo. Não existe, todavia, *princípio misto*, razão por que não se sustenta - a não ser retoricamente - um *sistema misto*, embora, hoje, todos o sejam, isto é, mantêm o seu núcleo (e assim devem ser vistos), mas elencam elementos secundários importados do outro sistema. Por este viés e metaforicamente falando, há uma distância de ano-luz entre eles, a qual só não vê quem não quer; ou tem interesse em manter a situação como está, o que não é de bom alvitre, dada a suma importância da matéria, para o que basta pensar nas reformas legislativas.

A afirmação de Carnelutti, algo como: *busca-se a verdade material e obtém-se como resultado a verdade formal* - e que lhe marcou a carreira e a vida intelectual até 1965, quando publica o *Verdade, dúvida e certeza* -, acaba sendo o grande ponto de partida, pela negação da última (verdade formal), porque a primeira "*jamais pode ser alcançada pelo homem*". A *verdade*, se assim o é, há de ser, ou melhor, *é uma só*; e aquela dita *formal*, por evidente, em sendo uma mero reflexo no espelho, "*não é a verdade*". O processo, porém, continua tendo conteúdo, mas é de outra coisa que se trata.

Aqui, como salta à vista, há uma grande *responsabilidade ética*: Carnelutti funda as bases para que se sustente que os julgamentos são lançados sobre aquilo que, *a priori*, sabe-se não ser verdadeiro. Dá-nos, então, por primário, a possibilidade - quiçá pela primeira vez! - de questionar a malfadada *segurança jurídica*, desde sempre *tão-só retórica* e que transformou heróis em vilões e vice-versa.

Não bastava, todavia, disparar contra - e desmontar - o sustentáculo maior da *aparente* tranqüilidade dos senhores que não queriam - e não querem! - assumir as suas responsabilidades, no contraponto dos *poderes* e *deveres* que detêm, algo só passível de entendimento a partir de Freud e da psicanálise, mas desde logo compreensível, para sorte da democracia. Era necessário, não obstante, ir além e explicar por que e, depois, oferecer algo para colocar-se no seu lugar. Carnelutti, neste pequeno-grande texto, não deixa por menos, embora o faça de modo inaceitável.

Com efeito, a *verdade* está no *todo*, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das *partes* que o compõem. Seria, enquanto vislumbrável como figura geométrica, como um polígono, do qual só se pode receber à percepção algumas faces. Aquelas da sombra, que não aparecem, fazem parte - ou são integrantes - do *todo*, mas não são percebidas porque *não refletem no espelho da percepção*. Ademais, esta figura multifacetada, por evidente, não pode ser tomada - ou confundida - com apenas uma das suas faces. Por isto, sem que se fira o princípio da não-contradição (ARISTÓTELES. Metafísica. trad. de Leonel Vallano, Porto Alegre : Globo, 1969, Livro IV, p. 86 e ss; Livro X, p. 206 e ss: "*o mesmo atributo não pode, ao mesmo tempo, pertencer e não pertencer ao mesmo sujeito com relação à mesma coisa*" [p. 92]), é plenamente possível afirmar que a *parte-face é* e *não-é* ao mesmo tempo. Naquilo em que *não-é* (na percepção quando da recognição da instrução processual, por exemplo), marca a falta da *verdade*, à qual, para chegar-se, "*é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é*".

Não se trata, aqui, de desdizer, por vias transversas, o pai da Metafísica, Parmênides, quando afirmava: *o ser é; o não-ser não é*. O problema continua sendo o mesmo de sempre, ou seja, a *identificação do próprio ser*. E aqui, para nós, Dussel continua imbatível, embora insistam em denegá-lo, em não o reconhecer: "*O ser é o próprio fundamento do sistema ou a totalidade de sentido da cultura e do mundo do homem do centro. (...) A ontologia, o pensamento que exprime o ser - do sistema vigente e central -, é a ideologia das ideologias, é o fundamento das ideologias do império, do centro. A filosofia clássica de todos os tempos é o acabamento e a realização teórica da opressão prática das periferias. (...) Identidade do poder e da dominação, o centro, sobre as colônias de outras culturas, sobre os escravos de outras raças.*

O centro é; a periferia não é. Onde reina o ser, reinam e controlam os exércitos de César, do Imperador. O ser é; é o que se vê e se controla. (...) Os filósofos modernos europeus pensam a realidade que se lhes apresenta: a partir do centro interpretam a periferia. Mas os filósofos coloniais da periferia repetem uma visão que lhes é estranha, que não lhes é própria: vêem-se a partir do centro como não-ser, nada, e ensinam a seus discípulos, que ainda são algo (visto que são analfabetos dos alfabetos que se lhes quer impor), que na verdade nada são; que são como nadas ambulantes da história. Quando terminaram seus estudos (como alunos que ainda eram algo, porque eram incultos da filosofia européia), terminam como seus mestres coloniais por desaparecer no mapa (geopoliticamente não existem, e muito menos filosoficamente). Esta triste ideologia com o nome de filosofia é a que ainda se ensinava na maioria dos centros filosóficos da periferia pela maioria dos professores". (Dussel, Enrique. Filosofia da libertação. trad. de Luiz João Gaio, São Paulo-Piracicaba : Loyola-Unimep, s/d, pp. 11-12-18-19).

Daqui por diante, a questão é de *método*, porque só através dele é possível *dizer sobre o ser*. Neste campo, reinou e reina a *analítica* aristotélica, porque por excelência diz com o *método da ciência*. Para um *direito órfão da vera e própria cientificidade*, nada mais superficial que se engajar em algo do gênero (embora tenha sido exatamente isto que foi feito), tendo-se por pano de fundo, por sintomático e mais uma vez, a *aparente segurança jurídica*: ou alguém seria capaz de duvidar que a "precisão" da premissa seduziu os incautos?; ou seria melhor dizer ingênuos?; ou, melhor ainda, inseguros?; não fossem, muitos, catedráulicos, como diria Lyra Filho, que servem à dominação por safadeza. (LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar direito, hoje?. Brasília : Nair, 1984, p. 23): sabem do que se trata; que é necessário mudar; mas querem que tudo fique como está, ou que mude para ficar como está, qual Tancredi, de Lampedusa, em *Il gattopardo*, explicando-se ao tio. Pense-se, nesta esteira, por exemplo, em como estuda-se - e ensina-se - a sentença e o ato de sentenciar; o requerimento-petição e o ato de requerer, e assim por diante. Tudo, enfim, resume-se a *silogismos*, muitas vezes sem qualquer *sentido*; ou, o que é muito pior, que dão, categoricamente, "o" sentido.

De qualquer forma, o vício parece estar no próprio *método*; e mais uma vez Carnelutti, ainda que sem o saber (ou já sabia?), proporcionou-nos um passo adiante. Afinal, quando afirma que "*o todo é demais para nós*", antecipa aquilo que veio a ser um dos pilares do neoliberalismo de Friedrich August von Hayek (Derecho, legislación y liberdad. México : Unión Editorial, 1985), mas abre um grande leque de discussão e investigação. Sem embargo, para o que agora interessa-nos, isto é, o espaço de questionamento do valor da *analítica* enquanto "*o método*" do *direito*, assim como o nosso autor, Dussel também vai afirmar, sobre ela, que "*Antes de demonstrar algo há que mostrar o princípio 'a partir' do qual se pretende 'de'-monstrar. O que se mostra é o ponto de partida da de-monstração e não se o pode por sua vez de-monstrar - porque se iria ao infinito, jamais podendo demonstrar algo. O ponto de partida é indemonstrável. Ou a ciência parte de princípios evidentes ou não há ciência. (...) A ciência parte do conhecido por evidência: a evidência, porém, funda-se na cotidianidade dentro da qual o princípio é considerado (às vezes por mera convicção histórico-cultural) evidente. (...) A ciência não parte de* duas possibilidades, *mas de um princípio ou axioma. A ciência não se interroga acerca de seus axiomas. Considera-os evidentes; do contrário não haveria ciência. (...) A ciência capta com evidência seus princípios: estes princípios são postos-debaixo: sub-postos*". (DUSSEL, E.. Método para uma filosofia da libertação. trad. de Jandir João Zanotelli, São Paulo : Loyola, 1986, pp. 24-25-29). Resta evidente, por óbvio, que estamos diante de uma *impossibilidade*, de uma *insegurança* enquanto pretende-se exatamente o oposto, isto é, aquilo que proporciona a *segurança*; assim, estamos diante de uma *verdade aceita, corroborada*, quando efetivamente o é porque, de seguro mesmo, *só a certeza de que se pode manipular o axioma*. E não há de se duvidar ser a prerrogativa usada por aqueles com *poderes* para tanto... sempre em nome da "verdade", da "fé", da "maio-

ria", do "povo", da "segurança nacional", "da falta", ou seja, do argumento retórico mais apropriado para o momento. Sem embargo, isto é possível porque se mantém vivo - e mantém-se mesmo! -, no *imaginário coletivo*, a *ameaça do inimigo*, do *contrário*, do *invasor*, ou quem se prestar a tanto; sem embargo, no limite, cria-se um "bode expiatório" (em sociedades autoritárias), ou desenvolve-se o racismo, naquelas tidas como mais democráticas, como se fez na Europa ocidental com os imigrantes, mormente após a queda do muro de Berlim: "*Assim os grupos sociais mantêm sua coesão em uma oscilação pouco divertida entre ditadura e democracia, duas formas de organização cujos efeitos são avaliados ou pela exclusão de um bode expiatório, ou por um racismo mais ou menos larvado*". (Pommier, Gérard. Freud apolítico?. trad. de Patrícia Chitonni Ramos, Porto Alegre : Artes Médicas, 1989, p. 35).

Desmitificada a *analítica*, restaria a *dialética* e o saber que propicia, "*mais perfeito que o científico*". (Dussel, E. ob. cit., Método, p. 25). Eis a força do livro dos Tópicos, de Aristóteles (trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bernheim, 4ª ed., São Paulo : Nova Cultural, 1991, coleção *Os Pensadores*), banido porque o ponto de partida já não devia ser uma "*premissa exata*" - e fonte de toda a *aparente segurança* -, mas de mera "*opinião cotidiana*", julgada desprezível pelos adeptos de Platão (e a Igreja não se construiria - e consolidar-se-ia - se não fosse assim: veja-se O Nome da Rosa, de Umberto Eco), razão por que se caminhou ao outro extremo, isto é, o de se pensar "*que a ciência era o supremo*". (Dussel, E. ob. cit, Método, p. 25).

No lugar de ambas (analítica e dialética), faz-se mister referir - embora não se tenha muito espaço neste despretensioso ensaio -, que Dussel vai apontar da direção da *analética*, a qual mereceria uma mais profunda observação, dada a riqueza com que se apresenta. "*Levinas fala sempre do outro como 'absolutamente outro'. Tende, então, para o equívoco. Por outro lado, nunca pensou que o outro pudesse ser um índio, um africano, um asiático. O outro, para nós, é a América Latina em relação à totalidade européia; é o povo pobre e oprimido da América Latina em relação às oligarquias dominadoras e, contudo, dependentes. O método do qual queremos falar, o* ana-lético, *vai mais além, mais acima, vem de um nível mais alto (*aná-*) que o do mero método* dia-lético. *O método* dia-lético *é o caminho que a totalidade realiza em si mesma: dos entes ao fundamento e do fundamento aos entes. Trata-se agora de um método (ou do domínio explícito das condições de possibilidade) que parte do outro enquanto livre, como um além do sistema da totalidade; (...) Esta ana-lética não leva em conta somente o rosto sensível do outro (a noção hebraica de* basar, *'carne', indica adequadamente o ser unitário inteligível-sensível do homem, sem dualismo de corpo-alma), do outro antropológico, mas exige igualmente colocar faticamente a 'serviço' do outro um trabalho criador (para além, mas assumindo o trabalho que parte da 'necessidade' de Marx). A analética antropológica é então uma econômica (um pôr a natureza a serviço do outro), uma erótica e uma política. O outro nunca é "um só", mas também e sempre "vós". Cada rosto no face a face é igualmente a epifania de uma família, de uma classe, de um povo, de uma época da humanidade e da própria humanidade como um todo, e ainda mais, do outro absoluto. O rosto do outro é um análogos; ele é a "palavra" primeira e suprema, é o dizer em pessoa, é o gesto significante essencial, é o conteúdo de toda significação possível de um ato. A significação antropológica, econômica, política e latino-americana do rosto é nossa tarefa e nossa originalidade. Dizemos sincera e simplesmente: o rosto do pobre índio dominado, do mestiço oprimido, do povo latino-americano é o "tema" da filosofia latino-americana. Este pensar ana-lético, porque parte da revelação do outro e pensa sua palavra, é a filosofia latino-americana, única e nova, a primeira realmente pós-moderna e superadora da europeidade. (...) A conversão ao pensar ana-lético ou meta-físico é exposição a um pensar popular, dos demais, dos oprimidos, do outro fora do sistema; é contudo um poder aprender o novo. O filósofo ana-lético, ou ético deve descer de sua oligarquia cultural acadêmica e universitária para 'saber-ouvir' a voz que vem de mais além, do alto (ana-), da exterioridade da dominação".* (DUSSEL, E. ob. cit, Método, p. 196-7 e 199).

Carnelutti mostrou-nos, ao colocar em crise - e destruir - a noção de *verdade processual*, a corda bamba pela qual temos que passar para sobreviver. Resta-nos, porém, uma *ética* na qual o *outro* conte - e deve contar - alguma coisa; a *ética da alteridade*. Já não somos, por outro lado, os mesmos dos tempos dos nossos avós, onde a *palavra* valia acima de qualquer lei (ou com ela se confundia), quiçá porque estamos perdendo o registro do simbólico, em troca de um crescente *deslizar no imaginário*. As aparências, como diz o ditado popular, enganam; e enganam mesmo! Diagnosticada a *falta da verdade*, no lugar dela Carnelutti propõe que no processo passe-se a *buscar e investigar a certeza*. No fundo, é bom que se diga desde logo, não vai mudar muito; mas vai, definitivamente, *colocar o espelho diante daqueles que nele devem enxergar-se*.

3 - CERTEZA, *CERNERE*, ESCOLHA

> *"2. - Mas também em torno à certeza, necessitei de tempo e de esforço para aprofundar o conceito. No princípio, na polêmica com Calamandrei, provocada pelo conhecidíssimo e belíssimo livro do filósofo Lopez de Oñade, sobretudo pela contraposição entre certeza e justiça, o meu conceito de certeza não estava ainda formado, para não dizer grosseiro ou rudimentar. Já naquela época tinha intuído a virtude das palavras; mas a evidente derivação de "certeza" do latim cernere, uma vez que traduzi cernere como ver, enganou-me. Necessitaram os anos, muitos anos, até os últimos, isto é, até que escrevi Diritto e Processo, até que me acolhesse o significado originário de cernere, não aquele de ver, mas o de escolher. A certeza, escreveria então, implica em uma escolha; e isso, provavelmente, foi o passo decisivo para compreender, não só o verdadeiro valor do seu conceito, mas também o drama do processo."*

Carnelutti queria salvar a verdade, como parece sintomático. Não se pode dizer, ao certo, se ele a amava, porque enleado no discurso da totalidade, o que não teria acontecido com Sade, segundo Lacan, embora este não a tenha querido salvar; mas "A prova de que a ama é que a rechaça, não parece perceber que, ao decretar a morte de Deus, O exalta, e testemunha para Ele que ele, Sade, só chega ao gozo mediante os pequenos recursos de que falei há pouco."(Lacan, Jacques. O seminário: livro 17: o avesso da psicanálise. Versão brasileira de Ari Roitman, 2ª ed., Rio de Janeiro : Zahar, 1992, p. 63). Há, por evidente, uma outra cena à verdade.

Não deixa, por outro lado, de ser extremamente inteligente a formulação carneluttiana, porque *cernere* (pense-se em discernir, proveniente da mesma fonte) é mesmo distinguir, separar, escolher, optar, ou seja, o resultado da decisão que tem como precedente a *avaliação*, sua real origem latina. No intelecto, contudo, não há qualquer certeza, porque fustigado pelas pulsões que jamais dão qualquer folga. Ela, a certeza, como lembra o nosso autor, "implica em uma escolha"; e de resto escancara "o drama do processo". Mas não é só dele.

Com efeito, a questão é muito mais ampla, envolvendo o drama existencial pois, escolher, é escolher o que quer que seja; tudo. Não obstante, interessa, por ora, a encruzilhada em que coloca a todos diante do direito: desaparecida a segurança das premissas, à democracia só se pode chegar por *uma opção ideológica*, razão por que, já no 1º Encontro Internacional de Direito Alternativo, em 1991, na alvorada do Movimento (infelizmente o texto continua inédito), ousei apontar na direção de ser essencial aos seus integrantes - e a todos, no final das constas - a *assunção de uma postura ideológica*, naquele caso específico para diferenciá-los dos personagens

miméticos, capitaneados pelos falsos democratas, dos quais o direito deste país está, infelizmente, repleto. A democracia, como é primário, exige que se mostre a cara; que não se esconda atrás das aparências, das abstrações, muito menos dos textos legais.

À opção - ou à escolha, como quer Carnelutti -, no processo, não se deixa de levar em consideração tudo aquilo que não está nos Autos, arrastando consigo o que pode ser - e às vezes é - muito pior que o jogo de dados de Rabelais. Basta entender que a sorte, no dito jogo, pode premiar o jogador; e tem-se um domínio do *iter*. Na opção, contudo, não poucas vezes, sequer o agente sabe o porquê; e o *iter* é uma mera representação.

Carnelutti, reconhecendo o erro, cede a vitória a Calamandrei que, como se sabe da conhecidíssima polêmica, falava em um *juízo de verossimilhança* à coisa julgada. O novo, porém, sempre paga um preço muito grande, porque imola o templo do saber estabelecido, não propriamente para destruí-lo, mas para superá-lo. Colocando em risco o conforto da razão, tende a sofrer uma terrível resistência, mas tal e qual água mole em pedra dura - como no ditado popular - tanto bate até que fura; ou, arriscaria dizer, expõe o *furo*. O nosso autor, infelizmente, saiu vitorioso da batalha; e agora, neste texto, declara que deveria ter perdido. A guerra, contudo, não era só entre eles, não se sabendo quando poderá terminar; se é que isto poderá acontecer ou, para ser mais preciso, certamente não terminará se, pelo fim, tomar-se obturação do precitado furo. Não obstante, o correto parece ser mesmo irmos aprendendo a conviver com essa *coisa* que nos martiriza, que às vezes nos angustia, para tratar de "tirare la barca" (como dizem os napolitanos), da melhor maneira possível.

4 - DECIDIR EM DÚVIDA

"3. Escolher entre o que? Escolher por quê? Quando se põem essas perguntas emerge o valor da dúvida, que está na raiz do conceito de certeza; e é estranho que os cientistas e, por fim, os filósofos do processo tenham dado a isso pouco caso. Miguel de Unamuno, em um dos seus ensaios, ensinou-me que dubium vem de duo; e repeti que, a final de contas, o juiz se encontra na bifurcação entre duas estradas. Mas essa era uma metáfora; e é necessário raciocinar com maior precisão. Necessita dizer que a dúvida é o contraste ou a incompatibilidade, não tanto entre dois juízos, quanto entre dois raciocínios; e aqui relembrar a diferença entre juízo e raciocínio; e recordar que primeiro se julga e, depois, raciocina-se, e as razões fundadas nas provas são, propriamente, o meio para testar o juízo. Ora, não existe, infelizmente, juízo algum, cujo teste não ponha, quem o deve pronunciar, de frente a aquele contraste, do qual a dúvida se constituiu. Um imputado confessou um delito, o qual se lhe imputa. Um testemunho narrou um fato. Um ou outro terá dito a verdade ou a mentira. Este é o exemplo mais banal da perplexidade que, a final de contas, o juiz não pode jamais eliminar cem por cento. A verificação do juízo acontece mediante o raciocínio, que assume a forma de um silogismo; e se sabe que o fulcro do silogismo é a lei, a qual constitui a premissa maior. Mas o conceito de lei, já, de Newton a Planck, isto é, da macrofísica à microfísica, está profundamente mudado; ao valor absoluto que, por tanto tempo, se nos foi atribuído, veio-se substituindo por um valor estatístico, e, por isso, relativo; e também disso os juristas tiveram, a séculos, a impressão, porque o direito é talvez a única ciência que intuiu o valor da exceção. Quem pode garantir que a lei, assumida como premissa maior de um raciocínio, não deveria ceder à exceção?

Este conceito, quase misterioso, da exceção, assinala o limite do pensamento humano. E, sobretudo, da ciência humana. Bergson difere a ciência antiga da ciência moderna, dizendo que aquela se ocupava das coisas e esta, das leis, o que é verdade até um certo ponto; mas certamente é verdade que a ciência procede através das leis e que a vulnerabilidade delas, por obra da exceção, explica a grande assertiva: nolite judicare. Ainda que os homens não possam julgar, devem condenar; e este é o momento crítico do drama do processo, o qual aludi anteriormente. Devem condenar, porque devem agir; a condenação (ou, se quiser, a absolvição) não é somente um juízo, é uma ação. Assim o juiz, após ter examinado as provas, após ter escutado as razões, após tê-las valoradas, continua a encontrar-se, em realidade, de frente a aquela dúvida, que o seu pensamento não consegue, de nenhum modo, eliminar. Existirão dúvidas macroscópicas e microscópicas, mas bastam somente essas últimas para constituir a sua dificuldade e o seu tormento."

A dúvida, agora, vem à ribalta. O cruel - ou seria o humano? - é que a escolha não a afasta; a opção é simplesmente uma opção, nada mais. Por sinal, o que há de mais complicado é exatamente colocá-la em prática, justo porque daquilo que instala a dúvida nada se sabe; e nem se quer saber. Não seria por outro motivo que alguns juízes - é só freqüentar o foro para perceber-se *isso* -, para desespero de alguns e revolta de outros, nada querem decidir, ou têm tanta dificuldade para tomar uma decisão. A palavra mais difícil do mundo continua sendo *não*.

Carnelutti, por outro lado, de maneira interessante, ressalta o que se passa - ousaria dizer: de regra - no processo e, particularmente, no nosso processo penal: *in dubium*, na bifurcação entre duas estradas (que podem ser infinitas), *"primeiro se julga e, depois, raciocina-se, e as razões fundadas nas provas são, propriamente, o meio para testar o juízo."* Isto, por sinal, é tão-só uma constatação, em face da lógica que nos rege. Se assim é, há que se entender - aceitar é outra questão - a situação dos detentores de *poder* no nosso processo penal. Para tanto, ninguém foi mais feliz na formulação que Cordero: *"La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi ao lavorìo poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente a garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'há intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili; usadoli orienta l'esito dove vuole."* (A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamemo-los 'primado das hipóteses sobre os fatos': quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente, a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da 'sua' hipótese. Sabemos com quais meios persuasivos conte [alguns irresistíveis: por exemplo, a tortura do sono, calorosamente recomendada pelo pio penalista Ippolito Marsili]; usando-a orienta o êxito para onde quer.) (Cordero, Franco. Guida alla procedura penale, Torino : UTET, 1986, p. 51). Neste ponto, o processo penal acerta as contas com o obscuro: a escolha inquisitorial é determinada pela imagem - quiçá a primeira -, tomada como possível, como real, como verdade: eis o *quadro mental paranóico*. Decide-se antes (o que é normal, no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha. A situação, assim, é grave, mas se quer contorná-la com a imposição do *princípio do ônus da prova*, no sistema acusatório-dispositivo. No processo penal, no entanto, onde a estrutura é inquisitória - e daí ser tão infeliz a

afirmação de parte da doutrina de que temos um processo acusatório porque se trata de um processo de partes -, é muito pior: ainda que exista um arremedo de ônus da prova (art. 156, do CPP), o vero e próprio dever de sair à sua cata cabe ao juiz (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal, Coimbra : Coimbra Editora, 1981, p. 192), o que se percebe pela simples leitura da segunda parte do precitado artigo: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; *mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*" Eis, então, o núcleo do sistema; e sua verdadeira forma de identificação: a *gestão da prova*. Para tanto, sacrifica-se em holocausto o juiz, cometendo-lhe o fardo da decisão justa, segundo a *crítica sã*, princípio vazio pelo qual se estabelece a "recomendação de que os juízes mantenham-se dentro do *standard* geral de valoração dos juristas, ou, em outras palavras, dentro da 'filosofia' particular ou ideologia dominante na comunidade jurídica." (Brum, Nilo Bairros de. Requisitos retóricos da sentença penal, São Paulo : RT, 1980, p. 69). Ele, em si, pouco importa; não conta nada enquanto o justo estiver, como que uma dádiva, expresso na lei, que o desobrigaria de qualquer sofrimento. Isto, por evidente, é perverso, porque por mais que se tente negar, robotizando-o, há uma humanidade indescartável no juiz. A ele, enfim, para defender-se, cabe usar dos mecanismos oferecidos de antemão. Dentre eles sobressai-se o *livre convencimento*, pilar-mor da estrutura da avaliação da prova: é ela avaliada livremente, mas resta a obrigatoriedade de fundamentar as decisões. Se assim o é, a sua saída está em, pelas palavras, dar conta da escolha, imunizando-a contra possíveis críticas. (Brum, N.B.. Requisitos..., cit., p. 77). A explicação, aqui, é ótima, mas remete para dois problemas essenciais e quase intransponíveis: 1º, confirma que a segurança do jurisdicionado se vai, consumida pela retórica de uma decisão que manipula as palavras para forjar uma aparência: decide-se o que se quiser, desde que se tenha um bom jogo de palavras; 2º, não resolve o problema do próprio juiz, que justifica a escolha para os outros, mas não para si mesmo porque, quando muito, sublima, "fazendo-se pagar pelo gozo" (Goldenberg, Ricardo. O cão, *in* Goza!: capitalismo, globalização e psicanálise, org. Ricardo Goldenberg, Salvador : Ágalma, 1997, p. 245), tendo-se presente que o direito trata justamente dele, do gozo (Lacan, Jacques. O seminário: livro 20: mais, ainda, texto estabelecido por Jacques-Alain Miller, versão brasileira de M.D. Magno, 2ª ed., Rio de Janeiro : Zahar, 1985, p. 10 e ss.).

A saída, até agora, foi a lei, tomada como panacéia a partir do discurso positivista, mormente na sua vertente mais radical, o legalismo. Aqui, porém, a hermenêutica já foi suficiente para enterrar as esperanças: ela não salva ninguém e, o que é pior, denuncia a todos a qualquer momento, por infindáveis motivos dos quais poder-se-ia destacar a impossibilidade de precisão nas relações semânticas. Por sinal, há muito já se tem presente esta farsa; e só quem não quis ver é que não viu. Carnelutti, refinado no raciocínio, não deixou passar: denunciou o seu valor absoluto para confirmar que ele foi substituído por um "valor estatístico, e, por isso, relativo." Não parece correto, porém, que, como quer nosso autor, "o direito é talvez a única ciência que intuiu o valor da *exceção*". É vero, como se sabe, que a *exceção* tem imenso valor no direito, sendo sensível desde que se convive com ela; mas o discurso - o senso comum - não a admite, dado a *segurança jurídica* estar justamente na regra, que se quer invulnerável.

A vulnerabilidade decorre da limitação que sofre a "ciência humana", a qual não dá conta da verdade. Mesmo assim, confirma Carnelutti que "Ainda que os homens não possam julgar, devem condenar; e este é o momento crítico do processo," em razão da dúvida jamais abandonar o julgador, em face da impossibilidade do conhecimento *todo*. Vai daí a conclusão acertada de bastar uma dúvida microscópica para fundar, no juiz, "a sua dificuldade e o seu tormento."

É necessário, em realidade, diante deste quadro todo, assaz complexo, uma nova compreensão do fenômeno processual, para fundar-se um outro suporte à sua articulação.

5 - MECANISMO PALIATIVO DE DESENCARGO: O PERIGO DA *BOA* ESCOLHA

> *"4. Todavia, é necessário escolher. Da bondade da escolha, depende o resultado do processo. Isso permite entender, no entanto, por que, em muitos casos, a lei libera o juiz do peso da escolha, escolhendo em seu lugar. Este é o significado do sistema da prova legal. Quando, por exemplo, a lei não consente que uma prova oral prevaleça sobre uma prova escrita, não faz, senão, outra coisa que comandar como o juiz deve escolher. Por isso, o problema das provas legais se atém intimamente ao problema da certeza."*

O enunciado da "*bondade da escolha*" provoca arrepios em qualquer operador do direito que freqüenta o foro e convive com as decisões. Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a "*bondade*" do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é o seu critério, ou seja, o que é a "*bondade*" para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se.

Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos "*justiceiros*", sempre lotados de "*bondade*", em geral querendo o "*bem*" dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando com os seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a "*sua bondade*" responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, "*quem nos salva da bondade dos bons?*", na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marques Neto. Ela, neste viés, por certo que não salva ninguém, porque não funda nada senão um largo espaço para uma mera reprodução mecânica da violência que traz consigo, *mutatis mutandis* como no exemplo de Calligaris: "*Num texto dos* Escritos *(não incluídos na edição portuguesa), 'A criminalidade em psicanálise', Jacques Lacan recorre a uma citação de Marcel Mauss. Em suas 'Notas sobre delinqüência' (in:* Le trimestre psychanalytique, *nº 3, 1988, Paris), Charles Melman, psicanalista francês, faz referência à citação de Lacan. // Neste percurso a citação inicial sofre algumas modificações. A versão que me interessa é: 'Quando os laços são reais, os atos devem ser simbólicos; quando os laços são simbólicos, os atos podem ser reais.(...) Entendo-a assim: quando os laços sociais - quer dizer, os laços que deveriam outorgar a um sujeito o seu lugar, por exemplo, de filho ou de cidadão - são reais, ou seja, simbolicamente pouco consistentes, então os atos do sujeito devem ser simbólicos. Ou seja: o sujeito vai ter que esperar de seus atos que eles ganhem para ele algum lugar simbólico que os laços não lhe garantem. Tomemos um exemplo no quadro familiar, que é o espaço dos laços sociais básicos. Um pai pode se sustentar como pai pela via da violência real (você me obedece porque eu sou mais forte e você apanha) ou então pela via simbólica (você me obedece porque sou o seu pai). No segundo caso, reconhecer a autoridade paterna é ao mesmo tempo ganhar o lugar de filho. No primeiro, se submeter à violência exercida não significa ganhar lugar nenhum, a não ser o da espera de poder - crescendo - prevalecer um dia pela mesma violência.*" (Calligaris, Contardo. Hello Brasil!: notas de um psicanalista europeu viajando ao Brasil, São Paulo : Escuta, 1991, pp. 109-10). Ora, a posição dos "*justiceiros*" (abrigados discursivamente no malfadado Movimento de Lei e Ordem), é semelhante àquela das mães esquizofrenógenas, "*que se colocam como 'Tudo' e como 'Toda' para a criança, não havendo nenhuma Lei fora delas. (...) Ela será a Lei para a criança e é quem dirá à criança o que é bom para ela. É ela que dirá o que falta à criança e sempre terá o que lhe falta.*" (Leite, Marcio Peter de Souza. A negação da falta: 5 seminários sobre Lacan para analistas kleinianos, Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1992, p. 73). Para uma mãe assim é preciso, mesmo, salvar a criança de sua bondade; *daquela de certos juízes, também!*

O sistema da prova legal, ao qual referiu-se Carnelutti, da sua parte, já ocupou seu lugar na história, quando transferiu-se para um juízo *ex ante* a avaliação do material probatório. Com certeza, o mecanismo retirava o fardo da escolha ao juiz, mas inviabilizava o processo se a democracia nele imperasse. Não foi por outro motivo que, no sistema inquisitório puro, funcionava como argumento retórico de garantia, no início, mas efetivamente não deu certo. Logo foi necessário induzir as confissões e bastaram poucas fontes para que se justificasse a tortura, esta vergonha humana, reservada aos débeis de inteligência, mas ainda muito praticada nos labirintos escuros das deficientes investigações policiais do terceiro mundo e, quiçá, do primeiro.

No entanto, restou para nós o resquício da prova legal pela exigência da prova real (pericial), quando o crime deixe vestígios (art. 158, do CPP). Trata-se de uma garantia do cidadão, expressão infraconstitucional do princípio do *devido processo legal*. (art. 5º, LV, CF), a qual, proveniente do *ancien régime*, passou imune pela revolução francesa para continuar imperando. Mesmo assim, em tempos de *neoliberalismo* e acentuada deficiência probatória, paulatinamente caminham nossos legisladores - e pior: os tribunais, imaginando suprir a *falta* - para a destruição da centenária garantia. A insensibilidade do mundo cibernético, onde o homem passa a não ter importância - a não ser que seja consumidor: *homo oeconomicus* -, tende a permitir uma tal manipulação do discurso - diante do casuísmo - que tudo depende do momento, no melhor estilo napoleônico da Revolução do Bichos, de Orwell.

6 - CERTEZA COMO AÇÃO E NÃO COMO PENSAMENTO

> *"5. Mas, a mim, atormenta, mais que esse aceno, pôr ênfase sobre a idéia de que a certeza pertence ao reino da ação, não ao do pensamento, que é como dizer, ao reino da liberdade. Fala-se que o juiz é também um histórico; e todos concordam com essa definição; mas o fazer a história é somente uma parte da sua tarefa; é, talvez, a menos difícil; é, certamente, a menos tormentosa. O histórico, de fato, pode limitar-se a exprimir uma dúvida; se não consegue escolher entre duas estradas, pode parar na bifurcação non liquet.*
>
> *Entende-se que também o juiz pode ter essa tentação; compreende-se, menos, por outro lado, que, no campo do processo penal, o legislador o consinta a ceder à tentação. A chamada absolvição por insuficiência de provas, de fato, não é senão uma recusa de escolha; e, por isso, denuncia, como já disse mais de uma vez, o insucesso da administração da justiça. Entre o sim e o não, o juiz, quando absolve por insuficiência de provas, confessa a sua incapacidade de superar a dúvida e deixa o imputado na condição em que se encontrava antes da discussão: imputado por toda a vida. Recordo, a esse propósito, quando presidia a Comissão para a formação de um projeto de reforma do código de processo penal, de ter observado que essa é uma solução cômoda para o juiz , porque o libera do peso da sua tarefa, mas nociva para a justiça, a qual deve dirigir-se com um sim ou com um não."*

Carnelutti, agora, registra o óbvio: a certeza não pode estar no pensamento, porque sabem todos que aí é o lugar do logro, da representação, do imaginário. Estaria ela, segundo seu modo de ver, no "reino da ação", confundido com o "reino da liberdade".

Se por um lado parece sintomático que a certeza não está no pensamento, por outro, não é feliz sua *crença* em que o *reino da ação pode ser confundido com aquele*

da liberdade. Sempre com maior lucidez entende-se que não há qualquer liberdade no agir humano, por conta de uma outra cena, sobredeterminada, a qual comanda a sua constituição: o sujeito é constituído a partir do Outro, inconsciente por natureza. Afinal, "o desejo do homem é o desejo do Outro": "Toda canalhice repousa nisto, em querer ser o Outro - refiro-me ao grande Outro - de alguém, ali onde se delineiam as figuras em que seu desejo será captado." (LACAN, J. O seminário: livro 17... cit., p. 57). Assim, por exemplo, está em absoluta crise o conceito penalístico de *culpabilidade*, que é forjado, como se sabe, na matriz, a partir da *crença* de que o homem tem pleno domínio de seu agir, ou seja, *libre arbítrio*. É interessante notar, todavia, que, naquilo que mais nos atormenta e nos faz agir (para *só depois* dizer: perdi a cabeça!), o movimento partiu de um lugar que fala, que nos empurra, mas do qual não sabemos nada, não temos a mínima condição de identificar. A liberdade, neste diapasão, só pode ser entendida - aceitar é impossível - como *crença*.

E é justamente fundado nela - claro que para tentar salvar, mais uma vez, a *verdade Toda* - que Carnelutti reprova a ação que declara o *non liquet*, ainda que na forma paliativa pela qual, com absoluta procedência, fez-se uma opção política: a *absolvição por insuficiência de provas*.

O erro do nosso autor foi pensar que a *fórmula liberadora do juiz*, quando declarada, expõe sua confissão quanto à "incapacidade de superar a dúvida", deixando, assim, o imputado, em tal condição, "para toda a vida". Ora, isso só seria possível se ele, o imputado, fosse mesmo inocente. No mais das vezes, a fórmula só faz mesmo é demonstrar a incapacidade estatal diante do limite que o pacto, pelo contrato, cometeu-lhe: o processo - e o penal em particular - *é uma garantia do cidadão*, razão por que deve ser *devido*, ou seja, o *due process of law*. O povo, para poder buscar a democracia - eis a raiz do liberalismo -, deixa como inalienável ao indivíduo a sua liberdade; e o Estado não só nela não pode penetrar indevidamente como, por outro lado, é seu principal garante, pelos meios pertinentes, entre eles - e quiçá principalmente - o devido processo.

A opção, aqui, é política, como o é na coisa julgada e tantas outras; mas absolutamente necessária para, da melhor maneira possível, nas questões limítrofes, tentar fixar alguns parâmetros e, a partir deles, exigir respeito, não fosse, antes, um comprometimento ético. Nada disto, contudo, adianta, se os homens não tiverem a grandeza de fazer valer a palavra do pactuado, daquilo expressamente fixado no contrato.

7 - A CRENÇA E INTEGRAÇÃO DA DEFICIÊNCIA DO SABER: RAZÃO ?

> *"6. Mas se o pensamento não é suficiente para eliminar toda dúvida e, por isso, para permitir a escolha, como faz o juiz para escolher? Quando se disse que a certeza pertence ao campo da liberdade, não àquele do pensamento, o problema continua ainda aberto. Para obter a solução disso, é necessário novamente meditar em torno da relação entre crer e saber, ou, se preferíssemos, em outros termos, entre ciência e fé. A afirmação que a certeza se consegue não tanto através da ciência, quanto através da fé, tem o sabor e, diríamos também, o valor do paradoxo; mas os paradoxos não são outra coisa senão as luzes ofuscantes da verdade. Crer é um verbo singular, o qual, às vezes, significa menos, às vezes, significa mais do que saber. O ciclo da ação se abre com o juízo: ora, o juízo simples, nu, ainda não verificado, consente em dizer, a quem o formula: creio, mas ainda não sei. Então, ele se adentra no dedal dos*

raciocínios; mas isso, infelizmente, não consegue nunca eliminar a dúvida. Todos os grandes pensadores reconheceram a insuficiência do saber, a começar por Sócrates: se o verdadeiro saber é saber de não saber, que outra coisa é necessária para constatar essa insuficiência? Um dia, há muito tempo, na Universidade de Montevideo, comparei o saber, como complexo de noções adquiridas em um dado momento de tempo, a uma esfera equilibrada na atmosfera do não saber; e me foi fácil compreender que, quanto mais cresce o volume da esfera, tanto mais se multiplicam os pontos de contato entre o saber e o não saber. Não existe problema resolvido que não suscite uma quantidade de outros problemas ainda por resolver. Se não existisse senão o pensamento, nem o juiz poderia absolver ou condenar, nem, em geral, o homem poderia agir. Então, volta a cena o crer; mas com um significado diferente, isto é, de qualquer coisa que integra a deficiência do saber. Essa coisa qualquer não pode ser senão a fé. Ciência e fé não se devem conceber à guisa de duas linhas paralelas, as quais, diziam os matemáticos de algum tempo, não se podem encontrar nunca, e, os matemáticos de hoje, que se podem encontrar somente no infinito. A sua relação, por outro lado, reclama a figura do círculo; Blondel pegou o sinal, quando, no início de seu livro mais importante, chamou a figura geométrica da cicloide, afirmando que cada passo da ciência faz avançar a fé, e cada passo da fé faz avançar a ciência. A verdade é que o ciclo da ação se inicia e se fecha com a fé.

Se a liberdade do homem fosse abandonada a si mesma, a escolha se reduziria a um jogo de azar. Deve existir qualquer coisa que a integre, que a guie, que a ajude. Por isso, nem o problema do processo, nem o problema da ação em geral, resolvem-se sem recorrer à combinação da liberdade com a graça, segundo a mensagem cristã. No fundo, a liberdade não é outra coisa senão a possibilidade de se abrir a qualquer coisa que atrai o homem ao final de uma das duas estradas. Reaparece, aqui, na memória, o antigo parentesco entre o juiz e o sacerdote.

Quem quiser julgar, como disse no início, não tanto o resultado dos meus estudos, quanto o seu curso, terá razão de persuadir-se que isso não se explica sem o ensinamento sublime do Evangelho."

Carnelutti, agora, vai tentar dar a solução - *totalitária* - para o *furo* que constatou. A suma deste item está em uma assertiva lançada no final daquele de número 1: "*Em síntese, a verdade está no* todo, *não na* parte; *e o todo é demais para nós.*"

Agora, a questão começa a se delinear para possibilitar, pela análise da prova no processo, uma leitura daquilo que para muito além dele só o faz ser uma *parte*: a epistemologia.

Na impossibilidade de se dar conta do *todo* - e para suprir-se aquilo que nele denuncia um *furo* - nosso autor lança mão da *crença*: é por ela que ele quer salvar a *verdade*.

Sem embargo, como antes anotei (Miranda Coutinho, J.N.. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal, *in* Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar, Curitiba : Edibej, 1996, p. 48), "Não foi impossível perceber que a *verdade*, ainda que aterrada e presente no próprio homem, não podia ser *Toda*, senão na *crença* de um ser [*eu*] que se pensa senhor do Universo, '... a partir das profecias do Imperador Justiniano no tratado da Soberana Trindade [*De summa Trinitate*], que abre o mais célebre código de todos os tempos: *manter sob crença os sujeitos*,' (Legendre, Pierre. O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática, trad. de Aluísio Pereira de Menezes *et alii*, Rio de Janeiro : Forense Universitária-Colégio Freudiano, 1983, p. 19).// O discurso do *direito*, por este viés, é, por excelência, um discurso da *totalidade*, só possível através de um instrumental dogmático infalível: '*a crença de*

amor' (Legendre, P. O amor ... cit., p. 7). Ideologia, mitos, *fictio iuris*: um sujeito jogado no mundo mas amparado pela *esperança*. De tanto em tanto basta mudar o discurso, se a *crença* mantém-se intacta. Foi isso que aconteceu na Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade representam o supra-sumo de uma *racionalidade iluminista*."

Vale pontuar, agora, embora com muita rapidez, que estamos vivendo um momento onde se tratou de mexer mais além do discurso, ou seja, foi-se à *episteme* (*"colocar-se em boa posição"*, segundo Lacan, J.. O seminário: livro 17... cit., p. 19), buscando uma alteração completa, inclusive da própria *crença*. O pior é que nem todo mundo está dando conta da situação; e segue olhando tudo com os mesmo óculos da velha base.

Vale lembrar, então, um pouco da matriz neoliberal, tão-só para dar um sentido à necessária compreensão da avaliação que faço do seu discurso.

É de Friedrich August von Hayek (Derecho... cit., 1985), seguido pelos teóricos da Escola de Chicago, capitaneados por Friedman, e da chamada Public Choice, de Virginia, sob o comando de Buchanan, assim como tantos outros, a *idéia de substituir a noção epistemológica de causa-efeito pela de ação eficiente*. O câmbio, aqui, não é mero jogo retórico. Paulatinamente incorporado ao cotidiano, projeta-se como um raio no fundamento ético da sociedade. Afinal, a deificação do mercado, quando vista pelo eficientismo, glorifica o consumidor (*homo economicus*, que substituiu o *homo faber*: ASSMAN, Hugo. Exterioridade e dignidade humana: notas sobre os bloqueios das solidariedade no mundo de hoje, in Dialética e liberdade: festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima, org. Ernildo Stein e Luís A. de Boni, Petrópolis-Porto Alegre : Vozes-Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1993, p. 233 e ss), mas, naturalmente, toma o não-consumidor (excluído, ou *homo famelicus*?), como um empecilho. Ora, para ele resta o desamor de seu semelhante, em um mundo de competição, aético em seus postulados e antiético em seus mecanismos e efeitos (Miranda Coutinho, J.N.. Jurisdição... cit. p. 39 e ss.). Para quem for céptico em relação a tal assertiva, seria salutar observar uma das críticas de Dussel, invulgar pelo impacto, mas honesta: "Friedrich von Hayek - inspirador de Milton Friedman y continuador metódico de Popper en economía -'habría expresado la recomendación de que en caso de una aguda crisis de recursos habría que dejar librados a la muerte por hambre a los pueblos del Tercer Mundo que no supieran autoayudarse.' Ante tal cinismo es necesaria, como piensa Apel, una ética universal." (Dussel, Enrique E.. La introducción de la "Transformación de la Filosofía" de K. O. Apel y la filosofía de la liberación (reflexiones desde una perspectiva latinoamericana), in Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación, México : Siglo XXI, 1992, p. 67).

Sua Excelência, o consumidor!; eis a representação da questão de fundo neoliberal. O ponto final, quem sabe, o cúmulo do absurdo, segue sendo a defesa que fazem os neoliberais da legalização dos usos das drogas. Sua Excelência, o consumidor, aqui, gira o sentido bonificador com que se apresentam os neoliberais, para apresentar suas verdadeiras faces, *mutatis mutandis*, como em um *ato falho*. Tomemos um exemplo do excelente trabalho de Luis Días Müller: "Los partidarios de la legalización del consumo de drogas argumentan que la prohibición corrompe a la sociedad y mata al ciudadano, no la droga. El premio Nobel de Economía (1976), Milton Friedman, estima que es inevitable legalizar las drogas y que la legalización es el único camino para acabar con la violencia que rodea al narcotráfico: 'El gobierno debe hacerse responsible ante la sociedad de los miles di víctimas inocentes que causa la droga por ser una mercancía ilegal. El ciudadano es la última víctima de esa gran locura.' (Friedman, Milton. Libre competencia para la droga, Madrid, Cambio 16 América, nº 1069, 18.05.92, p. 20). Friedman opina que es un problema de mercado: cuanto más difícil resulte conseguir el producto, mucha más demanda habrá y mucho más caro será su precio. Opina que la liberalización del mercado de las drogas elimina de

inmediato los beneficios desproporcionados que aporta un producto ilegal. Cita, en su favor, el caso de la prohibición del alcohol, durante los anos 20 en Estados Unidos: 'Imagino que Estados Unidos tendrían la mitad de presos en las cárceles, 10,000 homicidios menos cada ano, desaparecería la violencia de los ghettos, la gente podría salir a las calles sin temer por sus vidas, y los que hoy son adictos a las drogas, no tendrían que convertirse en criminales para poder conseguir cada una de sus dosis, además de estar seguros de la calidad del producto.' (Friedman, Milton. Ob. Cit., p. 28)." (Muller, Luis Días. El imperio de la razón: drogas, salud y derechos humanos, México : UNAM, 1994, pp. 101-102).

Pois bem, é imprescindível, hoje, discutir a questão das drogas, quiçá para liberalizá-las; nunca, porém, a partir de uma visão caolha, *eficientista* desde que mercadológica, desumana desde que liberar, aqui, significa descomprometer os governos no auxílio aos usuários; e hipócrita porque, no fundo, remaneja o lugar do lucro. A única coisa que não é, é ser ilógica: seria estúpido a um neoliberal pensar diferente! Tudo, enfim, está na protocélula: a epistemologia neoliberal e sua vertente racional-economicista.

Disto têm consciência os mais lúcidos, razão por que se têm debatido pelas suas posições. É imprescindível ter presente, sempre e sempre, que no terceiro mundo - e o Brasil é um clássico exemplo disso -, ainda não se levou a efeito a Revolução Francesa, ou seja, os postulados mínimos da modernidade não foram cumpridos, de modo que a complexidade das relações de poder são infinitas. Isto, sem embargo, não é o "gozo", mas o verdadeiro "limite" que permite o desejo; e a necessária e enraizada razão de ser para todos seguirem adiante, lutando, sem qualquer espaço para uma desistência, desautorizada desde sempre porque tão-só retórica mas, antes, ideológica. É justamente porque há falta - e, portanto, impossibilidade "a priori" de um conhecimento todo, de se ter "o" sentido -, que se há de seguir buscando a solução, a melhor solução possível, ou seja, "um" sentido. Por isto, dizer que somos incapazes de ter o domínio cognoscente dos resultados de todas as ações e, portanto, que não poderíamos prevê-los - assim como a ciência -, razão por que haveríamos de ter um racionalismo de caráter eficiente em seu sentido puramente empírico, com pretendeu Hayek (Carnelutti, no texto, já ia na mesma direção, falando da nossa impossibilidade de conhecimento da verdade), é ignorar a humildade com a qual nos apresentamos diante do desconhecido. De fato, ao revés de ser um ato de grandeza (sei que não sei tudo!), é simplesmente um ato de aparente esperteza mas, no fundo, ao que parece, psicótico porque paranóico, desde que o naturalismo do mercado é tomado, ainda que imprevisível, como *real possível* e decisivo para apontar qual ordem natural espontânea deveria reger a sociedade porque mais eficiente. Há, por evidente, nesta miragem neoliberal, uma crença em uma verdade Toda, mercadológica, que não permite qualquer furo, qualquer falta. Sem ela, como parece elementar, não há representação da pulsão; sem esta, não há limite; sem limite, não há desejo; sem desejo, há mero deslizar no imaginário, como diria Lacan.

Hayek, combatendo o construtivismo, ou seja, as instituições deliberadamente criadas (por evidente que como frutos da razão e por que não como instrumentos de realização dos escopos da humanidade enquanto verdadeiros limites desde que objetos de conquista), colocou em seu lugar um mercado que, naturalmente, após os erros dos atores sociais, saberia optar pelas ordens naturais espontâneas mais adequadas. A razão, assim, é incapaz, merecendo tutela por parte de um *pai-mercado* que se mostra psicotizante, ou seja, que em si e *ex ante* não relaciona seus valores, não elenca seus limites, não comporta uma ética. Vale, tão-só - embora seja o início de tudo, por evidente -, como fundamento epistêmico, a dita *ação eficiente*. E aqui enfeixa-se o início do pesadelo neoliberal e também, por que não, o ponto de partida da sua derrocada posto que, em não sendo ingênuo, subestima o homem e sua capacidade de indignação - e resistência - diante da inexistência de limite: quando ele não está, mostrou a história - repetida cotidianamente -, trata-se de encontrá-lo, forçan-

do-se a sua aparição, pela demanda de punição, chegando-se ao ponto da anorexia, por exemplo e, não raro, do suicídio, como último gesto de um ser/sujeito poder demonstrar que está presente (Corradini, Domenico. Vem vagamente, vem lentamente, vem: o direito de morrer, aula magna dos Cursos de Pós-graduação do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ, em 08.03.97, mimeo, inédito); mas que não só representa uma cena, sendo em si a própria cena: apresenta-a!

O que nos resta, por enquanto, é resistir, tentando escapar da melhor maneira possível, para continuar a luta por uma *democracia material*. Ela, por evidente, é o resultado, entre outras coisas, da *efetividade* de uma Constituição que, no Brasil, agora passando para o décimo ano de vigência, não consegue impor-se. Triste país que luta contra a miséria, contra a fome, contra os desmandos de dirigentes que não querem saber de dar efetividade à Constituição, ainda que tenha sido - e seja - muito reclamada (por todos, v. Clève, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, São Paulo : RT, 1995; Barroso, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira, Rio de Janeiro : Renovar, 1993).

A crença de Carnelutti é em Deus, mas a grande *crença* da humanidade é na *razão*. E hoje se tem presente que ambas podem ser manipuladas, para tornar o sujeito escravo do seu *destino*, mas, se assim se puder, é ncessário entender que ela pode dar *um destino* e não *o destino*.

8 - CONCLUSÃO

Os operadores do direito, pelo particular status que detêm, precisam estar conscientes das armadilhas discursivas oferecidas pela nova ordem mundial, globalizada, neoliberal e eficientista, tendo o dever e a ela resistir em tudo aquilo em que sonegue - ou tente sonegar - as conquistas democráticas galgadas pela modernidade (o processo penal, em particular) e em larga escala ainda não cumpridas, mormente lutando pela efetivação dos direitos e garantias constitucionais e na busca de uma democracia material.

IV - SUBSÍDIOS PARA PENSAR A POSSIBILIDADE DE ARTICULAR DIREITO E PSICANÁLISE*

Agostinho Ramalho Marques Neto**

"Os lugares pré-interpretam".

(LACAN)

Antes de tudo, quero dizer duas palavras sobre o título que dediquei a este trabalho, pois ele aponta para o plano teórico em que pretendo desenvolver a sua exposição. *Subsídios* traz a idéia de uma contribuição que se dá por baixo, um trabalho de subsolo, ao nível das fundações daquilo que se está estudando. Quanto à articulação entre o Direito e a Psicanálise, trata-se para mim, acima de tudo, de uma *questão* cuja elaboração precisa encaminhar-se mais no sentido de sua abertura do que no de seu fechamento. Isto significa, entre outras coisas, que a fecundidade do trabalho que se possa realizar neste terreno - neste *interregno,* mais precisamente, inclusive no sentido etimológico deste termo: aquilo que medeia *entre dois reinos* -, pressupõe uma aposta na insistência da indagação, mais do que na dimensão do que daí possa advir como resposta. Resposta, nesta concepção, é um momento da pergunta, que não a resolve propriamente e muito menos a dissolve ou a esgota, mas a ela se acrescenta, redimensionando-a, transformando-a, provocando-lhe inflexões, abrindo-a, enfim. E dando, afinal de contas, mais trabalho ao sujeito que indaga, entendendo-se aqui que interrogar supõe "que aquele que interroga, enquanto tal, esteja implicado na questão, isto é, seja problematizado"[79]. Na medida em que não me proponho comparar o Direito com a Psicanálise pondo-os, digamos assim, lado a lado, as afirmações que acabo de fazer indicam que quaisquer articulações entre os campos dessas

* Conferência proferida no Painel *Derecho y Psicoanálisis,* por ocasião do I Coloquio Internacional de *Filosofía del Derecho, Ética y Política,* promovido pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (México, D.F., 04 a 08 de março de 1996).
Este trabalho foi publicado no livro *Direito e Neoliberalismo:* Elementos para uma Leitura Interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 18-38.
Publicado também na *Revista da Escola de Psicanálise do Maranhão.* São Luís, 1996, p. 27-50.

** Psicanalista.
Professor dos cursos de Direito e Filosofia da Universidade Federal do Maranhão (Brasil).
Membro Fundador da Escola Lacaniana de Psicanálise do Maranhão.
Professor do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ.

[79] HEIDEGGER, Martin. *Que é Metafísica?* Trad. de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1973, col. "Os Pensadores", v. XLV, p. 233.

disciplinas só existem na estrita medida em que sejam tecidas. Daí minha proposta de *pensar a possibilidade* de articular esses campos teóricos, que por si mesmos não comportam qualquer espécie de articulação prévia (o prévio, neste contexto, é uma decorrência lógica daquilo a que só-depois se acede). Pensar essa possibilidade já é de algum modo ir começando a empreender algumas articulações.

Relacionar entre si disciplinas teóricas supõe que se defina a partir de onde, isto é, de que recorte, de que visada epistemológica, tal relação se estabelecerá. No caso específico de que aqui se trata, as particularidades próprias dos estatutos do Direito e da Psicanálise tendem a promover deslocamentos de sentido na noção mesma de *epistemologia,* apontando para um além (ou para um aquém) de sua acepção habitual de crítica do conhecimento científico em seus princípios, hipóteses, métodos e resultados. Psicanálise e Direito, com efeito, não são, segundo penso, propriamente ciências, sobretudo se se toma este termo na acepção neopositivista, que parece ser, ainda, sua acepção dominante. Isso não quer dizer, todavia, que não sejam, ou não possam ser, discursos teóricos rigorosos. Um primeiro deslocamento da noção corrente de epistemologia já fica aqui mesmo operado, com sua referência ao terreno da *teoria,* embora não necessariamente teoria *científica.* Um segundo deslocamento, concernente ao lugar e ao estatuto do sujeito na tecedura dessa teoria, tomo-o da raiz mesma do termo grego *episteme,* tal como Lacan a resgata: *"colocar-se em boa posição"*[80].

O referencial até agora esboçado abre todo um leque de questões, remetendo-me à necessidade de apreciar, embora com a brevidade que a limitação do tempo de que disponho me impõe, os estatutos teóricos do *Direito* e da *Psicanálise,* bem como da *ciência,* ou seja, da concepção ou concepções de ciência que a abertura desse espaço interdisciplinar pode implicar. É necessário examinar, também, a noção de *interdisciplinaridade,* especificando em que sentido ela comparece nessas articulações. É por este exame, por sinal, que vou começar. Mas essas articulações de campos teóricos não se dão, por assim dizer, no vazio. Elas precisam de certas mediações para efetivar-se, as quais podem consistir, por exemplo, no recurso a conceitos e, mais genericamente, a significantes, que sejam "comuns" a essas disciplinas, isto é, que compareçam nos seus respectivos discursos teóricos. Neste trabalho, essas articulações irão sendo tecidas com a mediação principalmente dos significantes *sujeito, objeto e verdade.*

Como entender a noção de *interdisciplinaridade* no contexto teórico em que se move este trabalho? Essa noção remete, de saída, para um terreno epistemológico e filosófico um tanto quanto movediço. Procurarei falar a partir de um recorte ele próprio interdisciplinar. Não basta falar da interdisciplinaridade; é necessário realizá-la. Colocá-la em questão, assumir diante dela uma posição problematizadora, pode ser um passo no sentido dessa realização. Essa posição pode ser instaurada desde diferentes pontos de partida. Pode-se começar, por exemplo, com as seguintes indagações: *É possível a interdisciplinaridade? Em que condições? Que cuidados a sua efetivação requer?*

Um dos mais importantes desses cuidados se refere ao perigo, sempre presente em todo e qualquer empreendimento interdisciplinar, dos reducionismos e transposições teóricas. Quando consideramos com atenção conceitos aparentemente comuns a duas ou mais disciplinas, verificamos que, a rigor, nunca é exatamente dos *mesmos* conceitos que se trata. Cada conceito *se particulariza* no âmbito desta ou daquela disciplina específica, e mesmo em diferentes correntes teóricas da mesma disciplina. O próprio conceito de "Direito", por exemplo, assume contornos bem diferenciados, às vezes

[80] LACAN, Jacques. *O Seminário.* Livro 17: *O Avesso da Psicanálise* [1969-70]. Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Trad. de Ari Roitman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 19 (Grifos do autor).

até opostos, conforme seja enunciado por um jusnaturalista, ou por um marxista, ou por um normativista lógico de perfil kelseniano, etc. Só isto já basta para tornar imperativa, em qualquer tentativa de articulação interdisciplinar, a vigilância epistemológica necessária à manutenção do respeito à especificidade dos campos e dos enfoques teóricos das disciplinas envolvidas, assim como das diversas correntes interiores a essas disciplinas. Pode-se, é claro, submeter tais campos e enfoques ao crivo de uma crítica rigorosa. Mas, justamente por ser rigorosa, essa crítica não deve mutilar ou distorcer o objeto sobre o qual recai, quer lhe seja favorável, quer lhe seja desfavorável.

A vigilância a que acima me referi ajuda a perceber que as diferentes disciplinas e suas correntes teóricas mantêm tanto relações de exterioridade quanto de interioridade umas com as outras, e que tais relações tanto podem ser de oposição como de complementaridade, como ocorre, por exemplo, entre o Direito e a Moral.

Um conhecimento interdisciplinar, como tal associado indissoluvelmente a uma prática interdisciplinar, não se reduz a uma simples multidisciplinaridade, à mera justaposição de especialidades, mas constitui um domínio ao mesmo tempo unitário e complexo, no qual as "fronteiras" entre as disciplinas, traçadas a partir sobretudo de uma visão positivista do saber, sejam, senão negadas, pelo menos postas entre parênteses. Isto implica, entre muitas outras coisas, a indissociabilidade entre teoria e prática; conhecimento e vida; ensino e pesquisa; ciência e Filosofia; e, enfim, qualquer espécie de conhecimento e suas condições de possibilidade sócio-históricas. Como observa JAPIASSU, "uma ciência não existe por si mesma, mas dentro de uma comunidade de saber, da qual depende"[81].

A interdisciplinaridade, como já observei, só existe na medida em que é construída. Por isso mesmo, é preciso não enxergá-la como uma panacéia científica, que pudesse de antemão garantir resultados. Ao contrário: do êxito de um empreendimento interdisciplinar somente *a posteriori* se pode falar. E nem sempre ele depende de cuidados prévios, embora estes possam ser importantes. Todo um poder de criatividade, de sensibilidade teórica, algo análogo, como disse Einstein, à criação artística, tem aí um lugar constitutivo. Vejo nisso, sobretudo, a marca do estilo de uma subjetividade, que joga um papel decisivo no contexto de toda criação. Quando falo da implicação do sujeito em sua prática teórica interdisciplinar, é propriamente do desejo que estou falando, de um desejo de transitar pelos interstícios, por assim dizer, "desejo em seu caráter processual, de invenção de possibilidades de vida"[82]. Uma articulação interdisciplinar se faz mediante recortes, e cada recorte abre a possibilidade de campos epistêmicos novos e muitas vezes imprevistos.

As considerações acima constituem uma resposta afirmativa à pergunta que antes formulei, sobre se é possível uma práxis interdisciplinar. Muitas especificações ainda precisariam ser articuladas - cujo alcance, todavia, ultrapassa de longe as limitações e as intenções deste trabalho -, para que essa resposta ficasse melhor fundamentada. Diante da impossibilidade, no momento, de uma elaboração mais detalhada, vou privilegiar doravante um dos sentidos cruciais que a noção de interdisciplinaridade comporta: o de que o discurso e o campo de uma disciplina teórica podem *afetar* (e, conseqüentemente, *ser afetados)* pelo discurso e pelo campo de outras disciplinas[83]. Essa relação não deve ser entendida, porém, como sendo recíproca e simétrica.

[81] JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e Patologia do Saber.* Rio de Janeiro: Imago, 1976.

[82] ROLNIK, Sueli. As Asas do Desejo, o Cinema-Vôo. *IN:* "Folhetim". Jornal *Folha de São Paulo,* 11 de março de 1989.

[83] Cf. LEITE, Nina Virgínia de Araujo. *Psicanálise e Análise do Discurso:* o Acontecimento na Estrutura. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 1994.

Fazendo logo uma aplicação desse recorte da noção de interdisciplinaridade ao objeto específico deste trabalho, posso enunciar que para mim a atitude fundamental de investigação não consiste propriamente em colocar lado a lado a Psicanálise e o Direito para compará-los globalmente ou ponto a ponto. Não há sequer correspondência, nem simetria, entre esses pontos, cuja própria existência é uma questão. E uma disposição lado a lado do Direito e da Psicanálise desconsideraria, de saída, as diferenças não de lado, mas de nível, que possam estar implicadas, talvez numa perspectiva determinante, na tessitura de suas relações. Aquela atitude fundamental de investigação consiste antes em indagar da possibilidade de discursos, questões, enfoques, perspectivas, etc., oriundos do campo de uma dessas disciplinas, afetarem o campo da outra. Isso pode ser feito de várias maneiras. Através, por exemplo, do exame de conceitos mais ou menos "comuns", ou pelo menos que tenham em comum o mesmo nome, como os conceitos de sujeito, objeto, lei, etc.

Pode-se também empreender articulações mais fundas. Em que medida, por exemplo, o que provém do campo psicanalítico - campo esse que, como se sabe, é instaurado a partir da postulação da falta radical e originária do objeto da pulsão e do objeto do desejo, bem como da falta, também radical e originária, de um significante primordial a partir do qual a ordem simbólica se estruturasse e ganhasse consistência -, até que ponto, repito, isso que provém do campo psicanalítico pode produzir efeitos de "esburacamento" no discurso jurídico ali mesmo onde este é enunciado segundo uma visão sistêmica totalitária que desemboca na ficção da plenitude de um ordenamento jurídico sem lacunas? Ou então, por seu turno, que efeitos a incidência de noções originariamente jurídicas, como a de *gozo*[84], sobre o terreno teórico da Psicanálise pode aí provocar?

Um rápido exame de certos aspectos cruciais dos estatutos teóricos do Direito e da Psicanálise, empreendido com o cuidado de, ao falar de um desses campos, estar atento a possíveis ressonâncias no (ou do) outro campo, e procurando, também, discutir até que ponto se pode predicar a essas disciplinas o atributo de "científicas", se faz agora necessário para uma elaboração mais rigorosa do objeto do presente trabalho.

Vou tomar, inicialmente, o *Direito* em consideração. Parto do princípio de que não há nenhum Direito *em si,* nenhuma essência metafísica, que permanecesse sempre idêntica a si mesma (quer seja esta localizada na transcendência de uma razão universal, quer na palavra dos textos sagrados, quer no "espírito" da lei ou na intenção do legislador...), na qual se contivesse *toda* a verdade do jurídico e à qual, talvez, o conhecimento humano pudesse ter acesso um dia. Esse acesso, no entanto, é, como se sabe, o ideal de toda ciência. Um ideal totalitário, convenhamos. Não que se pense que ele seja realizável em sua plenitude. Erigir algo à condição de ideal já implica admitir implicitamente um elemento de irrealizabilidade. Mas, ainda assim, o ideal enquanto tal é mantido. Um importante fator que torna possível tal manutenção é a crença (parece-me que é propriamente de uma *crença* que se trata) dominante na mentalidade científica, de que as eventuais impossibilidades de atingir pelo conhecimento a plenitude da verdade do objeto são, se bem vistas as coisas, impossibilidades *de fato,* por assim dizer. Está contida nessa crença cientificista, como algo que lhe é constitutivo, a suposição de que, se o conhecimento científico ainda não é capaz de dar conta de modo exaustivo da verdade de seu objeto, isto se deve a determinações meramente contingentes, superáveis com o avanço desse mesmo conhecimento, com

[84] "No fundo, o Direito fala do (...) gozo. (...) É nisso mesmo que está a essência do Direito - repartir, distribuir, retribuir, o que diz respeito ao gozo. O que é o gozo? Aqui ele se reduz a ser apenas uma instância negativa. O gozo é aquilo que não serve para nada. Aí eu aponto a reserva que implica o campo do direito-ao-gozo. O direito não é o dever. Nada força ninguém a gozar, senão o superego. O superego é o imperativo do gozo - *Goza!*". LACAN, Jacques. *O Seminário.* Livro 20: *Mais, Ainda* (1972-3). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Trad. de M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 10, 11 (Grifo do autor).

sua crescente depuração teórica, conceitual e metodológica. O desenvolvimento do conhecimento científico é concebido, nesta perspectiva, como uma *aproximação*, embora descontínua e sujeita a desvios, recuos e vicissitudes, no sentido da apreensão plena da essência do objeto e, nesse ato mesmo, da realização do ideal de ciência. Não podemos atingi-lo por enquanto, e talvez nunca o possamos de fato. Mas, no limite, ele não apenas é concebido como se fosse possível, como também tal concepção anima poderosamente o trabalho teórico nos terrenos das ciências e da Filosofia.

A perspectiva de onde parto, no interior da qual vou elaborando pouco a pouco meus recortes teóricos, nega radicalmente a possibilidade de realização completa daquele ideal de ciência. Entendo que a impossibilidade dessa realização não é uma simples questão de fato, que pudesse ser superada pelo desenvolvimento do conhecimento científico, mesmo no limite. Aliás, é no limite mesmo que tal impossibilidade vigora. É porque é impossível, por definição, a qualquer discurso, científico ou não, filosófico ou não, dar conta da totalidade da verdade de seu objeto (verdade, por sinal, cujo caráter sempre fugidio e evanescente a própria história das ciências atesta passo a passo), que lhe é possível dar conta, parcialmente, desse objeto. Digo *parcialmente*, pondo ênfase nos dois sentidos principais que esse significante evoca. Verdade parcial, no sentido de não-toda. Mas verdade parcial, também, no sentido de não-isenta, ou seja, no sentido de ser o produto de uma escolha que desde o início privilegiou certos aspectos do objeto e certos enfoques teóricos em detrimento de outros, e os privilegiou justamente porque, sem isso, nem mesmo seria possível começar um trabalho teórico. A impossibilidade de uma neutralidade absoluta do assim chamado sujeito cognoscente na condução de sua prática fica assim patente, como algo inscrito nos pressupostos mesmos de qualquer indagação, de natureza teórica ou não. O sujeito está irremediavelmente implicado nas determinações de sua prática, tendo ou não consciência disso, querendo ou não assumir tal implicação. É por isso, inclusive, que lhe é possível conhecer. Penso, portanto, que a impossibilidade da realização do ideal de ciência é uma questão *de direito*, e não apenas de fato. O reconhecimento dessa impossibilidade aguça o desejo de trabalhar a partir dela, para aquém dela, por assim dizer, no sentido de ir abrindo perspectivas para o novo.

Bem sei que as assertivas formuladas nestes dois últimos parágrafos ainda carecem de uma fundamentação teórica mais rigorosa, mas isso demandaria um conjunto de elaborações excessivamente longo para esta ocasião. Limito-me, então, a apenas indicar o ponto nodal a partir do qual penso ser possível empreender aquela fundamentação teórica, no sentido não somente de reconhecer a impossibilidade da realização do ideal de ciência, como também de compreender que esse reconhecimento pode ser importante para o labor científico.

Para situar melhor o que estou querendo dizer, cumpre observar que o ideal de ciência pressupõe determinadas condições cujo conjunto articulado tem que se fazer presente para que a realização desse ideal possa ser tomada como possível, ainda que no limite. Do sujeito esse ideal exige que se neutralize o suficiente para não projetar sobre o trabalho teórico seus valores, crenças, visões de mundo, etc.; numa palavra, para que não interfira no objeto. Ao objeto atribui-se, além de uma relação de exterioridade para com o sujeito, suficiente transparência para que ele possa ser concebido como cognoscível, isto é, passível de apreensão racional ou experimental pelo sujeito do conhecimento. Ao método científico, tomado às vezes, sobretudo por certas vertentes do positivismo, como método único, que se diversificaria somente quanto a aspectos periféricos para melhor dar conta da especificidade dos campos científicos a que estivesse sendo aplicado, mas idêntico a si mesmo no essencial e comum às várias disciplinas científicas, atribui-se não raro o poder de garantir por si mesmo a cientificidade dos conhecimentos produzidos em estrita observância para com ele. À linguagem da ciência, por sua vez, confere-se o atributo de ser purificável, isto é, passível de ser submetida com êxito a um trabalho de demarcação rigorosa do

sentido de seus termos conceituais, trabalho esse capaz de garantir que esses termos possam articular-se uns aos outros em proposições e estas possam articular-se a outras proposições em silogismos, e estes a outros silogismos numa demonstração, tudo isso dentro de uma perspectiva logicamente encadeada, sem desvios ou distorções, de tal modo que a verdade das conclusões seja uma conseqüência lógica da verdade das premissas e do correto encaminhamento dos diversos passos do raciocínio que a elas conduziu. O que se pretende eliminar da linguagem científica, com tais procedimentos, é todo e qualquer traço de contradição e de ambigüidade, amarrando-se, por assim dizer, cada significante incorporado ao arcabouço teórico da ciência em questão àquilo que lhe é atribuído como o *seu* significado, e procurando-se definir com tal precisão cada conceito e termo teórico, que estes se esgotem inteiramente na dimensão de seus significados. Trata-se, em suma, de privilegiar a linguagem do enunciado, e não a da enunciação, como a linguagem própria da ciência. O preço a pagar, dentro desta concepção, é o estancamento da potencialidade de deslizamento significante do discurso. Só que é impossível realizar com suficiente êxito tal estancamento. E isto por razões interiores à natureza mesma da linguagem, como se pode depreender do que vem a seguir.

Volto então àquele ponto nodal que mencionei mais acima como sendo extremamente fecundo para fundamentar teoricamente a impossibilidade da realização plena do ideal de ciência e, por isso mesmo, fecundo também para o fazer científico concreto. Trata-se de algo que já mencionei de passagem, quando abri a questão da possibilidade de os campos do Direito e da Psicanálise afetarem um ao outro, produzindo e recebendo efeitos um do outro. Naquela altura, fiz uma referência ao campo da Psicanálise como sendo instaurado a partir da suposição da falta radical e originária do objeto da pulsão e do objeto do desejo, assim como da falta, também radical e originária, de um significante primordial a partir do qual a ordem simbólica se estruturasse, no qual repousasse e encontrasse o princípio de sua consistência e do qual, em última instância, todo critério de verdade se deduzisse e a ele pudesse ser reduzido. Esse significante, entretanto, não existe, ou melhor, só existe enquanto falta radical que, por definição, jamais pode ser suprida. Por isso, é impossível de direito a qualquer discurso, científico ou não, dar conta da totalidade de seu objeto, na qual está implicado, inclusive, o devir desse objeto. Isso não significa que não se possa conhecer rigorosamente um objeto. Mas entre conhecimento rigoroso e conhecimento absoluto há uma distância intransponível.

Mas por que a falta radical de um significante primordial acarreta necessariamente a inconsistência da ordem da linguagem, da qual deriva a impossibilidade de o discurso, qualquer que seja, dizer a palavra final sobre seu objeto? A causa disso, como ensina Lacan, reside na natureza mesma do significante. Lacan desatrela o significante do significado, invertendo a relação entre ambos, que, desde que Saussure lançara as bases da Lingüística moderna, conferia primazia ao significado. Para Lacan, a primazia é do significante. Mas como ele próprio esclarece, o significante, em si mesmo, não significa absolutamente nada. O significante só significa na referência a outro significante. Daí ter dito Lacan que o mínimo do significante é dois. E na verdade, três, porque no intervalo entre dois significantes, como efeito de significação, é que se presentifica aquilo que ele nomeia como o sujeito, segundo sua conhecida fórmula que define o significante como *aquilo que representa o sujeito para outro significante.* Ora, se significante algum tem um sentido que lhe seja *próprio,* se qualquer possibilidade de sentido, aí, só pode ocorrer à medida que o significante se articula em cadeia com outros significantes, disso resulta que é intrínseca e ineliminável, em qualquer prática linguageira, inclusive no discurso científico por mais purificado de ambigüidades que se pretenda, a incidência de deslizamentos de sentido, que se dão conforme modalidades de que a metáfora e a metonímia são as expressões por excelência. Por mais que se tente amarrar um significante a um significado que tenha a pretensão de esgotar-lhe toda a potencialidade de significância, a inconsistência da ordem simbólica e o caráter de ser vazio de conteúdo, que é inerente a todo significante, fazem incidir ali sentidos novos, inesperados, às vezes desconcertantes, indicando que a verdade, por mais que se

procure demarcá-la e enclausurá-la no interior de uma articulação fechada de significantes, sempre pode estar em outro lugar... No contexto desta articulação teórica, pode ser instrutivo invocar o seguinte ensinamento de Lacan, que é um dos pilares de sustentação de sua tese segundo a qual não existe metalinguagem: *"nenhuma linguagem poderia dizer o verdadeiro sobre o verdadeiro"*[85].

Fui levado a todo um conjunto de digressões sobre a impossibilidade, para mim *de direito*, da realização plena do ideal de ciência (que procurei fundamentar na inconsistência da ordem da linguagem, decorrente desse furo impreenchível que é a inexistência radical de um significante primordial, articulada à condição de ser vazio de qualquer sentido próprio, que, como vimos, é da natureza de todo significante), fui levado a essas digressões, repito, a partir do momento em que enunciei minha recusa de qualquer hipótese que afirmasse a existência de um Direito em si, de uma essência em si mesma verdadeira do Direito. Tais digressões me pareceram necessárias, não somente para situar com certo rigor as principais razões teóricas determinantes daquela recusa, como também porque podem lançar alguma luz sobre questões a serem ainda consideradas neste trabalho. Vou retomar, então, um ou dois pontos concernentes ao estatuto teórico do Direito, que me parecem fecundos na análise de suas possíveis relações com a Psicanálise.

A recusa de uma concepção metafísica do Direito não se faz sem problemas. O mesmo ocorre, aliás, com a afirmação dessa concepção. Crer que há uma essência verdadeira em si mesma do Direito - como que à espera de ser captada em sua inteireza pelo sujeito do conhecimento, seja mediante um trabalho estritamente racional de índole dedutiva, em que as normas do Direito racional, isto é, as chamadas leis de natureza, seriam apreendidas como autênticos corolários a que se acederia pelo raciocínio a partir de princípios auto-evidentes estabelecidos *a priori;* seja captando essa essência na dinâmica da vida social, através da investigação sociológica do fenômeno jurídico; seja buscando-a na exegese dos textos legais -, crer nisso, não deixa de ser confortável. Dá ao estudioso do Direito a impressão de que dispõe de um ponto de partida unitário, simples e seguro (um significante primordial, digamos assim) que garantiria de antemão ao terreno jurídico uma solidez suficientemente confiável para que ele por aí enveredasse sem maiores riscos, ou seja, sem o risco de vir a contradizer o seu ponto de partida. Quanto mais o discurso jurídico caminha nesse sentido, tanto mais conservador de suas premissas vai-se tornando e mais fechado em si mesmo vai ficando.

Toda concepção metafísica do Direito, de inspiração jusnaturalista ou juspositivista, é também, sempre, uma concepção reducionista. Identifica, de saída, o Direito com uma das dimensões que o habitam, ou com um conjunto bastante restrito de dimensões, e exclui todo o resto para fora do campo jurídico. É o que faz, por exemplo, Kelsen, quando, tendo identificado previamente o Direito com o Direito Positivo, demarca o terreno de sua ciência jurídica, identificando-a, em essência, com a descrição das condições de possibilidade de um ordenamento jurídico, de seu escalonamento hierárquico e da forma lógica da norma de Direito. Tudo o que não estiver aí contido é expurgado para fora do terreno jurídico, podendo constituir, quando muito, o objeto de outras disciplinas, como a Sociologia Jurídica, a Filosofia do Direito, etc. A estas caberia como que recolher aquelas sobras. E assim fica erigido um monumental sistema jurídico-formal, possuidor de alto grau de coerência lógica interna, e sem deixar qualquer resto, visto que Kelsen, em conformidade com o seu "princípio metodológico fundamental", já realizou todo um trabalho prévio de depuração com a finalidade de "garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito". O autor acrescenta que pretende, com tais cuidados, "libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos"[86].

[85] LACAN, Jacques. La Science et la Vérité. *IN:* LACAN, Jacques. *Écrits.* Paris: Seuil, 1966, p. 867 (Grifos meus).

[86] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 17.

Pode-se contrapor, aqui, a objeção de que o significado da norma jurídica, por mais que o legislador se empenhe nesse sentido, jamais é unívoco, mas sim plurívoco e equívoco, de modo que a interpretação não reproduz ou descobre o "verdadeiro" sentido da lei, mas *cria* o sentido que mais convém a seu interesse teórico e político. Neste contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete[87]. Pode-se perguntar agora, por oportuno, diante de *que texto* se encontram tanto o jurista quanto o psicanalista. Em ambos os casos, fala-se de uma *interpretação*, com uma conotação de restituição de um sentido oculto, no texto legal ou no discurso do analisando. Essa restituição, esse desvelamento de sentidos ocultos num texto parece estar suposto em qualquer interpretação, jurídica, psicanalítica ou não. É necessário esclarecer, todavia, embora não me seja possível neste trabalho especificar melhor o que a seguir vou afirmar, que o texto ao qual o analista empresta aquilo que FREUD designou como sua "atenção flutuante", não é tanto o discurso que o analisando enuncia expressamente durante a sessão, quanto aquilo que *fura* esse discurso, que o atravessa, que lhe provoca giros de sentido totalmente inesperados e independentes de toda intencionalidade (vale dizer: de toda resistência) que o eu do analisando possa aí ter posto, sentidos que irrompem, por assim dizer, à revelia do analisando, e se presentificam como lapsos, atos falhos, troca de nomes, formações do inconsciente enfim. É este o discurso que efetivamente importa numa sessão de análise, discurso esse onde a *literalidade* da Psicanálise fica evidenciada. Não é sem propósito que LACAN recomenda que esse discurso seja tomado *ao pé da letra:* "Temos sempre que saber aproveitar os equívocos literais"[88].

Recusar uma concepção metafísica do Direito, por outro lado, implica em lançar-se numa certa indeterminação teórica. Perde-se, de saída, a segurança que um ponto de partida unívoco garante pelo menos aparentemente. Mas corre-se, em compensação, menos riscos de reducionismos. Partir do pressuposto de que não há nenhum estatuto epistemológico do Direito em si, objetivamente existente e já dado, no qual se esgotasse, em última instância, todo o âmbito possível da verdade sobre o ser do Direito, pode conduzir à asserção, que já formulei em outro lugar, de que *"o estatuto do Direito não é independente das leituras que sobre ele se façam"*[89]. Tal asserção, se verdadeira, traz inúmeras conseqüências.

Uma dessas conseqüências, das mais importantes, merece ser brevemente considerada aqui. Trata-se da incidência, sobre a noção mesma de *verdade* - no nosso caso, de como essa noção se particulariza no âmbito do Direito -, de um conjunto de efeitos que uma visão plurívoca do que seja o Direito, colocada como premissa do pensamento jusfilosófico, pode proporcionar. A articulação de pontos de partida teóricos complexos e diferenciados com uma concepção pluralista do Direito na sua realidade histórica, tal como se verifica, por exemplo, nesse movimento designado, talvez um tanto impropriamente, como Direito Alternativo, tem rebatimentos na concepção mesma da verdade a que é possível ter acesso por essa via. A diferentes concepções de Direito correspondem diferentes concepções de verdade e, por conseguinte, uma produção de critérios de verdade também diferentes. Para uns, por exemplo, o critério decisivo é o da "objetividade", da "correspondência aos fatos", critério esse que privilegia a verificabilidade empírica e o método que a ela conduz. Para outros, o âmbito da verdade se localiza na dimensão do discurso, sendo verdadeiro o discurso que não comporta contradição de linguagem. "O verdadeiro e o falso são atributos da linguagem, e não das coisas. E onde não houver linguagem, não há nem

[87] Cf. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

[88] LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 17: *O Avesso da Psicanálise*. Op. cit., p. 15.

[89] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Importância do Direito no Brasil de Hoje*. Aula Inaugural dos Cursos da Universidade Federal do Maranhão no ano de 1993. São Luís: EDUFMA, 1993, p. 8.

verdade nem falsidade", diz, por exemplo, Hobbes, e acrescenta: "A verdade consiste na adequada ordenação de nomes em nossas afirmações"[90]. A diversidade de concepções sobre os critérios de verdade não deixa de deslocar um pouco o conceito de verdade de um eixo apenas lógico e teórico. Nessa perspectiva, pode-se dizer que a verdade, no campo do Direito, não é apenas uma questão lógica, teórica e epistemológica. É também uma questão ética e política. Lacan observa, diga-se de passagem, que o termo *verdade,* em todos os seus usos, tem origem jurídica[91].

A noção de *ciência,* por seu turno, depende de todo um conjunto de pressupostos, variando conforme os conteúdos e as articulações desses pressupostos também variem. Ciência, para um positivista lógico, não é o mesmo que para um materialista dialético, ou para um estruturalista, e assim por diante. Conforme o enfoque teórico seja este ou aquele, não apenas a noção de ciência vai mudando, como também se modificam, mesmo que em pequeno grau, noções que lhe são correlatas, como as de conhecimento, método, sujeito, objeto, realidade, verdade, etc. O até aqui exposto permite depreender que o fato de o Direito ser ou não ser uma ciência depende estritamente do que se entenda por ciência e do que se entenda por Direito. Tanto é assim que, no panorama geral do pensamento jurídico, são justamente as correntes de cunho positivista ou neopositivista (isto é, aquelas correntes que mais valorizam o conhecimento científico, considerando-o um conhecimento de ordem superior), tanto em suas vertentes normativistas (que quase sempre reduzem o Direito ao conjunto das normas positivas vigentes), quanto em suas vertentes sociológicas (que o identificam ao fenômeno jurídico e vêem na ciência do Direito uma disciplina destinada a investigar e descrever esse objeto tal qual ele é na realidade), são essas correntes positivistas, enfim, as que mais se empenham na afirmação de que o Direito é uma ciência, embora cada uma tenha uma concepção diferente e mesmo oposta sob vários aspectos, do que seja Direito e do que seja ciência.

O Direito, mais que uma disciplina, pode ser pensado como uma *interdisciplina,* como um foco de convergência interdisciplinar, como "síntese de múltiplas determinações", na conhecida expressão de Marx. Isso não pode deixar de trazer problemas quando se quer demarcar o campo teórico do Direito. Mas problemas também surgem, como vimos, quando se parte de uma concepção unívoca do Direito. O melhor meio de lidar com eles consiste em enfrentá-los.

Vou agora tentar sintetizar, já encaminhando este trabalho a um desfecho provisório, duas ou três questões pertinentes ao estatuto da *Psicanálise,* que possam ser relevantes no contexto das articulações que até aqui venho tecendo.

Em primeiro lugar, convém reafirmar que qualquer inserção interdisciplinar da teoria psicanalítica envolve imensas dificuldades, em razão do estatuto peculiar dessa teoria. Não se trata somente da vigilância epistemológica necessária para evitar os riscos de reducionismo, sempre presentes em toda aproximação interdisciplinar. Trata-se, sim, de diferenças mais profundas. O campo da Psicanálise é o campo da palavra, não em sua dimensão de enunciado, que é a dimensão própria dos discursos científicos e filosóficos, mas em sua dimensão de *enunciação,* onde se manifesta a emergência do sujeito do desejo como efeito inconsciente da cadeia simbólica.

Num outro trabalho, elaborei um conjunto de considerações a partir dessa dimensão de enunciação própria do discurso psicanalítico, articulando-a a questões cruciais no que tange à posição do sujeito, do objeto e da verdade. Retomo aqui uma passagem desse trabalho que me parece elucidativa em relação aos fins, que agora me proponho, de pensar a possibilidade de articular Psicanálise e Direito:

[90] HOBBES, Thomas. *Leviatã* ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974, col. "Os Pensadores", v. XIV, p. 27.

[91] LACAN, Jacques. *O Seminário.* Livro 20: *Mais, Ainda.* Op. cit., p. 123-4.

"Uma ineliminável presença de *subjetividade* é um traço constitutivo da experiência psicanalítica, na indissociabilidade de sua teoria e de sua prática. E não se trata de mero acréscimo acidental: *não pode haver Psicanálise sem sujeito.* Essa presença de subjetividade como fator necessariamente *intrínseco* a seu campo e a sua estrutura é também um importante fator de diferenciação do campo da Psicanálise em relação aos campos das disciplinas científicas e filosóficas. O critério por excelência dessa diferenciação é a *posição do sujeito* definida pelas relações que mantém com a própria *estrutura do discurso,* com a instância da garantia, com seus enunciados, com seu objeto. Com efeito, enquanto nessas disciplinas o sujeito é identificado ao eu consciente e racional, *exterior* por definição à estrutura discursiva por ele produzida - exterioridade essa, aliás, que lhe possibilita 'neutralizar-se' pelo menos o suficiente para ter o controle necessário para garantir 'objetividade' ao seu discurso -, enquanto nessas disciplinas o sujeito é 'cognoscente' e a ele corresponde, mais ou menos simetricamente, um *objeto* referido à realidade e designado como 'cognoscível', sendo que a *verdade* a que se acede no discurso se constitui na relação entre esses termos e tem função de *significado;* enquanto isso, no discurso psicanalítico o sujeito é sujeito do desejo (onde nenhuma 'neutralidade' é possível), sujeito do inconsciente na medida em que *assujeitado* à ordem simbólica inconsciente que lhe é logicamente anterior e o constitui como efeito (e não como causa) de significação, ordem simbólica essa à qual o sujeito é necessariamente *interior* e sobre a qual, por isso mesmo, não possui controle, não podendo, portanto, ocupar o lugar de fundamento. Esse sujeito, tal como a Psicanálise o entende, é um sujeito cindido, clivado, intervalar (seu lócus na estrutura é *entre* significantes) e distinto do *eu,* cuja função, aliás, não é cognoscente, mas a de oferecer *resistência,* de resistir a toda verdade, e de portar um *desconhecimento* fundamental que lhe é constitutivo, um desconhecimento *ativo,* visto que 'a atividade do eu é desconhecer'[92] (...). A 'tomada de consciência' não elimina o desconhecimento. Pelo contrário, *faz parte* dele. A *alienação* é constitutiva do sujeito em Psicanálise e, nessa condição, *ineliminável.* A esse sujeito não corresponde simetricamente nenhum *objeto,* a não ser enquanto *falta radical* de objeto, falta essa que é a própria condição de possibilidade da estruturação do campo psicanalítico"[93].

A questão da *clivagem do sujeito,* da pressuposição de um corte radical e constitutivo entre o *eu* consciente e racional e o *sujeito* inconsciente e desejante, é de uma importância tão crucial, que se pode dizer sem exagero que ela se encontra na fundação da própria possibilidade de inauguração do campo de algo assim como a teoria psicanalítica. E, nessa perspectiva, essa clivagem *(Spaltung)* do sujeito é nuclear no que concerne ao questionamento de toda atribuição de "cientificidade" à Psicanálise, assim como à diferenciação do estatuto teórico da Psicanálise em relação às disciplinas científicas e filosóficas. "Com efeito" - observa DOR -, "não parece muito possível experimentar a interrogação colocada pelo *status* epistemológico da teoria analítica e, em conseqüência, toda a problemática que subentende seu argumento, fora da divisão do sujeito. *Somente essa dimensão crucial da subjetividade permite compreender em que o campo psicanalítico se mostra refratário aos critérios de cientificidade habituais;* em que o discurso analítico se submete radicalmente à autoridade epistemológica familiar e às teorias do conhecimento que essa autoridade requer ou supõe e cujo princípio deve-se até mesmo concordar que ele subverte"[94].

A *verdade* a que se pode aceder no discurso analítico "não é definida mediante nenhum critério de 'objetividade', mas referida intimamente ao *desejo,* e tem função

[92] OGILVIE, Bertrand. *Lacan:* a Formação do Conceito de Sujeito (1932-1949). Trad. de Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988, p. 129.

[93] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Para a Compreensão do Sujeito Jurídico: uma Leitura Transdisciplinar. *IN:* INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. *Seminário Nacional sobre o Uso Alternativo do Direito.* Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1993, p. 23-4 (Os grifos constam do original).

[94] DOR, Joël. *A-Cientificidade da Psicanálise.* Tomo 1: *A Alienação da Psicanálise.* Trad. de Patrícia Chittoni Ramos. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, p. 18-9 (Grifos meus).

de *significante: é promessa de significação* (...). A Psicanálise implica uma posição particular do sujeito em relação ao lugar da verdade. Verdade, em Psicanálise, é a *presença do inconsciente na fala,* que se dá por uma *brecha no discurso* do sujeito. A palavra tem *sempre* uma dimensão de equivocação: 'a verdade surge da equivocação'[95], diz Lacan. (...) Na análise, o que mais importa é que aquilo que está sendo dito pode significar *outra coisa.* Algo do gênero daquilo que Alcibíades enuncia a certa altura do *Banquete,* de Platão: 'A lembrança de uma coisa me faz dizer outra'[96]. O espaço de emergência da verdade do sujeito é também o espaço da *ética da Psicanálise.* Não é um lugar de normatização, mas de *des-organização;* não é algo derivado, e sim algo já presente e constitutivo"[97]. Nesse contexto, pode ser fecundo invocar a afirmação de LACAN segundo a qual "a ética se situa para além do mandamento"[98].

Sendo a referência fundamental da verdade o desejo inconsciente, a verdade em Psicanálise é menos uma questão epistemológica do que uma questão ética. Ela não se presentifica como o resultado de um raciocínio, ou de uma demonstração, mas sim nos lapsos, nos atos falhos, nos sonhos, naquilo que FREUD designou como *formações do inconsciente,* naquilo que escapa ao controle e a toda intencionalidade que o eu possa colocar em sua busca de um conhecimento verdadeiro. Sendo referente à história de um sujeito, a verdade de que aí se trata não é geral e universal, como no conhecimento científico e filosófico, mas uma verdade singular. Esse estatuto singular da verdade, articulado àquilo que, na análise, é da ordem do desejo inconsciente de um sujeito, é um dos critérios pelos quais a Psicanálise se define como *ciência do particular.*

"A concepção psicanalítica de sujeito apresenta profundas diferenças estruturais com relação à concepção que do sujeito costumam ter os discursos científicos e filosóficos. *Não é do mesmo sujeito que se trata.* (...) Essa dimensão de *diferença* não está sendo entendida no sentido de uma *exclusão* de outras concepções de sujeito vigentes em teorias e práticas distintas das da Psicanálise. O fato de a Psicanálise ter operado uma verdadeira subversão na noção de sujeito não implica necessariamente uma *refutação* das noções filosófica, científica e jurídica de sujeito: trata-se de campos teóricos e de experiências diferentes, o que não inviabiliza, porém, a tentativa de estabelecer, com os devidos cuidados, relações entre eles. Mas para isso é preciso entender, como sugere Ogilvie, que a problemática da Psicanálise 'não incide sobre a possibilidade do conhecimento, mas sobre a posição do sujeito com relação a este conhecimento, que, aliás, se elabora prescindindo dele'[99]. A *subversão* da noção de sujeito, operada pela Psicanálise, consiste fundamentalmente no *descentramento do eu* consciente e racional que o pensamento moderno, a partir de Descartes, colocara como a própria sede do mundo psíquico, identificando o psíquico ao consciente. *'Existo onde não penso',* retruca Lacan a tal concepção"[100]. Esse descentramento tem, como um de seus efeitos capitais, a impossibilidade de o sujeito falante operar a linguagem como seu instrumento, como algo que lhe fosse exterior e pudesse ser por ele manipulado sob seu controle e segundo sua intencionalidade. No discurso analítico, o sujeito não é o artífice de sua própria

[95] LACAN, Jacques. *O Seminário.* Livro 1: *Os Escritos Técnicos de Freud* (1953-4). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Trad. de Betty Milan. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986, p. 297.

[96] PLATÃO. *O Banquete,* 215 a.

[97] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Para a Compreensão do Sujeito Jurídico:* uma Leitura Transdisciplinar. Op. cit., p. 24 (Os grifos constam do original).

[98] LACAN, Jacques. *O Seminário.* Livro 7: *A Ética da Psicanálise* (1959-60). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Trad. de Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988, p. 11.

[99] OGILVIE, Bertrand. Op. cit., p. 131.

[100] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Para a Compreensão do Sujeito Jurídico:* uma Leitura Transdisciplinar. Op. cit., p. 24 (Os grifos constam do original).

verdade. Isso decorre da implicação mesma da subjetividade - ou seja, do fato de haver desejo - nas determinações de todo discurso. "Não é por haver sujeito que há verdade, mas, pelo contrário, porque há verdade, há sujeito"[101].

A radicalidade da especificidade do campo psicanalítico, sobretudo no que se refere à posição que aí ocupam o sujeito, o objeto e a noção de verdade, não impede a articulação desse campo com o de disciplinas científicas e filosóficas, articulação essa que constitui aquilo que Lacan nomeia como Psicanálise em extensão. Uma questão importante que a Psicanálise pode colocar aqui é a de saber de que modo se constitui a própria possibilidade de um discurso científico e filosófico, isto é, como se determina um campo de saber. Lacan diz que essa determinação se opera por uma *exclusão*. Por um lado, uma ciência se constitui mediante a exclusão (mediante o *recalque*, no sentido que este termo tem na teoria psicanalítica) do fato de haver uma clivagem constitutiva do sujeito. Supor uma unidade do sujeito é uma condição necessária à instauração do campo de um discurso científico. Por outro lado, o ato mesmo de delimitar o campo de uma disciplina teórica já implica no estabelecimento de uma "cerca", na imposição de uma "clausura", em deixar do lado de fora algo de que essa disciplina nada quer saber, sendo esse *nada-querer-saber* do que foi excluído a condição mesma da constituição daquela disciplina. Vimos mais acima, a propósito, como Kelsen procede exatamente dessa maneira na demarcação que faz do campo do Direito e de sua ciência. Isto lembra a noção psicanalítica do recalcado e de seu retorno. O recalcado é insuprimível, sua insistência é imperecível. Daí a identidade, de que fala Freud, entre o recalcado e seu retorno. O que significa que o que foi excluído para que o campo de uma disciplina teórica pudesse ser constituído, retorna (isto é, nunca deixou de estar aí) no interior mesmo do campo constituído a esse preço. "O inconsciente se impõe à ciência como um fato", diz Lacan[102].

No que tange mais especificamente à articulação da Psicanálise com o Direito, encontramo-la expressamente admitida em várias passagens da obra de Lacan. Ele fala, por exemplo, de conceitos originariamente jurídicos, como o de gozo, que ele próprio introduz, ou os conceitos freudianos de denegação *(Verneinung)* e de forclusão *(Verwerfung)*, que foram mais tarde incorporados ao vocabulário conceitual da Psicanálise, assumindo acepções novas e inesperadas, mas conservando algo de sua conotação jurídica original.

E fala também da possibilidade de relações mais profundas entre os campos dessas duas disciplinas. Encerro o presente trabalho citando uma passagem em que Lacan menciona expressamente essa possibilidade. Ela pode ser encontrada na abertura do *Seminário 17*, proferido, entre os anos de 1969 e 1970, nas dependências de uma Faculdade de Direito, em Paris:

"Naturalmente, não se sabe o que vai acontecer aqui. Não sei se virão estudantes de Direito, mas, na verdade, isto seria capital para a interpretação, (...) pois trata-se este ano de pegar a Psicanálise pelo avesso, e talvez, justamente dar-lhe seu estatuto no sentido chamado *jurídico* do termo. Isto, em todo caso, sempre teve a ver, e no grau mais elevado, com a estrutura do discurso. *Se o Direito não é isso, se não é aí que percebemos como o discurso estrutura o mundo real, onde então será?* É por isto que não estamos aqui pior em nosso lugar do que em outra parte"[103].

Como entender a formulação de que é aí, no âmbito do Direito, que se pode perceber como o discurso estrutura o mundo real, é uma questão muito instigante, mas que terá de ser deixada para outra ocasião...

[101] BADIOU, Alain. *Para uma Nova Teoria do Sujeito:* Conferências Brasileiras. Trad. de Emerson Xavier da Silva e Gilda Sodré. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 43.

[102] LACAN, Jacques. *O Seminário.* Livro 17: *O Avesso da Psicanálise.* Op. cit., p. 85.

[103] Id. Ibid., p. 15 (Grifos meus).

V - DIREITO PARA O SÉCULO XXI

(teses para uma crítica)

Edmundo Lima de Arruda Jr.*

Este texto é fragmentário e talvez seja considerado, ironicamente, um tanto pós-moderno. Lanço seis teses que buscam re-situar alguns problemas teóricos acerca da crise da cultura do Direito, a fim de propiciar uma discussão política com os operadores jurídicos comprometidos com a democracia e com as lutas populares. O caráter por vezes repetitivo deve-se tanto à continuidade entre as teses, como por desejo de enfatizar os pontos por mim considerados importantes. O leitor poderá encontrar algumas dessas teses melhor sistematizadas no meu livro « *Direito e Século XX: Conflito e Ordem na onda neoliberal pós-moderna* ».

PRIMEIRA TESE

VIVEMOS UM NOVO MOMENTO NO UNIVERSO DA RACIONALIDADE JURÍDICA, COM OCORRÊNCIA DE CONSIDERÁVEIS TENTATIVAS DE RUPTURAS NO SEIO DE VELHAS E NOVAS RELIGIOSIDADES CIENTÍFICAS.

A proximidade de um novo milênio (ano 2000) possibilita o retorno de um modo ocidental de pensar os « *fins de siècle* », como sempre, profético e apocalíptico. Precisamente, o livro do Apocalipse indica essa mistura de pavor e esperança, de tempestade e bonança, de guerra e tristeza, paz e felicidade (Kumar, 1997:160). Essa tradição religiosa perpassa a cultura jurídica.

Aproveito essa tese para enfatizar dois movimentos contraditórios que ajudam a entender o renovado contexto de uma velha tradição, a do otimismo e pessimismo extremados presentes nos momentos de drásticas rupturas culturais que caracterizam os momentos de mudança social:

a). Observa-se, no Ocidente, um verdadeiro culto à globalização neoliberal, desconsiderando-se os seus efeitos desastrosos para a maioria dos seres humanos.[104]

* Doutor em Direito pela Universidade de Louvain (Bélgica). *Professor Titular, UFSC. Autor de vários livros, entre os quais a trilogia Direito Moderno e Mudança Social, Direito e Século XXI e Direito, Marxismo e Liberalismo.*

[104]Todavia, parece-me que tal drama têm uma história longa, o que exige mais do que a avaliação de um século, mas do segundo milênio. O alvorecer do século XXI projeta olhares críticos para um largo período histórico, que vai do medievo feudal ao industrialismo que funda a época moderna, com suas três revolucões tecnológicas(a da máquina a vapor, a da energia elétrica e a da informática).

O mercado, reduzido à esfera das trocas econômicas no padrão ideal da acumulação sem precedentes, torna-se o referencial da esfera normativa, seduzindo intelectuais e mídia pós-modernos.

b) Acirra-se, ao invés de superar-se, a oposição entre conhecimento científico-acadêmico, considerado racional, e conhecimento vulgar, o senso comum « irracional ». Mesmo a perspectiva pós-moderna não deixa de ser portadora da fé em uma nova razão, racionalmente construída no plural (razões polifônicas). Einstein talvez tenha percebido a idéia original de Comte visando vulgarizar o positivismo: a fundação de uma Igreja, quando afirmou ser a ciência essencialmente religiosa. Os astrônomos seguem essa tradição, neste espetacular momento cósmico em que ocorre o choque entre galáxias *Antennae*. A filosofia se volta mais uma vez para o mistério da criação, quando ocorre uma revolução nas hipóteses de formação do universo (cosmogonia).

Hoje, mais do que nunca, revelam-se os limites do nosso Deus moderno que, segundo Freud, chama-se Razão e que talvez não seja tão poderoso e só possa realizar uma pequena parte das promessas de seus predecessores (Rossi, 1992:25). Freud, Marx e tantos outros pensadores, não abdicaram do cientificismo do seu tempo (ser científico no século XIX era sinônimo de ser partidário do positivismo, à época uma utopia revolucionária (Löwy, 1994). Ainda hoje em nome da ciência e contra a ciência « tradicional » formam-se « escolas », com intermináveis querelas entre modernos e antigos . Grupos sociais de cunho sindical, partidário, círculos de cunho marxista ou psicanalítico digladiam-se nas arenas doutrinais. O ideal comteano do saber puro não parece afastado do trabalho intelectual.

Concluo esta primeira tese afirmando que a razão jurídica sofre um radical desgaste (crise), seja ela de cunho positivista ou pós-moderna, embora continue sendo regida pelos ditames da acumulação do capital, podendo ser inteligível (ao contrário do que pensam os niilistas *prêt-à-porter*). Contudo, a complexidade da barbárie, se por um lado seduz intelectuais conservadores que a pensam como « crise de modelos », e tentam « resolvê-la » pela via tradicional das apressadas importações de referenciais teóricos sem a devida mediação política (Luhmann é o novo Guru filosófico da vanguarda conservadora no direito), por outro lado, tem aberto uma possibilidade de ação reativa por parte dos cidadãos e operadores do direito comprometidos com as lutas democráticas, possibilidade teórica e política de reflexão sobre as armadilhas filosóficas da onda neoliberal pós-moderna (Arruda, 1997).

Tanto a compreensão das mudanças como a construção de possibilidades de saída da crise parecem exigir a mediação conceitual, a « tarefa impossível » (ARRUDA, 1997:120-125) de apreender, no mesmo fenômeno da globalização neoliberal, tanto o seu lado sombrio como suas potencialidades reconstrutivas, pois não é ilegítimo e descabido pensar-se um projeto de sociedade planetária unificada por uma cultura mundial mais democrática (Gorender, 1997:13).

SEGUNDA TESE

ESTAMOS ATESTANDO NA SEARA JURÍDICA UM CURIOSO MOVIMENTO PENDULAR DA DIREITA À ESQUERDA, DE REFORÇO DA RAZÃO CÍNICA.

Os juristas tradicionais encontram-se nos umbrais de um novo milênio, mas seus universos conceituais ainda estão acorrentados a duas tradições representativas do idealismo jurídico:

1ª) a tradição do cientificismo positivista;

2ª) a tradição jusnaturalista de certo pluralismo jurídico. Ela tem como base certo historicismo romântico antimoderno. Mesmo juristas progressistas limitam-se a uma crítica genérica ao direito positivo como se este fosse a expressão absoluta, no plano prático, da filosofia positivista. A forma moderna do direito, o direito positivo, estaria « esgotado », condenado a tecnificismo opressivo (razão instrumental). Deste diagnóstico abusivo da modernidade afirma-se um prognóstico de forte caráter preditivo, a da emergência de um « novo direito » conseqüente às necessidades do povo e dos oprimidos. Estes seriam os portadores de uma « *racionalidade alternativa* » ao « direito burguês » (Wolkmer, 1994).

Mas volto ao tema da perplexidade com as mudanças neste final de século que tanto fascina os intelectuais liberais neo-conservadores. Ela é resultante da gravidade da crise que atinge os juristas porquanto atinge o ideário liberal, base da formação jurídica tradicional. De um lado, encontram-se os intelectuais fascinados com o processo de globalização neoliberal de Fernando II, ou dele relativamente críticos, com abstração crônicas aos dados flagrantes da bárbara acumulação. Por outro lado, reforça-se um setor de esquerda doutrinária tendente ao irracionalismo na definição do estatuto do jurídico no projeto moderno (com conseqüências importantes, como veremos), negando os aspectos construtivos da tradição liberal, qual pode servir, na conjuntura da nova barbárie, como arma contra o projeto neoliberal. Eis alguns exemplos de tais tendências:

a) A idéia de um *direito novo,* essencialmente *anti-estatal,* concebido (de forma antidialética e pós-moderna) como uma causalidade face ao « esgotamento » do « *paradigma estatista* ».

b) A idéia de luta armada como « necessidade revolucionária » (*guerra de movimento*) da democracia, ignorando-se os trágicos experimentos dos socialismos reais...

O novo surto de irracionalismo também atinge o direito, caracterizando-se por um estranho amálgama de uma ***pós-modernidade pré-moderna*** e de uma ***pós-modernidade ultra-moderna***. A primeira (***pós-modernidade pré-moderna***) faz constante apelo ao romantismo de organização sociojurídica comunitária, negando o processo de industrialização e sua irrecorrível complexidade em termos de organização social. Em última instância, o pluralismo jurídico, ao menos o de base antropológica pós-moderna não fornece um modelo radical de sociedade fora do mercado. Ora, o mercado é histórico, embora apresente muitas configurações, tendo existido antes do capitalismo e podendo sobreviver ao mesmo. Mantido o ***paradigma indústria*** o pluralismo mais progressista distancia-se do modelo pós-moderno aproximando-se do espectro moderno, dentro do qual a garantia do plural não existe fora do singular Direito moderno.

A segunda corrente (***pós-modernidade ultra moderna***) costuma elidir a base material de emergência do cidadão pós-moderno (a « computomia » e a « sinergia »), limitando-se a festejar ou a negar o impacto dos avanços tecnológicos no quotidiano e nas narrativas locais. , Olvidam a alienação e a emancipação nesse processo social. Em outras palavras, tal tendência perde de vista o potencial do conhecimento técnico como arma da razão e da liberdade, condenando-o ao sentido negativo e negativo da violência.

A técnica é uma via de mão dupla, podendo levar tanto à razão meramente instrumental como à liberdade e ao progresso. A modernidade não se esgota no processo de modernização econômica e industrial. A modernidade tem implicações com outras esferas da vida, por exemplo, com a modernização cultural, o que não tem ocorrido sob a hegemonia do «*homo economicus*» caracterizador do mercado capitalista.

ESTÃO ABERTAS NOVAS POSSIBILIDADES PARA A CONSTRUÇÃO DE OUTRAS SOLIDARIEDADES, NEGATIVAS DO TEMPO DA BARBÁRIE NEOLIBERAL. TAIS POSSIBILIDADES PARECEM DECORRER DO CARÁTER EXCLUDENTE DO PROJETO DE « ESTADO-MÍNIMO », MAS TAMBÉM DE AÇÕES DEMOCRÁTICAS POR PARTE DAS ESQUERDAS, SUPERANDO CERTA VISÃO DOGMÁTICA DO REAL (MARXISMO ORTODOXO) OU CERTO NAMORO COM OS DOGMAS PÓS-MODERNOS.

A globalização neoliberal não é a única possível, mas uma entre outras em curso. A esse pluralismo de globalizações subjazem processos históricos de expansão do capitalismo em escala mundial. O neoliberalismo é a ponta do *iceberg* da exploração do homem sobre o homem. Ele não apresenta progresso para a humanidade, do ponto de vista democrático. Ele é reacionário e reproduz a morte e a infelicidade. Esta globalização não pode se globalizar porque é seletiva, integra somente os grupos favoritos dos setores medianos, ao preço da desintegração do projeto de cidadania. Ela também atualiza e explicita a clássica questão social imanente ao modo de produção capitalista, na medida em que reproduz as velhas (e cria novas) formas de exclusão. As « integrações locais » que tanto seduzem os apologistas do Mercosul, por exemplo, escondem que os « *blocos surgem em torno de megapotências econômicas, que têm poder de arrasto enorme* » (Dowbor, 1997:100).

O *Estado-Mínimo* é ao mesmo tempo uma ficção e uma realidade. É uma ficção porque os governos neoliberais são profundamente estatistas e intervencionistas; a prova disto está nas crescentes atribuições dos Estados Nacionais, no que se refere à jurisdição territorial, à cobrança de tributos e à emissão de moeda. « *Sem o poder legitimador e coercitivo do Estado não haveria sequer como explicar a própria existência do capital financeiro*» (Gorender, 1997:80).

O « *Estado-Mínimo* » é uma realidade porque há hoje uma tendência contrária à ampliação institucional das lutas dos trabalhadores (plano das conquistas de cidadania nas leis). As políticas neoliberais também se sustentam fortemente no que poderíamos chamar de *Estado-mídia*, fonte de produção eficaz de « opinião pública » e de desarticulação continuada das lutas sociais. Por exemplo, Fernando II despendeu quase meio bilhão de dólares em publicidade no ano de 1997. Não existe um estado neoliberal pelo simples fato de que ele é um anti-Estado.

O conhecido *Paradoxo Global* (Naisbitt) expressa a *razão cínica*. Não há contradição entre globalização e multiplicação de nações (estimadas em trezentas para a próxima década). O mundo se tribaliza como fruto de modernizações profundamente antimodernas ou pré-modernas, fazendo emergir odiosos conflitos entre etnias, religiões e nacionalidades.

Como síntese desta terceira tese, afirmo que ao lado deste tempo de barbárie global também está colocada a possibilidade de uma radical problematização alternativa para a democracia, hoje tão ameaçada. Descortina-se uma outra globalização: a mundialização da cidadania, luta na qual os juristas estão convidados a participar. Para tal parece estar colocada a superação da esquerda leninista, doutrinal e autoritária, e a valorização da democracia de maneira não instrumentalizada à classe proletária tomada como « classe universal », como veremos na quinta tese.

O GRANDE DESAFIO PARA O PRÓXIMO SÉCULO RESIDE NA BUSCA DE SÍNTESES ENTRE O PARTICULARISMO E O UNIVERSALISMO. O ESTADO E O DIREITO CONSTITUEM, AINDA, A BASE DA RACIONALIDADE NORMATIVA DA DEMOCRACIA, NUMA CONJUNTURA ADVERSA DE DILAPIDAÇÃO DE VALORES UNIVERSAIS DURAMENTE CONQUISTADOS NA HISTÓRIA POR PARTE DAS LUTAS POPULARES.

O direito para o século XXI não parece tender para um universalismo abstrato, de cunho individualista, burguês e conservador, nem tampouco para um direito pós-moderno, no qual as minorias teriam um *status* privilegiado. Certamente deverá ter características supraclasses sociais no que diz respeito aos novos direitos (direito do consumidor, direito ambiental, direitos fundamentais, direitos transindividuais), mas esta condição demanda uma maior institucionalização da democracia, o que pressupõe reformas estruturais que minimizem o antagonismo básico, entre classes sociais, hoje exacerbado com o neoliberalismo.

Num tempo em que os particularismos emergem com a dissolução dos núcleos normativos do Estado Nacional, a « ocidentalização do mundo » tem incrementado o que certo autor denomina como o « planeta dos naufragados » (Latouche, 1991). Surge então a questão: como compatibilizar o local e o global, o particular e o universal? A clássica construção liberal sociedade civil/sociedade política deve ser reconstruída. Para superar a ditadura do consenso (ou da maioria), ultrapassando uma concepção utilitarista da representação, torna-se necessária tanto a invenção (tardia) do espaço público estatal (que o nosso patrimonialismo crônico jamais permitiu) como a construção de espaços públicos não estatais, articulando-os.

O Estado é ampliado, vaticinou Gramsci, há sessenta anos. O espaço público não se cinge ao econômico (mercado), nem tampouco ao aparato burocrático (estado no sentido restrito). O espaço público é o espaço da circulação da cultura e do debate democrático. Somente certa esquerda positivista poderia julgar de forma genérica, por exemplo, as ONGs como braços do Capital, considerando-as despolitizadoras dos movimentos sociais tradicionais (partidários e sindicais). A direita ganha o jogo e a questão parece ser de outra ordem: como isso é permitido? como permitimos que isso aconteça?

Equiparar todos à qualidade de sujeitos de direitos (Almeida, 1997:114) é um princípio do garantismo jurídico, sob a condição de uma irrenunciável compatibilização das regras do jogo mínimas a serem universalizadas, de maneira a permitir um grau razoável de convivência plural com o reconhecimento jurídico do pluralismo político, social, étnico, religioso etc., num mesmo território. O Estado deve ser repensado como centralidade sintética das três dimensões da globalidade: central, local e global. Esse é o estatuto de um estado histórico que se aproxime do princípio constante da racionalidade normativa esboçada na Ilustração, a ser redefinida e atualizada.

O PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO É MARCADO POR MOVIMENTOS CONTRADITÓRIOS, NÃO LINEARES NEM PROGRESSIVOS DE RACIONALIDADE JURÍDICA MODERNA. A AFIRMAÇÃO DE TAL RACIONALIDADE PARECE-ME EXIGIR A SUPERAÇÃO DOS CORPORATIVISMOS E A ASSUNÇÃO DA DEMOCRACIA DE FORMA NÃO INSTRUMENTAL, MAS COMO VALOR UNIVERSAL.

O processo de racionalização do direito dá-se de maneira multicausal, por fatores internos e externos aos operadores e instituições jurídicas. Assim como o direito natural foi fator importante na produção do direito moderno, de igual maneira as iniciativas práticas e teóricas do Direito Alternativo, do Direito Achado na Rua, do Direito Insurgente, entre outras iniciativas, constituem exemplos de vetores internos de racionalização do direito, podendo contribuir para a redefinição do sentido da racionalidade jurídica.

Assim sendo, a configuração geral da instância jurídica resulta dos grandes lances políticos e econômicos que abalam os pilares da cultura liberal-legal, base da formação jurídica.

Por outro lado, as práticas jurídicas também proporcionam mudanças no direito, tanto no sentido conservador como progressista. No sentido democrático tais ações reconstrutivas da racionalidade jurídica podem enfrentar óbices da cultura patrimonialista que perpassa a ossatura das esferas de poder tradicionais, como os cursos jurídicos, o Poder Judiciário, entre outras.

Tal processo é complexo e mesmo contraditório. A título exemplificativo temos a questão da reforma do Poder Judiciário, que evidencia forte corporativismo quando se cogita sobre a necessidade de controle externo. Outro exemplo reside na dificuldade de diálogo entre diferentes corporações jurídicas: Magistratura e Ministério Público, Procuradorias, etc.

Nas hostes progressistas encontram-se ainda uma militância marxista-leninista que compreende a democracia como significante adjetivado (democracia « burguesa », direito « burguês », democracia « proletária »), despotencializando-a de seus conteúdos emancipatórios mais universalizantes.

Os operadores do direito estarão menos preparados para o próximo século se não superarem alguns preconceitos, base dos seus corporativismos acima referidos, tais quais:

1) considerar a crítica como substituição/destruição do seu mundo. A crítica zela por princípios modernos para um direito emancipatório e não-alienante;

2) considerar-se parte de uma classe média sem identidade com as lutas mais amplas dos trabalhadores;

3) Não ultrapassar os limites da luta institucional corporativa.

UMA DAS SAÍDAS PARA A CRISE DA RACIONALIDADE JURÍDICA (DIREITO VIGENTE) PASSA PELA CONSIDERAÇÃO NÃO ONTOLÓGICA DOS GRANDES MODELOS E PELAS VISÕES RECONSTRUTIVISTAS NO DIREITO.

O ecumenismo da teologia da libertação e o socialismo democrático não estão mortos e indicam possibilidades boas de reapropriação de novos sentidos do senso comum. A sociedade global neoliberal é tanatos. A sociedade da cidadania mundializada é a aposta na vida, pois é luta por maiores graus de liberdade e igualdade, ideais fusionados e redefinidos. A liberdade restrita ao mercado capitalista e a igualdade limitada à ditadura homogeneizante dos socialismos reais deformam as subjetividades.

Os teóricos da sociedade pós-industrial, passando pela escola da informação (Daniel Bell), pela escola pós-fordista e pela escola pós-moderna, não podem ser desconsiderados, mesmo que seus argumentos teóricos e políticos nem sempre se sustentem. De alguma forma, todos cunham um mundo em profunda transformação.

O mito da informação que liberta o homem não deve ser abandonado, mesmo que pareça imbecil a idéia de uma « *ágora* eletrônica ». A fragmentação na organização do trabalho decorrente em grande medida da « *acumulação flexível* » (Harvey, 1987: 135-184) não parece permitir às lideranças intelectuais, estejam elas nas academias ou nos movimentos sociais, a aceitação dos discursos de contemplação comuns às análises pós-modernas. Partidos políticos e sindicatos é que devem sofrer um processo de redefinição de pautas, atualizando seus discursos. A unidade da classe trabalhadora é uma abstração, somente obtida no plano mental. No mundo real a classe trabalhadora torna-se plural, altamente diferenciada, segmentando ainda mais um mercado de trabalho cada vez mais informalizado e sob os efeitos de um exército de reserva sem precedentes.

Da mesma maneira, o niilismo pós-moderno talvez não seja somente uma contemplação da barbárie e uma exaltação ao hedonismo consumista pequeno-burguês e individualista. Também traz uma radical crítica à teologia da razão moderna messiânica e salvadora, necessária e causal na evolução em direção ao paraíso do progresso inquestionável da humanidade.

Todas essas três tendências: sociedade da informação, sociedade pós-fordista e sociedade pós-moderna, não são meras referências acadêmicas, estão enraizadas no nosso mundo da vida. Desconsiderá-las implica em obstaculizar uma interlocução política e teórica importante para compreender os dilemas de nosso tempo.

Essas visões inconformadas são, ainda, herdeiras do Iluminismo, embora este, desta vez seja menos pretensioso com a razão técnica, aprisionada nas modernizações do século XIX e XX, e mais realista, seguindo a trilha de Weber e Nietzsche. A razão não é mais do que uma pluralidade de razões, ou razões polifônicas. Temos hoje Habermas, Harvey, Jameson, Rorty, Vatimmo, entre outros que constituem alternativas críticas sem cair em visões totalizantes ou fatalismos de quaisquer espécies. Talvez o homem esteja tentando rastejar para fora de sua minoridade. Este homem também pode ser o jurista.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Lúcio Flávio. O Estado em questão: reordenamento do poder. In: GADELHA, Regina Maria A. Fonseca (org). *Globalização, metropolização e políticas neoliberais*. São Paulo. Ed. Educ, 1997.

ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARRUDA, Edmundo Lima Jr. *Direito e Século XXI. Conflito e Ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro: Luam. 1997.

___. *Direito Moderno e Mudança Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DOWBOR, Ladislau. Reordenamento do poder e políticas neoliberais. In: GADELHA, Regina Maria A. Fonseca (Org) *Globalização, metropolização e políticas neoliberais*. São Paulo: Ed. Educ, 1997.

GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados Nacionais diante do processo de globalização. In: GADELHA, Regina Maria A. Fonseca (Org). *Globalização, metropolização e políticas neoliberais*. São Paulo: Ed. Educ, 1997.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-Industrial à sociedade pós-moderna. Novas Teorias sobre o Mundo Contemporâneo*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1997.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Ed. Loyola, 1989.

LATOUCHE, Serge, *La planète des naufragés. Essai sur l'après-développement*. Paris: La Decouvert, 1991.

LÖWY, Michael. *As Aventuras de Marx contra o Barão de Münchhhausen: Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Trad. Juarez Guimarães, Suzzanne Felice Léwy. São Pulo: Busca Vida, 1987.

___. *De Karl Marx a Emiliano Zapata. La critique marxiste du progrés e l'enjeu actuel des mouvements sociaux*. Congrès Marx International. Paris: 1995. mimeo.

ROSSI, Paolo. *A ciência e a filosofia dos modernos*. Trad. Álvaro Lorencini. Ed. da Unesp. 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamento para uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

VI - DIREITOS, PODER LOCAL E NOVOS SUJEITOS SOCIAIS

Antonio Carlos Wolkmer*

INTRODUÇÃO

Ao encaminhar-se para o final de um milênio, as profundas mudanças socioeconômicas e as significativas transformações científico-tecnológicas projetam uma realidade mundial e um período histórico cada vez mais diversificado, fragmentado e globalizado. A lógica de desenvolvimento que norteou a cultura da modernidade, sustentando durante séculos os modelos de conhecimento, de organização societária e de racionalidade dominantes não consegue mais responder satisfatoriamente às inquietações, necessidades e demandas da espécie humana. Antigas utopias de fundamentação e legitimação desmoronam-se, tornando-se incapazes de oferecer diretrizes e padrões normativos seguros e abrindo espaço para serem redefinidos os marcos epistemológicos e metodológicos que possibilitam viabilizar o paradigma de uma nova organização social e de um novo modo de produção da vida material. A exigência de discutir e buscar um "novo modo de vida"[105] estimula e introduz a incursão obrigatória por novas fórmulas de regulamentação e novas práticas políticas. Destaca-se, assim, o delineamento necessário de uma nova forma de conceber a relação entre Direito e Sociedade, Sociedade e Estado. A reinscrição do emergente privilegiará não mais com exclusividade o Estado ou o Direito, mas agora a Sociedade Civil enquanto novo espaço público de efetivação democrática. Em sua potencialidade mobilizadora, a nova esfera pública traz para o cenário institucional novos valores culturais, novas formas de práticas políticas e jurídicas, colocando em jogo, fundamentalmente, novos atores sociais. Por certo, uma correta discussão paradigmática nesta virada de século, envolvendo Direito e Sociedade, de um lado, não pode deixar de apontar as insuficiências do sistema jurídico identificado ao Estado Moderno para captar o universo complexo das demandas insurgentes e para transpor a crise de eficácia na administração e na aplicação da justiça; de outro, todo e qualquer projeto de juridicidade

* Professor titular nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Filosofia do Direito e da Política. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). Autor de diversos livros, dentre os quais: *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 2ª ed. SP: Acadêmica, 1995; *Ideologia, Estado e Direito*. 2ª ed. SP: Rev. dos Tribunais, 1995; Pluralismo Jurídico - *Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. 2ª ed. SP: Alfa Omega, 1997.

[105] Reproduziu-se aqui a expressão "novo modo de vida" no sentido político, social e cultural desenvolvida e utilizada por Tarso F. Genro, em seus dois textos: "Socialismo e Novo Modo de Vida". In: *Humanidades em Revista*. Ijuí: Unijuí, nº 1, 1995. p. 15; ___. "O Novo Espaço Público". *Folha de São Paulo*. Caderno MAIS. 09.06.96. p. 3.

não pode ser redefinido senão enquanto processo resultante do novo espaço público, fundado numa "descentralização democrática", na "participação comunitária", no "poder local", nos "novos sujeitos históricos" e nos "direitos enquanto necessidades". É o que se pretende refletir a seguir.

1 - SOCIEDADE CIVIL, DEMOCRACIA E PROCESSO PARTICIPATIVO

Não há dúvida que presentemente a problematização das rupturas paradigmáticas na esfera do político e do jurídico, marcadas por novos sujeitos sociais[106], torna imperioso recuperar a noção. Nesse sentido, há de se conceber a Sociedade Civil como o complexo autônomo de estruturas político-sociais que intermedeiam ações dos indivíduos ou grupos com as formas organizadas e institucionalizadas de poder. Além de ser o espaço de articulação dos atores sociais, de manifestação de segmentos associativos e de explicitação da comunicação pública, a sociedade civil revela-se o lócus de interação entre o Estado e o Mercado. A Sociedade Civil assume uma função política que não está relacionada "à conquista e ao controle do poder, mas à geração de influência na esfera pública cultural"[107]. Naturalmente, a dimensão política da Sociedade Civil não se restringe à contestação ou à resistência de seus agentes formadores. Mais do que se contrapor ao Estado e ao Mercado, ou de ser encarada como um conjunto não-estático de instituições, pode-se e deve-se vê-la "também ativamente, como o contexto e o produto de atores coletivos que se autoconstituem"[108]. Descarta-se, desse modo, a concepção de sociedade civil vinculado tanto a sujeitos abstratos de direitos introduzidos pela ordem sociopolítica liberal-democrática, quanto dos sujeitos aparentemente dinâmicos e participativos engendrados por políticas distributivistas do Estado do Bem-Estar, mediante medidas cooptativas e clientelísticas. Daí a necessidade de ser redefinida a Sociedade Civil como espaço público pulverizado pela legitimação de novos sujeitos sociais que, em permanente exercício de alteridade, implementam suas necessidades fundamentais e habilitam-se como instâncias produtoras de um Direito Comunitário. Nestes termos, Sociedade Civil enquanto espaço público comunitário, através de organizações representativas, dos novos movimentos sociais e dos múltiplos corpos intermediários, está chamada a co-gerir seu destino. No bojo da pluralidade de interações das formas de vida, empregar processos comunitários significa adotar estratégias de ação transformadora vinculadas a participação consciente e ativa de novos atores sociais. Significa ver em cada essência humana (individual e coletiva) um ser capaz de agir de forma solidária, responsável e ética, abrindo mão do imobilismo passivo e do beneficiamento individualista comprometido. De todo modo, tem razão Montoro, quando aponta duas vias para reali-

[106] Tais "novos sujeitos sociais" estão situados "como identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesse e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora, participativa e igualitária." In: WOLKMER, Antonio C. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. 2ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997. p. 214.

[107] VIEIRA, Lizst. "Sociedade Civil e Espaço Global". In: *São Paulo em Perspectiva*. SP: Seade, n. 4, out/dez 1996, p. 108.

[108] Idem, ibidem. Observar também: ARATO, Andrew e COHEN, Jean. "Sociedade Civil e Teoria Social". In: AVRITZER, Leonado (coord.). *Sociedade Civil e Democratização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 149-182; COSTA, Sergio. "Esfera Pública, Redescoberta da Sociedade Civil e Movimentos Sociais no Brasil". In: *Novos Estudos*. SP: Cebrap, n. 38, mar. 94, p. 38-52.

zar as transformações de sentido comunitário: primeiramente, "pela adoção de processos comunitários e de participação. Segundo, pela defesa e fortalecimento das comunidades intermédias em todos os níveis de vida social."[109]

A toda essa retomada da idéia-força da alternativa comunitária, segue-se um amplo complexo de exigências e interações em torno de uma política democrática fundada em processos de "descentralização dos espaços", "participação de base", "controle comunitário", "poder local" e transformação pela ação de novos sujeitos sociais.

Explicita-se que a construção de uma sociedade democrática alicerçada nas necessidades das identidades coletivas locais não só depende da participação integral de uma cidadania consciente e atuante, como ainda tem sua condição prévia nos marcos de descentralização político-administrativa e na redistribuição racional de recursos, competências e funções. Na verdade, cabe associar o processo de descentralização com a administração democratizante da Sociedade, do Estado e da cultura, bem como do deslocamento flexível de funções e o fortalecimento das múltiplas formas autônomas de gestão local, distrital ou municipal.[110] A implementação e o alargamento da sociedade democrática descentralizadora só se completa com a efetiva gestão e com o controle descentralizado por parte das associações voluntárias, dos movimentos sociais, grupos comunitários e das redes de organizações representativas. Na medida em que a democracia burguesa formal e o sistema convencional de representação (partidos políticos) envelhecem e não conseguem absorver e canalizar as demandas sociais, criam-se as condições da participação para identidades coletivas insurgentes. Assim, as reivindicações e as lutas políticas por direitos às necessidades essenciais passam ao largo dos partidos políticos e dos sindicatos, afluindo para uma pluralidade de espaços públicos participativos. Não se trata mais de sujeitos de uma "cidadania regulada" e presos à formalidade do voto delegativo, mas de "sujeitos em relação", numa dinâmica de alteridade com o outro, com a comunidade e com o poder político, objetivando a solução de seus problemas, de suas carências e do reconhecimento de seus direitos. Por isso, cabe substituir sujeitos destituídos de poder pelo subterfúgio da "delegação" e da "representação" por sujeitos individuais e coletivos com poder de ação e decisão, capazes de, no pleno exercício da cidadania, exercer mecanismos de controle democrático sobre o Estado ou sobre qualquer outra forma de poder instituído.[111] Certamente é nuclear que a participação advenha mediante um processo permanente de interação entre os novos atores e o sistema social. Desse modo, impõe-se criar, desenvolver e dar efetividade a mecanismos democráticos de participação comunitária nas esferas do Legislativo (iniciativa legislativa popular, plebiscito, referendum, comissões de consultoria, representação de minorias etc.), do Executivo (planejamento popular, orçamento participativo, participação na administração des-

[109] FRANCO MONTORO, André. "Liberdade, Participação, Comunidade". Comunicação apresentada no II Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social, promovido pelo Instituto Brasileiro de Filosofia, realizado na USP, 1/5 de set. 1986. p. 6-7.

[110] Cf. JACOBI, Pedro. "Descentralização Municipal e Participação dos Cidadãos: apontamentos para o debate". In: *Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, maio 90(20):129-141; VILLASANTE, Tomás R. *Comunidades Locales. Analisis, Movimientos Sociales y Alternatwas*. Madrid: Inst. Estudios Adm. Local, 1984. p.240. Sobre a descentralização, consultar ainda: NUNES, Edson. "Poder Local, Descentralização e Democratização: um encontro difícil". In: *São Paulo em Perspectiva*. SP: Seade, n° 3, jul-set/1996. p. 32-39; SPINK, Peter. "Descentralização: Luto ou Luta?". In: Fischer, Tânia (org.). *Poder Local, Governo e Cidadania*. RJ: FGV, 1993, p. 65-88.

[111] Cf. TRAGTEMBERG, Maurício, MARTINS, Carlos E., QUIRINO, Célia G., MOISÉS, José A. "Regime Político e Mudança Social: Comentários". *Revista de Cultura e Política*. Rio de Janeiro: CEDEC/Paz e Terra, (03):27-46, nov/jan 1981. Sobre a temática da "participação", examinar: MOISÉS, José Alvaro. *Cidadania e Participação*. São Paulo: Marco Zero, 1990. p. 15-33; BAGOLINI, Luigi. *O Trabalho na Democracia*. Brasília: UnB, 1981. p. 73-97; FIGUEROLA, Francisco José. *Teoria de la democracia social*. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 314-80; VILLASANTE, Tomas R. *Las Democracias Participativas*. Madrid: Hoac, 1995.

centralizada etc.) e do Judiciário (tribunais distritais de habitação e de consumidores, centros de justiça do bairro, comitês de conciliação e mediação, comissões de arbitragem, juizados especiais, juizes eleitos etc.).[112]

Todas essas medidas atingem pleno significado se o espaço público comunitário alcança, em diferentes níveis, formas de democracia participativa de base. Quando se pensa num novo paradigma de fazer política, não se está abandonando ou excluindo inteiramente a democracia representativa burguesa e suas limitadas, combalidas e insuficientes regras institucionais formais (como partidos políticos, regras da maioria, proporcionalidade, votos etc.), mas sim avançando e ampliando o processo mediante formas de democracia direta (participação orçamentária, gestão compartida e sistema de conselhos) capazes de conviver com certos institutos positivos da democracia por delegação. A convergência dos processos democráticos tem de levar em conta, sobretudo, a participação, o controle e a representação vinculante dos interesses de todos os setores da sociedade, em nível local, quer seja sob a experiência de sujeitos individuais, quer seja sob a expressão de sujeitos coletivos.

Certamente, a utilização de "certas condições" e "certas práticas" favorece a implementação e a consolidação dos liames que moldam a democracia participativa. Por conseqüência, não só importa considerar as pré-condições de que fala McPherson acerca da "mudança da consciência do homem consumidor", da "diminuição da desigualdade social e econômica" e do "aumento da participação política"[113], como também colocar em prática determinados "exercícios democráticos" vivenciados historicamente e lembrados por Pedro Demo, sobre as "possibilidades de deposição", "pressão de contas", "remuneração dos administradores ou servidores do Estado igual à dos trabalhadores" e "rodízio no poder".[114]

Considerando que as necessidades das múltiplas formas de vida cotidiana estão sendo plenamente colocadas numa continuidade acelerada, as regras do jogo da democracia formal acabaram envelhecendo e tornando-se ineficazes, sobretudo, quando fundadas nos desdobramentos do poder econômico transnacional, da manipulação da mídia globalizada e da imposição político-cultural engendrada por figuras ou símbolos personalizados. Diante disso, têm adquirido maior legitimidade as práticas democráticas em articulação contínua, refletindo os interesses e os conflitos das diversas forças sociais do cotidiano local. Observa-se em Villasante que a democracia participativa "não se fixa tanto em número de votos, mas na capacidade de determinados setores sociais para organizar a expressão de suas necessidades, mediante uma intervenção direta e contínua na opinião pública".[115]

Trata-se de uma prática política marcada pela fluidez e porosidade, porque, estando permanentemente em mudança, aglutina em volta das questões específicas e "em momento concreto, os interesses que são sentidos pela comunidade".[116] Tendo assim apreciado a relevância de um "modo de vida", tipificado hegemonicamente por pro-

[112] Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma Nova Cultura*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997. p. 227-230. Vide Também: DALLARI, Dalmo de Abreu et alii. "Mecanismos de Participação Popular no Governo". Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte. São Paulo: OAB/Depto. Editorial, 1988, p. 193-5; SANTOS, Boaventura de Souza et alii. *A participação popular na administração da justiça*. Lisboa: Livros Horizontes, 1982. p. 84-7.

[113] MACPHERSON, C.B. *A democracia liberal. Origens e Evolução*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 102-3.

[114] DEMO, Pedro. *Participação é Conquista*. São Paulo: Cortez/Autores Associados, 1988. p. 114.

[115] VILLASANTE, Tomás R. Op. cit., p. 221-3.

[116] Idem. Ibidem. p. 222.

cessos comunitários, democráticos e participativos, constata-se a premência em diagnosticar criticamente o presente cenário nacional e mundial, objetivando justificar a emergência histórica de novos atores sociais capazes não só de legitimar novas práticas de juridicidade, mas, mormente, sujeitos com força de pressão, tanto para defender direitos fundamentais, quanto para desencadear práticas de resistência à desregulamentação e à desconstitucionalização da vida.

2 - GLOBALIZAÇÃO, CRISE DO ESTADO MODERNO E PODER LOCAL

Nessa reordenação do espaço público, definido e orientado pela insurgência de novos atores sociais, legitimadores de fontes inovadoras de juridicidade e de resistência à violação dos direitos, a dinâmica do "modo de vida", passando por um processo de descentralização democrática, participação na tomada de decisões e controle comunitário, alcança um momento significativo com a prática e a efetividade do "poder local".

Por certo, torna-se necessária toda uma recuperação da esfera comunitária e uma redimensionalidade consciente do poder local para contrapor-se à crise e às novas formas de colonização apresentadas pela sociedade globalizada neste final de século XX. Processos de vida e de produção material, atravessados por contradições e perplexidades advindas da mundialização do modo de produzir, viver e dominar, expressam complexidades e exclusões futuras. Isso na explicação de Carlos A. Birfeld, deve-se a "que o sistema de produção e consumo se transnacionaliza; o capital privado acumula-se em níveis extraordinários, o Estado-Nação tradicional apresenta-se debilitado, perde para imensos conglomerados privados grande parte da iniciativa estratégica e tem redefinidas suas funções; (...) acaba a guerra fria e o antagonismo leste-oeste; o neoliberalismo apresenta-se como única solução vencedora de uma história que diz ter chegado ao fim, no mais contundente conjunto de mega-transformações das estruturas produtivas terrestres (...)."[117]

Repensar um novo "modo de vida", constituído por sujeitos sociais legitimadores de novas práticas, práticas que envolvem criação, resistência e efetivação de juridicidade, implica ter consciência e entrar contra imposições padronizadas que caracterizam a sociedade mundial neste final de milênio, como o enfraquecimento dos Estados-nacionais, a supremacia selvagem do mercado, a panacéia da globalização e a hegemonia ideológica do neoliberalismo. Numa breve menção, recorrendo à análise de Octávio Ianni, entende-se globalização como "a intensificação das relações sociais em escala mundial (...) uma realidade em processo, que (...) atinge as coisas, as gentes e as idéias, bem como as sociedades e as nações, as culturas e as civilizações (...)", colocando-se "o problema do contraponto globalização e diversidade (...)".[118] Parece claro que o fenômeno da globalização, introduzido na década de setenta (M. McLuhan), na esfera da comunicação e da cultura acaba sendo adotado e difundido nos parâmetros da sociedade internacional relacionada à mundialização de políticas econômicas, comerciais e financeiras de grandes conglomerados empresariais. O processo de globalização ou de mundialização do espaço não-nacional é contingência, certamente, dos avanços científicos e das revoluções tecnológicas (informática, tele-

[117] BIRNFELD, Carlos André S. *Emergência de uma Dimensão Ecológica para a cidadania - alguns subsídios aos operadores do Direito*. Dissertação de Mestrado em Direito. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1997. p. 47-48.

[118] IANNI, Octávio. "Globalização: novo paradigma das ciências sociais". In: *A Sociologia entre a Modernidade e a Contemporaneidade*. Porto Alegre: Ed Univ. UFRGS, 1995. p. 13-25. Constatar do mesmo autor : *A Sociedade Global*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

comunicação, biotecnologia, novas formas de energia, como o laser etc).[119] Ainda que sejam processos concomitantes e que estão interagindo neste final dos anos 90, há que se diferenciar a globalização (ampliação do espaço, desterritorialização e transnacionalização, principalmente econômica, tecnológica e cultural) da doutrina teórico-prática de justificação e legitimização denominada de neoliberalismo. Por conseguinte, a interpretação e a prática da ideologia neoliberal na América Latina tem-se projetado como "concepção radical do capitalismo que tende a absolutizar o mercado, até convertê-lo em meio, em método e fim de todo comportamento humano inteligente e racional. Segundo essa concepção, ficam subordinados ao mercado a vida das pessoas, o comportamento da sociedade e a política dos governos. O mercado absolutista não aceita nenhuma forma de regulamentação"[120]. Esse sistema de princípios e valores despoja toda a responsabilidade do Estado, limitando sua intervenção e atuação no sentido de garantir o mínimo de bens para todo cidadão. Se o neoliberalismo ajustou e estabilizou a economia capitalista, conseguindo alcançar a queda da inflação, a implementação da austeridade fiscal e a recuperação dos lucros, acabou, entretanto, contribuindo para acelerar imensos desequilíbrios econômicos, altas taxas de desemprego, profundas desigualdades sociais e acentuados desajustes no cotidiano das comunidade locais.

Assim, o surgimento de novas formas de dominação e exclusão produzidas pela globalização e pelo neoliberalismo afetou substancialmente também as práticas políticas, as formas de representação e de legitimação, bem como a própria instância maior e tradicional de poder, o Estado nacional e soberano. Nesse aspecto, fica evidente um certo esgotamento do Estado-Nação enquanto atualidade e conceituação. Não parece correto afirmar, como adverte Ianni, que deixará de existir, mas está definitivamente em decadência, buscando reformular-se neste momento crítico. Por certo que "as forças sociais, econômicas, políticas, culturais, geopolíticas, religiosas e outras, que operam em escala mundial, desafiam o Estado-Nação, com a sua soberania, com o lugar da hegemonia. Sendo assim, os esforços do Projeto Nacional, seja qual for a sua tonalidade prática ou econômica, reduzem-se, anulam-se ou somente podem ser recriados sob outras condições. A globalização cria injunções e estabelece parâmetros, anula e abre horizontes."[121]

Frente ao declínio das funções tradicionais e da inoperância da democracia representativa formal, abre-se a discussão para o resgate e a reordenação consciente do esforço público comunitário, descentralizado e participativo. Nessa esfera de participação democrática de todos os segmentos sociais, o poder local passa a ser o palco direto do exercício de uma cidadania ativa e solidária. A partir de uma nova relação entre Estado e Sociedade, cria-se, como escreve Tarso Genro, um novo espaço público, "de caráter não-estatal, que funde o Estado e a Sociedade no público: um esforço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade civil."[122] Nessa perspectiva, o poder local projeta-se como espaço privilegiado,

[119] Cf. DOWBOR, Ladislau. "Governabilidade e Descentralização". In: *São Paulo em Perspectiva*. SP: Seade, n°3, jul-set/96, p. 23;___. "Da Globalização ao Poder Local: a nova hierarquia dos espaços". In : FREITAS (org.), M.C. de. *A Reinvenção do Futuro*. São Paulo: Cortez; Bragança Paulista: USF-IFAN, 1996. p. 55-75.

[120] CARTA dos Supervisores Provinciais da Companhia de Jesus da América Latina. *O Neoliberalismo na América Latina*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 19 e 21. Ainda sobre uma apreciação crítica do "neoliberalismo", consultar: SADER, Emir e GENTILI, Pablo. *Pós-Neoliberalismo - As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1995; BATISTA, Paulo Nogueira. *O Consenso de Washington: A visão Neoliberal dos Problemas da América Latina*. 2. ed. São Paulo: Pedex, 1994.

[121] IANNI, Octávio. 1995. p. 17. Sobre a problematização do Estado-Nação e sua discussão atual, verificar também: HELD, David. "Democracia, o Estado-Nação e o Sistema Global". *Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n° 23, março/91. p. 145-194. FIORI, Jorge Luis. "Globalização, Estados Nacionais e Política Públicas". *Ciência Hoje*. V. 16, n° 96, dez/93. p. 24-31.

[122] GENRO, Tarso F. "Socialismo e Novo Modo de Vida". p. 15.

porquanto mobiliza de forma concreta a relação mais direta entre Estado e Sociedade, favorecendo a radicalização de um processo comunitário participativo e definindo novos mecanismos de exercício democrático. Entretanto, ao trabalhar com o poder local, por tratar-se de um conceito impreciso e de contorno difuso, como reconhece Tânia Fischer, há de inseri-lo num universo "mais amplo e abstrato", não o circunscrevendo a uma categoria identificada simplesmente "à rua, ao bairro ou mesmo à cidade"[123]. Naturalmente, num sentido mais específico, poder local compreende o "espaço abstrato de relações sociais que se quer privilegiar", indicando "movimento e interação de grupos sociais que se articulam e se opõem em torno de interesses comuns"[124]. Já como referencial genérico, o local refere-se, nos termos de Fischer, ao "conjunto de redes sociais que se articulam e superpõem, com relações de cooperação ou conflito, em torno de interesses, recursos e valores, em um espaço cujo contorno é definido pela configuração deste conjunto"[125]. Isso posto, importa agora, para os propósitos desta reflexão, direcionar o significado de poder local, tanto como reação às práticas políticas centralizadoras e aos modelos tecnoburocráticos de gestão, quanto como ruptura aos padrões paternalistas, clientelísticos ou autoritários de administração pública[126]. Além desses objetivos, quer-se com o poder local reinventar formas mais dinâmicas, diretas e participativas de ação num âmbito espacial delimitado, descentralizado e democrático, constituído por novos atores sociais, imbuídos de legitimidade e autonomia para a execução do controle e da tomada de decisões. É nessa perspectiva de uma gestão local descentralizada e democrática que se enquadraria a rica e inovadora experiência do Orçamento Participativo, vivenciada nos anos noventa por algumas cidades brasileiras[127].

Com a articulação lógica da presente proposta teórica, ou seja, a reordenação política e social do espaço público local, chega-se aos novos sujeitos sociais, que, com suas práticas, relações e necessidades cotidianas, passam a ser encarados como fontes alternativas de produção de direitos.

3 - NOVOS SUJEITOS SOCIAIS COMO FONTES DE PRODUÇÃO JURÍDICA

Na crise de valores que atravessa a realidade mundial e que degenera as relações da vida cotidiana local, uma das alternativas possíveis para transcender a exclusão e as privações provêm da pressão e da força mobilizadora dos novos sujeitos sociais que, por vontade própria e pela consciência de seus reais interesses, são capazes tanto de criar novos direitos quanto de lutar pela manutenção e efetividade de direitos. Não há dúvida de que a situação de miséria, exclusão e segurança por uma vida digna constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de direitos, engendrados pela historicidade de novos atores.

[123] FISCHER, Tânia (org.). *Poder Local, Governo e Cidadania*. Rio de Janeiro: FGV, 1993. p. 10.

[124] Idem, ibidem.

[125] FISCHER, Tânia (org). op. cit. p. 11.

[126] Cf. LARANJEIRA, Sônia M. G. "Gestão Pública e Participação: a experiência do orçamento participativo em Porto Alegre". In: *São Paulo em Perspectiva*. SP: Seade, v. 10, n. 3, 1996. p. 130. Igualmente sobre o "Poder Local", vide: DOWBOR, Ladislau. *O que é Poder Local*. SP: Brasiliense, 1994; VILLAS-BOAS, Renata (org.) Participação Popular nos Governos Locais. *Pólis*. São Paulo, 1994.

[127] Observar a propósito: GENRO, Tarso F. e SOUZA, Ubiratam de. *Orçamento Participativo: A Experiência de Porto Alegre*. P. Alegre: Perseu Abramo, 1997; FEDOZZI, Luciano. *Orçamento Participativo: Reflexões sobre a Experiência de Porto Alegre*. Porto Alegre: Fase (IPPUR) Tomo, 1997.

Antes de tudo, importa contrastar os antigos com os novos sujeitos sociais enquanto fonte possível da titularidade de produção de direitos. Assim, historicamente enquanto o "sujeito privado" da tradição liberal-nacionalista, é o sujeito cognoscente "a priori", adequado às condições do objeto dado e à realidade global estabelecida, o "novo sujeito social" é um sujeito vivo, atuante e livre, que participa, autodetermina-se e modifica a mundialidade do processo histórico-social. Por conseguinte, o "novo" e o "coletivo" não devem ser pensados em termos de identidades humanas que sempre existiram, segundo critério de classe, etnia, sexo, idade, religião ou necessidade, mas em função da postura que permitiu que sujeitos inertes, dominados, submissos e espectadores passassem a sujeitos emancipados, participantes e criadores de sua própria história. Trata-se da retomada e da ampliação de um conceito de "sujeito", fortemente associado a uma tradição de utopias revolucionárias de lutas e resistências.

Hoje, o "novo sujeito" histórico articula-se em torno "do sofrimento - às vezes centenário - e das exigências cada vez mais claras de dignidade, de participação, de satisfação mais justa e igualitária"[128] das necessidades humanas fundamentais de grandes parcelas sociais excluídas, dominadas e exploradas da sociedade. Esse histórico sujeito coletivo, como lembra Eder Sader, refere-se a "uma coletividade onde se elabora uma identidade e se organizam práticas através das quais seus membros pretendem defender interesses e expressar suas vontades, constituindo-se nessas lutas"[129].

É deste modo que, caracterizando a noção de sujeito enquanto identidade, que implica o "novo" e o "coletivo", privilegia-se, aqui, numa pluralidade de sujeitos, os chamados novos movimentos sociais. É relevante assinalar que enquanto atores organizados da Sociedade Civil exercem função pública essencial na medida em que se projetam como instância de crítica, resistência e pressão político-cultural. Nessa dimensão utópica de uma política coletiva radical, os movimentos sociais revelam-se sujeitos que "reagem à reificação e à burocratização, propondo a defesa das formas de solidariedade ameaçadas pela racionalização sistêmica. Eles disputam com o Estado e com o mercado a preservação de um espaço autônomo e democrático de organização, de reprodução da cultura e de formação de identidade e solidariedade"[130]. Reforçando esse argumento, reconhece também Boaventura de Souza Santos que "a novidade maior dos NMSs* reside em que constituem tanto uma crítica da regulação social capitalista, como uma crítica da emancipação social socialista tal como ela foi definida pelo marxismo. Ao identificar novas formas de opressão que extravasam das relações de produção e nem sequer lhes são específicas, como a guerra, a poluição, o machismo, o racismo ou o produtivismo, e ao advogar um novo paradigma social menos assente na riqueza e no bem-estar material do que na cultura e na qualidade de vida, os NMSs denunciam, com uma radicalidade sem precedentes, os excessos de regulação da modernidade. Tais excessos atingem não só o modo como se trabalha e produz, mas também o modo como se descansa e vive; a pobreza e as assimetrias das relações sociais são a outra face da alienação e do desequilíbrio interior dos indivíduos; e, finalmente, essas formas de opressão não atingem especificamente uma classe social e sim grupos sociais transclassistas ou mesmo a sociedade no seu todo"[131].

Na medida em que os novos movimentos sociais são encarados, quer como sujeitos detentores de uma cidadania apta a lutar e a fazer valer direitos já conquistados cons-

[128] In: WOLKMER, Antonio C. op. cit. p. 213.

[129] SADER, Eder. *Quando Novos Personagens Entraram em Cena*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 11.

[130] VIEIRA, Lizst. op. cit., p. 111.

* Trata-se dos novos movimentos sociais.

[131] SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1994. p. 222.

titucionalmente, quer como fonte de legitimação de uma nova geração de direitos, nada mais natural do que equipará-los à categoria "novos sujeitos coletivos de Direito". Sendo assim, a presente designação, para os movimentos sociais, não implica, de forma alguma, qualquer alusão ou aproximação à mítica abstração liberal-individualista de "sujeito de Direito", própria do velho paradigma do formalismo legal positivista. Há que reconhecer que a noção de "sujeito de Direito", como é tratada na teoria jurídica tradicional, nada tem de coletiva, ainda que conserve na base a própria "pessoa jurídica". Com razão, nesse aspecto, adverte Agostinho Ramalho Marques Neto que a expressão "sujeito coletivo do Direito aparece, assim, como uma subversão da clássica noção de sujeito jurídico. Essa subversão no campo do Direito assenta sobre uma base fundamentalmente social e política. A emergência sociológica dos sujeitos coletivos e de sua noção ocorre no interior do embate político da luta de classes (...); é nesse contexto de con7stituição de um novo sujeito histórico no âmbito dos *movimentos populares*, que se pode situar a questão dos **sujeitos coletivos de Direito.** Esses sujeitos, nos termos de Eder Sader, criam, no interior e na confluência dos movimentos sociais, seu próprio espaço, requerem *novas categorias* para sua inteligibilidade e são indicadores da emergência de *novas identidades coletivas* e da consciência de um projeto coletivo de mudança social *a partir das próprias experiências*."[132] Há que se reconhecer nos novos movimentos sociais sujeitos coletivos titulares de Direitos. Nesse sentido, para juristas como José Geraldo de Souza Jr., a significação político-sociológica dos novos movimentos sociais enquanto potencial prático-teórico de enunciação e articulação de Direitos, possibilita e justifica seu enquadramento na esfera de incidência jurídica. Com efeito, o empenho aqui é demonstrar a relação entre a condição social de sujeitos populares em sua luta por reparar carências e injustiças.

É neste contexto de exclusão, carências e necessidades materiais que se situam as práticas cotidianas e insurgentes dos movimentos sociais, que, ainda que com certas limitações, são portadores potenciais de novas formas de fazer política, bem como fonte inovadora de produção jurídica. Não menos verdade no que tange às possíveis restrições, tem que se ter em conta, como adverte Lizst Vieira, que os "movimentos sociais levantaram a bandeira da autonomia e da democratização da sociedade, mas seria um erro imaginar que eles podem prescindir das instituições do Estado como sociedade politicamente organizada. Daí a necessidade de uma estratégia política dual (Cohen e Arato): os movimentos sociais devem atuar no plano institucional e extra-institucional, apoiando-se ao mesmo tempo nas organizações da sociedade civil e em outros atores, como partidos e sindicatos"[133].

A ineficácia do Poder Judiciário e a desatualização da legislação positiva dogmática propiciam a expansão de procedimentos extrajudiciais e práticas normativas não-estatais, exercidas e consensualizadas por movimentos sociais que, ainda que, muitas vezes, marginalizados e inseridos na condição de "ilegalidade" para as diversas esferas do sistema oficial, definem uma nova forma de legitimação.

O problema das fontes do Direito não está mais unicamente na priorização de regras técnico-formais e nas ordenações teórico-abstratas, mas também na interação de uma práxis do cotidiano que materializa normatividade comprometida com novos atores sociais. Os centros geradores de Direito não se reduzem tão-somente às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado, pois o Direito, por estar inserido nas práticas e nas relações sociais locais, das quais é fruto, emerge de diversos centros de produção normativa.

[132] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. "Sujeitos coletivos de Direito: Pode-se considerá-los a partir de uma referência à psicanálise? In: *Palavração. Revista de Psicanálise*. Curitiba: Biblioteca Freudiana de Curitiba. n. 2, out. 1994. p. 159-160.

[133] VIEIRA, Lizst. op. cit., p. 111.

Trata-se de uma nova forma de gerar juridicidade, a partir de práticas e relações sociais surgidas na efetividade do cotidiano local.

A conseqüência desse processo de redefinição das fontes de produção jurídica envolve também a transformação do Estado como núcleo exclusivo e absoluto do poder societário. Encarar o Estado sob novas funções implica não mais vê-lo como tutor da Sociedade e detentor único do monopólio de criação jurídica, mas, agora, como um espaço político mandatário da Comunidade, habilitado a servir a uma ordem pública local organizada pelo exercício e pela participação da cidadania individual e coletiva.

As novas exigências globalizadas e os conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tensos e desiguais, torna, presentemente, significativo reconhecer, na figura dos movimentos sociais, uma fonte legítima de engendrar novos direitos, e uma força possível para viabilizar práticas de resistência ao desenfreado processo de desregulamentação e desconstitucionalização da vida.

Ainda que possa haver descaso por parte da cultura oficial institucionalizada e de seus aparatos burocráticos, a comprovação de manifestações de legalidade insurgente torna-se, no encaminhamento deste final do século, fundamental para viabilizar uma nova geração de direitos. A partir de práticas locais cotidianas e prioridades efetivas, internalizadas por novos atores sociais que têm consciência, criatividade e autonomia, emerge uma nova concepção de direitos mais mutável, flexível e plural que transcende aos direitos institucionalizados consagrados nos limites dos códigos oficiais e da legislação positiva. Impõe-se, assim, não só a garantia e a efetivação daqueles direitos constitucionalmente conquistados e formalizados através de aspirações e lutas históricas da coletividade, mas "direitos" de conteúdo variável e circunstancial referentes à qualidade de vida, ou seja, à subsistência, à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho, à segurança, à dignidade humana etc.

Mesmo considerando que os chamados direitos "novos" nem sempre são inteiramente "novos", na verdade, por vezes o "novo" é o modo de obtenção de direitos que não passam mais pelas vias tradicionais - legislativa e judicial - , mas provêm de um processo de lutas e conquistas das identidades coletivas para o reconhecimento pelo Estado. Assim, a designação de "novos" direitos refere-se à afirmação e a materialização de necessidades individuais (pessoais) ou coletivas (sociais) que emergem em toda e qualquer organização social, não estando obrigatoriamente previstas ou contidas na legislação estatal positiva.

O lastro de abrangência dos "novos" direitos, legitimados pela consensualidade de forças sociais emergentes, não está rigidamente estabelecido ou sancionado por procedimentos técnico-formais, porquanto diz respeito a direitos concebidos pelas condições de vida e pelas exigências de um devir, direitos que "só se efetivam, se conquistados."[134]

Certamente, pode-se descortinar a partir de algumas necessidades imperiosas, justas e indispensáveis, a justificativa para a eficácia e a legitimidade dos direitos de novo tipo. Dentre eles, mencionam-se alguns:

a. *Direito a satisfazer as necessidades existenciais*: alimentação, saúde, água, ar, segurança etc.;

b. *Direito a satisfazer as necessidades materiais*: direito à terra (direito da posse, direito dos sem-terra), direito à habitação (direito ao solo urbano, direito dos sem-teto), direito ao trabalho, ao salário, ao transporte, à creche etc.;

c. *Direito a satisfazer as necessidades sócio-políticas*: direito à cidadania em geral, direito de participar, de reunir-se, de associar-se, de sindicalizar-se, de locomover-se etc.;

[134] Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. op., p. 151.

d. *Direito a satisfazer as necessidades culturais*: direito à educação, direito à liberdade de crença e religião, direito à diferença cultural, direito ao lazer etc.;

e. *Direito a satisfazer as necessidades difusas*: direito à preservação ecológica, direito de proteção ao consumo etc.;

f. *Direito das minorias e das diferenças étnicas*: direito da mulher, direito do negro, do índio, da criança e do idoso.[135]

Na multiplicidade de práticas de acesso para uma determinada espécie de direito, a eficácia do procedimento dependerá do desejo consciente e do grau de carência, calcados numa ação coletiva organizada por segmentos sociais excluídos e marginalizados. Trata-se de direitos comunitários que se impõem como exigência de uma vida que vai dialeticamente constituindo-se. Afinal, neste processo de afirmação de "novos" direitos, fundados na legitimidade de ação dos novos sujeitos coletivos, a inscrição plural e cotidiana do "jurídico" alcança uma humanização mais integral. A emanação do direito enquanto expressão da comunidade não se revelará como mera atribuição de uma natureza imutável ou de um *apriorismo* racional-metafísico, mas essencialmente das exigências mais concretas de uma práxis social.[136]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas preocupações aqui apresentadas não deixam de refletir o espaço público de sociedades periféricas como a brasileira, que vem sofrendo o impacto externo, neste final de século XX, das grandes transformações resultantes da tecnologia de ponta, da crise do Estado Nacional, da globalização da economia e da cultura e das influências opressoras do neoliberalismo político e social. Concomitantemente, tais esforços territoriais periféricos continuam convivendo internamente com crises conjunturais e estruturais de natureza socioeconômica e político-institucional, bem como com a cultura jurídica liberal-conservadora e formal-positivista, que não conseguem mais responder integralmente às novas modalidades de conflitos individuais e coletivos e às crescentes demandas sociais.

Isso permite discutir a questão dos fundamentos paradigmáticos centrados nos novos atores coletivos que compartilham princípios éticos comuns, bem como diversas práticas que viabilizam a revelação de uma geração de direitos emergentes. É inegável, hoje, na construção de uma justiça democrática e participativa, a importância e a interferência destes novos sujeitos sociais (múltiplos corpos intermediários, associações comunitárias, redes de movimentos sociais, entidades de intermediação como as ONGs), que se projetam não só como pólos de pressão política e cultural, instituintes de uma nova legalidade, mas como agentes capazes de lutar contra a violação de direitos básicos fundamentais, desencadeados pelo pragmatismo e pela barbárie do neoliberalismo. Trata-se, em suma, de uma discussão essencial para refletir e fazer avançar o projeto de "um novo modo de vida", de um "novo espaço público" assentado na descentralização comunitária, no poder local e no ingresso de novos atores sociais, fontes legitimadoras de uma nova geração de direitos e núcleo privilegiado de resistência aos processos de desconstitucionalização da vida.

[135] Idem. p. 151-152.

[136] Idem. p. 152-153.

VII - DIREITO E SOCIEDADE: DOIS TEMAS PARA DEBATE

Amilton Bueno de Carvalho*

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho é destinado a palestra a ser proferida no Seminário: "O Direito no Terceiro Milênio", celebrado na Faculdade de Direito da Universidade Luterana do Brasil de Canoas, sob a coordenação do professor Horácio Vanderlei Rodrigues, no período de 12 a 15 de novembro de 1997.

Por se tratar de fala, por evidente, não obedece à estrutura de texto dirigido exclusivamente à publicação. A lógica da palestra, por ensejar contato pessoal com o "leitor" e porque o espaço de reflexão é menor, resta diferenciada: as idéias devem ser lançadas de forma rápida, com clareza máxima e de maneira concisa. Aqui está em jogo um tipo de relação com os espectadores que não é a mesma que ocorre entre escritor e leitor.

Diria até que o grande "mote" da palestra é chamar a atenção do ouvinte para alguns pontos, possibilitador do despertar alguma curiosidade para posterior reflexão. Aliás, em encontros da natureza presente tal necessidade é vital: o número de participantes é espetacular e o nível de formação escolar é absolutamente díspar - de professores a alunos recém chegados à Universidade.

Gostaria, pois, que o eventual leitor deste texto tivesse claro: trata-se de uma palestra!

2 - PRIMEIRO TEMA PARA DEBATE: O MODELO TRADICIONAL DECISÓRIO ESGOTOU!

Desde sempre, e em todos os locais, se ouve que o Judiciário está em crise. E, também desde sempre, está a se buscar respostas superadoras.

Em nossa realidade a inflação legislativa está a demonstrar, de forma pujante, uma espécie de luta desesperada para superar a crise: leis a granel, seja no cível, seja

* Juiz de Alçada no Rio Grande do Sul.

no crime, são despejadas dentro do sistema. O sonho (ou delírio) - ao menos no discurso visível (talvez, risível) - é permitir acesso ao Judiciário e tornar o Poder mais ágil: se busco alternativas é porque o modelo tradicional não satisfaz!

No entanto (e receio vez mais pecar pela obviedade), para dar respostas saudáveis superadoras do espetáculo caótico que se vive (há unanimidade: todos, absolutamente todos, concordam que o Judiciário não funciona; o terrível: em determinados momentos até tenho dito que ele funciona: o que é feito para não funcionar e não funciona, logo funciona) há se entender porque o modelo tradicional faliu, para, a partir daí, buscar alternativas possíveis. Somente se pode dar respostas saudáveis se se tiver claro as razões que geraram a crise. Se assim não for, as soluções apontadas não passarão de mero reformismo: tudo se altera para manter tudo como está.

Evidente que inúmeras leituras (e dos mais variados locais) podem ser feitas para fixação das causas da bancarrota. Quero chamar atenção para duas: **uma**, demonstra (no meu sentir) que não há mais espaço para a decisão tradicional; e, outra, aponta para a nossa falta de interesse na solução (quando refiro a nós, leia-se operadores jurídicos - juízes, promotores, advogados - porquanto no espetáculo forense não há "mocinhos" e "bandidos": todos somos "bandidos").

De logo, faço acordo semântico com a platéia: decisão tradicional, modelo tradicional, tem para mim o seguinte significado: emerge do litígio (da pretensão resistida) e se caracteriza por um pedido inicial, resposta, dilação probatória, ato sentencial e duplo grau de jurisdição. Ou seja, aquela situação litigiosa que vem protegida pelas garantias vitais: contraditório, ampla defesa, decisão fundamentada e possibilidade de reapreciação por outro órgão do próprio Poder (processo dito democrático).

Antes, ainda, quero referir que a percepção da crise, na ruptura (ao menor parcial) com o tradicional, como respostas emergem no sistema, com extremo vigor, alternativas outras como forma de compor os litígios.

Elas se caracterizam basicamente por procurar **inibir** a decisão tradicional e, se possível, abandonar o aparelho específico do Estado (neste último momento, a sensação que se tem é que as pessoas pretendem fugir do Judiciário, tudo porque não temos cumprido a promessa de pacificação social, via composição dos litígios).

E tais, como regra, não são novas. Ao contrário, são revigorados modelos antigos, os quais, embora de alguma importância (e necessários) nada têm de revolucionário: reformismo, pois!

Assim, com roupa nova em velhos esqueletos, reaparecem: **conciliação**, exigida em praticamente todos os feitos, dentro e fora do processo, como atividade auxiliar no sonho de solucionar amigavelmente os descompassos entre os cidadãos, com ajuda de terceiro, uma espécie de orientador; **mediação**, onde o terceiro busca aproximar as partes para que, por si mesmas, encontrem a solução possível, ao romper a dificuldade dialogal; e, **arbitragem**, aqui se coloca, via acordo, a solução à pendenga nas mãos de terceiro: pessoa de confiança dos litigantes.

A última (arbitragem) tem gerado espécie de terror entre os operadores jurídicos. E há, é verdade, que se ficar atentos: pode ser prenúncio da privatização do Judiciário; há perigo latente nas relações de consumo pela fragilidade de uma das partes (contratos de adesão, por exemplo); há possibilidade de se transformar apenas em novo rito porquanto pressupõe superação da litigiosidade através de decisão; com freqüência se exige a presença do Judiciário (nomeação de terceiro árbitro, execução, etc.); e, não tem, na experiência mundial, cumprido a promessa de celeridade, é oneroso e o sigilo é oscilante.

No entanto, em exercício de futurologia talvez, diria que não funcionarão tais hipóteses alternativas: **nós** (repito, juízes, promotores e advogados) **necessitamos** do Judiciário. Através do litígio tradicional exercitamos nosso **poder** frente aos cidadãos.

Ousaria dizer até que quem precisa (repito) do litígio somos nós e não os "mortais". Nós prolongamos os processos até o limite do insuportável. Não contribuímos para a solução mas para a perpetuação tanto que muitos entendem defensável, no plano ético, a possibilidade protelatória dos processos (se me permito protelar, logo devo permitir o mesmo direito a outra parte, bem como ao juiz: que tudo se eternize, pois, a não ser que o protelar seja permitido apenas naqueles processos em que **eu** tiver interesse).

Por outro lado (e em complemento), a banalização do litígio é absolutamente incrível. O desespero para que tudo venha até o Judiciário é de tal forma perverso que apenas o nosso interesse está a justificar. Exemplos reais: em determinada comarca gaúcha havia, neste sagrado ano de 1997, execução fiscal de cerca de cinqüenta centavos; execução no valor de dez reais onde o magistrado pagou a dívida de seu próprio bolso por entender que o Judiciário não poder ser autofágico; no ano de 1996, em Santa Vitória do Palmar, comarca com 27.000 habitantes, apesar da considerável produção dos juízes, restou, ao final do ano, mais de seis mil processos (e tudo se repete em outras comarcas).

Mediação, conciliação, arbitragem, seriam soluções? Como se o litígio é incentivado por nós? Se nós dele precisamos?

Evidente que não tenho resposta mágica. Apenas ousaria levantar uma hipótese para superação: nova racionalidade - descobrir que a nossa atuação é para **servir** à sociedade civil, jamais para **se** servir do litígio!

Então, o caminho que optamos é pelo processo convencional, ou seja, aquele em que tudo se define (sabe-se lá **quando** e **como**) pela decisão tradicional. Acontece, porém, que não há mais espaço para ela: a razão é uma: não é democrática (aqui a discussão que proponho neste momento: **o modelo tradicional decisório esgotou**)!

Vejamos, pois.

Sucintamente, chamo atenção para três dos atributos da democracia que penso sejam fundamentais no campo do direito, em especial no que atine ao espaço decisional.

Primeiro, a democracia, ante a complexidade da vida moderna, exige consensos e acordos. A explosão da litigiosidade torna impossível o funcionamento da máquina estatal específica à solução dos descompassos latentes em toda a relação interpessoal. Não há como fluir a vida se os incontáveis conflitos que nos alcançam necessitem do "pai" Judiciário para superá-los. A máquina, por certo (até pelo desgaste econômico-emocional que alcança os litigantes), deve ser reservada para o momento caótico da falência da democracia dialogal;

Segundo, a democracia tem como norte (leia-se, busca desesperada) a concretização da autonomia do indivíduo: ele, por ele mesmo, possa vivenciar a realidade e a si próprio de forma ativa, ou seja, que tenha todas as condições para ser construtor da sua história e aí, até por decorrência, ser por ela responsável (talvez, neste momento, a sanção penal cruel máxima (presídio) possa ser eticamente defensável); e,

Terceiro, e aqui o momento mais importante, a democracia impõe respeito ao diverso, ao diferente, àquele que professa verdades diferentes das nossas. Jesús Antonio De La Torre Rangel, precioso jurisfilósofo cristão mexicano, como já disse em outro local, parece chegar ao limite máximo da concisão: *"La raiz de todo derecho es el reconocimiento de la dignidad del otro como otro"*. Mais não é preciso!

Como, então, se pode imaginar que a decisão tradicional possa carregar democracia? Ao meu sentir não é possível. Tudo porque:

(a) a decisão tradicional é fruto do desacordo, da impossibilidade dialogal. É o não-entendimento e inexistência do diálogo superador. Assim, por ter como pressu-

posto a falta de consenso - base da democracia - o momento decisional tradicional é fruto da própria visão não democrática da realidade. A única possibilidade de considerá-la democrática é entender teoricamente que a democracia pode ser imposta;

(b) no momento em que os cidadãos exigem, mediante provocação, que o Estado-pai solucione, via ato de império, sobre o destino de suas vidas (melhor dito, de aspectos importantes de sua existência), estão declinando da autonomia. É o reconhecimento explícito de sua incapacidade de domínio da sua história; e,

(c) a decisão tradicional, por sua própria natureza, não respeita o diverso. É que ela se caracteriza por ser maniqueísta. Há, sempre e sempre, um vencedor e um vencido. A realidade resta em branco e preto. Aqui um ambiciona a destruição do outro, com a imposição de uma determinada vontade emergente da verticalidade. O mundo fica dividido entre bons e maus.

Assim, no crime, o réu ou é absolvido ou é condenado, e, no cível, emerge a procedência ou a improcedência do pedido.

E o juiz incorpora a divindade terrena: a ele cabe a perniciosa e cruel divisão entre aqueles que julga igual a ele (os bons) e os que merecem repúdio por serem dele diferentes (os maus).

Por qual razão a crise está instalada e não será superada? O ato decisional tradicional não é democrático, serve tão-só à ditadura do um frente ao outro, apenas com ares democráticos porque a barbárie não é feita com as próprias mãos, mas sim com as do pai-Estado.

Solução? Quem sabe um juízo trialogal, onde tudo seja solucionado através de diálogo, via horizontalidade decisional: todos os litigantes e juízo construam a solução à pendenga!

3 - SEGUNDO TEMA PARA DEBATE: LESÕES SOFRIDAS PELA MULHER NA RELAÇÃO CONJUGAL (OU COMO A PRESSÃO DA SOCIEDADE ORGANIZADA PODE ABALAR A RACIONALIDADE JUDICIAL)

Exemplos estão a demonstrar que o velho Ehrlich tinha razão, quando, em 1913, dizia que o centro de gravitação do direito é a sociedade mesma.

A perseguição cruel ao frágil, em especial à mulher, que se dá no âmbito da sociedade civil, sempre foi incorporada à legalidade e invadiu o senso comum teórico dos operadores jurídicos.

Tudo é tão antigo. No Código de Manu, por exemplo, a palavra da mulher, no espetáculo forense, só era admitida na falta de testemunhos "dignos".

No momento da sexualidade, as Ordenações Afonsinas (1446) dá signos deslumbrantes da perseguição à mulher mesmo quando ela era vítima em delitos de estupro. Para que sua palavra fosse aceita deveria dar cinco sinais:

> *"ella na hora, que o homem della travar deve dar grandes vozes, e braados, dizendo, "vedes que fez Foam": nomeando-o por seu nome; e ella deve ser toda carpida; e ella deve vir pelo caminho dando grandes vozes, queixando-se ao primeiro, e ao segundo, e ao terceiro, e des y aos outros todos, que*

achar, "Vedes que me fez Foam"; e ella deve hir aa Justiça, e nom entrar em outra casa, senom direitamente se hir aa Justiça" (Livro 5, Titulo 6).

Evidente que uma pessoa que sofreu violência sexual jamais terá a insensibilidade exigida pelo legislador. E se por acaso tiver, por certo vítima não foi. O sistema estava montado para inibir a condenação do réu homem.

Mas o intérprete (aquele que tem o poder de dizer aquilo que o legislador quis dizer) também incorpora o machismo imperante na sociedade. E não é necessário retornar ao tempo das Ordenações: Hungria, ao comentar o Código Penal vigente, "ensina" que o marido que estupra "sua" mulher (não "**a dos outros**"; leia-se a "sua propriedade"), não comete delito *"pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito"*. No entanto (veja-se quanta bondade), a atuação é criminosa quando a recusa da mulher se der *"por achar-se o marido afetado por doença venérea."*

Outros dizem que é impossível o estupro quando o autor é um homem só: basta a mulher não permitir (?!??), se defender heroicamente. E a retórica segue Sancho Pança na história da mulher que acusava um cidadão e foi testada na defesa de uma bolsa colocada entre suas pernas...

Lesões corporais sofridas pela mulher, tendo como autor o marido, por incrível que pareça, ainda é algo que acontece com alta freqüência na sociedade contemporânea gaúcha. O número de processos que chegam ao Tribunal ainda é alarmante. Quer me parecer que tais situações sempre existiram: o novo está em que a mulher ousa atualmente denunciar a tirania doméstica.

Pois bem. No Tribunal de Alçada Gaúcho, desde 1978 (também até a vigência da Lei 9099 mas com absoluta menor intensidade), se seguia a seguinte linha:

> *"Em se tratando de lesões leves sem maior expressão e estando o casal já reconciliado, justifica-se, por política criminal, a absolvição do cônjuge agressor, porque interessa mais à sociedade a manutenção de um casamento do que a punição por um fato insignificante e já superado pelo reatamento da convivência conjugal" (Julgados 29/122, de 25.10.78).*

Em 1982 a lógica persistia: "... *O interesse social e o bem-estar da família, aliados à boa política criminal, aconselham a absolvição do cônjuge, que, em razão de conflito entre marido e mulher, já reconciliados, veio a causar na consorte e a sofrer em seu próprio corpo lesões de natureza levíssima...*" (Julgados 44/165, 25.5.82). Na mesma linha Julgados 54/72, de 20.12.84, e Julgados 51/110, de 19.7.84.

Ainda em **1995** o mesmo Tribunal consagrava a exegese machista (Julgados 96/86), embora, fique claro, em decisão completamente isolada.

Assim, pela antiga ótica do intérprete, lesões causadas pelo marido à mulher era *"fato insignificante"*, interessava mais à sociedade o casamento do que as relações que no seu interior se desenvolvem, daí porque a política criminal permitia a absolvição do agressor - autorizava as agressões. A hipocrisia machista que ocorria na sociedade civil alcançava os juízes. Éramos contaminados pela irracionalidade do senso comum.

No entanto, **na mesma época**, como numa espécie de ato falho, "escaparam" decisões que abalavam toda a retórica justificadora das absolvições (política criminal, interesse na mantença do casamento, insignificância do fato delitivo).

Em 1979 (Julgados 32/95) uma mulher foi condenada porque agrediu o marido: atrás da realidade aparente se lê: política criminal para absolver o homem que agride a mulher, mas não para absolver a mulher que bate no marido!

Em 1986 (Julgados 60/123) um homem foi condenado porque agrediu a amante: "... *entre amásios, praticadas sem excludente do injusto, a política criminal é exigente de juízo condenatório...*" Que outra leitura se pode daí extrair? O homem pode agredir a **"sua"** mulher-propriedade mas a amante não - afinal esta serve ao prazer, aquela para o dever!

Outros, porém, talvez envergonhados pelo discurso da "política criminal", passam a decidir diferente: agora se absolve **por falta de prova testemunhal**. O óbvio explode (sempre a desvendar o machismo):evidente que agressões do homem contra a mulher se dão, como regra quase absoluta, no âmbito do lar, logo jamais há testemunhas!

> *"Briga de casal, dentro do lar, sem testemunhas presenciais. Lesões corporais encontradas na mulher, cuja autoria é negada pelo marido. No contexto, verifica-se maior coerência na versão dada pelo varão. Prova altamente precária." (Julgados 54/58, 29.02.84 e Julgados 48/193, 24.5.83).*

Outra vez emerge a vontade (opção política) para absolver o homem agressor. É que há antiga e séria construção teórica no sentido de que à palavra da vítima se dá inestimável valor em delitos que, pela sua natureza, ocorrem às escondidas. Todos assim entendem nos crimes sexuais e nos delitos contra o patrimônio (em especial assalto). Ou seja, as agressões familiares estão localizadas no mesmo continente dos delitos sexuais e patrimoniais só que nestes a palavra da vítima bastaria e naqueles não!

Finalmente, a iniciar em 1986, se começa condenar o homem que agride a esposa, sem presença testemunhal, com base apenas na palavra da vítima: *"mulher nenhuma vai à Delegacia de Polícia, arrostando todo o labéu que esta atitude causa, sem um motivo forte que justifique"*. (Julgados 62/46). Em 1988 nova decisão na mesma linha (Julgados 67/138) e em 1989 sequer o perdão da mulher possibilita a absolvição (Julgados 69/80).

A sofisticação argumentativa vem só em 1995, através de precioso acórdão de Eládio Lecey: *"Política criminal na busca da preservação da harmonia familiar recomenda juízo condenatório, justamente na busca de preservação da harmonia sem submissão da parte mais fraca a jugo da mais forte"* (Julgados 95/95).

Vê-se que a noção de política criminal alterou: a mesma que autorizava absolvição hoje autoriza condenação. A preservação da paz familiar está no "respeito ao companheiro", não há harmonia que se sustente na submissão do fraco ao forte. O "outro" deve ser respeitado. E para condenação basta *"a palavra crível e coerente da vítima"*.

Em 1996 (Julgados 98/106) há reconhecimento de que surge algo novo: a mulher ousa vir ao Judiciário em busca de socorro, mas *"mas tudo graças aos movimentos que se desenvolvem no seio da sociedade em busca da proteção ao sexo feminino, gerador de agudizada consciência política, desembocando no exercício da cidadania plena"*.

Este acórdão reconhece, outrossim, aquilo que pregava Erlich (o centro de gravitação do direito é a sociedade mesma): a atuação de movimentos vanguardeiros, a pressão por eles desenvolvida, invade a racionalidade do juiz-intérprete, exigindo outro modelo de atuação.

> *"A mudança de postura do Judiciário só começou ocorrer quando pressionado pela sociedade civil organizada, que exige alargamento do foco do direito, novos métodos interpretativos, novos compromissos"*.

O que quero gritar é que a sociedade civil organizada, além de produzir direito, pode alterar, apesar do *"ranger de dentes"*, a racionalidade imperante nos Tribunais. É a possibilidade mais pura na produção do espetáculo jurídico.

Esta a contribuição que pretendo dar a este Seminário.

VIII - O PROFISSIONAL DO DIREITO DO TERCEIRO MILÊNIO*

Eliane Botelho Junqueira[**]
Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca[***]

Ao utilizarem, há alguns anos atrás, o conceito de arenas de profissionalização jurídica, Robert Nelson e David Trubek (1992) reafirmaram a crença norte-americana nas faculdades de direito, que seriam responsáveis, junto com a Ordem dos Advogados e o mercado de trabalho, pela definição do papel das profissões jurídicas. Afinal, nascidas a partir de uma iniciativa privada que procurava competir com o mercado de trabalho no treino dos advogados, as faculdades de direito norte-americanas tiveram de reproduzir, internamente, a dinâmica dos escritórios de advocacia, locais onde os advogados adquiriam seus conhecimentos teóricos e práticos[137].

Apesar de ser tentador trabalhar com a idéia de profissionalização jurídica, seria possível "importar" esta perspectiva apresentada por Nélson e Trubek para compreender o sistema de ensino jurídico no Brasil? Será que o ensino jurídico, a Ordem dos Advogados e o mercado de trabalho no Brasil desempenham, como nos Estados Unidos, o mesmo papel na definição da profissão jurídica? Será que as faculdades de direito brasileiras objetivam efetivamente treinar advogados? Será que as faculdades de direito são, como perceberam Robert Nélson e David Trubek, importantes arenas de profissionalização? Quais são os papéis historicamente desempenhados pela faculdade de direito no Brasil? Quais as perspectivas do ensino e das profissões jurídicas para o terceiro milênio? Como as faculdades de direito estão se adequando para, simultaneamente, atender às expectativas de sua clientela e responder às demandas do mercado de trabalho? Que papel vêm desempenhando neste processo as agências responsáveis pelo controle de qualidade do ensino superior, tais como o Ministério de Educação e Desporto e, na área jurídica, a Ordem dos Advogados do Brasil?

Responder a estas perguntas ultrapassa os objetivos deste artigo. No entanto, não há dúvida de que a crença de Nélson e Trubek no ensino jurídico parece ingênua quando se olha para as faculdades de direito no Brasil, as quais nunca foram responsáveis por definir a profissão jurídica. Esta afirmação é verdadeira para o momento da criação dos cursos de direito no Brasil, ainda é verdadeira para este final de século, e com certeza será verdadeira para o início do próximo milênio. Apesar das importantes mudanças no ensino do direito nos últimos anos, a idéia histórica de que

** Professora na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e diretora do Instituto Direito e Sociedade.

*** Professora na Universidade Federal Fluminense e diretora do Departamento de Pesquisa e Documentação da Seccional Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil.

[137] O modelo de Langdell, fundamentado no *case method* e introduzido nas faculdades de direito na segunda metade do século XIX, por exemplo, tinha como principal objetivo ensinar o estudante de direito a pensar como um advogado.

as faculdades de direito representam apenas um rito de passagem permanece. A faculdade de direito não é o lugar para se aprender direito. A faculdade de direito não é o lugar para se aprenderem habilidades técnicas, se preparar para o mercado profissional ou ser socializado nos valores e no comportamento da profissão. E, com certeza, a faculdade de direito não é considerada como o local para se desenvolver a responsabilidade social e profissional dos futuros advogados. Em relação a este último aspecto, uma ampla literatura internacional tem sido produzida nas últimas décadas para denunciar o efeito nocivo do ensino jurídico sobre os valores dos estudantes de direito, cujo idealismo do primeiro ano é gradualmente substituído pelos valores do mercado de trabalho. Sem negar a necessidade de que as faculdades de direito devem estar fortemente comprometidas com mudanças sociais e com a justiça substantiva, é invejável saber, por exemplo, que as faculdades inglesas são criticadas justamente por prepararem seus estudantes para as demandas do mercado (Economides, 1977).

No Brasil, as faculdades de direito com certeza não têm sido capazes de se adaptarem às demandas do mercado de trabalho. Elas ignoram, por exemplo, as necessidades de uma ordem global; o processo de globalização - e mesmo o Mercosul - raramente é discutido em sala de aula. As faculdades de direito também ignoram as transformações tecnológicas trazidas pelo *cyberspace* e os novos instrumentos de pesquisa jurídica, via Internet e CD-ROM. No entanto, mais grave ainda, se as faculdades de direito não conseguem preparar os estudantes para este novo mercado de trabalho global e informatizado, em que os escritórios de advocacia vão se transformando em *corporation firms*, elas também não têm se mostrado competentes na preparação para o mercado de trabalho tradicional, ou seja, para o exercício da advocacia liberal ou para o ingresso nas carreiras públicas. A criação das escolas de magistratura e das escolas de advocacia, sem mencionar os cursinhos de preparação para concurso, atestam a falência das faculdades de direito.

Sem dúvida os anos noventa assistiram a mudanças no campo do ensino e das profissões jurídicas a partir de quatro instrumentos legais: a Portaria nº 1.886/94, que aprovou um novo currículo para as faculdades de direito, substituindo o currículo de 1972, a Lei nº 8.906, que aprovou em 1994 um novo Estatuto para a Ordem dos Advogados do Brasil, o Código de Ética e Disciplina aprovado em 1995, substituindo o antigo Código de Ética de 1934, e a Lei nº 9.131, de 24 de dezembro de 1995, que introduziu o Exame Nacional de Cursos.

Analisando-se estes quatro instrumentos normativos, percebe-se que existe uma vontade política de transformação do ensino do direito tanto no governo federal, representado pelo Ministério de Educação e Desporto, como na Ordem dos Advogados do Brasil, ambos defendendo medidas como: ampliação do currículo mínimo para a formação de um bacharel em direito; uma perspectiva humanista e ética (através da introdução de matérias como sociologia jurídica, filosofia do direito, desdobrada em ética profissional, matéria exigida no Exame de Ordem que todo bacharel deve fazer para ingressar nas profissões jurídicas); treinamento de operadores de direito, através da obrigatoriedade da prática jurídica; ampliação da experiência acadêmica, através das atividades complementares (pesquisa, simpósios, monitoria, etc.) que devem compreender 5 a 10% da carga horária dos cursos; melhoria da infra-estrutura das faculdades de direito, com a exigência de um acervo mínimo de dez mil volumes de obras jurídicas e de referência, além de periódicos de jurisprudência, doutrina e legislação; e especialização do futuro bacharel em direito por áreas de conhecimento.

No entanto, estas mudanças não podem ser analisadas apenas a partir desta vontade política do Ministério de Educação e Desporto e da Ordem dos Advogados do Brasil. Se a legislação é boa, e ela o é, sua aplicação é difícil, particularmente em função dos interesses das faculdades e dos próprios estudantes de direito, duas forças que, paradoxalmente, não estão interessadas na melhoria da qualidade do ensino.

Existem atualmente no Brasil mais de 230 faculdades de direito, um número que poderia ser bem maior. Poderíamos ter, hoje, não "apenas" 230 faculdades de direito, mas 730, se houvessem sido aprovados em janeiro de 1997 os 506 pedidos de criação de novas faculdades de direito encaminhados ao Ministério de Educação e Desporto. O sistema de franquia, agora utilizado também no ensino superior, tem estimulado o aparecimento de novos cursos de direito, muitos dos quais não comprometidos com a qualidade da formação do futuro bacharel em direito mas sim com a relação custo-benefício dentro de uma perspectiva empresarial. Para estas faculdades, a ampliação da carga horária, a exigência de um acervo bibliográfico, a obrigatoriedade de instalações adequadas para a prática forense, a necessidade de contratação de professores para as novas disciplinas apenas representam custos adicionais para o empreendimento.

Se muitas faculdades de direito não estão comprometidas com a qualidade do ensino jurídico, estariam os estudantes preocupados com sua formação para o ingresso no mercado de trabalho? Será que os estudantes representam uma pressão no sentido da melhoria da qualidade de ensino? E, em caso positivo, qual a direção dessas pressões? Para responder a esta pergunta, são utilizados aqui os dados da pesquisa "O Profissional do Direito do Ano 2000" em desenvolvimento na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Rio de Janeiro[138]. Mais particularmente, através dos dados de quatro faculdades do Estado do Rio de Janeiro com perfis supostamente distintos - a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), considerada uma faculdade de elite (conceito C[139]); a Fundação Universidade do Rio de Janeiro (UniRio), uma universidade federal localizada na Zona Sul do Rio de Janeiro, com qualidade de ensino deficiente (conceito D); a Faculdade de Direito Estácio de Sá, localizada na cidade de Campos, zona açucareira do norte do Estado do Rio de Janeiro (não avaliada); e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), considerada a melhor faculdade de direito do Estado do Rio (conceito A) - é possível perceber as características atuais dos estudantes de direito. Quando possível, esses dados são comparados ao perfil do estudante de direito traçado pelo Exame Nacional de Cursos realizado em 1996.

1 - QUEM SÃO OS ESTUDANTES DE DIREITO?

A primeira grande questão quando se pensa sobre os impasses presentes no ensino jurídico refere-se ao perfil do estudante de direito. Se tradicionalmente as profissões jurídicas - até em função das características do próprio ensino superior no país - atraíam principalmente setores da elite - e, logicamente, homens -, atualmente, depois do processo de democratização do ensino efetivado nos anos setenta e da maior presença das mulheres no mercado de trabalho, quem efetivamente procura as faculdades de direito? Para responder a esta pergunta, dois indicadores são considerados aqui: sexo e escolaridade dos pais.

* SEXO

Um dos grandes temas atualmente, principalmente na literatura internacional, refere-se ao processo de feminização das profissões jurídicas. Pesquisas reali-

[138] Esta pesquisa está sendo realizada através da aplicação de questionários a alunos do 2º período de mais de trinta faculdades de direito existentes no Estado do Rio de Janeiro. Já foram aplicados cerca de 2.000 questionários, e estamos iniciando a análise dos dados. Estes dados são ainda preliminares

[139] Classificação obtida no 1º Exame Nacional de Cursos, realizado em 1996.

zadas no Estado do Rio de Janeiro[140] revelam que as mulheres representam 61,1% do quadro do Ministério Público e 64,2% do quadro da Defensoria Pública (dados de 1996). Mesmo a magistratura, último grande reduto masculino, também já está se feminizando, com a entrada predominante de mulheres nos últimos anos (os dados de 1996 apontavam 28,1% de mulheres na magistratura do Estado do Rio de Janeiro).

As mulheres já representam um importante segmento das faculdades de direito, como demonstra o quadro abaixo, sendo que na PUC-Rio, por exemplo, a presença feminina representa 55,9% dos alunos. Tomando-se os dados do Exame Nacional de Cursos de 1996, para todo o país há praticamente uma distribuição igualitária entre alunos dos dois sexos que estão se formando (51,8% de homens)[141].

Distribuição da amostra segundo sexo

Sexo	Campos	UniRio	PUC-Rio	UERJ
Feminino	40,6	38,5	55,9	34,4
Masculino	59,4	61,5	44,1	65,6
Total	100,0	100,0	100,0	100,0

Esta maior presença feminina na profissão deve provocar, com certeza, mudanças importantes nos próximos anos. Apenas para citar um exemplo, recente pesquisa realizada pelo Instituto Direito e Sociedade com magistradas do Rio de Janeiro apontou a preferência das mulheres por esta função em decorrência da maior competitividade e exigências profissionais da advocacia. Para a mulher, que ainda tem de conciliar as atividades domésticas com as atividades profissionais, as funções públicas, onde um menor nível de remuneração (em comparação com a advocacia) é recompensado pela segurança do emprego e pela flexibilidade do horário, têm se apresentado como uma das principais opções.

* GRAU DE ESCOLARIDADE DOS PAIS

Através da escolaridade dos pais é possível analisar não apenas a inserção socioeconômica, mas também a mobilidade social dos estudantes de direito em relação a seus pais.

De um lado, a faculdade de direito continua atraindo os setores da elite social, como demonstram os dados da PUC-Rio, cujos estudantes apresentam altos percentuais de pais e mães com curso superior (terceiro grau completo). Mas, de outro lado, as faculdades de direito atraem setores médios, cujos pais apresentam baixos níveis de escolaridade, como acontece, por exemplo, na UniRio e na Faculdade de Campos (apesar de que, em relação a esta, é importante lembrar que sua localização no interior do Estado reduz a possibilidade de formação superior).

[140] Junqueira, Eliane. "A feminização das carreiras jurídicas: uma análise quantitativa". *Cadernos do IDES*, série Pesquisa n. 1, junho de 1997.

[141] Tiveram maior inscrição de mulheres no Exame Nacional de Cursos de 1996 os estados de Tocantins, Rio de Janeiro, Bahia, Espírito Santo, Minas Gerais e Goiás.

Distribuição da amostra segundo escolaridade dos pais

Resposta	Campos		UniRio		PUC-Rio			
	pai	mãe	pai	mãe	pai	mãe	pai	mãe
Nenhum ano de estudo	-	-	-	-	-	-	-	1,0
Primeiro grau incompleto	18,8	14,1	3,8	7,7	6,6	2,9	4,2	4,2
Primeiro grau completo	6,3	4,7	15,4	7,7	1,5	5,1	4,2	3,1
Segundo grau incompleto	9,4	7,8	-	19,2	2,2	-	1,0	6,3
Segundo grau completo	29,7	35,9	19,2	-	11,0	23,5	9,4	25,0
Terceiro grau incompleto	1,6	3,1	7,7	19,2	3,7	14,0	10,4	8,3
Terceiro grau completo	32,8	32,8	53,8	46,2	72,8	53,7	67,7	51,0
Não tem conhecimento/não respondeu	1,6	1,6	-	-	2,2	0,7	2,1	1,0
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tomando-se os dados do Exame Nacional de Cursos, os índices de escolaridade paterna (33,6%) e materna (24,5%) são baixos, indicando que de uma maneira geral são os setores médios (muitas vezes a classe média baixa) que vêm procurando os cursos de direito, principalmente nas faculdades privadas.

2 - POR QUE DECIDIRAM ESTUDAR DIREITO?

Homens e mulheres, elite e setores médios... Será que todos compartilham os mesmos objetivos em relação às faculdades de direito? Será que todos têm as mesmas expectativas e o mesmo nível de exigência em relação ao ensino? Será que todos almejam a mesma inserção profissional? Se atualmente as opções não se restringem, como no tempo do Bentinho de Machado de Assis, ao direito e à medicina, por que os estudantes optam por esse curso?

* MOTIVO DE INGRESSO NA PROFISSÃO

Em primeiro lugar, os cursos de direito continuam recrutando o mesmo indivíduo sem vocação que procurava o curso de direito no século XIX apenas para ter uma profissão. De acordo com os dados das quatro faculdades, mais de 50% dos estudantes de direito não têm uma vocação especial pela profissão. Menos do que vocação, outros motivos parecem dirigir o estudante para os cursos jurídicos, principalmente a oportunidade de fazer concurso público e a possibilidade de uma boa remuneração[142]. Ao lado destes, ainda existem os que, como o personagem

[142]Apenas como exemplo, o menor interesse dos estudantes da PUC-Rio pelos concursos públicos deriva deles possuírem capital social para ingressarem de maneira competitiva na advocacia. Em outros termos, eles procuram o direito porque sabem que têm condições de efetivamente alcançarem elevados patamares de remuneração, ainda que não estejam particularmente preocupados com o prestígio derivado da profissão.

Tristão, de Machado de Assis[143], são atraídos pelo prestígio do curso (em franca decadência) ou pela vontade de ter uma cultura geral, dentro da tradição existente no Brasil de que o curso de direito abre a possibilidade de múltiplas inserções no mercado de trabalho.

Distribuição da amostra segundo motivos de escolha do curso de direito

Motivo	Campos	UniRio	PUC-Rio	UERJ
oportunidade de fazer um concurso público	53,1	50,0	39,0	46,9
vocação	48,4	46,2	41,9	43,8
oportunidade de ser útil aos outros	42,2	30,8	36,0	34,4
vontade de ter cultura geral ampla	34,4	34,6	39,7	32,3
boa remuneração	25,0	53,8	52,2	53,1
prestígio	12,5	19,2	26,5	27,1

Mas será que essas expectativas são atendidas pela faculdade de direito? Para se responder a esta pergunta, deve-se olhar as respostas dos alunos formandos quando perguntados no Exame Nacional de Cursos de 1996 sobre a principal contribuição do curso de direito para a sua vida profissional. Se apenas 16,7% afirmaram que tiveram sua cultura geral ampliada, é legítimo supor que cerca de 15% saíram frustrados da faculdade de direito. Da mesma maneira, se apenas 17,5% afirmaram que saem com perspectivas de ganhos materiais, praticamente 30% já percebem, ao sair da faculdade, que as possibilidades de inserção profissional e de boa remuneração encontram-se bem abaixo das expectativas que os direcionaram para a faculdade.

Distribuição das respostas do Exame Nacional de Cursos - 1996 segundo principal contribuição do curso de direito

diploma de nível superior	16,1
cultura geral	16,7
aperfeiçoamento profissional	29,9
formação teórica	16,1
perspectivas de ganhos materiais	17,5

[143] Ao se recusar a seguir a vontade paterna, que queria vê-lo negociante, Tristão teima em "estudar direito e ser doutor": "[s]e não havia propriamente vocação, era este título que o atraía". E, repetindo uma frase que será dita por diversas outras gerações de brasileiros, Tristão reitera sua decisão: "Quero ser doutor! quero ser doutor!" (*Memorial de Aires*, 1975: 84).

* INSERÇÃO PROFISSIONAL

O que o estudante de direito quer ser "quando crescer"? Como pretende se inserir no mercado de trabalho? Apesar de ainda serem muito jovens, apenas começando seus estudos, metade dos estudantes manifesta desejo de entrar no setor público e se tornar um promotor público ou, principalmente, um juiz. Este dado é bastante fácil de ser entendido: os empregos no setor público são bem pagos, são vitalícios e não demandam (superada a fase de concurso) um alto investimento pessoal como na profissão de advogados. Como já afirmado anteriormente, o setor público é conveniente principalmente para as mulheres que podem assim conciliar a vida profissional com a vida pessoal.

Distribuição da amostra segundo inserção profissional desejada

Profissão	Campos	UniRio	PUC-Rio	UERJ
Concurso Público	70.3	76.9	50.7	47.9
Advocacia	10,9	3,8	20,6	7,3

3 - COMO OS ESTUDANTES AVALIAM AS FACULDADES DE DIREITO?

Os especialistas do ensino superior já escreveram várias páginas denunciando a má qualidade e a crise do ensino jurídico, que não consegue preparar os estudantes para o mercado de trabalho. Mas será que esta é a avaliação dos estudantes de direito? Será que para eles seria interessante uma faculdade de direito que exigisse uma maior dedicação aos estudos?

* EFICÁCIA NA PREPARAÇÃO PARA O MERCADO DE TRABALHO

Quando perguntados se a faculdade é eficaz na preparação para o mercado de trabalho, os estudantes das quatro faculdades analisadas deram respostas afirmativas, ainda que estes índices sejam diferenciados por instituição.

Distribuição da amostra segundo opinião sobre a eficácia da faculdade na preparação para o mercado de trabalho

Campos	70,3
UniRio	53,8
PUC-Rio	71,3
UERJ	66,7

Se para a clientela dos cursos jurídicos a faculdade consegue efetivamente preparar para o mercado de trabalho, não há muito a ser mudado no ensino do direito. Pelo menos é o que pensam 38,2% dos alunos que prestaram o Exame Nacional de Cursos em 1996, para os quais a faculdade exigiu na medida certa ou deveria ter exigido menos. Provavelmente, para esta parcela nada desprezível, o aumento da carga horária dos cursos de direito apresenta-se altamente disfuncional, uma vez que o próprio estudante, muitas vezes já inserido no mercado de trabalho (principalmente porque proveniente do setor médio baixo), não tem disponibilidade de tempo para efetivamente se dedicar aos estudos.

* DISCIPLINAS IMPORTANTES

De acordo com os dados do Exame Nacional de Cursos, 78,2% dos graduandos acham que existem disciplinas mal dimensionadas, com muita matéria e pouco tempo de desenvolvimento, e 66,7% sustentam que há disciplinas que deveriam ser eliminadas do programa. Um percentual ainda mais expressivo entende que há disciplinas que devem ser incorporadas ao curso. Que disciplinas seriam essas e como os alunos se posicionam em relação às disciplinas recentemente incorporadas ao currículo do curso de direito?

Embora todos considerem importante o estudo de sociologia jurídica, filosofia do direito e ética profissional, a filosofia do direito é a matéria com menores índices de aceitabilidade (com exceção da UERJ, por motivos ainda a serem explorados), provavelmente em função de seu caráter menos pragmático.

Distribuição da amostra segundo opinião sobre determinadas disciplinas

Opinião	Campos	UniRio	PUC-Rio	UERJ
Sociologia jurídica	70,3	74,0	66,9	80,8
Filosofia do direito	51,6	59,4	54,4	84,6
Ética profissional	89,1	80,2	62,5	76,9

Em relação às disciplinas que deveriam ser incorporadas ao curso, as opiniões variam em cada faculdade. No entanto, pode-se perceber que nas faculdades efetivamente voltadas para o mercado de trabalho, como a PUC-Rio e a UERJ, os estudantes demandam disciplinas voltadas para uma advocacia moderna, tais como responsabilidade civil, direito do consumidor, comércio exterior e contratos. Nas outras faculdades, até pelas expectativas de trabalho da própria localidade em que estão inseridas (como acontece em Campos, por exemplo), a demanda dirige-se para disciplinas de cultura geral, tais como português, criminologia, etc.[144]

[144] Esta resposta é também influenciada pelo nível do aluno, uma vez que muitos nunca tinham ouvido falar das disciplinas ou desconheciam qual seria o conteúdo destas.

Distribuição da amostra segundo disciplinas mais importantes para a futura atuação profissional

Campos	
Poder Judiciário e funções essenciais à Justiça	40,6
português	43,8
oratória	26,6
criminologia	26,6
PUC-Rio	
responsabilidade civil	**39,7**
Poder Judiciário e funções essenciais à Justiça	**30,9**
elaboração e análise de contrato	**25,7**
direito econômico	**22,1**
UniRio	
hermenêutica jurídica	**38,5**
criminologia	**30,8**
direitos humanos	**26,**
informática jurídica	**26,9**
UERJ	
direito do consumidor	**30,2**
responsabilidade civil	**29,2**
comércio exterior	**26,0**
retórica e teoria da argumentação	**25,0**

As seguintes disciplinas obtiveram índices inferiores a 10% de aceitabilidade sem distinção de faculdade, ou seja, não são consideradas importantes para a formação do estudante de acordo com suas expectativas de inserção no mercado de trabalho: direito agrário, direito imobiliário, registros públicos, metodologia de pesquisa, direito previdenciário, acidente de trabalho, direito educacional, direito da criança e do adolescente, história das idéias jurídicas, antropologia jurídica, direito eleitoral, direito ambiental, latim, aspectos jurídicos da AIDS, direito das comunicações, técnicas de expressão, títulos de crédito, direito marítimo, direito penal militar, direito comunitário, relações sindicais, mandado de segurança, direito do autor, direito parlamentar e direito penitenciário. Ou seja, esta listagem permite perceber que o estudante de direi-

to, pelo menos no início de seu curso, apresenta uma percepção bastante limitada de seu mercado de trabalho, não considerando determinados campos de inserção profissional, até em função do desprestígio a que são associados (presos, crianças e aidéticos, por exemplo, não são objeto de interesse do futuro bacharel em direito).

4 - O QUE PENSAM OS ESTUDANTES DE DIREITO?

Por último, algumas perguntas permitem perceber o que esses estudantes pensam sobre determinadas questões diretamente relacionadas ao futuro exercício profissional.

* SOBRE A ADVOCACIA

Perguntados sobre as características mais importantes para um advogado, os estudantes apontaram cultura geral, honestidade e conhecimento técnico, ainda que em ordem diferenciada. Apesar de aparecerem como segunda característica importante para o advogado, 'falar bem' e 'escrever bem' não são consideradas essenciais para o exercício profissional, apresentando índices mais baixo do que "ter jogo de cintura" em todas as faculdades (com exceção da UniRio).

Distribuição da amostra segundo opinião sobre a característica mais importante para um advogado

Característica	Campos	UniRio	PUC-Rio	UERJ
Ter cultura geral	29,9	15,4	11,0	8,3
Ser honesto	29,9	15,4	26,5	37,5
Ter conhecimento técnico	21,9	50,0	35,3	25,0
Ter uma boa rede de relacionamentos	-	-	1,5	2,1
Falar bem	3,1	11,5	2,9	3,1
Escrever bem	3,1	-	2,2	3,1
Vestir a camisa do cliente	3,1	-	2,2	-
Ter jogo de cintura	4,7	3,8	6,6	7,3
Ser profissionalmente ambicioso	-	-	2,2	3,1

Até que ponto a faculdade é responsável por capacitar o futuro bacharel de direito a efetivamente ter estas três características? Não há dúvidas de que a faculdade de direito não é responsável pelos padrões de honestidade do profissional de direito, se bem que a disciplina ética profissional possa incentivar o respeito a comportamentos

profissionais adequados. Também não existem dúvidas de que a competência técnica sim é de responsabilidade das faculdades de direito. No entanto, qual a responsabilidade da faculdade de direito em relação à cultura geral do futuro bacharel? Será que as novas disciplinas (particularmente a sociologia jurídica e a filosofia do direito) conseguem suprir esta demanda de cultura geral, particularmente forte nos alunos de inserção social mais baixa (Campos e UniRio)?

* SOBRE O PODER JUDICIÁRIO

Os estudantes não consideram fundamental um Poder Judiciário mais democrático no sentido de ter uma maior participação popular na administração da justiça ou um maior controle da sociedade, apesar de serem bastante altos os índices que apontam a importância de se garantirem o acesso de todas as camadas sociais ao Poder Judiciário e a vinculação deste poder à realidade social. O grande anseio é por um Poder Judiciário não corrupto e que consiga dar respostas rápidas às demandas judiciais, até porque a corrupção e a lentidão são percebidas socialmente como as principais deficiências dessa instância estatal.

Distribuição da amostra segundo características mais desejáveis para o Poder Judiciário brasileiro

Característica	Campos	UniRio	PUC-Rio	UERJ
Ser honesto	62,5	57,7	61,8	56,3
Ser rápido	50,0	50,0	46,3	53,1
Ser acessível a todas as camadas sociais	35,9	61,5	51,5	61,5
Estar vinculado à realidade	35,9	53,8	42,6	44,8
Julgar de acordo com os princípios legais	43,8	15,4	18,4	4,2
Ser composto por juízes e pessoas comuns	3,1	-	2,9	-
Ter uma boa e moderna infra-estrutura	10,9	7,7	14,0	11,5
Ser parcial, protegendo os mais pobres	1,6	3,8	3,7	1,0
Ser tecnicamente competente	32,8	26,9	27,2	25,0
Ser controlado pela sociedade	1,6	-	4,4	1,0
Ser imparcial	17,2	23,1	25,7	22,9

CONCLUSÃO

Para concluir, dois pontos chamam a atenção. Em primeiro lugar, nem a clientela dos cursos, nem os próprios cursos, em sua grande maioria, estão interessados em mudanças com vistas à melhoria da qualidade de ensino, perseguidas em um esforço de cima para baixo. Um determinado padrão foi definido como válido e imposto às faculdades de direito e, brevemente, esse padrão começará a ser exigido, através das comissões de avaliação do Ministério de Educação e Desporto, que elaborou um complexo instrumento para avaliar as faculdades de direito.

Em segundo lugar, conseguindo-se fazer com que o curso de direito efetivamente prepare para o mercado de trabalho, um novo desafio se fará presente no próximo milênio. Se o profissionalismo, conforme este é definido nos Estados Unidos, está relacionado com a responsabilidade social e profissional, o papel da educação jurídica na construção de modelos de direito e de advocacia está estritamente conectado com a idéia de justiça ensinada nas faculdades de direito. Em outras palavras, a profissão jurídica e os papéis desempenhados pelos advogados, juízes e profissionais do direito não são independentes da idéia de justiça que é diariamente redefinida nas faculdades de direito. No entanto, a maioria das análises sobre este assunto assinalam que as faculdades de direito negligenciaram a idéia de justiça. Anthony Amato, por exemplo, diz que "*the first thing that went wrong with law schools was the fact that they were given the name law schools*". Na opinião desse autor, "*things might have turned out differently had they been called colleges of justice*"(Amato, 1990: 35).

Talvez as coisas fossem diferentes se as faculdades tivesse sido denominadas "colégios de justiça". Talvez não. Mas não se pode concordar com o argumento de que "*if the goal is to achieve justice, law schools should teach justice instead of teaching law*" (Amato, 1990: 35). O problema não deriva do fato das faculdades de direito não ensinarem justiça. As faculdades de direito já ensinam justiça. O problema relaciona-se, isso sim, à idéia de justiça que circula nas faculdades de direito, um conceito liberal influenciado pelas perspectivas positivistas e jusnaturalistas. Cabe aos atuais estudantes de direito, muitos dos quais serão futuros professores de direito, lutarem para o predomínio de um conceito social de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMATO, Anthony. (1990) Rethinking Legal Education, 74, *Marquette Law Review* 1

ASSIS, Machado de. (1975) *Memorial de Aires*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

ECONOMIDES, Kim. (1997) Cynical legal studies. In: COOPER, J. & TRUBEK, L. *Educating for Justice: Social Values and Legal Education*. Brookfield: Ashgate.

EDWARDS, Harry. (1988) The Role of Legal Education in Shaping the Profession, 38, *Journal of Legal Education* 285.

NELSON, Robert & Trubek, David. (1992) Arenas of Professionalism: The Professional Ideologies of Lawyers in Context. In: NELSON, Robert et al. *Lawyers' Ideals/Lawyers' Practices*. Ithaca: Cornell University Press.

IX - O MINISTÉRIO PÚBLICO NO TERCEIRO MILÊNIO

Ela Wiecko V. de Castilho[*]

INTRODUÇÃO

Minha intervenção neste painel tem como ponto de partida a experiência pessoal como membro do Ministério Público Federal.

A promotoria constitui uma das opções tradicionais para os egressos dos cursos de graduação em Direito. O estudante que pretende seguir esta carreira jurídica geralmente gosta de Direito Penal e tem como modelo aquele profissional que faz a acusação no tribunal do júri ou que trabalha junto ao juiz no fórum.

Entretanto, o modelo do Ministério Público brasileiro atual é muito mais do que isso.

Para melhor compreensão do que espera o estudante que pretende ingressar na carreira do Ministério Público, dos Estados ou da União, vou traçar num primeiro momento o perfil legal da instituição. Depois, indicarei alguns dados de pesquisas recentes sobre o que pensam os seus integrantes. Finalmente, farei um questionamento sobre a adequação e eficiência dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito para formar profissionais aptos a seguir a carreira do Ministério Público.

O PERFIL LEGAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A história do Ministério Público brasileiro tem um divisor de águas: a Constituição de 1988.

No período anterior, seus agentes preocupavam-se tão somente com os processos judiciais e procuravam não se envolver com os fatos sociais. Assumiam conduta profissional assemelhada a dos magistrados com os quais trabalhavam. Apesar de existir permissivo legal para ações mais amplas em defesa da sociedade, estas não se faziam, principalmente em razão da vinculação dependente do órgão ao Poder Executivo. Nos Estados, as Procuradorias Gerais de Justiça faziam parte das Secretarias

[*] Subprocuradora-Geral da República; Doutora em Direito pela UFSC; Professora da Universidade Federal de Santa Catarina.

de Justiça, e na União, a Procuradoria Geral da República estava ligada ao Ministério da Justiça. Aos procuradores da República incumbia a advocacia da União e os promotores estaduais se encarregavam da execução fiscal dos Estados e da União. As suas funções estavam esparsas no texto constitucional e em diversas leis.

Na década de oitenta, a Lei n. 7.347/85, da Ação Civil Pública, iniciou a mudança que foi sacramentada na Constituição Federal de 1988. Aí o Ministério Público foi reconhecido expressamente como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127).

Para bem cumprir seu papel, foram elevados à categoria de norma constitucional os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional. Foi-lhe assegurada também autonomia funcional e administrativa. Os cargos de procurador-geral da República e dos procuradores-gerais de Justiça deixaram de ser demissíveis *ad nutum* pelos chefes do Poder Executivo. Aos membros foram asseguradas as mesmas garantias da magistratura, ainda que não as mesmas vedações (art. 128 e §§).

As funções indicadas no texto constitucional (art. 129, I a IX) podem ser classificadas como judiciais e extrajudiciais. Em juízo, cabe ao Ministério Público: (a) promover, privativamente, a ação penal pública; (b) promover ações para a proteção de interesses difusos e coletivos; © defender interesses sociais e individuais indisponíveis; (d) defender os direitos e interesses das populações indígenas;(e)promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados. Extrajudicialmente, cabe-lhe: (a) zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; (b) promover o inquérito civil e outros procedimentos administrativos; © exercer o controle externo da atividade policial.

Estas funções institucionais também podem ser classificadas como de natureza civil e penal. A natureza civil tem sentido amplo, em contraposição à penal. Grosso modo, há o integrante do Ministério Público que prefere atuar em matéria penal e o que prefere o enfoque não-penal. Neste segundo grupo, há o que prefere oficiar como fiscal da lei, atuando basicamente em juízo, nas hipóteses de intervenção previstas no art. 82 do CPC, e aquele que vibra com o ofício de tutela coletiva, cujos instrumentos básicos são a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Improbidade, atuando em juízo ou fora dele, mas principalmente fora dele.

Em qualquer destas classificações a concepção de Ministério Público que hoje vigora pode ser sintetizada na expressão: órgão da sociedade. Embora fazendo parte da estrutura do Estado, representa a sociedade em juízo e fora dele na defesa do regime democrático e dos interesses sociais já mencionados. O novo perfil do Ministério Público está nitidamente atrelado ao fomento do exercício da cidadania.

Esta concepção, já internalizada pelos integrantes do Ministério Público em todo o País[145], provocou uma mudança de enfoque no modo de executar as atividades tradicionais. Assim, por exemplo, há um esforço de promover a ação penal contra os criminosos do colarinho branco, a fim de tornar a intervenção penal mais democrática, deixando de incidir preferencialmente sobre a parcela mais desfavorecida da sociedade. Há ainda maior consciência de que além de acusador é fiscal da lei, nessa

[145] Ver em SADEK, Maria Tereza (org.) *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo: Sumaré: IDESP, 1997. p.9-12. Igualmente em *Ministério Público*: uma experiência em defesa da cidadania. Aracaju: Ministério Público do Estado de Sergipe, 1994.

dúplice condição devendo fiscalizar a investigação policial, a legalidade do processo e da execução penal.

No tocante à função também tradicional de emitir pareceres em matéria civil, percebe-se o esforço de ultrapassar os limites do mero exame de requisitos formais, assumindo o papel de parte autônoma.

Com relação às atividades novas, que pode ser chamada de tutela coletiva, além de terem forçado a mudança no enfoque das atividades tradicionais, geraram a necessidade de promover a reforma organizacional da instituição[146], problema que ainda não foi adequadamente resolvido no Ministério Público Federal.

Para Lamounier[147], estamos assistindo ao surgimento da figura do defensor do povo e chegamos à difícil questão de saber o limite da responsabilidade dos poderes públicos, ou seja, entre a legalidade e a discricionariedade do administrador. A questão é especialmente candente no Brasil, se considerarmos que muitos dos direitos estabelecidos na Constituição de 1988 são vistos por alguns como meros objetivos desejáveis de efetiva e imediata aplicação. Quem vai dirimir esse conflito em última instância é o Judiciário. Configura-se, ao menos em potencial, o embate entre essas duas concepções do Direito, uma mais conservadora e provavelmente encarnada pelo Judiciário, preocupada com a certeza jurídica, e outra mais reformista, preocupada em utilizar o Direito como instrumento de mudanças sociais. Para Lamounier a novidade não é presença das duas concepções, mas a possibilidade de que estejam adquirindo embasamentos institucionais diferenciados e poderosos: a primeira no Judiciário e a segunda no Ministério Público.

Entretanto, vale a pena referir que pesquisa realizada entre os magistrados brasileiros sinaliza significativo grau de aceitação do papel do Ministério Público como guardião dos direitos da cidadania e de suas instituições.[148]

AS PESQUISAS SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO

Passarei agora ao exame de alguns resultados de pesquisas, que dão ensejo a reflexões sobre o profissional do Ministério Público no terceiro milênio.

As pesquisas foram realizadas pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo-IDESP, no âmbito do Judiciário (1993), do Ministério Público (1996) e especificamente do Ministério Público Federal (1997)[149] sobre a administração da Justiça.

As pesquisas feitas no Ministério Público mostram que os seus integrantes consideram, como obstáculos importantes ao bom funcionamento da administração da Justiça

[146] A título de exemplo, no Ministério Público do Estado do Sergipe foi criado um Centro de Apoio Operacional com quatro núcleos: Núcleo de Apoio Operacional da Infância e Adolescência, Núcleo de Defesa Comunitária, Núcleo de Defesa da Cidadania, Núcleo de Apoio Operacional das Atividades Cíveis e Criminais.

[147] LAMOUNIER, Bolívar. O novo Ministério Público da Constituição de 1988. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 10 de setembro de 1997.

[148] VIANNA, Luiz Werneck et alii. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: AMB: IUPERJ, 1996, Tabela 73, p. 111.

[149] Os resultados da terceira pesquisa foram apresentados publicamente no XIV Encontro Nacional de Procuradores da República, realizado em Belo Horizonte, no período de 28 de outubro a 2 de novembro de 1997. Essa pesquisa, patrocinada pela Associação Nacional de Procuradores da República, foi dirigida a todos os integrantes do Ministério Público Federal, tendo sido respondida por 47,2% deles.

no Brasil, a má formação profissional dos membros do Ministério Público, juízes e advogados. Na pesquisa de 1996, a soma das respostas "muito importante" e "importante" é de 45% para os promotores, 53% para os juízes e 77% para os advogados.[150] Na pesquisa de 1997, é de 36,9% para os procuradores, 46,3% para os juízes e 68,0% para os advogados.[151]

Note-se que pesquisa semelhante realizada em 1993 com cerca de 20% dos juízes em cinco estados, incluindo juízes federais chegou a resultado semelhante. A soma das respostas "extremamente importante" e "muito importante" foi de 38,9% de insuficiência na formação profissional do juiz e de 64,0% para o despreparo dos advogados (causas mal propostas etc.) O rol de alternativas não contemplava a má formação profissional do membro do Ministério Público.[152]

Essas respostas guardam relação com aquelas dadas a outras duas perguntas sobre obstáculos a uma adequada prestação jurisdicional na área dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos bem como ao combate à impunidade.

No primeiro caso e na pesquisa de 1996, a soma das respostas "muito importante" e "importante" foi de 82,0% para a falta de especialização em problemas específicos (ex.: poluição, finanças públicas, taxa de juros etc.) e de 58,0% para o despreparo jurídico dos membros do Ministério Público.[153] Na pesquisa de 1997, a soma foi de 84,8% para a falta de especialização em problemas específicos, de 60,2% para resistência ideológica de procuradores, de 54,9% para despreparo jurídico de juízes e de 52,9% para despreparo jurídico de procuradores.[154] Na pesquisa de 1996 do rol de alternativas não constou a resistência ideológica dos membros do Ministério Público, nem o despreparo jurídico de juízes.

Quanto aos obstáculos à ação penal e ao combate à impunidade, a pesquisa de 1997 indicou o resultado de 91,4% para a falta de especialização em problemas específicos (ex.: mercado financeiro, ordem tributária, tráfico de drogas etc.) e de 62,7% para a resistência ideológica de juízes. Nessa área, o despreparo jurídico de juízes e procuradores não ultrapassou a soma de 40%.[155]

Parece evidente que os membros do Ministério Público reconhecem como fator significativo da insuficiente prestação da Justiça a má formação profissional deles próprios e dos juízes, principalmente para o exercício das novas atribuições que lhe foram conferidas a partir da década de oitenta e mesmo para a atividade tradicional da ação penal, no aspecto da macrocriminalidade.

Outro ponto a destacar nas pesquisas é o resultado das resposta sobre o papel das instituições da Justiça. No Ministério Público Federal 87,3% dos entrevistados concordam em maior ou menor grau que "a sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é, incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos e, por isso, as instituições da Justiça devem atuar afirmativamente para protegê-la." Quanto à afirmação semelhante sobre o papel do Ministério Público, 52,9% responderam concordar totalmente e apenas 1,6% discordar totalmente da seguinte afirmação: "O Ministério Público deve ser canal de demandas sociais com vistas ao alargamento do acesso à

[150] SADEK, Maria Tereza (org.). *O Ministério Público e a justiça no Brasil*. ob. cit., Tabela 3, p. 48

[151] *Ministério Público Federal e a administração da Justiça no Brasil*: relatório de pesquisa. Brasília: ANPR: IDESP, 1997. 12p. Tabela 3.

[152] SADEK, Maria Tereza (org.). *O Judiciário em debate*. São Paulo: Sumaré: IDESP, 1995, Tabela 3, p. 67

[153] *O Ministério Público...* Tabela 15, p. 56.

[154] *Ministério Público Federal...* Tabela 13.

[155] *id.*, Tabela 14.

justiça, transformando o Judiciário em um lugar privilegiado para a solução de conflitos coletivos".[156] Na pesquisa de 1996, 50,0% concordaram totalmente,[157]

Estas assertivas, aceitas pela maioria dos entrevistados, têm sido questionadas por alguns juristas, como Grinover, para quem o Ministério Público deveria ter uma ação meramente supletiva à das organizações não governamentais.[158]

Independentemente do posicionamento que se tenha a respeito, é inegável que a Constituição de 1988 possibilitou ao Ministério Público levar ao Judiciário uma série de conflitos coletivos, criando áreas de tensão com o Executivo e com o próprio Judiciário. Trouxe ao Ministério Público questões com os quais nunca se defrontara e que ultrapassam o plano jurídico.

As pesquisas do IDESP procuraram identificar as áreas de prioridade para os membros do Ministério Público nos últimos dois anos e para os próximos dois anos. No Ministério Público Federal, as prioridades declaradas ficaram para o crime, fiscalização da lei[159] e defesa do patrimônio público e social, nessa ordem. As prioridades prometidas foram para o controle da administração pública (ação de improbidade administrativa), defesa do patrimônio público e social e crime, nessa ordem. Interessante notar que há um decréscimo no percentual daqueles que pretendem se dedicar à área criminal, bem como a de fiscal da lei, em relação à situação de hoje. Igualmente, note-se que há expressivo aumento de interesse no controle da administração pública, na fiscalização dos serviços de relevância pública (saúde, educação, lazer, segurança etc.), na defesa de pessoas portadoras de deficiência e de idosos.[160] Em outras palavras, significa que há uma tendência de privilegiar as atribuições novas do Ministério Público, não se podendo, porém, afirmar o descuramento das funções tradicionais.

Na pesquisa de 1996 chama atenção o fato de que a área criminal, embora continue a ser vista como a principal prioridade, é a única que sofre decréscimo na comparação futuro e passado. Entre as áreas às quais os integrantes pretendem dedicar mais atenção destacam-se, sobretudo, o controle da administração pública, direitos das pessoas portadoras de deficiências, defesa do patrimônio histórico e cultural, direitos de idosos e de minorias étnicas.[161]

A defesa dos interesses difusos e coletivos pode ser feita em juízo e fora dele. Com freqüência os inquéritos civis públicos terminam em termos de ajustamento de conduta, isto é em acordos extrajudiciais. Para tanto, o órgão do Ministério Público deve proceder a uma intensa atividade de articulação entre as partes envolvidas, com várias rodadas de negociação. O seu sucesso depende do grau de confiabilidade que inspira, do respeito que goza, não só em decorrência de seu conhecimento jurídico como de sua independência funcional e poder jurídico.

O órgão do Ministério Público que atua nessa atividade deve estar preparado para acompanhar inspeções, participar de diligências, orientar investigações, presidir reuniões e audiências públicas em que pessoas com interesses opostos se digladiam. Deve ser muitas vezes simplesmente um mediador.

Recentemente procuradores da República no Estado de São Paulo tornaram pública orientação interna de privilegiar as soluções extrajudiciais.[162] Note-se que, na

[156] *Ministério Público Federal*... Tabela 18.

[157] *O Ministério Público*...Tabela 17, p. 57.

[158] Id., p.14.

[159] Corresponde ao que, no jargão do Ministério Público, é chamado de *custos legis* e se resume fundamentalmente na intervenção nos processos com base no art. 82, I, do CPC e na intervenção na ação de mandado de segurança.

[160] *Ministério Público Federal*... Tabela 23.

[161] *O Ministério Público*... Tabela 19, p. 59.

pesquisa de 1996, 31% dos entrevistados foram totalmente a favor da proposta do recurso a soluções extrajudiciais para melhorar o funcionamento da Justiça.[163]

Essa tendência espelha o que já é realidade no dia-a-dia do Ministério Público: atendimento constante ao público e participação em conselhos, comissões, grupos de trabalho, tudo na perspectiva de encaminhar soluções efetivas, fora do âmbito judicial.

A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os resultados das pesquisas realizadas pelo IDESP sugerem uma significativa inadequação e ineficiência dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito para formal o profissional do Ministério Público.

O conjunto de respostas sugere que os cursos jurídicos não atendem às necessidades de especialização em temas relativos a direitos humanos (saúde, educação, lazer, segurança, portador de deficiência, idoso, criança e adolescente, minorias étnicas, patrimônio natural e cultural), macrocriminalidade (sistema financeiro, tráfico de drogas, ordem econômica), controle da administração pública (como ocorrem as fraudes, a corrupção).

Além dos cursos jurídicos não proporcionarem informações jurídicas nem fomentarem a interdisciplinaridade, também não treinam habilidades cada vez mais necessárias ao integrante do Ministério Público, que facilitem o atendimento ao público e a mediação de conflitos.

Até que ponto essas constatações devem merecer dos cursos jurídicos a reavaliação do seu currículo e dos planos de ensino das disciplinas?

Não se pode pretender que a especificidade das funções realizadas pelo Ministério Público seja treinada em um universo composto por estudantes que ainda não definiram a carreira que pretendem seguir ou decididamente não se interessam pelo Ministério Público. Todavia, parece óbvio que a transformação do perfil do Ministério Público não se dá de modo solitário. Há uma interação com a magistratura e com a advocacia, sendo provável que careçam das mesmas qualificações e habilidades. Basta lembrar que uma das propostas consideradas mais eficazes para agilizar o Judiciário, segundo os juízes, é a dos juizados especiais de pequenas causas.[164]

CONCLUSÃO

Sinteticamente, concluo que os cursos jurídicos em geral devem prestar mais atenção às transformações que se operaram no Ministério Público a partir de 1988, a fim de dar resposta às demandas em temas especializados bem como em habilidades para mediação de conflitos interpessoais e coletivos.

[162] XIV ENCONTRO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. Belo Horizonte, 28/10 a 2/11/97. [Caderno do Encontro]

[163] *O Ministério Público...* Tabela 4, p.49.

[164] A soma das respostas "extremamente importante" e "muito importante" foi de 83,5%. *O Judiciário...* Tabela 5, p. 68.

X - O MAGISTRADO DO TERCEIRO MILÊNIO**

*José Renato Nalini**

1 - O JUIZ NO PASSADO

Se para alguns a origem do direito está no ato de fazer justiça, o juiz foi o primeiro dos operadores jurídicos. Precedeu, historicamente, ao legislador. Ele se encarregou, longevamente, de aplicar o direito. E o direito existe por causa dos homens, é obra do homem e está a serviço do homem[165].

A tarefa de quem escolhe - ou é escolhido - para fazer justiça foi sempre objeto de muitos estudos. Ao comum dos homens causa espécie que sua vida, seu patrimônio, sua honra e demais interesses, reste confiado a outro homem, igualmente falível e sujeito às vicissitudes humanas. Há sempre uma dimensão dramática na realização do justo possível. Pois não é singelo realizá-lo. Nem sempre a questão é suscetível de uma análise maniqueísta: alguém, com inteira razão, contende com outrem, totalmente desprovido de qualquer razão.

As coisas não ocorrem assim. E o ser humano encarregado de dizer o direito vem sendo questionado no decorrer da História. Quem é esse que decide sobre minha vida?

Decide e não só sobre a vida das partes naquele dado processo. *"A sentença de um juiz - como sustentou Ángel Ossorio -, resolve o caso dos dois litigantes, mas ilumina e guia a conduta de muitíssimos homens que não pleiteiam. Assim pode dizer Dualde que toda a magistratura reunida, ainda com as deficiências de que pudera adoecer, tem mais capacidade legislativa que todos os parlamentos europeus juntos"*[166].

Inegável a valia do elemento humano a serviço da justiça. A estrutura material e técnica da administração da justiça podem ser antiquados, por se tratar do serviço mais antigo e menos funcional de todos os estatais; as decisões judiciais são proferidas com inadmissível atraso; a operatividade prática do serviço produz imagem pou-

* José Renato Nalini é Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Mestre em Direito Constitucional pela USP-Universidade de São Paulo e Diretor Adjunto da Escola Nacional da Magistratura.

[165] LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Humanismo, Estado y Derecho", Edit.Bosch, Barcelona, 1960, p.7.

[166] JOAQUÍN S. RUIZ PÉREZ, "Juez y Sociedad", Editorial Temis S/A, Bogotá, Colômbia, 1987, p.21, citando ÁNGEL OSSORIO, *"La Justicia Poder"*, conferencias en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1927, p.122 e DUALDE, *"Una revolución en la lógica del derecho"*, Barcelona, 1933, p.284.

co atrativa. E ainda reina o mais absoluto desconhecimento, de parte da população, desse serviço público. Ninguém conhece a Justiça. Por não conhecê-la, ninguém ama sua Justiça.

A despeito de todo o quadro, a justiça continua a ser realizada e é feita mediante atuação dos juízes. "*Importa muito, pois, a personalidade do juiz, inclusive mais ainda que sua própria técnica. Suas qualidades humanas e pessoais jogam transcendente papel na vida do direito e da sociedade. Daí se predique muito autorizadamente que o homem é o ponto de referência central da moral e do direito, e que deve existir uma união entre aquela e este*"[167].

O juiz, no passado, era a figura emblemática, ungida a dizer o certo e o errado, capaz de transformar em quadrado o círculo, objeto do respeito e da veneração comunitária.

No antanho, era o braço judicial do Rei. Quando o monarca não podia realizar em pessoa a justiça, delegava a atribuição a alguns escolhidos e estes passavam a exercer a administração da justiça em seu nome. Havia muito de mítico na realização da Justiça. Não por acaso a vinculação estrita entre religião e Direito, facilmente observável no curso da aventura humana por este planeta[168]. Daí o caráter de dogma das decisões judiciais, o respeito devotado à Magistratura, a permanência de noções como aquela de que *ordem judicial é para ser cumprida, não discutida.*

2 - O JUIZ DO PRESENTE

A Humanidade não encontrou ainda outra alternativa eficiente, ou consensualmente aceita, de solucionar seus conflitos. Continua a confiá-los à apreciação de técnicos especialmente incumbidos pelo sistema de *dar a cada um o que é seu* e de pacificar a comunidade lesada mediante vulneração da ordem jurídica.

Essa missão se entrega ao juiz. Sua figura ainda goza de certo conceito, correspondendo a um arquétipo consagrado.

Diante dessa importância tradicionalmente reconhecida à função, cabe indagar: como é que se recruta uma pessoa para ser juiz?

Muitos os critérios e sistemas. Desde a nomeação pura e simples, à cooptação, sofisticada ou singela, à eleição, à formação específica por uma Escola de Juízes e ao concurso público[169]. O Brasil adota o concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases[170].

O concurso público é considerado uma alternativa muito racional de seleção. Privilegia, a um tempo, a face aristocrática, pois só os presumivelmente melhores

[167] JOAQUÍN S. RUIZ PÉREZ, op.cit., idem, p.21/22, citando SOTO NIETO, *"Cuestiones jurídicas. Jurisprudencia creadora"*, Madrid, Edit.Montecorvo, 1976, p.24.

[168] Lembra RUIZ PÉRES que *"originariamente existiu o juiz mágico, bruxo ou sacerdote (como o pontífice do mais antigo direito romano), separado de todos os demais mortais por seu dom sobrenatural de entrar em contato com os deuses; depois veio o juiz carismático, grande sábio ou notável (talvez tenha de se pensar nas justiças senhoriais do século XVII ou nos juízes de paz do XIX), personagem a que envolvia uma aura de clemência e de equidade mais que de direito, respeitado por sua paciência, por sua boa vontade e por seu espírito de conciliação; e, enfim, temos o juiz lógico, que é o nosso, que memoriza e racionaliza, que é a memória de todas as regras e a inteligência de todas as deduções (senão de todas as dialéticas).* (op.cit., p.23, citando CARBONNIER, "Direito Flexível", p.346 e 347).

[169] Em relação ao tema, examinar JOSÉ RENATO NALINI, "Recrutamento e Preparo de Juízes", RT, 1992, SP.

[170] Artigo 93, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.X.1988.

lograrão aprovação. E a face democrática, pois todos os qualificados com o mínimo: o bacharelado em direito, a ele igualmente terão acesso. Depois, é a modalidade obstativa do exercício do favoritismo ou da predileção. Continua a ter seus fervorosos adeptos.

A realização dos certames pouca variação ostenta, seja nas várias unidades federadas, seja na Justiça Federal ou nos ramos especializados da administração da Justiça. Compõe-se uma Comissão de Concurso, geralmente integrada pelos magistrados mais antigos e esta elabora uma relação de pontos. Depois aplica as provas escritas, realiza as orais, submete o candidato a uma entrevista e proclama a relação dos aprovados.

Os concursos prestaram relevante serviço à nacionalidade, provendo-a de magistratura respeitada por seus atributos intelectuais e morais. Só que a sociedade mudou.

A população se multiplicou. O fenômeno da urbanização fez surgir conglomerados irracionais como São Paulo, onde milhões de pessoas procuram sobreviver numa sociedade esgarçada em estrutura e em valores. As Faculdades de Direito, que eram duas em 1827, são quase trezentas. Descarregando, no mercado de trabalho, milhares de novos bacharéis a cada semestre.

Já não faz sentido recrutar empiricamente, privilegiando apenas a memorização da lei, doutrina e jurisprudência, mediante métodos mnemônicos explorados por **cursinhos preparatórios** que não se preocupam com a **vocação**, a **ética** e **aspectos institucionais** da carreira. Os Tribunais parecem haver se esquecido de que *"a grandeza dos juízes estriba mais em suas predisposições morais, em suas inquietudes de espírito e na plena consciência da empresa que se lhes outorga, que na culminação de férreas individualidades científicas ou na magnificação impressionante de suas personalidades profissionais"*[171].

Uma sociedade fragilizada como a brasileira, com o crescimento da miséria e da exclusão, com uma das mais cruéis distribuições de renda do planeta, não está a necessitar de juízes burocratas. Precisa de juízes humanos. Mas não está sendo capaz de encontrá-los. E é por isso que, a cada concurso - insuscetível de preenchimento das vagas crônicas existentes em todo o Judiciário - renovam-se as críticas à Universidade em geral, ao ensino jurídico em particular, esquecendo-se os responsáveis de que a **revisão de paradigmas** somente deles é que se pode reclamar.

Ao lado do deficiente recrutamento, a Justiça brasileira vem se descuidando da formação permanente de seus juízes. Malgrado a excelência do texto constitucional, que contemplou a necessidade de **cursos oficiais de preparação**, como requisito de ingresso à carreira de juiz e de **cursos reconhecidos de aperfeiçoamento**, como requisito à promoção, pouco tem sido feito para implementar a vontade constituinte[172].

Alguma coisa se faz em termos de aperfeiçoamento. Nada tem sido eficiente no que diz respeito à **preparação**. Esta é necessariamente prévia ao ingresso na carreira. O concurso deve servir mais para **detectar** as qualidades do candidato, avaliar seus predicados e sua potencialidade, menos para aferir a sua condição de armazenar na memória os textos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

[171] SOTO NIETO, *"Itinerarios de justicia"*, in *"Compromiso de justicia"*, Ed.Montecorvo, Madrid, 1977, p. 105.

[172] Artigo 93, inciso II, alínea "c" e inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Joga-se uma loteria na seleção. Estimula-se o candidato a desempenhar um papel sedutor daquele que se dispõe a todos os sacrifícios, desde que admitido ao Olimpo dos magistrados. Depois de garantido pela vitaliciedade, quantos dos antigos altruístas não se mostram subservientes burocratas, mais interessados no carreirismo e na disputa corporativa e quase nada no clamor de justiça que provém dessa comunidade esquecida.

Resultado da má apreensão dos reais problemas do Judiciário brasileiro - que partem dessa reconhecida inércia para um fecundo **mea culpa** - é o aprofundamento do fosso a separar comunidade e Justiça. A reforma do Judiciário é sempre relegada a um plano inferior e surge como postulação de **controle externo** ou de implementação de **súmula vinculante**, a cada vez que um julgamento desfavorável não é absorvido por estamentos poderosos - demais poderes, grandes grupos ou integrantes dos poderosos *mass media*.

Dotado de um tratamento privilegiado na Constituição de 1988, o Judiciário brasileiro, que não tem sabido ser **poder**, e está em riscos de perder essa natureza no futuro, também não tem se servido do instrumental posto à sua disposição para a única reforma efetivamente necessária: aquela da **consciência** de seus integrantes, a partir de integral reformulação dos sistemas de **seleção** e **educação continuada** dos juízes.

Ao aperceber-se disso, o Judiciário terá garantida a sua sobrevivência na estrutura de um Estado cuja crise abrangente é também manifesta. Se não vier a acordar em tempo, estará destinado a ver reduzida a sua importância, convertendo-se em estamento burocrático destinado a exercer pressão sobre os desvalidos e a cuidar de questões menores.

Aumenta o cerco sobre o Judiciário e, claramente, sobre o juiz. O magistrado moderno já não é o sacerdote ou mago respeitado, mas um profissional angustiado pelo excesso de trabalho, pela descrença quanto à efetividade de sua missão e perplexo por não compreender quais os motivos que levam a comunidade a ser tão inclemente em relação à Justiça.

3 - O JUIZ NO FUTURO

O que pode ser feito para afastar a ameaça do desaparecimento da Justiça convencional, substituída por alternativas mais eficientes de resolução dos conflitos?

A resposta a essa indagação está em assumir, corajosamente, os desafios postos à Justiça pela contemporaneidade.

A Constituição, além de ser o vértice da normatividade, possui valor simbólico indiscutível. Ela representa, num determinado momento histórico, a visão de mundo nutrida pela comunidade. Ela reflete a verdade histórica nacional, nada obstante se possa dizer que *"a verdade, como os juízos éticos e estéticos, são produtos precários e provisórios dos debates e embates tensos, agonísticos e incessantes, de atores históricos concretos, em contextos sociais determinados"*[173]. E a **mensagem** do constitu-

[173] LUIZ EDUARDO SOARES, autor de "A Invenção do Sujeito Universal" e "O Experimento de Avelar", in "A Revolução Americana", FSP de 12.10.1997, Caderno Mais, p.5, analisando a obra de RICHARD RORTY, autor de "Escritos Filosóficos".

inte para o Judiciário brasileiro foi: a Justiça está inadmissivelmente **lenta** e **imprevisível**. É urgente investir na **formação** do juiz brasileiro[174].

Aberta a possibilidade constitucional da **Escola da Magistratura**, foi profusa a sua criação em todos os Estados da Federação e pelos vários ramos da Justiça. Não se padece da falta de escolas de juízes. Ressente-se, isto sim, de sua eficácia na **preparação dos juízes.**

Essa preparação não é tarefa da Universidade. Pois *"o poder judicial, entranha do poder civil, se forma só com uma disciplina, com um convencimento, com um hábito, com uma assiduidade, com uma fé, com uma ilusão. Da escola pode sair isso; da Universidade atual, me parece notório que não sai"*[175]. A experiência das Escolas da Magistratura em todo o mundo está disponível à capacidade criadora dos responsáveis pela Justiça Brasileira. A vertente mais nítida, dentre os Estados de sistema jurídico análogo ao nosso, é investir nesses **centros especializados de preparação**. Somente eles poderão transmitir ao futuro juiz aquilo que não incumbe à Universidade fazê-lo.

É na **Escola da Magistratura** que, *"junto com os valores técnicos, se examina com cuidado e atenção a humanidade do aspirante, familiarizando-o depois com a vida oficial e puramente profissional, por meio das práticas desenvolvidas. E é lógico este proceder. O juiz não pode ser já somente um técnico do direito. Precisa o fomento de uma sensibilidade capaz de captar com segurança o sentido e os valores sociais; de qualidades humanas que o situem com capacidade de compreensão, entendimento e solidariedade com a comunidade de que faz parte. Assim, não só assumirá a realidade, senão também poderá valorá-la e acolher em sua tarefa todas as expectativas da sociedade onde convive. É esta a nova dimensão de sua personalidade que deve inspirar o processo formativo levado a cabo nos centros ou escolas judiciais"*[176].

E que tipo de juiz a **Escola da Magistratura** poderá produzir?

Primeiro, o juiz deverá estar atento à nova realidade globalizada, inspirada pelas idéias de parceria e controle, que reclamam novos institutos e categorias. No terceiro milênio, reforçar-se-á a concepção de **blocos regionais** e *"a integração dos espaços jurídicos nacional, metanacional e internacional exigem, do mesmo modo, um novo tipo de profissional do Direito. Um profissional também* ***integrado****, que, antenado a sua mundividência, mantém intimidade com outras áreas do conhecimento que não unicamente o Direito: economia, administração, marketing, computação e outras mais. Tais fatos rompem com a secular dicotomia existente na formação jurídica: a oposição entre as elites jurídico-burocráticas (pragmáticas) e as elites acadêmicas (teórico-filosóficas). O campo de trabalho do operador do Direito no mercado globalizado exige uma formação em que ambas as correntes sejam coincidentes, possibilitando uma* ***mega-atuação****, plena em fundamentos teóricos e pragmatismo"*[177].

[174] Essa mensagem foi explicitada no artigo 93, inciso II, alínea "c": o Estatuto da Magistratura deve, necessariamente, observar alguns princípios, dentre os quais *aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento*. A primeira condição para o juiz ter méritos é julgar rapidamente; depois, apresentar segurança em sua decisão, o que pode ser traduzido por previsibilidade; por último, freqüentar, com aproveitamento, cursos que o tornem mais apto à realização da Justiça.

[175] ANGEL OSSORIO, *"La Justicia Poder"*, cit., p.133, apud RUIZ PÉREZ, op.cit., idem, p.43.

[176] RUIZ PÉREZ, *"Juez y Sociedad"*, cit., idem, p.45.

[177] MARCILIO TOSCANO FRANCA FILHO, "Globalização e Academia: A Ordem Internacional Contemporânea e seus reflexos no Direito e seu Ensino", in Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 17, abril/julho de 1997, p.57/58.

Tudo está a indicar que o **pluralismo**, princípio inspirador do Estado Democrático Brasileiro, está dando origem a um **pluralismo jurídico**, reconhecendo as novas fontes normativas e as instâncias pioneiras de negociação desestatizadas, como a mediação, arbitragem, a **justiça negociada**, a **justiça proposta**. O surgimento de explicações para os fenômenos contemporâneos, como o Direito Alternativo, o ativismo judicial, as Associações de Juízes Democráticos, a Semiologia do Poder, o Direito Insurgente, o Neomarxismo Jurídico, o Direito Achado na Rua e outros, reclama um juiz apto e aberto a uma adequada compreensão da realidade jurídica.

Enquanto os paradigmas da Justiça atual residem na **equidade, legalidade, Estado, dependência, relação vertical e princípio de ruptura**. os da Justiça do Terceiro Milênio passarão a incorporar valores como o **equilíbrio, legitimidade, sociedade, autonomia, relação horizontal e princípio do liame**[178]. O juiz do futuro deverá adotar uma via judiciária mais flexível, menos dogmática e impositiva. Sob pena de vir a ser recusado pelo justiciável.

A Justiça deverá estar mais aberta ao mundo social. Ela deve também impregnar-se da contribuição científica da sociologia e da psicologia.

Menos **juiz**, mais **pacificador social** e **conciliador** de interesses em conflito real ou virtual, o magistrado do terceiro milênio deverá revestir-se daqueles atributos que guarnecem o bom mediador. Como um terceiro desapaixonado, deverá, estruturalmente, reunir quatro exigências: gerir as relações entre as partes por atitudes humildes - saber ouvir, saber olhar, saber falar, exprimindo seus sentimentos de ser humano. De maneira a facilitar o diálogo e de fazer emergir um consenso. Aparecer como figura de autoridade, não em virtude de seu cargo na instituição ou de um mandato que não detém. Mas por exprimir uma neutralidade, uma objetividade e, finalmente, um apurado senso de equidade. O julgador do futuro deverá reservar-se para decidir como se fora o último recurso. Mas deve insistir em provocar a emergência de um verdadeiro consenso entre as partes.

Além disso, deverá alterar sua perspectiva de tempo, levando em consideração as temporalidades freqüentemente negligenciadas em nossa sociedade. Precisa se situar, de maneira interativa, no tempo das origens do conflito, no tempo atual do confronto entre as partes e no longo termo do futuro das relações sociais que deverão ser restauradas. Por fim, privilegiar os fatos mais do que as normas, o exame das práticas das partes, mais do que a explicação que elas possam dar, os julgamentos de realidade de preferência aos julgamentos de causalidade. Na maior parte dos casos, não agir como magistrado, encarregado de ditar a sentença, mas de produzir explicações convincentes, de fazer surgir condições de solução do conflito, de maneira a que as partes descubram um acordo partilhado[179].

Essa a missão ética do juiz do futuro. Insistir na conciliação, sempre eticamente superior, pois autônoma, à solução ditada do julgamento, sempre heterônoma em relação aos envolvidos na controvérsia.

Talvez a velha figura do **juiz de paz**, do prudente homem, do bom pai de família, estejam mais em voga do que poderia parecer neste final de milênio. De qualquer forma, o juiz do futuro deverá reforçar a sua formação ética. Pois *"os valores morais (disponibilidade, responsabilidade, altruísmo) e sociais (solidariedade, dignidade, gratuidade), que devem caminhar associados, não são entretanto secundários, particularmente nestes tempos de crise de referências e de falência dos sistemas regulatórios"*[180].

[178] JACQUES FAGET, *"La double vie de la médiation"*, in "Droit et Société", 29/1995, p.27.

[179] ÉTIENNE LE ROY, "La médiation, mode d'emploi", in "Droit et Société", 29/1995, p.43.

[180] ÉTIENNE LE ROY, op.cit., idem, p.47.

É necessário, enfim, seja o juiz do futuro um cultor de um novo direito. Capaz de levar em consideração não somente as necessidades novas, que emergem desta sociedade tão próxima ao século XXI, mas, sobretudo, que as aborde de outra maneira. *"Esta exigência supõe um aprofundamento das análises relativas ao arquétipo unitarista que parece constituir obstáculo epistemológico maior à compreensão da verdadeira capacidade do direito de responder aos reclamos da sociedade. Ela supõe igualmente avaliar de outra maneira as relações ambíguas entre o costume e os usos como fontes substanciais do direito, e, portanto, de questionar o culto da lei que caracteriza nossa sociedade depois do século das luzes"*[181].

O **culto à lei** está sendo revisitado, pois não é o Judiciário o único dos poderes do Estado a padecer de crise. Se a lei deixou de ser relação necessária extraída da natureza das coisas para ser resposta conjuntural às vicissitudes casuísticas, se ela já não é o produto do processo legislativo, mas deriva freqüentemente da atuação do governo, já não cabe falar em **juiz servo da lei**.

O fenômeno jurídico é muito mais abrangente do que sua expressão judicial e do que a realidade normativa. O juiz do futuro será chamado a atuar na realização do **justo concreto** e deverá redescobrir o valor do **costume** e de outras fontes produtivas do direito. A lei será mero parâmetro para o juiz moderno, não a camisa de força que tem sido para o juiz tradicional. Ao julgador do século XXI interessará mais a **pacificação dos conflitos**, do que a mera conservação da **ordem jurídica.**

Talvez seja útil a quantos se preocupem com a formação do juiz do século XXI - e este é o juiz de hoje, imerso num projeto de educação permanente, não apenas o que vier a ingressar na carreira depois do ano 2.001 - meditar sobre recente pesquisa da Universidade de Harvard.

Não é uma pesquisa sobre **juízes**, mas sobre o **perfil do executivo** do Século XXI, solicitada por uma das maiores empresas de contratação de executivos do mundo[182].

As características mais desejáveis nos executivos internacionais receberam, com objetivo didático, uma denominação representada por uma metáfora que expressasse, o melhor possível, cada conjunto de atributos. Essas metáforas foram agrupadas sob denominador comum e designadas como **alpinista, navegador, viajante, empreendedor e malabarista.**

O Executivo Internacional do Século XXI seria uma combinação, ou média ponderada, desses cinco perfis. E muitas dessas características podem servir também para tentar educar o juiz do próximo milênio.

NAVEGADOR

Essa figura exprime a evolução do navegador das caravelas ao astronauta, em quinhentos anos de história. A metáfora indica a percepção da necessidade de atualização tecnológica do navegador, em função da complexidade das viagens e a clara

[181] ÉTIENNE LE ROY, *"La médiation mode d'emploi"*, cit., idem, p.52.

[182] A AMROP International, no Brasil, PMC AMROP International, após haver constatado a sensível mudança nas características e qualificações dos executivos demandados por seus clientes, encomendou à Universidade de Harvard essa pesquisa, confiada à coordenação das Profas. ROBIN ELY, da John Kennedy School of Government e JANICE MCCORMICK, da Harvard Business School. O resultado dessa pesquisa vem sendo divulgado no Brasil pelo Dr.LUIZ CARLOS CABRERA, Sócio e Consultor da PMC-AMROP International, Professor da Fundação Getúlio Vargas e co-autor do livro "Transição 2.000-Tendências-Mudanças-Estratégias", inclusive no Ciclo de Conferências do CIEE-Centro de Integração Empresa-Escola, em São Paulo, em 4.XI.1997. Do texto "O Executivo do Século XXI", publicado originalmente em "O Equilibrista", revista do Instituto Brasileiro de Finanças - IBEF, seção São Paulo, e elaborado pelo Prof. LUIZ CARLOS CABRERA, se extrai, com pequenas adaptações, toda essa menção às metáforas da pesquisa de Harvard.

evidência de que é preciso dominar os instrumentos de navegação disponíveis. Não há como deixar de mencionar a analogia com a **navegação** pela Internet e outras infovias ou redes interligadas do mundo informático do presente.

Suas características são:

Não perde o Norte

Evolui da observação das estrelas ao desafio das viagens entre as estrelas

Sabe especificar e usar os instrumentos

Avalia e define rotas alternativas

Define quando é melhor parar ou navegar

Comunica com clareza sua posição

ALPINISTA

O alpinista foi escolhido para representar tal conjunto de competências por ser o esportista que, por colocar sua vida em risco a cada empreitada, trabalha com alto grau de eficiência e de eficácia, sempre estimulado pela visão da conquista que lhe impulsiona e que o faz, após a façanha realizada, sonhar de novo e arquitetar sua próxima escalada.

Destacam-se, no conjunto de atribuições que recebeu a metáfora de alpinista, os seguintes caracteres:

Seu projeto começa a partir de uma visão

Define claramente missão e objetivos

Planeja com detalhes sua escalada

Avalia riscos, alternativas, condições ambientais e climáticas

Planeja recursos, instrumentos e equipe

Toma decisões conscientes

Trabalha com eficácia as relações de custo/benefício

Tem sempre em mente o objetivo final, sem perder de vista as fases intermediárias

Trabalha em equipe, para a equipe, com a equipe

VIAJANTE

Tal não é, dentre as metáforas, a mais fácil a ser atingida. Existem profissionais que vivem isolados em seu universo, enquanto a competitividade global, a necessidade de uma polivalência cultural, obriga todos a uma abertura para novas culturas, novos hábitos e costumes. Isso vale para os exercentes de atividade no Brasil, país continental e que reclama adequado conhecimento de suas diversidades regionais. Até como

exercício para abrir-se diante de um planeta cada vez menor e mais acessível.

O viajante é marcado pelo que segue:

Aprende em cada viagem

Interessa por estudar e entender outras culturas

Prepara a educação da família para uma vida mais cosmopolita

Aproveita cada viagem como um aprendizado

MALABARISTA

É considerada a metáfora do mais polêmico dentre os conjuntos de competências do executivo do Século XXI. A organização clássica, racional, cartesiana, sempre criticou aqueles que faziam várias "coisas" ao mesmo tempo. Falta de foco, falta de sentido de prioridade, desorganização e outras críticas eram constantes àqueles que desenvolviam uma somatória de atividades simultâneas.

As exigências contemporâneas, com uma organização horizontal e a redução de níveis hierárquicos, fazem com que o executivo tenha perfil de malabarista, com alta flexibilidade e agilidade. Ele deve se notabilizar porque:

Consegue manter os doze pratinhos rodando

Tem a propriedade de trabalhar com diversas atividades simultâneas, sem perder noção de prioridade

É flexível

É ágil

Está em constante aprimoramento

EMPREENDEDOR

O profissional do século XXI tem de ter clara noção de conjunto, característica das modernas estruturas organizadas por processos, não mais por funções e voltadas à satisfação do destinatário de sua atuação.

Outro conjunto de caracteres que se aglutinaram sob esse perfil **empreendedor**, foi aquele relacionado à competência em gerir, motivar, unir e trabalhar com pessoas. São as pessoas que formam o **Capital Intelectual**, recurso que mais precisa de atenção hoje em todos os ramos de atividade humana.

O perfil empreendedor ostenta o seguinte grupo de competências:

Tem clara noção dos riscos

É um aglutinador de pessoas

Usa a intuição como instrumento de gestão

Tem profundo interesse pelo gênero humano

É persistente e perspicaz

Trabalha e decide com variáveis não dominadas

Transita bem nos ambientes pluralistas e multiculturais

CONCLUSÕES

Outras metáforas poderiam ser lembradas. É uma proposta sedutora, que pode ser encarada no futuro. Elas servem apenas como estratégia didática para a tentativa de **molde** do perfil do juiz do terceiro milênio.

Essa técnica serve à reflexão - hoje mais séria e consistente e, felizmente, centrada no projeto de **educação permanente** do juiz - em torno à edificação do **Futuro da Justiça**.

Sabe-se é que o juiz do futuro deverá ser flexível, para bem transitar no mundo em ebulição. Suscetível de se adaptar a tais transformações, sabendo distinguir entre o permanente e o efêmero. Capaz de identificar os **modismos sazonais** e de saber vencê-los. Provido de condições para **planejar**, mas também para **saber improvisar**.

Atento à realidade circundante, num país de extrema heterogeneidade e marcado por uma iníqua distribuição de renda. Num país que também dele, juiz, reclama empenho em construir uma sociedade justa, fraterna e pluralista, com eliminação dos preconceitos e das desigualdades.

Um projeto pessoal de educação permanente poderá transformar o juiz brasileiro nesse **agente de redenção de seu semelhante**. Nesse **fator de resgate de seus irmãos**.

Um projeto **pessoal**, por ele meditado e assumido.

Os homens, como as instituições, se não tiverem projeto próprio, estarão contidos em projeto alheio. E neste, poderão perder a atuação protagônica, para uma figuração subalterna e esmaecida.

XI - A ADVOCACIA NO III MILÊNIO

Paulo Luiz Netto Lôbo[*]

1 - UMA PESQUISA NACIONAL SOBRE O PERFIL DO ADVOGADO BRASILEIRO

Em abril de 1996, o Conselho Federal da OAB patrocinou uma pesquisa nacional por amostragem do perfil do advogado brasileiro. A pesquisa foi executada pelo instituto Vox Populi, a partir do questionário elaborado pela Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB (39 questões), que se incumbiu do acompanhamento e da análise dos resultados. Na história da OAB, foi a primeira vez que se realizou pesquisa com tal abrangência e magnitude.

Foram aplicados 1.706 questionários a advogados, aleatoriamente sorteados entre os 450.000 inscritos na OAB, proporcionalmente aos Estados, às cinco regiões do país e ao conjunto de capitais e cidades do interior. No total, foram pesquisados 296 municípios brasileiros. Levou-se em conta, para a proporção, o número de inscritos, porque a OAB ainda não conseguiu atualizar seu cadastro, de modo confiável, suprimindo as inscrições canceladas ou que deveriam estar canceladas (cancelamento voluntário, morte ou incompatibilidade definitiva com a advocacia).

Os resultados confirmaram algumas antecipações dos estudiosos da profissão e revelaram traços que nos ajudam a compreendê-la melhor, nas proximidades do III Milênio.

Os dados da atualização são imprescindíveis mas podem ser distorcidos, na perspectiva de futuro, se não interligados em conjunto com as transformações havidas no ensino jurídico, na sociedade e no direito. Nos limites deste estudo, essas interfaces não serão abordadas mas perpassarão as reflexões a seguir. Os dados da pesquisa, além de nos informar sobre o estado da arte da profissão, permite-nos projetá-la no futuro, trabalhando seus perfis de tendência.

[*] Doutor em Direito; Presidente da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB; Professor da UFAL

2 - BREVE EVOLUÇAO DO PERFIL DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA, NO BRASIL

Durante o período colonial, o exercício da profissão de advogado era mais ou menos livre, constituindo o espaço de atuação dos leguleios ou rábulas, ou seja, dos que aprendiam e exerciam o ofício na prática. As Ordenações Filipinas (Primeiro Livro, Título XLVIII) determinavam que "todos os Letrados, que houverem de advogar e procurar em nossos Reinos, tenham oito anos de studo cursados na Universidade de Coimbra em Direito Canônico, ou Civil, ou em ambos", sob penas severas de prisão ou degredo para os infratores. Todavia, o Alvará régio de 24 de julho de 1713 declarou que, fora da Corte, poderia ser advogado "qualquer pessoa idônea, ainda que não seja formado, tirando Provisão". Desse termo, resultou a figura do provisionado que perdurou no Brasil até o advento do mais recente Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94). Assim, pelas evidentes dificuldades de deslocamento para Coimbra, o título de bacharel em direito era quase nobiliárquico, servindo muito mais para a conquista de postos de comando da alta burocracia ou de efeito simbólico dos estamentos do poder na Colônia e no Império.

Com o Império, após a criação dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda, por força da Lei de 11 de agosto de 1827, ampliaram-se as oportunidade para a formação profissional regular. Mas os cursos tinham finalidades explícitas de formação dos quadros dirigentes, como se lê nos Estatutos do Visconde Cachoeira aos quais remete o artigo 10 da Lei, e, residualmente, de advogados. O caráter genérico das disciplinas ministradas não contribuíram para a profissionalização, servindo os cursos como espaços de revelação de vocações políticas e literárias. No século XIX, todas as tentativas de organização da profissão de advogado foram frustadas. Note-se que o próprio Instituto dos Advogados, fundado em 1843 como associação civil, tinha por meta organizar a Ordem dos Advogados.

Na República Velha, a hegemonia política dos bacharéis deu sinais de declínio, na proporção do crescimento da advocacia como profissão autônoma e independente do Poder Público. Somente com a criação da OAB, em 1930[183], iniciou no Brasil a regulamentação profissional do advogado, com exigência de formação universitária, salvo nas regiões onde se fazia necessária a figura do rábula ou provisionado. Até 1994, os dois primeiros Estatutos da Advocacia (Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931, e Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963) voltaram-se exclusivamente para a advocacia entendida como profissão liberal, autônoma. Não contemplaram a advocacia extrajudicial e o advogado assalariado dos setores público e privado.

O descompasso com a realidade profissional e social levou à necessidade de elaboração de novo Estatuto, que veio à lume em 1994, mediante a Lei nº 8.906, de 4 de julho. A advocacia passou a ser entendida como exercício profissional de postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e como atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Também disciplinou o sentido e alcance de sua indispensabilidade na administração da justiça, prevista no artigo 133 da Constituição Federal; a inserção da advocacia pública; a tutela legal mínima de um protagonista esquecido, o advogado empregado.

[183] A criação da OAB deu-se de modo furtivo, pela inserção do artigo 17 no Decreto nº 19.408 de 18 de novembro de 1930, do Governo Provisório. O Decreto tinha por finalidade a reorganização da Corte de Apelação do Distrito Federal.

3 - INTERESSES CORPORATIVOS E INSTITUCIONAIS; HARMONIA E CONFLITOS

A relação de dependência da profissão com o Poder Público e a ideologia conservadora adquirida no convívio com os grupos dominantes, requisitos sociais para o sucesso, distanciam o advogado, enquanto tal, das preocupações político-institucionais. Os advogados liberais que criaram a OAB idealizaram uma entidade de organização profissional, de caráter corporativo e apolítico.

Todavia, as ditaduras do Estado Novo (1937) e do regime militar (1964), levaram os advogados a assumir coletivamente a defesa dos direitos humanos e os princípios dos Estado Democrático de Direito, ou seja um papel político. Sem as liberdades públicas não há liberdade para o exercício independente da advocacia. A Lei nº 4.215/63 já prenunciava essa dimensão, assumida explicitamente pela Lei nº 8.906/94, cujo cometimento é expressivo (art. 44): "defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social". A obrigação é imposta à OAB, enquanto instituição, e individualmente ao advogado.

Apesar da lei, persiste a tensão entre as duas dimensões, agravadas nas épocas eleitorais e nas reações conservadoras, retornando-se o discurso quase exclusivo das questões corporativas.

A Ordem (e a advocacia) não se pode converter em corporação de ofício, ou de simples delegatária de poder de polícia da profissão. É mais que isso, porque adquiriu legitimidade e respeitabilidade populares por suas lutas institucionais e desinteressadas na defesa da cidadania, em geral. O cidadão, em particular, sente-se melhor defendido dos abusos do poder público e do poder econômico, se o conjunto dos advogados constituírem força que se leva em conta.

4 - POSTULAÇÃO EM JUÍZO

A postulação em juízo, ou seja, a representação judicial profissional, sempre foi o lugar destinado ao advogado, ao longo de sua milenar história. Ainda o é, como escolha preferencial ou falta de opção.

Porém, a lentidão enervante, o formalismo processual, a estrutura obsoleta e os vícios latentes de alguns auxiliares e operadores do direito, que contaminam a administração pública da justiça, desestimulam ou abortam as vocações e acirram a concorrência e condutas nem sempre éticas.

Na pesquisa da OAB, 63% dos entrevistados que declararam exercer a profissão atuam na advocacia forense, exclusivamente. Essa foi a grande surpresa da pesquisa, porque sempre se estimou que a minoria dos inscritos exercia efetivamente a advocacia. Difícil é diagnosticar tal fato. Afinal, o que se entende por efetivo exercício de advocacia? Quantas causas deveriam estar patrocinando o advogado e em que lapso de tempo? Os tribunais, de modo geral, se contentam com a inscrição regular na OAB. Para o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, em seu artigo 5º, considera-se efetivo exercício da atividade de advocacia a participação anual mínima em cinco atos privativos (causas judiciais ou realização de atos de assessoria ou consultoria). A pesquisa não utilizou esse critério, o que terminou por prejudicar o resultado.

A manutenção de escritório ou a participação em sociedade de advogados não são mais requisitos imprescindíveis. A informática e os meios eletrônicos de comunicação permitem que muitos profissionais possam atuar em suas próprias residências. A profissão tornou-se mais versátil.

A tendência, particularmente em relações negociais e em questões de valores econômicos vultosos, é a utilização de mecanismos extrajudiciais e informais de soluções de conflitos, tais como a arbitragem e a mediação, reduzindo-se a importância da postulação em juízo. A crise do Poder Judiciário, incompatível com a dinâmica da vida contemporânea, tem levado os advogados ao máximo de esforço de transação, atuando mais como mediadores do que defensores das partes.

5 - ADVOCACIA ASSALARIADA - PROLETARIZAÇÃO CRESCENTE

O advogado assalariado, no setor público e no setor privado, em vários países, não recebe tutela legal específica, porque é o antípoda do modelo do profissional liberal. Assim foi, no Brasil, até 1994. A realidade brasileira aponta para a proletarização da advocacia, em razão de vários fatores, dentre eles o aumento do número de cursos jurídicos e de suas vagas, nas últimas décadas[184].

A pesquisa da OAB indica a existência de 25% de advogados empregados, o que é um número expressivo.

O Estatuto de 1994 procurou definir-lhes direitos básicos, a saber, a relação com o empregador, o piso salarial, os honorários de sucumbência, a jornada de trabalho, com suas peculiaridades. O ponto mais importante é a afirmação da independência técnica, que não pode ser prejudicada pela relação de emprego, nem nas hipóteses de regime jurídico público de dedicação exclusiva, a exemplo dos defensores públicos.

6 - ADVOCACIA PREVENTIVA E EXTRAJUDICIAL

Esse é o campo mais dinâmico da profissão. 31% dos entrevistados na pesquisa declararam atuar desse modo, desenvolvendo apenas ocasionalmente, ou nunca, a advocacia forense.

Os tipos mais comuns são a assessoria e a consultoria jurídicas, voltadas principalmente para entidades públicas, empresariais e associativas. A assessoria é atividade permanente, que procura estabelecer orientação legal para a tomada de decisões e para os procedimentos. A consultoria é permanente ou episódica, respondendo a questões específicas, tendo força de persuasão proporcional à reputação de quem emite o entendimento. Ambas têm por fito prevenir o conflito e evitar a demanda judiciária.

Na atividade empresarial são indispensáveis, ante um ordenamento jurídico complexo e variável. No Estado social, os novos direitos comunitários exigem trata-

[184] De 1827 a 1960 foram autorizados 49 cursos jurídicos. Na década de sessenta, exatos 49 novos cursos foram criados. Em meado de 1997 já se atingira o número de 260 cursos, com oferta anual de quase 50.000 vagas. Enquanto isso, nos Estados Unidos havia 179 cursos jurídicos credenciados pela American Bar Association.

mento diferenciado e antecipações jurídicas, a exemplo da proteção ao meio ambiente e da defesa do consumidor, constitutivos de limitações permanentes à atividade econômica (cf. art. 170 da Constituição Federal). Por outro lado, os "juristas de negócios" são formuladores de regras de conduta que terminam por sobrepujar o próprio direito estatal, principalmente pelo largo uso de condições gerais dos contratos, impostos a todos os consumidores de bens e serviços lançados no mercado, que podem redundar em abuso do poder contratual dominante[185]. Essas regulações de conduta, embora ambientando-se aos institutos existentes nos direitos nacionais, são também fenômeno do pluralismo jurídico, pouco estudado em nossos cursos jurídicos[186].

7 - ADVOCACIA DE MOVIMENTOS POPULARES E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Um dos traços mais interessantes da chamada democracia participativa é o surgimento de variados movimentos populares e organizações sociais que pretendem tornar efetiva a cidadania, interpondo-se como mediadoras entre ela e o Estado. São comumente denominadas ONGs (organizações não governamentais). Delas brotam uma normatividade de combate, que nem sempre se compatibiliza com o ordenamento jurídico positivo. Necessitam freqüentemente de assessoria jurídica, realizada por advogados que mesclam direito e política (não necessariamente partidária), na medida em que também participam da prossecução das finalidades da entidade ou de ações que nem sempre encontram suporte no direito positivo. Inúmeras ONGs são transnacionais e acreditadas junto a organismos internacionais, inclusive a ONU.

Pode-se afirmar que os advogados a ela vinculados atingiram um grau peculiar de especialização, que reclama melhor atenção do ensino jurídico.

8 - O PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO E NA ARBITRAGEM

Os cursos jurídicos, de modo geral, formam para o litígio forense. Contudo, as sociedades buscam incessantemente modos mais rápidos e mais informais de solução e prevenção de conflitos. Ao lado do juiz de direito, quer-se o juiz de equidade. Nessa direção caminhou a Portaria MEC nº 1.886/94, ao incluir na prática jurídica, o treinamento de mediação e arbitragem.

Recentemente, o Brasil editou uma avançada lei de arbitragem Lei nº 9.307, de 23.09.96, estabelecendo mecanismos viáveis de decisão arbitral sobre direitos patrimoniais disponíveis, que dispensam a administração oficial de justiça, com seus aparatos e ritos. O árbitro pode ser qualquer pessoa capaz, mesmo sem formação jurídica.

[185] Cf. Paulo Luiz Netto LÔBO, *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991.

[186] Sobre o descompasso entre a realidade econômica e o que se ensina nas escolas de direito, cf. Dieter HART, Un Caso Ejemplar: la Jurisprudencia sobre las Condiciones Generales del Contrato. *In La Formación del Jurista*, Pietro Barcellona *et al.*, trad. Carlos Lasate, Madrid, Ed. Civitas, 1988, p. 114-55.

Na mediação, não se intenta decisão ou julgamento, mas a superação das divergências de modo a se alcançar solução negociada. O mediador viabiliza o encontro, o consenso. Depende de sua habilidade, bom senso e experiência de vida para obter concessões recíprocas e superação dos pontos de dissenso. Na mediação, a participação de grupos interdisciplinares é bem vinda. Nos conflitos de família, por exemplo, a mediação pode ser conseguida com o empenho do advogado, do psicanalista e do assistente social.

O trato do advogado com mediadores e árbitros leigos importa conduta profissional desformalizada e aberta, porque deve sempre estar disponível para transação, com espírito conciliador. O advogado não pretende que se diga o direito contra o outro, a vitória de um e a derrota do outro, mas a justiça possível e preferencialmente negociada. Sua aptidão para conciliar é mais importante.

9 - ADVOCACIA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS OU COMUNITÁRIOS

Os cursos jurídicos voltaram-se sempre aos direitos do indivíduo em face de outro indivíduo ou do Estado. O próprio direito público era visualizado sob a ótica da proteção do espaço do indivíduo. Nessa perspectiva individualista, o artigo 6º do Código de Processo Civil é emblemático: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Neste final de século, no entanto, o direito passou a ocupar-se de interesses que não se contêm no âmbito das relações individuais ou no clássico interesse público-estatal. Citem-se a proteção do meio ambiente, a defesa do consumidor, o patrimônio histórico, artístico ou turístico, os direitos da criança e do adolescente, os direitos das minorias. São interesses comunitários, no sentido de alcançar todos os integrantes da comunidade geral ou determinada, mas sem titular exclusivo, sejam indivíduos ou Estado. Quando alguém (indivíduo ou entidade pública ou particular) postula a proteção jurídica desses interesses não o faz na condição de titular de direito próprio mas de adequado representante da comunidade. Além da clássica ação popular, outras ações coletivas têm surgido, com especial destaque para a ação civil pública.

A comunidade, por sua vez, não se confunde com a opinião majoritária ou com a soma dos interessados diretos. Assim, pode ocorrer que a população de uma cidade histórica apóie a Prefeitura que deseja asfaltar as ruas que mantêm a pavimentação originária, mas uma associação civil ou o Ministério Público intentem ação civil pública para que seja preservado esse patrimônio histórico. O sentido de comunidade ultrapassa os limites do espaço territorial e abarca os valores nacionais e até da humanidade. Por tais razões, prefiro denominá-los de interesses ou direitos comunitários, ao invés da expressão corrente de direitos difusos e coletivos.

Essa radical mudança de paradigmas, exige redirecionamento da formação profissional do advogado e uma certa atitude de envolvimento com a pretensão levada a juízo. Ultrapassa-se a tradição ética liberal de não se confundir o patrocínio técnico do advogado com o interesse da parte, pois afinal ele também é parte da comunidade geral. A defesa do meio ambiente ou dos consumidores reflete-se positivamente nele.

10 - O IMPACTO DA INFORMÁTICA NAS PRÁTICAS PROFISSIONAIS

Pouco mais de uma década atrás, a informática jurídica era incipiente e vista com desconfiança por muitos advogados. A pesquisa da OAB demonstrou, em 1996, uma mudança avassaladora de atitudes. 84% dos entrevistados declararam que utilizavam o computador em seu trabalho[187].

É impressionante como uma tecnologia de ponta avançou tanto em uma das mais antigas e conservadoras profissões do mundo. Cogita-se de área de conhecimento especializado a que se tem dado a denominação de informática jurídica, abrangendo a legislação (elaboração e informação), o judiciário (informatização dos processos, informação) e a advocacia. Não se trata de modismo, porque o intenso desenvolvimento de programas de computador, voltados direta ou indiretamente à área jurídica, tornaram o trabalho do advogado mais ágil e simplificado. O rápido acesso a banco de dados informatizados dos tribunais, de legislação e periódicos, além dos criados pelo próprio profissional, permitem notável ganho de tempo. O tormentoso cálculo de índices e coeficientes estão mais confiáveis e podem ser obtidos pelo advogado sem o trabalho de outros profissionais.

O modem, o fax, a internet simplificaram as comunicações dos profissionais entre si, com seus clientes e com o aparato judiciário. O acompanhamento informatizado dos processos dispensou a necessidade de representantes dos escritórios de advocacia junto aos tribunais sediados em outros Estados ou cidades.

A informatização acelerada dos juizado e tribunais permitirá a substituição de ritos processuais desnecessários, a automação dos processos judiciais e, certamente, as comunicações diretas, para fins de intimações, aos próprios advogados, sem necessidade das demoradas publicações pela imprensa oficial.

A informatização do trabalho profissional está provocando verdadeira revolução nos escritórios de advocacia. Antes, o advogado não podia prescindir de secretários e auxiliares assalariados. Agora, voltou ao trabalho artesanal e direto, porque o rascunho ou a concepção, no computador, já servem para finalizar o texto sem mediação de terceiros. Até mesmo a revisão gramatical e a tradução para outro idioma já são operados por programas de computador de fácil manejo. Certas especialidades dispensam até mesmo a manutenção de escritórios, como se dá com a assessoria a empresas na elaboração de atos e contratos.

Ao final, ganha a cidadania, porque os clientes passam a deter informações mais rápidas e precisas de seus processos, alimentando as possibilidades de melhor e mais pronta administração da justiça e da defesa de seus interesses.

A informatização dos cursos jurídicos brasileiros passou a ser uma exigência insuperável e pode contribuir para que dêem o salto esperado para a formação do profissional do III milênio. A informática foi incluída entre os indicadores de avaliação global dos cursos, estabelecidos pela Comissão de Especialistas do Ensino do Direito, da Secretaria de Ensino Superior do MEC, no campo destinado à infra-estrutura, nos três grupos principais, a saber, instalações gerais disponíveis, núcleo de prática jurídica e biblioteca. No atual estágio, o principal laboratório dos cursos jurídicos é o seu núcleo de informática, para alunos e professores, com acesso à rede de comunicação científica.

[187] 40% tinham computador apenas em seu escritório; 35% tinham computador em casa e no escritório; 9% tinham computador apenas em casa.

11 - A FORMAÇÃO SOCIOPOLÍTICA DO ADVOGADO

A Portaria MEC nº 1.886/94 estabeleceu que, ao lado da formação técnico-profissional e da formação prática, os cursos jurídicos devem assegurar ao aluno uma formação sociopolítica ou fundamental. Pode-se denominá-la formação humanística, segundo expressão que esteve em voga durante muito tempo. Além das matérias profissionalizantes, em que se desdobra a dogmática jurídica, os cursos devem propiciar sólida fundamentação interdisciplinar, que permita ao aluno situar-se como cidadão e pessoa humana, na sociedade em mudanças, e melhor compreender as transformações históricas, políticas, ideológicas e econômicas.

Recupera-se um imprescindível terreno da aprendizagem do bacharel em direito, que esteve sob cerco e suspeita durante o regime militar. Somente assim é possível capacitar-lhe a desenvolver o raciocínio e a reflexão crítica sobre o direito existente, como agente de transformação ou para melhor compreender as mudanças efetuadas. Para se conhecer o direito existente não é necessário um curso acadêmico; basta uma formação técnica. O direito positivo muda, mas os princípios ficam. É necessário alçar-se aos princípios, às categorias científicas, às teorias gerais, aos dados de outras ciências e ramos do conhecimento, particularmente aqueles que têm a pessoa humana e as relações intersubjetivas como objeto.

Daí a importância da filosofia (inclusive da ética), da economia, da sociologia, da ciência política, da teoria jurídica, que foi ressaltada nas novas diretrizes curriculares dos cursos jurídicos, além da história, da antropologia e tantos outros saberes. Somente assim, pode ser superado o exegetismo superficial e acrítico, que é o maior responsável pela pobreza acadêmica, pelo declínio dos cursos jurídicos e pela desqualificação dos profissionais da advocacia.

A pesquisa da OAB demonstrou que 62% dos entrevistados concordam que a formação sociopolítica, e não apenas dogmática, seja necessária.

Por tais razões, a Comissão de Direito do Exame Nacional dos Cursos delineou o perfil do graduando do curso jurídico, aprovado pela Portaria MEC nº 526, de 09 de abril de 1997, e que serve como subsídio para o perfil do profissional (notadamente o advogado), que se pretende alcançar como meta:

a) formação humanística, técnico-jurídica e prática, indispensável à adequada compreensão interdisciplinar do fenômeno jurídico e das transformações sociais;

b) senso ético-profissional, associado à responsabilidade social, com a compreensão da causalidade e finalidade das normas jurídicas e da busca constante da libertação do homem e do aprimoramento da sociedade;

c) capacidade de apreensão, transmissão crítica e produção criativa do direito, aliada ao raciocínio lógico e consciência da necessidade de permanente atualização;

d) capacidade de equacionar problemas e buscar soluções harmônicas com as exigências sociais;

e) capacidade de desenvolver formas extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos individuais e coletivos;

f) visão atualizada do mundo e, em particular, consciência dos problemas nacionais.

12 - À GUISA DE CONCLUSÃO

Projetando as transformações atuais ao início do III Milênio, tem-se um mundo vivendo uma revolução tecnológica, com profundas mudanças culturais e de comportamentos, equiparáveis aos efeitos da revolução industrial do Século XIX, a emergência de conflitos novos, a afirmação de novos sujeitos coletivos e a mutabilidade incontrolável dos direitos. A estabilidade social, tão cara ao princípio tradicional da segurança jurídica, é quase uma quimera.

Portanto, o profissional da advocacia não pode mais conter-se no modelo de especialização, para o que tendia o ensino jurídico das últimas décadas. Exige-se um profissional versátil, de formação humanista e teórica sólida, apto a entender as mudanças sociais, políticas e econômicas, para o que o estrito conhecimento do direito positivo é insuficiente.

A formação interdisciplinar é imprescindível. O conhecimento sai cada vez mais de seus casulos epistemológicos e entrelaça-se com o que se produz em outros campos. Sacando exemplos, o advogado de família não pode desconhecer o que a psicanálise, a antropologia, as ciências biológicas, a bioética e a engenharia genética têm avançado em determinados aspectos das relações familiares. O advogado de empresa vê-se diante da superação dos direitos internos, ante o crescimento dos processos de integração das nações, levando-o a compreender melhor a política internacional e o comportamento feérico da economia. Para o penalista, não basta a medicina legal, porque vê-se diante da crise penitenciária, das discussões sobre o direito penal mínimo, o que o leva à necessidade de compreensão mais ampla da sociologia criminal ou da psicologia criminal.

Em todo o mundo, o Estado esgotou sua capacidade de responder às demandas crescentes de acesso à justiça. O modelos tradicionais de processo e organização judiciais são inadequados ou insuficientes. A maioria dos conflitos são resolvidos fora da administração oficial de justiça, em grande parte porque os modelos tradicionais não se adaptaram às mudanças. Os cursos jurídicos têm forte parcela de culpa, pois formam para o litígio judicial e atribuem importância desproporcional aos processos e procedimentos.

A deformação profissional levou à sobrevalorização da forma em detrimento do direito material. O processo tornou-se um fim em si mesmo, um fetiche. Porém, o cidadão quer que seu direito seja assegurado pela Justiça; não tem qualquer interesse nas questiúnculas processuais. Felizmente, a reação começou a acontecer, em virtude do alerta de processualistas mais lúcidos que têm afirmado o que pareceria tautológico: o processo e o direito processual são instrumentos de realização do direito material. A atração pelo como fazer, ao invés do que é o direito, é sintoma de formação e atuação meramente técnicas, o que reduz a importância profissional do advogado. Talvez não haja outro país onde o formalismo processual tenha assumido papel tão hegemônico no afazer dos operadores do direito. Urge a retomada dos estudos de direito material com a reforma em profundidade dos processos e procedimentos, para que se tornem simples, desburocratizados e eficazes, realizando o valor maior do acesso à justiça.

PARTE 2

I - O NOVO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO:

Desafio Vital para o Terceiro Milênio

Vera Regina Pereira de Andrade*

1 - MAPEANDO O TEMA

Dentre as inúmeras abordagens potencializadas pelo tema deste painel, a saber, "novos direitos individuais e supraindividuais",[188] na perspectiva do terceiro milênio, abordaremos o *trânsito*, tal como positivado no novíssimo Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997, doravante CTB), que dispõe, no § 2º do seu artigo 1º: *"O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito."*

Por trânsito considera-se, é o teor do precedente §1º do mesmo artigo, *"a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga."*

Dispõe ainda o artigo 6º que *" São objetivos básicos do Sistema Nacional de Trânsito: I- estabelecer diretrizes da Política Nacional de Trânsito, com vistas à segurança, à fluidez, ao conforto, à defesa ambiental e à educação para o trânsito, e fiscalizar o seu cumprimento;(...)"*

* Doutora em Direito. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

[188] Adotamos aqui a conceituação capitulada no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), entendendo por direitos supraindividuais ou transindividuais (é a linguagem do Código) aqueles abrangentes dos interesses ou direitos difusos (de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato) e dos interesses ou direitos coletivos (de natureza indivisível de que sejam titulares grupos, categorias ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base).Diferentemente, é a titularidade individual e determinada que classicamente caracteriza, como a denominação está a indicar, os direitos individuais.

Tomando por referencial tais definições do CTB e do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, contextualizando jurídica e historicamente nossa abordagem, parece-nos de imediato que o trânsito, ainda que socialmente visível como um velho problema e ainda que de contornos jurídicos bastante difusos, pode ser inscrito na linha divisória entre o direito individual e supraindividual. Isto porque, se o direito ao trânsito apresenta-se fundado no velho direito individual de ir e vir, imprimindo-lhe novos contornos; o direito à segurança no trânsito aproxima-se, por sua vez, dos novos direitos supraindividuais, particularmente dos interesses ou direitos difusos que, regra geral, devem impor limites àquele. Quanto ao dever jurídico de garantir o trânsito seguro, compete, segundo o dispositivo supracitado, ao Sistema Nacional de trânsito (doravante SNT), o que implica, de qualquer forma, uma responsabilidade igualmente difusa.

Mas, de que segurança se trata? Qual o sentido do *trânsito seguro* oficialmente erigido, como se vê, em promessa central do novo Código? Quais são seus limites e possibilidades na instrumentalizaçâo desta promessa? Tais são os interrogantes que, à luz de uma leitura criminológica e político-criminal, nos propomos a responder. Pois, a nosso ver, trata-se do conceito e do direito (supra-individual) central, explicitamente referido como objetivo básico a alcançar, que funciona como condição de sentido da codificação, opera latentemente ao longo de todo o seu discurso, e , no entanto, em momento algum (nem no anexo conceitual) é explicitado. De outra parte, desvelar o conceito de segurança é fundamental, seja para a compreensão dos pressupostos ideológicos que orientam o novo CTB, seja para a compreensão dos seus limites e possibilidades na contenção da violência e na instrumentalização da prometida segurança no trânsito. Enfim, no interregno desta explicitação deverão também resultar indicados os limites do próprio direito (individual) ao trânsito.

E por que priorizar o trânsito? As razões poderiam se multiplicar, mas basta lembrar que o Brasil é um dos países com a maior taxa de mortalidade e mutilações registradas em acidentes de trânsito no mundo - que matam, anualmente, o número de pessoas mortas na Guerra do Vietname[189]; basta lembrar quanto tempo de nossas vidas passamos detidos no pequeno cárcere representado pelos veículos e quanto tempo demandamos no cuidado contra eles; basta pensar nos riscos, na tensão entre a vida e a morte e na radicalidade do compromisso com a vida que se encontra implicada nesta problemática, para situar o trânsito como problema capaz de nos sensibilizar e centrar a atenção, seja como indivíduos, profissionais ou comunidade; para situar o trânsito, antes de mais nada, no território da cidadania[190] e, pois, para justificar a importância de sua abordagem.

De outra parte, parto da premissa de que o tempo que mede nosso ingresso no III Milênio não é cronológico, mas histórico. O terceiro milênio só simbolicamente poderá ter seu início marcado no calendário no dia 1º de janeiro de 2000: esta é a convenção; esta é a métrica. Historicamente, enquanto processo e construção social, o terceiro milênio já está sendo gestado. Tal como a gestação humana e animal, cuja vida inicia com a concepção e perdura por tempo significativo, a gestação de um milênio é, por se tratar da humanidade inteira, muito mais longa e certamente o III Milênio está sendo concebido por dentro das crises e contradições do II: ele já é vida!

[189] A perspectiva para esta década é sombria. Estima-se algo em torno de 350 mil mortos e um milhão e 500 mil vítimas portadoras de alguma forma de invalidez, temporária ou permanente. É digno de nota, pela força comovente e dramaticamente pedagógica de sua narrativa o livro "Thiago Gonzaga : histórias de uma vida urgente " , escrito por Dedé Ferlauto com base em depoimentos de Diza Gonzaga, sobre o filho, morto em acidente de trânsito em Porto Alegre/RS, e publicado em maio de 1996 (juntamente com o lançamento da campanha publicitária VIDA URGENTE, pela Fundação Thiago Gonzaga, por ela fundada, de prevenção de acidentes envolvendo jovens motorizados).

[190] A respeito do conceito de cidadania ver ANDRADE, 1993.

Resta-nos saber se as promessas do Código que se propõe a reger o nosso cotidiano sobre rodas no Terceiro Milênio já não nascem, até certo ponto, com sintomas mórbidos.

2 - OBJETO E OBJETIVO DA CODIFICAÇÃO: UMA PROMESSA DE SEGURANÇA

É inegável a validade e importância de uma codificação, nem que seja pela sistematização e princípio de unidade que confere a uma legislação, com a conseqüente melhora do acesso público a ela. No caso, não é a primeira (vigorava no Brasil um casamento polígamo... Código Nacional de Trânsito com algo em torno de 800 resoluções) e nem tudo nela é novidade em relação à legislação anterior, fato que o efeito simbólico da publicação e a publicidade em torno do "novo" Código acaba por obscurecer.

O trânsito foi abordado, durante muitas décadas, como uma questão quase exclusivamente de engenharia de tráfego e de policiamento coercitivo e punitivo do Estado. Modernamente, é visto como problema complexo e multidimensional. Assim sendo, tanto a teorização e normatização relativas ao trânsito somente podem ser levadas a termo através de esforços multidisciplinares, quanto as respectivas políticas somente podem ser políticas multiagenciais.

Por outro lado, da mesma forma que o trânsito é um problema multidimensional, a violência no trânsito é um problema multifatorial, ou seja, condicionado por uma multiplicidade de fatores, dentre os quais podemos mencionar, sem pretensões de exaustividade, fatores que evocam aspectos estruturais, conjunturais, institucionais, relacionais e comportamentais, tais como:

a) estruturas e mudanças sociais e tecnológicas (crescimento da frota e consumo de veículos em razão muito mais do que proporcional ao crescimento da malha viária, por sua vez em processo de deterioração, principalmente nos grandes centros urbanos e rodovias de grande circulação veicular; incremento da potência dos veículos convivendo com a deterioração da frota mais antiga; deterioração ou deficiência do sistema de sinalização;

b) relações sociais e institucionais e interesses econômicos ou políticos localizados (relações de poder entre os usuários do trânsito e as autoridades policiais e administrativas, tráfico de influências, corporativismos, corrupções e outras ilegalidades permeando a burocracia do trânsito, interesses de mercado, profissionais, partidários, etc.);

c) condição física e mental e comportamento dos condutores e pedestres.

O novo CTB supera, sem dúvida, a concepção clássica do trânsito como problema de engenharia de tráfego e veicular, por uma visão mais abrangente e mesmo humanista em que o homem é tornado sujeito e seus direitos e deveres ocupam o lugar prioritário que anteriormente era ocupado pelo automóvel. Razão pela qual, no discurso declarado, canaliza seus esforços para o exercício de uma cidadania responsável no trânsito. Mas longe está, como veremos, de otimizar esta visão, até porque, ao invés de se libertar, radicalizou a herança policialesca e repressiva que acompanha àquela.

Sendo o trânsito o objeto do novo Código, podemos divisar nele, contudo, duas dimensões. Em sentido lato, trata-se de uma regulamentação abrangente do trân-

sito brasileiro realizado por via terrestre, que, seguindo a orientação superadora já indicada, contempla desde o regramento e distribuição de competências do SNT (capítulo II), normas gerais de circulação e conduta (capítulo III), normas relativas aos pedestres e condutores de veículos[191] não motorizados (capítulo IV), à sinalização de trânsito (capítulo VII), à engenharia de tráfego, da operação, da fiscalização e do policiamento ostensivo de trânsito (capítulo VIII), aos veículos (capítulo XIX), aos veículos em circulação internacional (capítulo X), aos registros de veículos (capítulo XI), ao licenciamento (capítulo XII), à condução de escolares (capítulo XIII) e à habilitação (capítulo XIV) até os aspectos da educação para o trânsito (capítulo VI) e da repressão às infrações e crimes de trânsito (capítulos XV a XX).[192]

Em sentido estrito, o objeto da codificação é a violência no trânsito e seu objetivo é combatê-la, reduzindo os acidentes e, por extensão, as mortes, mutilações e danos materiais no trânsito. A aliança declarada é, pois, com a vida (ver §5º do artigo 1º do CTB)

3 - OS MÉTODOS NA CAMINHADA DA BARBÁRIE À CIVILIZAÇÃO: O BINÔMIO EDUCAR E PUNIR

Nesta perspectiva, podemos identificar dois grandes métodos priorizados pelo CTB na caminhada da barbárie à civilização do trânsito brasileiro, a saber, educar e punir, mas com profunda hegemonia, como veremos, do segundo sobre o primeiro.

3.1. CIRCUNSCREVENDO A EDUCAÇÃO: QUEM E COMO SE EDUCA PARA O TRÂNSITO?

A educação para o trânsito, contemplada no capítulo VI do CTB, em 6 artigos, deverá ser instrumentalizada através de Ensino público (educação formal), na pré-escola e nas escolas de primeiro segundo e terceiro graus e de Campanhas públicas de caráter permanente (educação informal).

Além disso, cremos que as próprias normas do CTB, especialmente as normas gerais de circulação e conduta, as normas relativas aos pedestres e condutores de veículos não motorizados, à inspeção veicular, à condução de escolares e à habilitação destinam-se a cumprir, em si mesmas, uma função pedagógica preventiva.

A exemplo, partindo-se da premissa de que, ao longo da vigência da legislação anterior, a deficiente formação do condutor brasileiro revelou-se um dos principais indicativos da acidentalidade de trânsito, o texto do capítulo XIV destaca a relevância como deve ser encarada a habilitação do candidato a motorista e o rigor das exigências para obtenção da respectiva carta pretende converter a habilitação, de mera formalidade que era tida, em instrumento de conscientização do candidato da

[191] O conceito de veículo é amplo, no Código, designando desde veículos automotores até motocicletas e bicibletas. Conseqüentemente, o conceito de condutores também o é.

[192] Por tal abrangência, parece-nos mais próximo da identidade de um Estatuto do que de um Código, embora assim não tenham entendido seus legisladores.

real possibilidade decorrente da condução de um veículo automotor. Trata-se, pois, de ação pedagógica em si mesma.[193]

Desta forma, visualizamos no CTB uma tríplice promessa pedagógica preventiva: a) pelas normas; b) pela educação formal; e c) pela educação informal.

Há que se considerar aqui que, diferentemente da punição, um projeto escrito no Código e de exeqüibilidade simultânea à da sua entrada em vigor, a Educação é um projeto a ser construído, ainda que a curto e médio prazo, e de forma e conteúdo em aberto: quem e como se educa para o trânsito?

Espera-se que, de fato, se tomem imediatas providências para a implementação do Ensino e das campanhas prometidas na Lei, sob pena de desgastar, cada vez mais, as já desgastadas expectativas do cidadão no Direito; sob pena de agudizar o descrédito na Legalidade. Sugere-se, também, que a educação para o trânsito utilize como recursos pedagógicos básicos não apenas idéias e teorias, construídas a partir da nossa realidade (e não importadas acriticamente), mas também, imagens de impacto, pois se é verossímil que idéias mudam idéias, muito mais o é que imagens mudam idéias e reconstroem a cultura. Por outro lado, somente as campanhas populares, que têm seu acesso democratizado à população, tem o poder de compensar a seletividade imposta pela educação formal, da qual estão excluídos os setores já escolarizados, seja pela faixa etária (como os idosos) ou outros fatores e a totalidade, que é significativa, dos setores não escolarizados (analfabetos, crianças pobres, etc.).

3.2. CIRCUNSCREVENDO A PUNIÇÃO: A HIPERCRIMINALIZAÇÃO DO COTIDIANO DO TRÂNSITO

Contrastando quantitativa e qualitativamente com os 6 artigos disciplinadores da educação para o trânsito, encontram-se os 150 artigos que, ocupando os capítulos XV a XX do CTB, disciplinam a punição administrativa e penal, com um elenco, respectivamente, de 93 infrações e 11 crimes de trânsito. Como o evidenciam, pois, os capítulos XV (infrações, exaustivamente disciplinadas dos artigos 161 a 255) XVI (penalidades, previstas nos artigos 256 a 268) XVII (medidas administrativas, artigos 269 a 279), XVIII (processo administrativo, artigos 280 a 290) e XIX (crimes de trânsito, artigos 291 a 312) a punição é a marca mais saliente do novo Código. E assume, como se vê, um caráter bipartida, eis que prevista nas órbitas administrativa (infrações, penalidades e medidas administrativas) e penal (crimes e punições).

Nesta perspectiva, o Código propõe, em primeiro lugar, converter em infrações ou crimes algumas condutas que eram tipificadas como contravenções penais (como falta de habilitação para dirigir veículos e direção perigosa de veículo na via pública), e cuja conseqüência é o agravamento das penas. A seguir propõe também o agravamento das penas de crimes já definidos no Código penal, como homicídio e lesões corporais culposos ou redefinições relativamente a tipos penais (como a omissão de socorro). Enfim, criminaliza (também como infrações ou crimes) inúmeras condutas até então não criminalizadas nem como contravenções.

[193] Nada contra normas desta natureza, que são louváveis em muitos aspectos. Mas o que é subestimado, o tempo inteiro, são as mediações e as variáveis que se interpõem entre a letra da lei e a sua operacionalização, como os potenciais corruptores da burocracia gestora do trânsito. É como se a lei realizasse, mecanicamente, uma programação que simplesmente enuncia.

Exemplo de infrações consideradas gravíssimas são: dirigir sem possuir carteira nacional de habilitação ou permissão para dirigir (é também crime), com permissão para dirigir ou carteira vencida ou cassada, deixar de usar cinto de segurança, conduzir o veículo sem documentos obrigatórios, dirigir sem atenção, ter veículo imobilizado por falta de combustível ,avançar sinal vermelho de semáforo, dirigir sob influência de álcool ou de outra substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (é também crime) em nível superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

Alguns exemplos de infrações de gravidade média: ultrapassar pela direita ,deixar de dar passagem pela esquerda , dirigir o veículo com o braço de fora ou com apenas uma das mãos. Infrações, enfim, extensiva aos ciclistas e motociclistas: direção agressiva de bicicleta, com uma só mão, conduzir motocicleta sem capacete e vestuário ou transportando criança menor de 7 anos.

As penalidades previstas para as infrações (cumuladas com medidas administrativas, se for o caso) são: advertência por escrito, multa, suspensão do direito de dirigir, apreensão do veículo, cassação da Carteira Nacional de Habilitação, cassação da permissão para dirigir, e freqüência obrigatória em curso de reciclagem (art. 256 e §1º do CTB).

O artigo 258 adota, para as infrações punidas com multa, um sistema classificatório categorial que as classifica em quatro categorias, de acordo com sua gravidade, a saber, de natureza gravíssima (180 UFIR), grave (120 UFIR), média (80 UFIR) e leve (50 UFIR)

O artigo 259 estabelece o sistema de pontuação, segundo o qual, *in verbis, "A cada infração cometida são computados os seguintes números de pontos:*

I - gravíssima - sete pontos

II - grave - cinco pontos

III- média - quatro pontos

IV- leve - três pontos

Dispõe, ainda, o artigo 261,§1º, *in fine*, que *"(...)a suspensão do direito de dirigir será aplicada sempre que o infrator atingir contagem de 20 pontos, previstos no art. 259"*

As punições cominadas para os crimes de trânsito, cuja aplicação poderá ser cumulada com penalidades, são: detenção (prisão) para todos os crimes, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

A hipercriminalização do cotidiano do trânsito e o elenco de penas adotado (registre-se a pena de prisão em *primeira ratio* para os crimes de trânsito, eis que cominada para todos, indistintamente, e os altos valores das multas), revelam que o CTB apostou alto na retribuição e na prevenção geral, ou seja, na ilusão do poder intimidatório da punição.[194]

[194] As funções oficialmente declaradas da pena são, tradicionalmente, a retribuição e a prevenção geral e especial: a pena, além de retribuir, deve prevenir a criminalidade (no Brasil, ver artigo 59 do Código Penal). A prevenção geral deve ser obtida através da intimidação dos cidadãos, dissuadindo-os da prática de crimes pelo temor supostamente causado pela cominação (previsão) da pena em abstrato na lei penal. A prevenção especial deve ser obtida já não através da previsão legal abstrata, mas da execução da pena privativa de liberdade em concreto, ou seja, na prisão, traduzindo-se na reabilitação dos criminosos para o retorno ao convívio social (no Brasil, ver artigo 1º da Lei de Execução Penal), embora nem as Ciências criminais nem as legislações vigentes tenham chegado a um acordo sobre o significado do conceito de ressocialização.

Digno de nota, nesta direção, o fenômeno denominado de "administrativização do Direito Penal" que, dominante na Europa, é importado agora pelo CTB brasileiro. Trata-se, com efeito, da apropriação, pelos sistemas administrativos, de métodos punitivos típicos do Direito Penal, (inflacionando as chamadas sanções administrativas) com uma série relevante de implicações que foge , contudo, aos nossos objetivos abordar.

O afã criminalizador levou por sua vez a violar, em vários momentos, o princípio da legalidade e a técnica penal construída em dois séculos para a garantia dos cidadãos contra punições arbitrárias, tema que, embora igualmente relevante e fugindo dos nossos objetivos imediatos, tem centrado a atenção dos juristas.

4 - EDUCAR E PUNIR: DESEQUILÍBRIO METÓDICO

Diante do exposto, podemos concluir que o CTB contém uma dupla potencialidade, a saber, pedagógica e repressiva e que, neste binômio, inexiste equilíbrio. Pois, os potenciais repressivos (muito mais atuais) e, junto com eles, os potenciais corruptores, são quantitativa e qualitativamente superiores aos potenciais pedagógicos. De forma que o Código culmina por trair, em seus próprios termos, a premissa da prioridade cidadã.

Compreende-se, então, o significado às avessas do humanismo do legislador: se, de fato, ele olhou para o homem e seu complexo de direitos e deveres (e, mais especificamente, para a relação condutor-veículo), descentrando o automóvel, foi , parece-nos, para melhor punir e, só, residualmente, para educar. O homem, declarado cidadão, acabou convertido em consumidor do trânsito e objeto de seu controle policialesco e burocrático.

A favor da hipótese, mencione-se que o conceito de cidadania - que deveria permear o conjunto do código, potencializando o homem como sujeito de construção de uma cultura do trânsito - foi aprisionado num único e estático capítulo (V) de apenas 2 artigos (72 e 73) e teve seu significado apropriado, precisamente, pelo resíduo deste consumo: exercer a cidadania é peticionar, requerer ou solicitar informações ao SNT.

Trata-se, com efeito, de um Código com a tônica e a permanente inclinação para a segurança pública em detrimento da cidadania e dos direitos humanos declarados, que pretende domesticar o trânsito, antes pelo policiamento e pela força das punições, pelo impacto da máquina burocrática, de repressão administrativa e policial, do que preveni-lo através de uma ampla ação pedagógica de conscientização. Neste sentido pode-se dizer que a domesticação da barbárie do trânsito pretende se exercitar antes pelo poder manifesto na caneta das autoridades do que pela civilização a partir de uma cultura cidadã, promovida por uma educação autêntica capaz de conscientizar os usuários para o exercício de uma cidadania responsável no trânsito. Trata-se, em suma, de uma ordem que pretende ser verticalmente imposta.

5 - A CONSTRUÇÃO LEGAL DA VIOLÊNCIA E SUAS CAUSAS E A HEGEMONIA DO PARADIGMA DA BELIGERÂNCIA

Estamos, pois, em condições de indagar: como foi decodificado, no Código que ora vem a público, o sentido da violência no trânsito e suas causas? Qual a interpretação que subjaz à letra de seu discurso?

Pelo discurso do CTB, pode-se constatar que a violência no trânsito foi equiparada com acidentalidade e decodificada, essencialmente, como violência individual, (mais especificamente, como violência comportamental) e esta logo associada com violência criminal (criminalidade), identificando-se no comportamento dos condutores (livre-arbítrio) o fator decisivo e a responsabilidade pelos acidentes de trânsito (responsabilidade individual).[195] A vitimação no trânsito aparece associada, em conseqüência, com as vítimas da criminalidade individual.

Reproduz-se, desta forma, uma polarizacão ideológica maniqueísta entre o bem (vítimas e autoridades) e o mal (criminosos de trânsito); uma associação entre os conceitos de segurança e criminalidade, da qual resulta um conceito de segurança no trânsito equiparado ao de segurança pública e centrado nas idéias de punição e prevenção à criminalidade, apostando-se em dois grandes sistemas burocráticos e repressivos, em crise de legitimidade, o sistema penal (Lei-Polícia-Ministério Público-Justiça-sistema penitenciário) e o sistema nacional de trânsito e, subsidiariamente, em um sistema educacional a ser implantado, como métodos hábeis para instrumentalizar o controle da acidentalidade e, portanto, a segurança declarada.

Paralela e paradoxalmente (pois como apostar em sistemas que não punem?), a impunidade é co-responsabilizada pelo aumento da violência veicular. Eis, portanto, em síntese, como o Código latentemente decodifica a fórmula dos culpados: comportamento 3I (agressividade veicular) + impunidade = aumento da violência (acidentalidade ou criminalidade) no trânsito.

Em suma, prepondera no CTB, a interpretação da conflituosidade ou da violência no trânsito, através do código crime-pena, através do espaço ou universo da pena, arrastando consigo as conseqüências desta decodificação. É que, quando uma questão é definida como questão criminal, passa a ser tratada desde tal lógica (responsabilidade individual x segurança pública) eis que o Direito penal exclui uma interpretação política de fatores causais que estejam além do livre-arbítrio de autores identificáveis. E considerando os indivíduos como variáveis independentes e não dependentes das situações, atua sobre aqueles e não sobre estas; com a agravante de que reprime os conflitos ao invés de solucioná-los e interfere sempre após a sua consumação, não podendo impedi-los. Desde esta lógica, abstrai-se, portanto, a violência definida como criminal do seu contexto e conteúdo globais e reais para tratá-la como violência individual e como problema comportamental.

Mas é necessário que se diga que tal decodificação não é singularidade do CTB, pois ele não faz mais do que reproduzir o discurso oficial sobre a violência que, colonizando todos os demais possíveis, é dominante no senso comum (político, jurídico, jornalístico, etc.) da sociedade brasileira, obstaculizando a apreensão mais profunda do fenômeno.

E a hegemonia do paradigma penal (o tratamento dos conflitos sociais e da violência no espaço da pena) não é mais do que a outra face de um processo de esvaziamento do espaço da política, no qual a Mídia exerce um controle social de especial relevância. Com efeito, o discurso dominante é socialmente construído em interação com o poder da Mídia, sobretudo televisiva, cujas imagens e opinião publicadas têm, como se sabe, significativo poder sobre a formação da opinião pública. Integra, portanto, o cotidiano doméstico dos brasileiros, invadindo suas casas, a informação massiva através de programas televisivos baseados na

[195] Expressão disto é a designação dos condutores brasileiros por "3Is (Três Is): Imprudentes, Imperitos, Irresponsáveis", para indicar um comportamento no trânsito marcado pela *agressividade veicular*, expressão que, juntamente com *delitos do automóvel*, entre outras, integram o repertório de uma nova linguagem que vai sendo tecnicamente cunhada nesta direção.

espetacularidade da violência (sangue) e da vitimação (lágrimas) individuais, com apresentadores marcados por estilos díspares, embora fortes, como o popular caricatural (Ratinho e Gil Gomes) ou *glamour* global (Tony Ramos e Raul Cortez), mediados pelo cinismo furioso (Boris Casoy), que bradam no ar tanto a "vergonha" da impunidade ("Isto é uma vergonha"!) quanto a apologia da repressão ("cadeia") como, respectivamente, culpa e saída para a violência (então decodificada como violência criminal), descontextualizando-a e despolitizando-a. É o chamado "Movimento de Lei e Ordem" que, equivocadamente, é tido como um benéfico "clamor social" por um Código mais repressivo; como uma "saudável" fonte motivadora do Código.

5.1. VIOLÊNCIA SUPERESTIMADA E VARIÁVEIS INCLUÍDAS: O CTN COMO CÓDIGO COMPORTAMENTAL

Não obstante, pois, uma apreensão aparentemente ampla da multidimensionalidade do trânsito, o pressuposto, latente, do Código, parece ser uma identificação maniqueísta do bem (simbolizado nas autoridades responsáveis e nas vítimas) x o mal (simbolizado nos motoristas imprudentes, imperitos, irresponsáveis, negligentes, enlouquecidos) como se a conflituosidade e mesmo o caos do trânsito fosse um problema exclusivamente comportamental, para o qual não concorressem estruturas e mudanças sociais e tecnológicas (conjunturas), complexas relações sociais e institucionais de poder, além de interesses localizados.

O CTB aparece, neste sentido, como um Código comportamental e como uma declaração de guerra contra o comportamento dos motoristas, orientado pelo que denominamos "paradigma da beligerância", no marco do qual, identificados os inimigos segundo o diagnóstico e estereótipos de quem faz a lei, logo se desfere o ataque. Por isto, o que se vê é um cidadão radicalmente cercado no seu direito de locomoção veicular. Teme-se, por conseguinte, o engessamento deste próprio direito.

Se o Brasil se caracteriza, de fato, por uma anticultura do trânsito e se os motoristas sem sombra de dúvida a co-constituem e o controle da violência veicular deve necessariamente contemplar o seu comportamento, não pode nele demasiadamente se centralizar e muito menos esgotar, sob pena de se direcionar unilateralmente as políticas e, em especial, a política criminal, contrariando, uma vez mais, a evidência empírica da multidimensionalidade do trânsito e seus desdobramentos.

5.2. VIOLÊNCIAS SONEGADAS E VARIÁVEIS EXCLUÍDAS: OS CÓDIGOS AUSENTES

Chegamos, assim, às violências sonegadas e às variáveis excluídas pelo CTB: ao identificar a violência na relação entre o condutor e seu veículo imunizam-se as estruturas (violência estrutural), as instituições (violência institucional) e as relações de poder (violência relacional), produzindo a descontextualizacão e despolitizacão dos respectivos conflitos.

Por outro lado, ao se pressupor a potencialidade da violência (o mal) no usuário, exime-se a concorrência tanto das autoridades com poderes para reprimi-lo, quando das complexas estruturas e conjunturas que não oferecem condições de pacificação no trânsito.

A história do país atesta, contudo, não apenas a existência daqueles motoristas, de fato, irresponsáveis (homicidas em livre circulação), com mínimos ou nenhum cuidados veiculares e com a vida humana, mas a existência de irresponsabilidade, arbítrio e corrupção das próprias autoridades que tem o dever de garantir a segurança no trânsito.

Mais do que isso, a história do País atesta uma estrutural militarização do aparelho policial, que dela não se liberta nem no exercício de funções que nada tem a ver com ataques militares (como o exercício da Polícia ostensiva de trânsito). Daí a profunda crise de legitimidade que hoje afeta o aparelho ao qual se delega o controle central do trânsito.

Importante também destacar que os superpoderes conferidos às autoridades, além de muito maiores que as defesas conferidas aos cidadãos, não se submetem, como estes, a um código comportamental. Pois o Código limita-se a afirmar o trânsito seguro como direito e a responsabilidade genérica do poder que o controla, ao declinar, no parágrafo 3° do artigo 1°, a responsabilidade objetiva dos órgãos e entidades do SNT por *"danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro"*.

Indaga-se: qual é a efetiva abrangência deste dispositivo? Inclui a responsabilidade pelas perdas e danos causadas aos cidadãos pelas autoridades que erram ou abusam de poder na repressão penal e administrativa ou na imposição de trâmites burocráticos à sua já burocratizada vida?

Em definitivo, se é certo que o CTB contém um código comportamental (restritivo de condutas) para os usuários, um código funcional (autorizador de competências e poderes) para os órgãos e entidades do SNT (o CONTRAN é o ator central aqui) e para as autoridades policiais e administrativas e, ainda, um código veicular (novamente disciplinando a conduta dos usuários em relação aos seus veículos) ele não contém um código disciplinador dos meios de produção de veículos, de circulação de idéias e serviços a seu respeito; ou seja, um código dos fabricantes, montadoras, despachantes, publicitários e outros que imponha, por exemplo, limites à velocidade e potência das máquinas. Não contém, igualmente, um código viário, que regulamente a construção e conservação das vias para oferecer um trânsito seguro e em condições de ser suportado pelos usuários sem chegar ao limite do *stress* e da "esquizofrenia", fatores que, reconhecidamente, contribuem para a violência do trânsito.

Indaga-se: quais são, no Código, os limites impostos aos fabricantes e montadoras de veículos e aos construtores das vias, que possam definir ruas respectivas responsabilidades pelos acidentes de trânsito? E quais são os limites impostos à publicidade homicida, particularmente da Mídia falada, em torno do "poder" *(power)* dos veículos? E à publicidade sobre os prazeres da bebida alcoólica? São todos unicamente beneficiários de um mercado veicular em expansão? Se a responsabilidade jurídica do SNT é genérica e difusa, a responsabilidade indagada parece ser inexistente.

6 - A HEGEMONIA DO PARADIGMA EUROCENTRISTA

É de se aduzir, também, que o CTB não parece ter se libertado do paradigma eurocentrista, ainda quando o referencial do países desenvolvidos para a elaboração da legislação pátria, produto de uma secular colonização cultural e jurídica a que estamos submetidos[196] se apresente, cada vez mais, retórico e perigoso.

Retórico, porque se assume os resultados alienígenas no trânsito como ideal a alcançar, muitas vezes "acima da" e "atropelando a" estrutura e a cultura nacionais. Julga-se o trânsito do "outro" civilizado porque o homem alienígena o é, sem ressaltar que ele se insere em uma estrutura social e uma cultura que favorecem e estimulam a sua "civilização". Ou, em outras palavras, que o mesmo Estado que quer estar presente na hora de punir não se omite ou se omite menos na hora de educar e de se responsabilizar.

Perigoso, porque quanto mais o Direito promete, sem poder cumprir, mais perde poder e credibilidade social.

Logo, copiam-se acriticamente as exigências para obtenção dos mesmos resultados, usa-se predominantemente a repressão para alçar o plano do desenvolvimento; ou seja, define-se um amplo quadro de normas a obedecer, de difícil concretização, a começar pelo aparelhamento obrigatório dos veículos e, logo a seguir, um amplo quadro de punibilidade administrativa e penal real para punir o estágio ideal a alcançar.

Em síntese, projeta-se o ideal (veículos superequipados, com onerosos equipamentos, e multas de valores faraônicos que os brasileiros, mesmo dos estratos médios, não podem pagar; hipercriminalização, que o sistema não pode operacionalizar), acima das estruturas e da cultura e pune-se, rigorosamente, o seu descumprimento real, que é... previsibilíssimo.

Por outro lado, o CTB fortalece o poder do SNT quando vêm à tona denúncias de corrupção e crise no interior de seus órgãos; aposta no sistema penal e na pena de prisão quando se radicalizam as crises do aparelho policial, especialmente militar, e do sistema penitenciário. Aposta na pena de multa num país que enfrenta grave crise financeira e com a população depauperada. Saliente-se, em especial, que os números das pesquisas e as imagens televisivas do sistema penitenciário brasileiro são tão fortes, contundentes e graves quanto os do trânsito, evidenciando que o CTB se baseou numa apropriação seletiva de números, imagens e idéias: ao mesmo tempo em que apropriou as imagens sobre o aumento da violência no trânsito, pareceu ignorar as imagens sobre o violentíssimo problema do sistema penitenciário, apostando, portanto, "combater" uma estrutura violenta com outra tanto ou mais violenta.

7 - DÉFICIT DE BASE NACIONAL E DE BASE CIENTÍFICA PARA A POLÍTICA CRIMINAL

Chegamos, aqui, a um ponto fundamental. Se existe uma Política **criminal** orientando o CTB, ela pode ter escutado a voz do poder de plantão e o senso comum, mas certamente não escutou nem a ciência nem a experiência, ou seja, a realidade do próprio País, carecendo de uma sólida base científica, teórica e empírica. Pois, além de apostar nas funções já cientificamente desmitificadas da pena e do sistema penal, estendendo-as para o Direito administrativo, aparece latentemente influenciado por uma visão eurocentrista.

Ao orientar-se, pois, pelos paradigmas da beligerância e do eurocentrismo, contraria a moderna orientação Político-criminal minimalista e abolicionista que, baseada em meio século de investigação criminológica teórica e empírica, consubstancia conclusões científicas irreversíveis no campo da criminalidade e da resposta punitiva. Tomemos um *flash* delas.

[186]. Associado a este dado, o atual processo de globalização impõe mais do que nunca a globalização do controle penal, isto é, a padronização normativa para combater àquilo que se define como criminalidade, da ótica do poder.

Pelo discurso do CTB, pode-se constatar que a violência no trânsito foi equiparada com acidentalidade e decodificada, essencialmente, como violência individual, (mais especificamente, como violência comportamental) e esta logo associada com violência criminal (criminalidade), identificando-se no comportamento dos condutores (livre-arbítrio) o fator decisivo e a responsabilidade pelos acidentes de trânsito (responsabilidade individual).[195] A vitimação no trânsito aparece associada, em conseqüência, com as vítimas da criminalidade individual.

Reproduz-se, desta forma, uma polarizacão ideológica maniqueísta entre o bem (vítimas e autoridades) e o mal (criminosos de trânsito); uma associação entre os conceitos de segurança e criminalidade, da qual resulta um conceito de segurança no trânsito equiparado ao de segurança pública e centrado nas idéias de punição e prevenção à criminalidade, apostando-se em dois grandes sistemas burocráticos e repressivos, em crise de legitimidade, o sistema penal (Lei-Polícia-Ministério Público-Justiça-sistema penitenciário) e o sistema nacional de trânsito e, subsidiariamente, em um sistema educacional a ser implantado, como métodos hábeis para instrumentalizar o controle da acidentalidade e, portanto, a segurança declarada.

Paralela e paradoxalmente (pois como apostar em sistemas que não punem?), a impunidade é co-responsabilizada pelo aumento da violência veicular. Eis, portanto, em síntese, como o Código latentemente decodifica a fórmula dos culpados: comportamento 3I (agressividade veicular) + impunidade = aumento da violência (acidentalidade ou criminalidade) no trânsito.

Em suma, prepondera no CTB, a interpretação da conflituosidade ou da violência no trânsito, através do código crime-pena, através do espaço ou universo da pena, arrastando consigo as conseqüências desta decodificação. É que, quando uma questão é definida como questão criminal, passa a ser tratada desde tal lógica (responsabilidade individual x segurança pública) eis que o Direito penal exclui uma interpretação política de fatores causais que estejam além do livre-arbítrio de autores identificáveis. E considerando os indivíduos como variáveis independentes e não dependentes das situações, atua sobre aqueles e não sobre estas; com a agravante de que reprime os conflitos ao invés de solucioná-los e interfere sempre após a sua consumação, não podendo impedi-los. Desde esta lógica, abstrai-se, portanto, a violência definida como criminal do seu contexto e conteúdo globais e reais para tratá-la como violência individual e como problema comportamental.

Mas é necessário que se diga que tal decodificação não é singularidade do CTB, pois ele não faz mais do que reproduzir o discurso oficial sobre a violência que, colonizando todos os demais possíveis, é dominante no senso comum (político, jurídico, jornalístico, etc.) da sociedade brasileira, obstaculizando a apreensão mais profunda do fenômeno.

E a hegemonia do paradigma penal (o tratamento dos conflitos sociais e da violência no espaço da pena) não é mais do que a outra face de um processo de esvaziamento do espaço da política, no qual a Mídia exerce um controle social de especial relevância. Com efeito, o discurso dominante é socialmente construído em interação com o poder da Mídia, sobretudo televisiva, cujas imagens e opinião publicadas têm, como se sabe, significativo poder sobre a formação da opinião pública. Integra, portanto, o cotidiano doméstico dos brasileiros, invadindo suas casas, a informação massiva através de programas televisivos baseados na

[195] Expressão disto é a designação dos condutores brasileiros por "3Is (Três Is): Imprudentes, Imperitos, Irresponsáveis", para indicar um comportamento no trânsito marcado pela *agressividade veicular*, expressão que, juntamente com *delitos do automóvel*, entre outras, integram o repertório de uma nova linguagem que vai sendo tecnicamente cunhada nesta direção.

espetacularidade da violência (sangue) e da vitimação (lágrimas) individuais, com apresentadores marcados por estilos díspares, embora fortes, como o popular caricatural (Ratinho e Gil Gomes) ou *glamour* global (Tony Ramos e Raul Cortez), mediados pelo cinismo furioso (Boris Casoy), que bradam no ar tanto a "vergonha" da impunidade ("Isto é uma vergonha"!) quanto a apologia da repressão ("cadeia") como, respectivamente, culpa e saída para a violência (então decodificada como violência criminal), descontextualizando-a e despolitizando-a . É o chamado "Movimento de Lei e Ordem" que, equivocadamente, é tido como um benéfico "clamor social" por um Código mais repressivo; como uma "saudável" fonte motivadora do Código.

5.1. VIOLÊNCIA SUPERESTIMADA E VARIÁVEIS INCLUÍDAS: O CTN COMO CÓDIGO COMPORTAMENTAL

Não obstante, pois, uma apreensão aparentemente ampla da multidimensionalidade do trânsito, o pressuposto, latente, do Código, parece ser uma identificação maniqueísta do bem (simbolizado nas autoridades responsáveis e nas vítimas) x o mal (simbolizado nos motoristas imprudentes, imperitos, irresponsáveis, negligentes, enlouquecidos) como se a conflituosidade e mesmo o caos do trânsito fosse um problema exclusivamente comportamental, para o qual não concorressem estruturas e mudanças sociais e tecnológicas (conjunturas), complexas relações sociais e institucionais de poder, além de interesses localizados.

O CTB aparece, neste sentido, como um Código comportamental e como uma declaração de guerra contra o comportamento dos motoristas, orientado pelo que denominamos "paradigma da beligerância", no marco do qual, identificados os inimigos segundo o diagnóstico e estereótipos de quem faz a lei, logo se desfere o ataque. Por isto, o que se vê é um cidadão radicalmente cercado no seu direito de locomoção veicular. Teme-se, por conseguinte, o engessamento deste próprio direito.

Se o Brasil se caracteriza, de fato, por uma anticultura do trânsito e se os motoristas sem sombra de dúvida a co-constituem e o controle da violência veicular deve necessariamente contemplar o seu comportamento, não pode nele demasiadamente se centralizar e muito menos esgotar, sob pena de se direcionar unilateralmente as políticas e, em especial, a política criminal, contrariando, uma vez mais, a evidência empírica da multidimensionalidade do trânsito e seus desdobramentos.

5.2. VIOLÊNCIAS SONEGADAS E VARIÁVEIS EXCLUÍDAS: OS CÓDIGOS AUSENTES

Chegamos, assim, às violências sonegadas e às variáveis excluídas pelo CTB: ao identificar a violência na relação entre o condutor e seu veículo imunizam-se as estruturas (violência estrutural), as instituições (violência institucional) e as relações de poder (violência relacional), produzindo a descontextualizacão e despolitizacão dos respectivos conflitos.

Por outro lado, ao se pressupor a potencialidade da violência (o mal) no usuário, exime-se a concorrência tanto das autoridades com poderes para reprimi-lo, quando das complexas estruturas e conjunturas que não oferecem condições de pacificação no trânsito.

A história do país atesta, contudo, não apenas a existência daqueles motoristas, de fato, irresponsáveis (homicidas em livre circulação), com mínimos ou nenhum cuidados veiculares e com a vida humana, mas a existência de irresponsabilidade, arbítrio e corrupção das próprias autoridades que tem o dever de garantir a segurança no trânsito.

Mais do que isso, a história do País atesta uma estrutural militarização do aparelho policial, que dela não se liberta nem no exercício de funções que nada tem a ver com ataques militares (como o exercício da Polícia ostensiva de trânsito). Daí a profunda crise de legitimidade que hoje afeta o aparelho ao qual se delega o controle central do trânsito.

Importante também destacar que os superpoderes conferidos às autoridades, além de muito maiores que as defesas conferidas aos cidadãos, não se submetem, como estes, a um código comportamental. Pois o Código limita-se a afirmar o trânsito seguro como direito e a responsabilidade genérica do poder que o controla, ao declinar, no parágrafo 3° do artigo 1°, a responsabilidade objetiva dos órgãos e entidades do SNT por *"danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro"*.

Indaga-se: qual é a efetiva abrangência deste dispositivo? Inclui a responsabilidade pelas perdas e danos causadas aos cidadãos pelas autoridades que erram ou abusam de poder na repressão penal e administrativa ou na imposição de trâmites burocráticos à sua já burocratizada vida?

Em definitivo, se é certo que o CTB contém um código comportamental (restritivo de condutas) para os usuários, um código funcional (autorizador de competências e poderes) para os órgãos e entidades do SNT (o CONTRAN é o ator central aqui) e para as autoridades policiais e administrativas e, ainda, um código veicular (novamente disciplinando a conduta dos usuários em relação aos seus veículos) ele não contém um código disciplinador dos meios de produção de veículos, de circulação de idéias e serviços a seu respeito; ou seja, um código dos fabricantes, montadoras, despachantes, publicitários e outros que imponha, por exemplo, limites à velocidade e potência das máquinas. Não contém, igualmente, um código viário, que regulamente a construção e conservação das vias para oferecer um trânsito seguro e em condições de ser suportado pelos usuários sem chegar ao limite do *stress* e da "esquizofrenia", fatores que, reconhecidamente, contribuem para a violência do trânsito.

Indaga-se: quais são, no Código, os limites impostos aos fabricantes e montadoras de veículos e aos construtores das vias, que possam definir ruas respectivas responsabilidades pelos acidentes de trânsito? E quais são os limites impostos à publicidade homicida, particularmente da Mídia falada, em torno do "poder" *(power)* dos veículos? E à publicidade sobre os prazeres da bebida alcoólica? São todos unicamente beneficiários de um mercado veicular em expansão? Se a responsabilidade jurídica do SNT é genérica e difusa, a responsabilidade indagada parece ser inexistente.

6 - A HEGEMONIA DO PARADIGMA EUROCENTRISTA

É de se aduzir, também, que o CTB não parece ter se libertado do paradigma eurocentrista, ainda quando o referencial do países desenvolvidos para a elaboração da legislação pátria, produto de uma secular colonização cultural e jurídica a que estamos submetidos[196] se apresente, cada vez mais, retórico e perigoso.

Retórico, porque se assume os resultados alienígenas no trânsito como ideal a alcançar, muitas vezes "acima da" e "atropelando a" estrutura e a cultura nacionais. Julga-se o trânsito do "outro" civilizado porque o homem alienígena o é, sem ressaltar que ele se insere em uma estrutura social e uma cultura que favorecem e estimulam a sua "civilização". Ou, em outras palavras, que o mesmo Estado que quer estar presente na hora de punir não se omite ou se omite menos na hora de educar e de se responsabilizar.

Perigoso, porque quanto mais o Direito promete, sem poder cumprir, mais perde poder e credibilidade social.

Logo, copiam-se acriticamente as exigências para obtenção dos mesmos resultados, usa-se predominantemente a repressão para alçar o plano do desenvolvimento; ou seja, define-se um amplo quadro de normas a obedecer, de difícil concretização, a começar pelo aparelhamento obrigatório dos veículos e, logo a seguir, um amplo quadro de punibilidade administrativa e penal real para punir o estágio ideal a alcançar.

Em síntese, projeta-se o ideal (veículos superequipados, com onerosos equipamentos, e multas de valores faraônicos que os brasileiros, mesmo dos estratos médios, não podem pagar; hipercriminalização, que o sistema não pode operacionalizar), acima das estruturas e da cultura e pune-se, rigorosamente, o seu descumprimento real, que é... previsibilíssimo.

Por outro lado, o CTB fortalece o poder do SNT quando vêm à tona denúncias de corrupção e crise no interior de seus órgãos; aposta no sistema penal e na pena de prisão quando se radicalizam as crises do aparelho policial, especialmente militar, e do sistema penitenciário. Aposta na pena de multa num país que enfrenta grave crise financeira e com a população depauperada. Saliente-se, em especial, que os números das pesquisas e as imagens televisivas do sistema penitenciário brasileiro são tão fortes, contundentes e graves quanto os do trânsito, evidenciando que o CTB se baseou numa apropriação seletiva de números, imagens e idéias: ao mesmo tempo em que apropriou as imagens sobre o aumento da violência no trânsito, pareceu ignorar as imagens sobre o violentíssimo problema do sistema penitenciário, apostando, portanto, "combater" uma estrutura violenta com outra tanto ou mais violenta.

7 - DÉFICIT DE BASE NACIONAL E DE BASE CIENTÍFICA PARA A POLÍTICA CRIMINAL

Chegamos, aqui, a um ponto fundamental. Se existe uma Política **criminal** orientando o CTB, ela pode ter escutado a voz do poder de plantão e o senso comum, mas certamente não escutou nem a ciência nem a experiência, ou seja, a realidade do próprio País, carecendo de uma sólida base científica, teórica e empírica. Pois, além de apostar nas funções já cientificamente desmitificadas da pena e do sistema penal, estendendo-as para o Direito administrativo, aparece latentemente influenciado por uma visão eurocentrista.

Ao orientar-se, pois, pelos paradigmas da beligerância e do eurocentrismo, contraria a moderna orientação Político-criminal minimalista e abolicionista que, baseada em meio século de investigação criminológica teórica e empírica, consubstancia conclusões científicas irreversíveis no campo da criminalidade e da resposta punitiva. Tomemos um *flash* delas.

[196]. Associado a este dado, o atual processo de globalização impõe mais do que nunca a globalização do controle penal, isto é, a padronização normativa para combater àquilo que se define como criminalidade, da ótica do poder.

A Criminologia contemporânea demonstra, em primeiro lugar, que a seletividade[197] do sistema penal não é um acidente de percurso e não se deve a défices de infra-estrutura, mas se trata da lógica estrutural de seu funcionamento. A equação *minoria (pobre) criminalizada x maioria (dos estratos sociais médio e alto) imune ou impune* , na qual vimos sinteticamente traduzindo a seletividade, indica também que a impunidade não é uma disfunção do sistema, mas sua regra de funcionamento. Sabe-se, nesta esteira, que os chamados "criminosos de trânsito" não correspondem ao estereótipo dominante de criminoso (associado ao pobre, preto, feio, sujo, desempregado, alcoólatra, etc.) constituindo uma clientela que está, pelo *status* social, subtraída ao cárcere e, regra geral, na esfera da impunidade ou da imunidade penal.

De outra parte, e paradoxalmente, com a vastíssima criminalização nele consubstanciada o Código instaura, sem dúvida, o auto-retrato da criminalidade para os pertencentes aos estratos médios e altos da sociedade, historicamente excluídos do estereótipo de criminoso , mostrando a sua face real: é conduta de todos nós e não dos outros (*outsiders*, marginais, bandidos). Ainda que, certamente, tal reconhecimento não invadiu a cabeça dos legisladores, habituados que são a ver a criminalidade do outro lado, o Código revela, cristalinamente, um "banditismo" (?) automobilístico e que para as seqüelas e mortes sob o signo dos "bandidos" sobre rodas - ainda quando seus colarinhos sejam tão alvos ou coloridos (branco, prata, vermelho, azul, verde) quanto as cores dos seus automóveis - as penas devem ser agravadas. Este é um efeito muito sutil, mas surpreendentemente traiçoeiro, que pode virar "feitiço contra os feiticeiros", como abordaremos adiante. Tratar-se-ia da construção de um novo estereótipo de criminoso (ainda que para velhas condutas?) apta a causar impacto na lógica estrutural de funcionamento do sistema penal?

Em primeiro lugar, a própria questão da seletividade adquire aqui novos contornos. Porque, selecionar criminosos de trânsito implica - excetuados casos de pedestres ou condutores mais pobres - deslocar a punição para os estratos médios e altos da sociedade, ou seja, maximizar a seleção dos imunes ou impunes. Mas neste universo existe uma imensa diferenciação de *status* social. De modo que a aplicação da Lei de trânsito será igualmente seletiva se reproduzir esta desigualdade, por exemplo, centrando a repressão no condutor do fusca 69, da Kombi 70, da Brasília ,da lambreta, etc., (que, de fato, tem menores condições de satisfazer as exigências veiculares do CTB) e imunizando o condutores de elite, cujo poder econômico, político ou social tanto permite uma ultraequipagem e manutenção veicular, quanto melhor apropriar os potenciais corruptores do Código.

Em segundo lugar, no caso de prisão de pessoas pertencentes a este *status social* - do feitiço virar contra o feiticeiro - há, por outro lado, uma potencialidade de revolta. Imaginem-se os "criminosos" do trânsito, os "nossos filhos", jovens dos médios e altos estratos sociais, detidos juntamente com "criminosos" perigosos, traficantes, estupradores, homicidas, aidéticos.... dirão as elites, e a reação contra o Código poderá vir do próprio poder que pune.

Quanto à prevenção geral, a Criminologia demonstra que é impossível avaliar empiricamente o impacto intimidatório da pena em abstrato e, se alguma avaliação pode ser feita a respeito, é a de que não possui a eficácia declarada pelo sistema penal, como o demonstram, por sua vez, os inúmeros dados empíricos existentes sobre a reincidência ou o aumento dos índices criminais após agravamento qualitativo ou

[197] . A seletividade significa que embora a prática de crimes se dê pela maioria das pessoas na sociedade, e em todos os estratos sociais, o sistema penal criminaliza e está estruturalmente preparado para criminalizar apenas uma minora de pessoas e pertencentes aos mais baixos estratos sociais. Os dados do Censos Penitenciários brasileiros de 1994 e 1995 corroboram oficialmente a tese, ao concluírem que a clientela das prisões brasileiras é constituída por 95% de pessoas pobres. No jargão popular, a tese é vulgarmente conhecida pela adágio: "a prisão é para os três pês: o pobre, o preto e a prostituta".

quantitativo das penas (como no Brasil após as Leis que instituíram os crimes hediondos ou em Estados americanos após implantação de prisão perpétua ou pena de morte). Em suma, não apenas inexiste fundamento científico para sustentar que o endurecimento da repressão guarde uma proporção direta com a redução das infrações e crimes, quanto existe comprovação empírica de que persistem , apesar do seu impacto. Razão pela qual é ilusório esperar que a intimidação pela severidade das sanções penais e administrativas (especialmente pelo alto valor das multas) possa, por si só, diminuir a acidentalidade de trânsito. Este é um silogismo simplista que só obedece às regras da razão abstrata e só no campo da abstração pode se sustentar. Mas não resiste ao mais leve toque empírico.

Quanto à prevenção especial, é desnecessário insistir no óbvio. Não se necessitam das milhares de páginas criminológicas escritas sobre o "mito" da ressocialização, mas basta ser um observador ou espectador de televisão - a Criminologia dá suporte científico à evidência - para se convencer de que o sistema penitenciário não apenas é incapaz de ressocializar (o problema é estrutural e conceitual e não conjuntural) mas, ao contrário, implica uma "fabricação de criminosos" e uma duplicação da violência inútil (e cada vez mais incontrolável pelo poder público), com o agravante dos seus altos custos sociais.

Tratando-se da infra-estrutura, a caótica situação do sistema penitenciário brasileiro - retratado abertamente pela Mídia e pelos últimos censos penitenciários realizados no País nos anos de 1994 e 1995 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça - evidencia não apenas a absoluta inviabilidade, mas a impossibilidade mesmo de se insistir na pena privativa de liberdade como resposta punitiva , o que é particularmente válido para os crimes de trânsito.

Além de evidenciar a profunda seletividade do sistema (95% dos presos são pobres) as indescritíveis condições existenciais de sua clientela, o profundo déficit de vagas, etc., um dos dados que mais impressiona nestes Censos é a desproporção profunda entre seu custo (custo da construção de estabelecimentos prisionais, de cada vaga, de manutenção do preso) e a sua inutilidade social. Cada preso custa, em média, 3,5 salários mínimos por mês o que, se investido fosse em trabalho, por exemplo, empregaria aproximadamente três trabalhadores. Outro dado impressionante é que o número de mandados de prisão expedidos e não cumpridos (275.000 em 1994, sendo que no Censo de 1995 tal dado foi ocultado porque, imagina-se, não seja mais cognoscível) representa mais do que o dobro da clientela aprisionada e, desta, apenas a metade se encontra cumprindo pena em penitenciárias, enquanto o restante se encontra em Presídios e Delegacias; em qualquer caso, em plena violação da Lei de Execução Penal.

Simplesmente - e derradeiros são os dados sobre a superlotação - não existem vagas para mais ninguém, seja nas Penitenciárias ou nos Presídios e Delegacias Públicas, onde irregularmente se amontoa e se evade, hoje, metade da população prisional do País, cujo maior problema de segurança pública, anunciado pela crescente ocorrência e gravidade das rebeliões, fugas e mortes, de envolvidos e inocentes, é o próprio sistema penitenciário.

Outro dado: apenas para acabar com a superlotação existente hoje, fora os mandados referidos, seria necessário a construção de 130 estabelecimentos a um custo aproximado de 8 milhões de dólares cada um com capacidade para 500 presos, sem computar no valor os equipamentos, apenas a construção.

Em suma, a Criminologia contemporânea e a evidência empírica, ou seja, a realidade dos nossos sistemas penais e penitenciários mostra, em exuberância tal que beira às raias da alucinação, não apenas a absoluta inutilidade da pena de prisão,

mas a duplicação da violência que ela implica com o agravante dos seus altos custos sociais. Tratar a violência do trânsito com a violência do sistema penitenciário implica uma duplicação da violência inútil e numa ilusão de solução. Por todos estes motivos é que as Ciências criminais contemporâneas já firmaram a convição em duas grandes linhas de Política criminal: a do minimalismo (sustentando a utilização da prisão como pena em *ultima ratio*) e a do abolicionismo penal (sustentando a necessidade de sua abolição), donde o tema emergente das penas alternativas, quando o CTB acaba de adotá-la em *prima ratio* para todos os crimes de trânsito.

Indaga-se: onde e para que fim se pretende encarcerar os "criminosos sobre rodas"? Quem pagará e como se pagarão os custos?

8 - DA ILUSÃO DE SEGURANÇA À EFICÁCIA INVERTIDA

Aceitando-se as premissas do trânsito como problema complexo e multidimensional e da violência (acidentalidade) como problema multifatorial, há que se concluir, logicamente, que não se trata de um problema "estático" que possa ser "solucionado" com intervenções unidimensionais e parcializadas, mas, ao contrário, se trata de um "processo" cuja necessidade de superação é permanente e dependente da concorrência de múltiplos fatores, no qual o Código, não obstante uma importante simbologia, assume todo o seu relativismo.

E como toda Lei, o CTB é um programa de ação, cuja entrada em vigor não tem o poder, por si só, de mudar a realidade que objetiva regular, quanto mais porque, como tentamos demonstrar, se reveste de limites estruturais e conceituais para instrumentalizar a prometida segurança no trânsito brasileiro; limites que vão desde a apreensão fenomênica da violência até os métodos eleitos para "combatê-la". Estamos, pois, em condições de responder afirmativamente ao interrogante formulado ao início: o Código destinado a reger nosso cotidiano sobre rodas e salvar vidas no terceiro milênio (que já é vida!) já nasce, até certo ponto, com sintomas mórbidos.

Porém, mais do que limites, por conter inúmeros centros irradiadores de polêmica, visualizamos nele as potencialidades de uma "eficácia invertida"[198], no campo criminológico e político-criminal, que estamos a abordar. Pois, ao hipercriminalizar o cotidiano do trânsito, inflacionando as infrações e crimes, o Código desenha, antes que o mapa da segurança, o mapa da impunidade e da insegurança.

Considerando que o cotidiano do trânsito foi criminalizado, administrativa ou penalmente, abrangendo condutas praticadas por praticamente todos os habitantes do País, reiteradas vezes,[199] somente restam duas alternativas: ou pune-se a todos igualitariamente (radicalizando o cumprimento dos princípios constitucionais da isonomia jurídica, da legalidade penal e processual penal) ou, reproduzindo-se a lógica seletiva do sistema penal, seleciona-se alguns.

A primeira alternativa, além de ser impossível, não seria, paradoxalmente, desejável. É Impossível porque, ao hipercriminalizar o social, o CTB encomenda ao conjunto dos (sub)sistemas encarregados do controle do trânsito uma demanda imensamente superi-

[198] A respeito desta categoria ver ANDRADE, 1997a.

[199] Lembre-se, apenas, as infrações de dirigir com o braço para fora do carro ou com uma só mão (que já o eram no Código anterior) ou direção agressiva de bicicleta ou atravessar rua fora da faixa de segurança.

or à sua intrínseca capacidade, ou seja, que estão estrutural e mesmo conjunturalmente incapacitados de absorver. Seria socialmente indesejável porque implicaria transformar a sociedade em uma grande prisão ou num grande fundo arrecadador.

Como unicamente a segunda alternativa é factível, eis que a única capaz de ser operacionalizada (o que evidencia, entre outras variáveis, que a seletividade do sistema punitivo é estrutural) verossímil também é que, com ela, radicaliza-se a "visibilidade" da impunidade no trânsito. Trata-se, com efeito, de um projeto simbólico: que não pode ser eficaz em sua totalidade e que não é feito para sê-lo, mas para (possibilitando algumas aplicações exemplares) gerar a ilusão de que o é; para gerar a ilusão de segurança!

Inversamente, porém, na defasagem entre o prometido e o possível de realização o que se potencializa e redimensiona na sociedade é a sensação de impunidade e insegurança. O efeito social mais perigoso parece ser, de fato, a perda crescente de poder e credibilidade do Direito. Pois se antes havia a escusa da legislação e punição deficitárias, para combater a criminalidade de trânsito, agora a opinião pública necessitará de novas e convincentes escusas. O que volta a realimentar a incerteza, insegurança e o temor na população e, inclusive, a indignação social e a rejeição, ao invés da adesão ideológica ao novo Código (pois é evidente a gravidade dos acidentes, mutilações e mortes no trânsito) voltando a desacreditar o sistema num mecanismo de *feed-back*. O chamado "clamor social", por sua vez, pela radicalização repressiva como meio de solução do problema (cuja autenticidade deve ser permanentemente questionada porque até certo ponto socialmente construído pelos meios de comunicação de massa), ingressa por esta via numa espiral sem retorno.

9 - ATRAVESSANDO O MAPA DA CODIFICAÇÃO RUMO AO TERRITÓRIO DA CIDADANIA

Atravessando o mapa traçado pela codificação para encontrar o caminho da segurança, cremos que seja fundamental reencontrar o homem (nas ruas, nas praças, nas estradas), antes que no território do policiamento e do medo punitivo,[200] no da pedagogia e da cidadania. Porque este é o território em que a segurança no trânsito poderá ancorar com mais solidez.

Neste sentido se revela, a nosso ver, o andar mais importante da nova codificação: ter chamado a atenção e estruturado as bases para a educação no trânsito. Em consonância, pois, com a argumentação aqui desenvolvida, resta-nos apostar que na sua dupla potencialidade preventiva (educação/repressão) se explore, ao extremo possível, a prevenção pela pedagogia antes que a repressão administrativa e penal. E se explore, não através de decisões e Políticas públicas verticalizadas, mas horizontais, mobiliza-

[200] . A conjuntura de entrada em vigor do CTB (janeiro/98) está sendo marcada por uma intensa euforia em torno dos números que, ocupando as manchetes cotidianos dos jornais brasileiros, noticiam o impacto do novo Código na diminuição da acidentalidade de trânsito. Obviamente que este é o resultado socialmente desejado e vital. Mas, além da advertência de que devido às "cifras negras" da acidentalidade (aquelas que não são oficialmente registradas e que não aparecem, ,portanto, nas estatísticas) é impossível saber-se o número total de acidentes no trânsito, é importante recordar também outros dados que acompanham a entrada em vigor do Código: o peso da informação massiva quanto ao seu rigor punitivo e a desinformação e incerteza dos usuários quanto ao seu conteúdo concreto e às suas específicas conseqüências (o que dá cadeia, o que não dá?) associadas ao policiamento ostensivo nas ruas o que resulta, de fato, no medo nas ruas e na tirada de pé do acelerador. Nesta esteira, pergunta-se: as motivações para a euforia são reais ou contingentes? As bases da declarada redução da acidentalidade são sólidas ou frágeis? Até quando se pode mantê-la pelo policiamento ostensivo e pelo amendrotamento da sociedade? Por que não se faz deste, inversamente, um autêntico momento cívico, usando-se a mesma Polícia nas ruas e nas praças para uma ampla campanha pedagógica de esclarecimentos e conscientizações?

das pelo permanente exercício da cidadania, em que a população, não apenas objeto, mas sujeito do trânsito, tenha real participação. E relembrando, por sua vez, que cidadania provém de cidade, seu lugar originário de exercício, e que o CTB acaba de implantar a chamada Municipalização , precisamente para que esta não se reduza a uma Prefeiturização, resgatemos o exercício da cidadania nas cidades, seja nas ruas, nas praças ou nos gabinetes, através de uma ação conjunta das autoridades e dos cidadãos envolvidos no processo (órgãos e entidades do SNT, condutores de veículos e pedestres) pois esta é, a nosso ver, a dimensão utópica do novo Código [201] porque a única capaz de transformar a anticultura brasileira do trânsito numa cultura genuína, autóctone; a única capaz de potencializar o novo Código como uma autêntica aposta na VIDA: nas vidas que , de fato, não queremos perdidas no NOVO MILÊNIO.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania*: do Direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

___. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.14, p. 276-287, abr./jun. 1996

___. *A ilusão de segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a.

___. Dos discursos enunciados aos discursos silenciados: recuperando a dignidade da Política Criminal pelo e para o homem. *Discursos sediciosos: Crime, Direito e sociedade*. Rio de Janeiro, *n. 3*, pp.225-228, 1º sem.1997b.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del Derecho penal*: introducción a la Sociologia jurídico-penal. Tradução por: Alvaro Bunster. México: Siglo veintiuno, 1991.

___. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, n.2, p.44-61, abr./maio/jun 1993.

___. *Defesa dos Direitos Humanos e Política Criminal*. III Congresso Nacional do Movimento do Ministério Público Democrático. 18 a 21 de março de 1997. Foz do Iguaçu- Paraná.

DIAS NETO, Theodomiro. Segurança Pública: um conceito a ser repensado. *Boletim do IBCCrim*, n. 58, edição especial, set. 1997. P.12

FERLAUTO, Dedé. *Thiago Gonzaga - Histórias de uma vida urgente*. Porto Alegre: Didacta, 1996.

HULSMAN, Louk & CELIS, Bernat J de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro, Luam, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Traduçãode: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição.Rio de Janeiro, Revan, 1991.

[201] . Utopia entendida não como o impossível, mas como o que ainda não se realizou, embora passível de realização.

II - LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

MENELICK

Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997).

Código Penal Brasileiro

Censos Penitenciários Nacionais de 1994 e 1995 - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - Ministério da Justiça.

Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11.07.1984).

III - OS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS: SUA PROTEÇÃO E TUTELA JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO AGRÁRIO E NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*

Reúnem-se pessoas, como nós, em todo o mundo, sob o panorama de diversas áreas do conhecimento humano, e já há tanto tempo, que poderia parecer despiciendo, em um Seminário Nacional como este, retomar a velha parêmia da proteção ambiental

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil e de Direito Agrário nos cursos de graduação e de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo.

- e, de modo específico, dos recursos naturais renováveis -, não fosse o grito que não se cala, transfronteiramente, clamando pela urgência de se obter, preservar e respeitar um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por isto, é a imprescindibilidade da sobrevivência e a continuidade das espécies - entre elas, por certo, o ser humano - que, talvez antes de tudo, nos trace a permissão para, uma vez mais, cuidarmos do gigantesco assunto, em face da sua importância, premência, urgência e inafastabilidade.

Tudo, enfim, diz respeito à idéia de que o desenvolvimento (e o progresso) que ocorrem inevitavelmente, devam estar obrigatoriamente vinculados à idéia do atendimento às políticas públicas de proteção ambiental.

Tal simbiose - não a criei eu - poderia corresponder ao que se convencionou chamar de "desenvolvimento sustentado", conclamando os estudiosos do Direito Econômico à demonstração da viabilidade de sobrevivência do modo de produção capitalista associado à efetividade da preservação do meio ambiente, em um amálgama que assegurasse a melhoria da qualidade de vida dos homens.

O antropocentrismo que se descortina, nesta visão, não é o antropocentrismo clássico, cartesiano, mas aquele que exatamente deflui desta perspectiva integradora que defendemos, entre homem e natureza, entre a continuidade dos processos produtivos e o respeito à dinâmica própria de um ecossistema.

O que importa estabelecer, e de forma muito especial nesta seara do Direito Agrário, é o aprimoramento de modos e meios (derivados da lei, no mais das vezes) que venham admitir esta conciliação entre o crescimento econômico e a preservação ambiental, mormente no que respeita à utilização racional dos recursos naturais renováveis.

A Constituição da República exatamente acolheu esta linha, definindo a relevância do bem jurídico tutelado - o meio ambiente ecologicamente equilibrado - de forma inequívoca, quando estabeleceu a obrigação, para o Poder Público e para a coletividade, de preservá-lo, tanto para as presentes como para as futuras gerações (art. 225).

Assim, nossa Lei Fundamental claramente delineou a finalidade da proteção jurídica do meio ambiente, admitindo que a manutenção do equilíbrio ecológico é capaz de gerar um desenvolvimento responsável que, por sua vez, será capaz de garantir a sadia qualidade de vida dos homens que, por seu turno, não se olvidarão ou descuidarão da premência da proteção ambiental.

E assim sempre, repetida e ordenadamente, deixando perceber que o uso racional dos recursos naturais renováveis respeita a capacidade auto-reprodutiva e auto-regenerativa destes, o que, de sua parte enseja o prolongamento do tempo de sua utilização nos processos produtivos.

Este é, sem dúvida, o espectro inequívoco do comando constitucional contido no art. 186 da Carta que, analisado pontualmente e em correlação com os incisos XXII e XXIII do art. 5º, demonstra que a *função social da propriedade imobiliária rural* não significa exatamente uma simples restrição ao uso e gozo de bens próprios, mas sim, significa imputar ao objeto da propriedade um destino determinado, compatível com o interesse social, destino este que deve ser obrigatoriamente cumprido, mesmo além ou aquém do interesse singular do proprietário, exatamente porque o descumprimento é sancionável pela ordem jurídica.

Sabe-se que o uso racional do solo e demais recursos naturais renováveis, no que respeita ao desenvolvimento de atividade agrária de produção, importa - primeiro e antes - na conformação do conteúdo econômico da função social, eis que funcionaliza a propriedade de bens de produção dinamizados para a produtividade e para a geração de empregos.

Por este ângulo, a função social encontra-se voltada à promoção do progresso, admitindo um crescimento econômico derivado do modo de produção capitalista.

Contudo, não apenas isto contém o dispositivo constitucional em fulcro, o art. 186, que explicita o perfil da função social que envolve e perpassa a propriedade imobiliária rural. O comando da norma expõe exigências que extrapolam o mero indicador "uso racional", para repercutir na vertente ecológica que imanta o princípio da função social pelo seu paradigma ambiental.

Esta ampliação do contexto estritamente econômico, e de acordo com a visão de Eros Roberto Grau, expressa em sua obra "A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica" (Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990), mostra-se extremamente útil, já que a funcionalidade da propriedade, muito mais do que restar atrelada a tão somente uma racionalidade derivada do processo produtivo, alastra-se pelo contexto ecológico, impondo a preservação ambiental e, em decorrência, garantindo a dignidade da pessoa humana.

Do empreendedor rural, no desempenho de sua atividade de produção, se estará exigindo, sob as sanções da ordem jurídica, um comportamento ambiental de caráter positivo, vale dizer, de comissão, e não apenas um comportamento meramente de abstenção, omissivo, negativo.

O comprometimento do homem que desenvolve a atividade agrária, de resto como de qualquer outro agente econômico envolvido na dinamização dos bens de produção, revela, hoje, um comprometimento muito mais elevado que aquele do passado, cuja finalidade atentava exclusivamente para a produtividade, sob a égide exclusiva do paradigma do progresso.

Ora, esta dúplice face do princípio da função social de bens de produção (como o é a propriedade imobiliária rural), condicionadora do exercício do direito subjetivo do proprietário e/ou empreendedor, está a demonstrar que a norma jurídica constitucional encontra-se perfeitamente afinada com a preocupação mundial dos dias atuais, mormente no que diz respeito a um país como o nosso, dito "em desenvolvimento", e que, a rigor, não poderia se colocar em desprendimento essencial a respeito de sua expectativa de progresso.

Contudo - e por certo não resta dúvida sobre isto - o desenvolvimento do país não se identificará, tão pobremente, apenas ao conceito de crescimento econômico, mas haverá que se interar e se integrar com o dever de ser equilibrado, tudo conforme exprime a Carta Constitucional Brasileira que, de modo mais abrangente cuidou do conteúdo da atividade econômica, elevando-a a categoria destacada constitucionalmente, já que lhe impõe responsabilidade acerca do objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Em absoluto seria mais possível dizer, hoje, que o desenvolvimento nacional depende e converge do crescimento econômico, senão de um especialíssimo cuidado com a proteção do meio ambiente, até porque, do que se viu da experiência do passado, não há exemplo do qual valha a pena se orgulhar, eis que, definitivamente, não promoveu as políticas das Cartas antecedentes, contribuindo para a ampliação das desigualdades sociais e para a concentração de riquezas; para não dizer de mal ainda maior que seria o esgotamento dos recursos naturais renováveis pela impossibilidade, que acabaria por se apresentar, de sua auto-regeneração e auto-reposição.

Por isto, em boa hora a Lei Maior assentou normas de caráter protetivo-ambiental alcançando-os à condição de objetivos a serem perseguidos tanto pelo Estado como pela coletividade que, na qualidade de agentes econômicos, sociais e políticos, devem obrigatoriamente buscar alcançá-los.

Plasmado como diretriz constitucional, pois, o *princípio da preservação ambiental e do equilíbrio ecológico* veio se instalar em vários segmentos da Carta, mas, especialmente, no art. 225. Sob o Título da Ordem Social, este artigo expõe um sistema

normatizador bastante linear e coeso, por todo o texto da Carta, razão porque entendo que o art. 186, já mencionado, conformado sob o Título da Ordem Econômica e Financeira, está completamente harmonizado com o princípio fundamental, operacionalizando uma topografia normativa constitucional homogênea.

Este art. 225, que garante a todos um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pinçando sua condição de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impõe, como se viu já antes, ao Poder Público e à sociedade em geral, o dever de defendê-lo e de preservá-lo para a presente, mas também e especialmente para as futuras gerações.

Paulo Affonso Leme Machado afirmou, quando escreveu "Princípios Gerais de Direito Ambiental Internacional e a Política Ambiental Brasileira" (*in*: Dano Ambiental: Preservação, Reparação e Repressão, coord. Antonio Hermann V. Benjamin, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993) que "... a Constituição Federal Brasileira agasalhou também a noção de que o meio ambiente deve ser conservado em benefício das gerações atuais e futuras" e que, prossegue o ilustre ambientalista, "... tudo o que puder seriamente ocasionar o esgotamento dos bens ambientais em prejuízo da atual geração ou somente da futura geração é inconstitucional".

Tem razão o autor, e a inserção do *princípio do desenvolvimento sustentado* e do *direito intergerações*, no bojo constitucional, identifica-se com o princípio estabelecido pela Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, que diz: "O direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo a satisfazer as necessidades relativas ao desenvolvimento e ao meio ambiente das gerações presentes e futuras", sendo conveniente mencionar que o mesmo princípio já viera estabelecido na Declaração de Estocolmo, em 1972 e na Carta Mundial da Natureza, em 1982.

Perfeitamente relacionada, como se vê, a Constituição Federal vigente com os documentos internacionais que a precederam, bem como a própria Declaração do Rio de Janeiro, posterior à sua promulgação, eis que reafirma e amplia princípios já consagrados em Constituição anteriores, garantindo o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII), condicionando-o ao atendimento de sua função social (art. 5º, inciso XXIII), mediante a utilização ou o aproveitamento racional e adequado da propriedade e dos recursos naturais renováveis que lhe são integrantes, tudo se conduzindo ao bem-estar social e assegurando, como determina a ordem econômica, a propriedade privada, cujo norte é o atendimento daquela função social e, por conseguinte, a defesa do meio ambiente.

Corajosa, retrata a Lei Fundamental a progressiva evolução da propriedade, sob a angulação de seus aspectos sociais, cristalizando e constitucionalizando uma concepção mais ampla e menos egoísta, matizada pelas sadias cores do grande princípio da função social.

Traçou, assim, como menciona Pontes de Miranda, em sua obra "Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969" (Ed. Revista dos Tribunais, t. VI, São Paulo, 1974), ainda que comentando texto constitucional anterior, que teria se estabelecido como que uma *pauta constitucional* capaz de orientar a obra legislativa que viesse de ser promulgada, na intenção da regulamentação.

Mencionando, apenas para não deixar de registrar, que o Direito Agrário, pioneiramente, já carregava em seu ordenamento positivo (Lei nº 4.504, de 30.11.1964, o Estatuto da Terra) toda esta concepção ambientalista e preservacionista dos recursos naturais, haveremos que, com muito agrado, lembrar que o *velho* Estatuto serviu de modelo ou paradigma ao legislador constituinte que o reproduziu, quase às mesmas letras, no art. 186 da Lei Maior, e, 1988.

Como se vê, o Direito Agrário se encontra coeso com as preocupações nacionais e internacionais sobre o tema da proteção ambiental, desenvolvendo seus próprios mecanismos legislativos para a preservação e conservação do meio ambiente.

O arcabouço legislativo agrário mostra-se profuso, com normas de conteúdo preventivo e com normas de sentido sancionador e punitivo, tudo voltado à preservação e defesa do meio ambiente, como objetivos a serem perseguidos pelo Estado e pela coletividade, quando da atuação do rurícola enquanto agente econômico, desempenhador de atividade agrária de produção.

Ora, a tônica ambientalista na legislação agrária apresenta-se como verdadeira diretriz, como verdadeira marca a ser objetivada por todos a quem pudesse interessar a qualidade de vida desta nossa e das próximas gerações, revelando-se, enfim, como riquíssimo instrumental de garantia e efetividade do direito ao ambiente, constitucionalmente plasmado.

Em que pese toda esta oportuna visão e tratamento legislativo dado pelo Direito Agrário positivado, é certo que, desde a promulgação da Carta Magna, em 1988, espionava-nos (por assim dizer) o art. 185 da Lei Maior que, embora geograficamente instado entre o art. 184 - que dispõe sobre a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária - e o art. 186 - que dispõe sobre a função social da propriedade - com eles já se mostrava inconciliável e era fulcro de cotidianas críticas, discussões e polêmicas.

Sabia-se, já, a razão política de sua inserção na Constituição, mas o momento guardava, ainda, a réstia da esperança, eis que o preceito não havia sido regulamentado e a inteligência dos opositores não mediu esforços no sentido da produção de projetos de lei que afastassem o efeito maligno do dispositivo, já passível de ser lido em entrelinhas, com o que, então, teria sido possível rechaçar a intenção verdadeira daí emergente: *a criação de mais um obstáculo, a aposição (em bojo constitucional!) de mais um entrave à viabilização da reforma agrária entre nós*.

Não se tratava apenas de uma descombinada e inoportuna controvérsia entre dispositivos constitucionais. Tratava-se do jogo indigno de deixar correr o discurso e simplesmente impedir a ação.

Se já desde Weimar (Constituição de 1919) o mundo ocidental houvera compreendido não ser mais possível fechar os olhos ao princípio da função social, fingindo não ouvir ou entender sua urgência, emergência e imprescindibilidade, é claro que o constituinte brasileiro de 1988 não poderia deixar de produzir normas como a do art. 5º, incisos XXII e XXIII, a do art. 184 e a do art. 186. Mas produziu, inacreditavelmente, a norma do art. 185...

Embora a tentativa pré-legislativa de tantos clamaram em oposição, a verdade é que o que veio a lume regulamentador foi a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Irmanada com o espírito e a intenção descortinados do artigo que regulamentava, a Lei cristalizou o absurdo da inexpropriação de *propriedade produtiva*, que, por merecer *tratamento especial*, remanesceu descompromissada com relação ao atendimento de sua função social...

Como conseguir entender tal situação? Como poder aceitar que certa propriedade imobiliária rural, se produtiva, estaria dispensada do atendimento àqueles outros incisos do art. 186 da Constituição - entre eles o assegurador da proteção ambiental - se o *caput* do dispositivo determina que devessem estar sendo observados (e cumpridos) *simultaneamente*?

Ora, sendo esta a oportunidade de estarmos em tal e tão importante Seminário Nacional, soberanamente denominado "O Direito no Terceiro Milênio", em absoluto poderia furtar-me à demonstração de meu pessoal inconformismo, oposição e crítica a respeito deste assunto, ao qual acabo de me referir, na vertente do Direito Agrário. Eis, então, o registro a respeito de como penso.

Contudo, o tema proposto para esta conferência tem uma conformação mais ampla, exatamente para nos admitir apreciar, em que pese a brevidade, a tutela jurídica disponibilizada na esfera da responsabilidade civil pelo dano ambiental.

Sabe-se que o Direito Ambiental tem natureza interdisciplinar e multidisciplinar, de tal sorte que as normas de caráter meramente preventivo, bem como as normas de caráter sancionador contra lesão, ameaça ou dano relacionado ao direito que todos têm de viver em um ambiente equilibrado, espalham-se por vários outros segmentos ou ramos da Ciência Jurídica.

Cada um, a seu turno, e diante do atual quadro de degradação do meio ambiente nacional, deve estar preocupado com seus próprios mecanismos de preservação e conservação do meio, de modo a que se possa guardar o que remanesce de nosso patrimônio ambiental, livrando-o de riscos e violações, garantindo os direitos fundamentais da pessoa humana, tanto esta que hoje está, como aquela que amanhã estará.

Por isso, e por exemplo, a norma constitucional determinou que a prática de condutas e atividades lesivas ao patrimônio ambienta - natural e cultural - sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Esta é a norma contida no parágrafo 3º do art. 225. Se comparada com o que dispõe o parágrafo 2º do mesmo artigo (obrigação do explorador dos recursos minerais de reparar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão competente) e com o art. 21, inciso XXIII, letra c (que determina competir a União a exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, adotando, como princípio, que, independentemente de culpa, emergirá a responsabilidade civil decorrente dos danos nucleares), poderíamos, apressadamente, imaginar que o legislador constitucional, em matéria de responsabilidade civil, teria construído diferentes estágios de responsabilização por dano ambiental. No entanto, os doutrinadores têm tido voz quase unânime no sentido de assim não entender, mas afirmando, ao contrário, que em todos os casos se trata de responsabilidade civil objetiva, embora e apesar do destaque endereçado às *atividades nucleares e aos recursos minerais*. Pessoalmente, concordo com este ponto de vista. Trata-se da *responsabilidade objetiva pura*, segundo a classificação proposta por Álvaro Villaça Azevedo ("Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura". (*in*: Revista dos Tribunais, vol. 698, dezembro/93, São Paulo: Ed. RT, 1993), pela qual alguém, indicado pela lei, indeniza o prejuízo causado, independentemente de sua própria culpa e *independentemente de culpa de quem quer que seja*. Que extraordinário avanço, na evolução da responsabilidade civil!

Senhores,

como se vê, e ainda que em vôo de pássaros não abrangente de todo o arcabouço legislativo disponibilizado à urgente tarefa da defesa do meio ambiente, as leis estão criadas.

Cabe-nos fazê-las cumprir, em respeito, especialmente aos nossos filhos, aos filhos de nossos filhos, e aos filhos destes... Em respeito, enfim, às gerações que estão por vir.

Encerro, assim, reproduzindo Fábio Feldmann, para lhes dizer que:

"... muitas nações surgem e desaparecem em conseqüência do tratamento que dão ao seu patrimônio de recursos naturais. A degradação do meio ambiente, pois, tem tudo a ver com a sorte dos povos, seu sucesso ou decadência".

Estejamos alertas!

Obrigada.

IV - NOTAS SOBRE OS PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL

Fernando Facury Scaff

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. De certa forma é um exercício de futurologia dissertar sobre o Direito no Terceiro Milênio, a despeito dele estar tão próximo.

O que se pode noticiar são tendências verificáveis na sociedade e que sinalizam possíveis caminhos sobre os quais os operadores do Direito deverão se debruçar.

O objeto da presente comunicação diz respeito ao entrechoque já prenunciado nos últimos anos, mas que, sem dúvida, será intensificado no próximo milênio, entre Desenvolvimento Econômico e Preservação do Meio Ambiente, e o papel que a Responsabilidade Civil desempenhará neste contexto.

É sobre tal enfoque que passo a expor.

2 - OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO CONCREÇÃO POLÍTICA

2. Uma das formas de expressão do Direito é através de Normas jurídicas, aqui consideradas como gênero que compreende duas espécies: os Princípios e as Regras Jurídicas.

* Doutor em Direito. Coordenador do Programa de Pós-Graduação da UFPA. Membro da Comissão do Exame Nacional de Curso, área de Direito.

Os Princípios se constituem na concreção jurídica das aspirações políticas de uma dada sociedade. São os pilares do ordenamento jurídico de uma Nação e se constituem nos vetores ideológicos que informam os rumos de interpretação de todas as Normas Jurídicas.

As Regras são Normas jurídicas que concretizam as linhas mestras traçadas pelos Princípios, implementando-os em nível normativo.

Logo, a dimensão de valor dos Princípios envolve uma análise de seu peso, de sua importância, de seu destaque para implementação de um determinado desiderato social.

As Regras, por sua vez, possuem uma dimensão formal de sua aplicabilidade, de sua vigência.

3. O conflito entre Princípios não acarreta a exclusão de um deles do ordenamento jurídico. Por outras palavras: não se há de falar em antinomia própria entre Princípios. Esta se resolve no privilegiamento de um face a outro. E tal destaque se dá em razão da opção ideológica de seu intérprete naquele dado momento.

Já o conflito entre Regras possui uma distinta forma de solução. Rege-se, no Brasil, pelo disposto na Lei de Introdução ao Código Civil, que determina algumas formas de solução de antinomias: Regra posterior revoga anterior naquilo que conflite; Regra Geral não revoga Regra Especial sobre o mesmo tema.

Portanto, a dimensão ideológica do operador do Direito é que determinará a opção por um dos Princípios aparentemente colocados em confronto. Uma vez escolhidos certos Princípios para dirimir aquela situação fática verificável, utiliza-se um conjunto de Regras que lhe são atinentes, para implementá-lo.

Portanto, é a opção político-ideológica do operador do Direito que fará surgir, em concreto, o Princípio jurídico eleito como necessário e suficiente para solução daquele conflito social.

Ao necessariamente optar por uma das partes em conflito, fruto da ideologia que lhe informa, não se deve inferir que o julgador será parcial. Sua posição deverá ser de *eqüidistância* entre as partes, mas não de *neutralidade*, por ser esta absolutamente impossível.

4. Tal dimensão principiológica se reveste de especial ênfase no que tange aos direitos fundamentais.

Historicamente os direitos fundamentais surgiram como uma defesa do cidadão contra o Estado. Tal concepção estava inserida dentro da análise da luta contra o Absolutismo, combativa da total centralização do Poder.

Desta época é o surgimento da idéia de *liberdade* e de *igualdade*, pois, uma vez conquistadas tais garantias *individuais*, a *ordem natural* se encarregaria de fazer com que o bem-estar e a prosperidade adviessem. Acreditava-se que a ordem natural do mercado possibilitaria fazer surgir o desenvolvimento.

Verificou-se que tal pretensão era uma falácia.

A ordem natural apenas privilegiou os que possuíam poder econômico, fazendo maior o fosso existente com aqueles que apenas portavam sua força de trabalho como elemento de troca no mercado. As soluções individuais não foram suficientes para resolver as questões sociais.

5. Constatada a insuficiência de implementação desta fórmula de direitos e garantias fundamentais, foi necessário ampliar o espaço de compreensão destes Princípios.

Passou-se a cogitar da aplicação de direitos coletivos como direito fundamentais. Não se trata apenas de direitos da pessoa contra o Estado, mas da sociedade *erga omnes*, exercitáveis contra todos que os violarem.

Esta compreensão dos direitos fundamentais como garantia da sociedade, e não somente do indivíduo, que marcou o surgimento do Direito Econômico, ramo do Direito onde se vislumbra inserido o Direito Ambiental, hoje destacado como disciplina autônoma. É a preocupação com o coletivo, com o bem-estar da população, dos habitantes de uma determinada sociedade, com o desenvolvimento social e econômico da coletividade, que é geratriz desta nova leva de direitos fundamentais.

6. Porém, a evolução dos estudos jurídicos constatou ser insuficiente a preocupação com o coletivo, sendo também necessário que o Direito se ocupasse dos interesses difusos da sociedade, que são aqueles que atingem um grupo indeterminado, e indeterminável, de pessoas. São tais as lesões causadas por poluição atmosférica, congestionamentos de tráfego, etc. Não se pode determinar a quantidade de pessoas alcançadas pelo dano.

A solução individual e a coletiva não conseguiram dar solução a este tipo de questão, sendo necessário desenvolver mecanismos adequados para operacionalizar sua prevenção e seu ressarcimento.

7. Some-se a questão dos *interesses difusos* o conceito de *futuras gerações*. E aí surge uma nova compreensão dos direitos fundamentais.

Passam a ser considerados *também* os direitos dos que ainda não nasceram. A dimensão da pessoa humana é projetada no futuro, não mais apenas como a dimensão civilista do *nascituro*, mas de toda uma futura (e ainda nem mesmo *encomendada* ou *gestada*) geração de pessoas humanas.

É dentro deste preceito que se encontra o Direito ao Desenvolvimento Econômico, que é "um direito humano inalienável e que a igualdade de oportunidade para o desenvolvimento é uma prerrogativa tanto das nações quanto dos indivíduos que compõem as nações" (Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, ONU, 1986, preâmbulo).

E também desta leva do direitos fundamentais o Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, "que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras" (Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, ONU, 1972, Princípio 1).

O interesse protegido não é o da atual geração, mas sua preservação para as futuras gerações. Não é mais um interesse *do indivíduo contra o Estado*, ou inerente apenas a certa *coletividade*, mas um interesse *difuso* e que abrange não apenas as atuais, mas as *futuras gerações*. Internamente, o art. 225 da Constituição Federal espelha tal situação, ao proclamar que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

Logo, eventuais danos a tais Direitos, que se encerram em Princípios, devem ser mais fortemente reprimidos, pois, entre outros fatores, somos todos responsáveis por tal legado.

Portanto, sob uma ótica intrafronteiras de nosso país, a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, o Pantanal Mato-Grossense, a Serra do Mar e a Zona Costeira são patrimônio nacional, não apenas nosso, atuais habitantes desta *terra brasilis*, mas

de todos os que aqui vierem habitar futuramente - sejam ou não nascidos no Brasil (art. 225, §4º, da CF/88).

É esta nova dimensão dos direitos fundamentais que deve estar presente em nossa mente ao interpretar vários dos Princípios Jurídicos dispostos em nosso ordenamento.

3 - A NECESSÁRIA DIMENSÃO SUPRANACIONAL DE CERTOS PRINCÍPIOS

8. O conceito de Desenvolvimento Econômico também está sendo fortemente alterado, não apenas pela nova concepção dos Direitos Fundamentais, mas também pelo fenômeno denominado globalização, que entendo como a internacionalização do capital, que se expande sem fronteiras e em dimensão tecnológica até pouco tempo inimaginável.

É bem verdade que o conceito de *futuras gerações* também deve ser interpretado de comum acordo com a idéia de globalização, pois, ao falar da preservação do meio ambiente para as futuras gerações, não se deve interpretar tal manifestação vinculada tão-somente às futuras gerações de habitantes de uma determinada parte do globo, mas de *todos* os habitantes do globo. Desta forma, a idéia de futuras gerações passa pela idéia de globalização, abrangendo toda a espécie humana, atualmente existente e a ser futuramente gerada. O esgotamento - efetivo ou virtual - dos recursos naturais pode acarretar lesões de monta a toda a espécie humana.

É antiga a expressão que enquadrava o mundo como uma *aldeia global*. Contudo, apenas hoje, com o progresso dos meios de comunicação é que se passa a ter uma pálida idéia do que representa esta afirmação. Qualquer alteração das condições econômicas em uma parte do globo terrestre acarreta influências imediatas em outros países.

O processo de globalização - que, como *processo*, já vinha ocorrendo há muito tempo -, foi mais fortemente intensificado em razão da *falta de um contraponto ideológico* que permeie a exposição hegemônica do capitalismo triunfalista.

O *contraponto ausente* é o socialismo, cuja idéia dominante é a de sua extinção a partir da queda do Muro de Berlim, quando, na verdade, o que ruiu foi o estatismo burocrático de Estado, e não o ideal de uma sociedade mais justa.

Todavia, a posição hegemônica do Capital afastou da pauta de discussões a palavra *socialismo*, colocando-a como algo ultrapassado, fora de moda. O resgate e a atualização deste conceito para os tempos atuais é uma obra que se impõe aos estudiosos do Direito, como um ideal a ser alcançado, de forma a tornar mais justas as relações entre os seres humanos.

Entendo mesmo que a própria idéia de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) está sendo dilapidada em razão deste mesmo fator, pois sendo imperativo o mercado, fruto do neoliberalismo globalizante, qual o motivo de oferecer uma forma mitigada de benefícios sociais à maioria da população?

Por falta deste contraponto ideológico, a globalização é atualmente encarnada de forma totalitária, pois não admite outras formas de pensar se lhe contraponha. No terceiro milênio deve-se discutir a reinclusão do conceito de *justiça social* na pauta de preocupações jurídicas imediatas.

9. Também o meio ambiente é fortemente influenciado pela globalização. A transferência de recursos naturais dos países pobres (ou em franco desenvolvimento) para os países ricos é imensa.

Mais ainda: a questão da transferência das atividades poluentes para os países pobres, incluindo-as na pauta de exportação para os países ricos - o que inclui contratos de financiamento de atividades industriais poluentes - é caso concreto existente atualmente na Amazônia Brasileira. Citemos apenas um caso. O governo japonês financiou o governo brasileiro a montar no Estado do Pará o maior complexo siderúrgico de alumínio do país. Desta forma, do município de Oriximiná (no Pará) é retirado o mineral bauxita, que, levado pelo rio Amazonas até o município de Barcarena, também no Estado do Pará, é transformado em alumina através de processo químico, para, em seguida, por processo metalúrgico, ser transformada em alumínio. A produção é integralmente destinada ao Japão, que financiou a implantação das indústrias necessárias ao empreendimento, em parceria com o governo brasileiro, e adquire toda a produção. Toda esta atividade é internacionalmente reconhecida como altamente poluente. A despeito de ter sido alocado nas indústrias o que há de mais moderno para reduzir os riscos de problemas ambientais, o governo japonês não pretendeu desenvolver tal atividade em seu território.

E observe que para implantar este pólo aluminífero foi necessário criar a maior hidrelétrica inteiramente nacional, de Tucuruí, com grande impacto ambiental até hoje não totalmente mensurado, e financiado maciçamente por capital japonês.

Ou seja, os riscos ambientais são brasileiros, os juros revertem para o Japão, bem como a mercadoria produzida que, fruto de contratos de longo prazo, é transferida sem maior valorização. É verdade que tal empreendimento gerou empregos e infra-estrutura na região. Porém, o que se discute, é o modelo de desenvolvimento desejável para a região. O acima descrito, que foi implantado durante o período autoritário, seria adotado hoje, ouvidos os habitantes e representantes políticos da região?

Assim, a internacionalização do capital gera maior pressão sobre os recursos naturais dos países pobres, com vantagens de segurança ambiental para os países mais ricos.

Neste âmbito, a preocupação com os recursos naturais *não*-renováveis, como os minerais, deve ser muito maior do que com os recursos renováveis. "Os recursos não renováveis da terra devem ser utilizados de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe os benefícios de seu uso" (Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, ONU, 1972, 5º Princípio).

No Estado do Amapá, após vários e vários anos de extração do minério de manganês, apenas resta um buraco a ser "explorado" pela sociedade local.

10. A manutenção deste estado de coisas transforma a concepção de Desenvolvimento Econômico das futuras gerações, principalmente porque nos encontramos em um país pobre, economicamente irrelevante no âmbito do comércio internacional atual. Nossa indústria é incipiente e a mão-de-obra pouco treinada. Em distribuição de renda apenas perdemos o título de campeões da injustiça para a Jamaica.

Necessitamos alavancar nosso desenvolvimento visando nos retirar desta situação de penúria. Desenvolvimento Econômico não é tão somente Progresso. Engloba saúde, educação, auto-sustentabilidade do uso dos recursos naturais, e tudo isto para todos, e não apenas para os que habitam o alto da pirâmide econômica. Democracia econômica é um dos planos necessários e imprescindíveis da democracia política.

11. Verifica-se desta forma que a compreensão principiológica, para certos direitos, deve abranger além das fronteiras nacionais.

O conceito de *futuras gerações* acrescido do Direito ao Desenvolvimento e à Preservação do Meio Ambiente, não permite qualquer compreensão intra-estatal. Sua afirmação apenas acresce sua necessária e inafastável compreensão internacional, globalizada, mundializada.

Com a quebra das fronteiras nacionais efetuada pelos avanços tecnológicos e aproveitada habilmente pelo capital internacional, uma das formas de defesa das sociedades menos desenvolvidas é se unir e buscar a eficácia plena das normas de Direito Internacional já vigentes. Somente desta forma é que será possível reduzir o nível de desigualdades econômicas que serão incrementadas em razão da globalização. O alargamento do fosso econômico entre as Nações deve aumentar em razão da maior rapidez com que o capital internacional alavanca negócios e oportunidades - busca lucro, descomprometido com os direitos humanos, onde incluo os pertinentes às questões sociais e ambientais. Somente a imediata eficácia das normas de direito internacional é que poderá fazer com que haja maior justiça social na repartição internacional dos efeitos negativos das externalidades que tal circulação econômica gera. O alargamento das conquistas sociais dos países mais pobres é também uma luta a ser travada.

Portanto, existem normas supra nacionais referentes à proteção ambiental que possuem validade, mas de eficácia reduzida. Reconhecer-lhes eficácia, e alargar o âmbito das conquistas, é o rumo a trilhar. O que passa, também, pelo reconhecimento de órgãos internacionais de solução de conflitos.

12. A pobreza dos países periféricos é um sério risco ao equilíbrio do meio ambiente. Somente através de uma relação de trocas econômicas mais justa, mais equânime, interna e internacionalmente, é que a sociedade poderá estar (ou ser) pacificada.

Logo, a manutenção dos atuais bolsões internos e internacionais de pobreza se caracteriza em uma séria ameaça ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

"Para os países em desenvolvimento, a estabilidade dos preços e a obtenção de receitas adequadas dos produtos primários e as matérias primas são elementos essenciais para a ordenação do meio ambiente, já que devem ter em conta tanto fatores econômicos como processos ecológicos" (Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, ONU, 1972, 10º Princípio).

"As deficiências do meio ambiente originadas pelas condições de subdesenvolvimento e os desastres naturais acarretam graves problemas, e a melhor maneira de saná-los é o desenvolvimento acelerado mediante a transferências de quantidades consideráveis de assistência financeira e tecnológica que complemente os esforços internos dos países em desenvolvimento e a ajuda oportuna que possam requerer" (Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, ONU, 1972, 9º Princípio).

Na Constituição de 1988 o Direito ao Desenvolvimento é consagrado no art. 3º, II, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Porém, sabiamente, a defesa do meio ambiente é erigida a categoria de Princípio da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de conceder a todos existência digna, de conformidade com o primado da justiça social, conforme declara o art. 170, VI.

Tais considerações apenas reforçam a tese de que os Princípios do Desenvolvimento Econômico e da Preservação ao Meio Ambiente devem ser entendidos de forma conjugada, não apenas respeitando as atuais, mas também as futuras gerações, como obrigação de todos, não apenas do Estado, consoante prescreve o *caput* do art. 225.

Aliás, é seguro que "a paz, o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis", sendo que "a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste" (25º e 4º Princípios, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ONU, 1992).

Enfim, "todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, devem cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atender as necessidades da maioria da população do mundo" (5º Princípio, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ONU, 1992). Tais proclamações são singelas, mas de uma profundidade soberana.

4 - RESPONSABILIDADE JURÍDICA POR DANO AMBIENTAL

13. Responsabilizar significa atribuir a alguém a autoria de certo ato. Caso este ato acarrete lesões, seu autor deverá ressarcir o dano ocorrido, seja através da obrigação de fazer retornar a situação para a posição pretérita, seja através do pagamento de valores que indenizem o prejuízo ocasionado. A regra é a cessação do evento danoso. Porém, na impossibilidade fática deste ato não poder ser desfeito, e a lesão for mantida de forma continuada, a indenização deverá ser amplamente majorada.

Na esfera ambiental os danos ocasionados quase nunca permitem o retorno a situação anteriormente existente. E não respeitam as fronteiras nacionais. *Os danos ambientais apenas acontecem intrafronteiras em razão de uma situação fática posta e não de uma limitação jurídica imposta.* A ficção jurídica das fronteiras nacionais não limita os danos ambientais. E um dano ambiental ocasionado hoje tem grandes chances de repercutir nas futuras gerações.

Portanto, são características deste tipo de danos a extrapolação (a) das limitações geográficas juridicamente impostas e (b) temporais de uma única e a atual geração.

Tais características reforçam a importância do direito internacional na análise da questão.

14. A Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (ONU, 1972) em seu 22º Princípio, estabeleceu tão somente um início de tratativas visando maiores estudos sobre o tema da responsabilização do dano ambiental. Mencionava apenas que "os Estados devem cooperar para continuar desenvolvendo o direito internacional no que se refere à responsabilidade e a indenização às vítimas de contaminação e outros danos ambientais que as atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob seu controle causem a zonas fora de sua jurisdição."

Passados 20 anos, durante a ECO-92, foi substancialmente alterada a posição dos países membros. Da singela *recomendação para a continuação de estudos jurídicos*, prosperou para a *afirmação da responsabilidade* dos Estados. O 2º Princípio, após afirmar o direito soberano dos Estados de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas de meio ambiente e desenvolvimento, declara que, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os Princípios de Direito Internacional, os Estados têm "a responsabilidade de assegurar que as atividades sob sua jurisdição ou controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou áreas além dos limites da jurisdição nacional" (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ONU, 1992).

O Princípio do Poluidor-Pagador foi inserido nesta Carta no 16º Princípio, ao mencionar que "tendo em vista que o poluidor deve, em regra, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais."

E, ao lado de afirmarem que "os Estados devem desenvolver legislação nacional relativa a responsabilidade e indenização das vítimas de poluição e outros danos ambientais", retomaram a recomendação de prosseguir nos estudos visando o desenvolvimento de normas de direito ambiental internacional (Declaração..., 13º Princípio).

Os países reunidos na ECO-92 foram mais além. Incursionaram sobre participação popular e soberania, ao asseverar que a melhor maneira de tratar de questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados, e que, "deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito a reparação e compensação de danos" (Declaração..., 10º Princípio).

Verifica-se que, após 20 anos de normalização ambiental internacional, houveram amplos progressos e ampliação de direitos, inclusive no âmbito da responsabilidade jurídica.

15. É, contudo, preocupante a internação destes Princípios nos diversos Estados. O nível de concreção destas normas internacionais é muito pequeno em vários países, especialmente nos de menor desenvolvimento econômico, o que constitui, de certa forma, uma contradição.

Vejamos como o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem interpretando os Princípios internacionais e admitindo sua internação no ordenamento jurídico pátrio. Usemos, como paralelo, o caso da Convenção de Direitos Humanos de San José da Costa Rica.

Esta Convenção Internacional sobre Direitos Humanos declarou que não haverá prisão civil por dívidas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 menciona em seu 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à liberdade, sob diversos termos, dentre eles de que "não haverá prisão civil por dívida", mantida a exceção do depositário infiel (inciso LXVII).

A Convenção de San José foi ratificada pelo Brasil sem ressalvas neste ponto. Surgiu então a dúvida: estaria ou não revogada a prisão civil por dívidas feitas pelo depositário infiel?

A pomo da discussão foi a interpretação do §2º do art. 5º da Carta de 1988, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos Princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." Ao lado deste parágrafo há o entendimento assente pelo Supremo Tribunal Federal que os Tratados e Convenções Internacionais, quando ratificados, ingressam no ordenamento jurídico como lei interna do país.

Assim, entendido o preceito do Tratado de San José de que "não haverá prisão civil por dívida" como lei interna, remanesceria íntegra a norma constitucional que também admitia a prisão civil em caso de dívidas feitas pelo depositário infiel.

Por outro lado, caso houvesse o entendimento de que esta norma da Convenção de San José veiculava um Princípio consagrador da liberdade - não haverá prisão civil

por dívida - estaria revogada a regra constitucional que previa a exceção da prisão em caso de depósito infiel.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, com voto do Ministro Moreira Alves como líder da divergência, entendeu válida a primeira hipótese, de que a Convenção, mesmo veiculando um Princípio, ingressava no ordenamento jurídico nacional como norma interna, sendo incabível ficar no mesmo *status* constitucional. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal não procedeu à distinção entre o gênero (Norma) e suas espécies (Princípio e Regra), tornando letra morta a parte final do §2º do art. 5º da CF/88, pois, quando é que um Princípio, constante de um tratado internacional em que o Brasil seja parte, poderá ser considerado norma constitucional, pois se nem mesmo a *liberdade* o foi?

Este entendimento do Supremo Tribunal Federal, além de inviabilizar a parte final do §2º do art. 5º da CF/88, em nada contribui para a eficácia, internacionalização e internação dos direitos fundamentais, dentre os quais incluo os Princípios de direito ambiental internacional, como direito de todos os povos e das futuras gerações.

16. Internamente, a Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 225, §3º, três âmbitos de responsabilidade - patrimonial (civil), penal e administrativa -, ao prescrever que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas independentemente da obrigação de reparar os danos causados". Outro preceito da Carta de 1988, constante do art. 21, XXIII, "c", estabelece que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

Daí se constata que: (a) foi assegurada a teoria objetiva da responsabilidade pública, sendo necessário tão somente perquirir do liame causal e não da intenção do causador da lesão para gerar a obrigação de indenizar; (b) a responsabilização pode ocorrer mesmo que o ato seja lícito, devidamente autorizado pelo Estado. A distinção é que, nas atividades autorizadas pelo Estado que tenham gerado danos, haverá responsabilidade solidária, do Estado e do causador do dano, e nunca uma excludente, sob o argumento de que a atividade era lícita e estava autorizada; (c) sempre que possível, deverá haver a restituição da situação lesada à posição pretérita, além da indenização pelo evento danoso; (d) deverá haver solidariedade entre os responsáveis, mesmo que sucessivos, visando alcançar os responsáveis pelos danos ambientais ocasionados paulatinamente; (e) face a teoria da responsabilidade ser objetiva, não se há de falar em limitação à responsabilização. A indenização patrimonial não deverá ter qualquer nível de limitação financeira.

5 - BREVES CONCLUSÕES

17. Expostas estas breves considerações, entendo que o Direito no 3º Milênio terá um perfil marcado por preocupações ambientalistas, pois o homem deixou de se sentir único ser vivente sobre a terra e passou a considerá-la como o local em que está inserido e em que deve habitar, o que implica na consciência de sua trajetória e seu compromisso com as futuras gerações. Tal fato gera maior compromisso com a qualidade de vida que temos e que legaremos aos nossos filhos e aos filhos destes.

Daí porque será muito mais combatido o dano ambiental, e reprimidas as possibilidades de sua ocorrência através de estudos de impacto ambiental.

O Direito terá muito mais uma aspiração globalizante, na esteira do que a economia já faz com o auxílio da tecnologia. A eficácia, a internacionalização e a internação dos direitos fundamentais globalmente aceitos serão incrementadas. Portanto, haverá maior dinamismo no direito internacional, em todas suas vertentes.

A preocupação com *justiça social* deverá voltar a ser *pano de fundo* no *teatro* de operações mundializado. O processo de globalização econômica e tecnológica acarretará a necessária globalização do Direito, levando o nível decisório de várias questões para fóruns internacionais, deliberativos (com jurisdição efetiva) e consultivos (como forma de pressão).

Portanto, meio ambiente e desenvolvimento econômico encerram o conceito de *desenvolvimento sustentável*, pedra de toque no 3º milênio. Serão estes os conceitos de proa visando diminuir - e quiçá erradicar - os bolsões de pobreza, fazendo com que o homem, todos os homens, possam ter o direito de brilhar, e não apenas o direito de morrer de fome.

6 - BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA DE DIREITO AMBIENTAL

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de Direito Ambiental*. 2ª ed. RJ, Renovar, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelos dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1993.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. SP, Max Limonad, 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. SP, Max Limonad, 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 5ª ed., SP, Malheiros, 1995.

MARCONDES, Ricardo Kochinski e BITTENCOURT, Darlan Rodrigues. *Lineamentos da Responsabilidade Civil Ambiental*. SP, Ed. Revista dos Tribunais, Revista de Direito Ambiental, nº3, jul-set/96, págs108/149.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. SP, Malheiros, 1994.

TOURINHO NETO. Fernando da Costa. *O Dano Ambiental*. SP, Ed. Revista dos Tribunais, Revista de Direito Ambiental, nº3, jul-set/96, págs. 65/71.

VALENTE. Luiz Ismaelino. *Defesa do Meio Ambiente e Justiça Ambiental no Pará*. SP, Ed. Revista dos Tribunais, Revista de Direito Ambiental, nº3, jul-set/96, págs. 200/216.

V - BIOÉTICA E BIODIREITO

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira *

1 - BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA ÉTICA

Questão ímpar na história da civilização humana, a própria existência do homem e o conhecimento acerca de toda forma de vida tem sido buscada, incessantemente, pelo próprio homem, ao longo dos tempos.

Desde os primeiros filósofos são perscrutadas as leis naturais e as leis humanas. Sempre se indagou acerca do conhecimento do cosmos, em sua dimensão infinita, bem como o conhecimento do homem em si mesmo, e em suas relações para com seus pares, em nome de uma **civilização**.

As relações humanas são, destacadamente, objeto de alentados ensaios científicos, em diversas áreas do saber, de par com o avanço do conhecimento científico, objetivando sempre o bem-estar da sociedade.

Quando nos voltamos para as primeiras tentativas de ordenação do pensamento em função da explicação do mundo e do lugar que o homem nele ocupa, notamos imediatamente a mescla de objetivos de compreensão do cosmos, como ordem física, com a preocupação em atingir os princípios de caráter ético que fundamentam e governam a organização do universo.[202]

Assim, o conhecimento da perfeição natural do universo era inseparável da consideração da perfeição moral de que ele se revestia, a ponto de o homem ter, diante de si, na organização cosmológica, um modelo pelo qual guiar-se na tentativa de atingir a perfeição pessoal, no sentido ético.[203]

Aristóteles em sua obra Ética a Nicômaco destacava a indissociabilidade da harmonia entre o homem e os cosmos como premissa ética. Defendia a busca do justo e apresentou o conceito de justiça, no sentido mais amplo possível, que envolve a idéia de justiça, como atualmente concebida, contudo, jungida a idéia de moral, também expressada em sentido lato, indicando muito mais a concepção ética.

* Doutora em Direito. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

[202] Leopoldo e Silva, Breve Panorama Histórico da Ética. Bioética - Revista do conselho de Medicina v.1 - nº 01 - Brasília- DF. 1993- fls.7.

[203] Ibidem Idem, fls. 7.

Sócrates, a partir da liberdade, apregoava como critério de ação a sabedoria fundando sua proposta ética na formula *vive conforme tuas idéias, vive conforme tua razão.*

A busca da harmonia através da cientificidade foi preterida por Aristóteles pela busca da **prudência** como modalidade de saber mais adequada à investigação da complexa ordem normativa representada pela ética.

Com Descartes questiona-se a autonomia do sujeito, entendida como autonomia da razão e a conseqüente subordinação do conhecimento e da moral à doutrina cristã. Enfatiza a finalidade do conhecimento que está no alcance da sabedoria como fez, anteriormente, Sócrates. [204]

Kant, na Razão Pura, delineia o conceito de critério ético como sendo aquele que pudesse ser concebido como totalmente universal.

> *O caráter absolutamente universal do imperativo ético o esvazia de todo e qualquer conteúdo determinado, fazendo com que a razão prática , ao enuncia-lo, não se comprometa com qualquer motivação que não seja pura e simplesmente forma de lei moral. O que caracteriza, pois, essa concepção ética é a incondiconalidade do ato moral.* [205]

Kant descreve a lei moral como imperativo categórico, tem validade para todos, por isso é um imperativo, que deve ser seguido por todos.

Por fundamentos tais, a ética como concebida por Kant é, freqüentemente, denominada de ética do dever ou ética da atitude (no sentido de cumprir um dever, de tomar a atitude correta em dada situação).

Kant em uma de suas mais dignas, belas e filosóficas citações afirmou: "Duas coisas me enchem a alma de crescente admiração e respeito, quanto mais intensa e freqüentemente o pensamento delas se ocupa: o céu estrelado sobre mim **e a lei moral** dentro de mim".*

A idéia de ética foi reduzida por Spinoza ao entendimento de que deve restar ao homem a busca da perfeição, mas para alcança-la o homem deve ser livre, para tanto elevando-se ao conhecimento da verdade.

Ama a teu próximo como a ti mesmo. Assim Jesus expressou para a humanidade o ideal de conduta ética calcado no amor, representando o marco inaugural da moral evangélica.

Até mesmo Tolstói repetiu o princípio cristão sublimando a **lei suprema do amor.**

Observa-se certa confusão referentemente à ética e à moral. Em verdade a ética é muito mais ampla que a moral. Na ética estão contidos outros grandes campos normativos, que a integram. São eles: a moral, o direito e a religião. Os costumes sociais, pensamos, também estão contidos no campo ético.

A ética, principia ser estudada pelos gregos, daí sua origem "Ethiké" e ganha contorno nítido na expressão de Adolfo Sanches Vásquez quando delimita a esfera da ética caracterizada por sua generalidade, enquanto que a moral define-se por suas especificidades à luz das situações concretas.

[204] Leopoldo Silva, ibidem idem - fls. 8.

[205] Ibidem Idem, fls. 9.

* Inscrição feita na lápide do túmulo de Kant em Kõnigsberg - 1804.

Vásquez em sua obra **Ética**, destaca a importância da ética como teoria voltada para a investigação ou explicação de um tipo de experiência humana ou forma de comportamento humano, para chegar a conclusão de que a moral é explicada pela ética. Assim, no entender do autor referido, a ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade, sendo possível, então adotar-se uma ética científica permeada por uma moral compatível com os conhecimentos científicos.

A questão que se põe é como manter aquela incondicionalidade do ato moral. Seria possível? Considerando todos as inter-relações da ética com os vários segmentos do saber parece mais consentâneo, admiti-la como conceito plural acolhendo os discursos da ética com as demais ciências, a partir de critérios como propostos por Benthan e Stuart Mill (século XIX) que defendiam a **utilidade do ato**, como medida da moralidade. Haveria de se contemplar ainda, nessa esteira de pensamento, a **necessidade do ato**, não talvez como "medida", mas antes como fundamento de moralidade, considerando o elevado grau de subjetividade verificável, tanto na ética como na moral, pelo ângulo individual e não social.

Leopoldo e Silva bem observa que *a ausência de objetividade factual nos impede de esperar que a ética seja a ciência de justa escolha. Ela seria mais um discernimento do tipo daquele que, como vimos mais atrás, Aristóteles havia chamado de prudência.* [206]

Hubert Lepargneur propõe uma retomada da prudência como enunciada por São Tomás de Aquino e Aristóteles enquanto sabedoria prática e virtude intelectual: "ela condiciona esta vida moral do ser humano ao apontar a livre avaliação do ato que acarreta a responsabilidade de seu agente. A prudência designa uma atividade articulada: relaciona uma deliberação, à luz dos valores permanentes, com a condição singular do agir histórico."[207]

2 - CONCEITOS DE BIOÉTICA E BIODIREITO

Contrariamente ao clássico e inesgotável conceito de ética, o enunciado conceitual da bioética sequer pode ser encontrado em dicionários ou enciclopédias, senão quando, especializados.

Foi o biólogo americano Van Rensselaer Petter que, pela vez primeira, empregou o neologismo bioética, em 1971, para destacar a importância das ciências biológicas como garantidoras da qualidade de vida e sobrevivência do planeta.

Para o professor Diego Garcia[208] a *Bioética constitui o novo semblante da ética científica*[209].

[206] Ibidem Idem, fls. 11.

[207] Lepargneur, Hubert - Força e Fraqueza dos Princípios da Bioética. Bioética - v.4 nº 2 - Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1996 fls. 138.

[208] Diego Garcia foi diretor do primeiro programa de mestrado em Bioética da Europa, na Universidade Complutense de Madri.

[209] Garcia, Diego - "apud" Lepargneur, op. cit. p.15.

Em um conceito mais apurado a bioética é entendida como *o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais.*[210]

Depreende-se do conceito acima que:

- a bioética não é ciência autônoma;

- é sim, disciplina à serviço das biociências;

- permite o estudo multidisciplinar da conduta humana na área das ciências da vida (devendo entender-se como ciências da vida todas aqueles que tem por objeto a vida em suas diversas formas e todas as condutas a ela inerentes).

- a bioética, até o presente momento, destacou-se nas áreas da saúde e biologias;

- os valores e princípios morais são elementos indispensáveis à bioética;

Na abalizada lição de Hubert Lepargneur, *a bioética é a resposta da ética aos novos casos e situações originadas da ciência no campo da saúde. Poder-se-ia definir a bioética como a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas à vida, saúde e morte do ser humano.*[211]

2.1 - REPENSANDO O CONCEITO DE BIOÉTICA

O conceito hubertiano estaria correto, não fosse a abrangência da dimensão ética contida no discurso bioético, que projetou, para muito além, a concepção inicial, demarcada orbitalmente, apenas no campo da medicina, tangentemente, ao binômio vida e morte do ser humano e os estados de saúde ou quiçá, não saúde, experimentados no plano da existência.

Já se disse, no início deste ensaio, que o termo bioética foi cunhado por um biólogo, para designar a qualidade de vida e sobrevivência do planeta.

A partir desta concepção inaugural, perspassando pela medicina, a bioética, gradativamente, principia por ser recepcionada pela antropologia, sociologia, filosofia, engenharia genética, direito, dentre outras áreas. **As designadas biotecnologias aceleram a explosão da bioética, neste linear de um novo milênio.**

Nesta etapa, cabe indagar quais as possíveis causas deste avanço progressivo e incontido da bioética, que não mais se encerra na conceituação de tradição recente.

Duas constatações são verificáveis, pela simples observação, não científica. A primeira decorre dos próprios valores referidos pela bioética como concebidos, originariamente, vale dizer a qualidade de vida e sobrevivência do planeta, a vida, saúde (ou não saúde) e morte do ser humano, tomados, inclusive, em suas dimensões éticas.

Já a segunda surge pressionada fortemente por conta das biotecnologias, biomédicas e seus avanços céleres e incomensuráveis. Nesta sucessão de **"descobertas"** estão

[210] Lepargneur, Hubert, op. cit. p.16.

[211] Lepargneur, Hubert, op. cit. p.16.

as novas formas de procriação que num **"salto olímpico"** arremete, os até **então novíssimos métodos de fecundação**, diretamente, para a **"clonagem de seres"**, passa **da seleção de sexo à adaptação de sexo, a engenharia genética decola do DNA para planos não finitos**.

Os **transplantes de órgãos** estão prestes a ser guindados **em favor da clonagem de órgãos para transplantes,** à eutanásia, concebida como o direito de morrer dignamente, contrapõe-se o congelamento de seres humanos, enfermos, sem cura, condicionando e descongelamento à descoberta da cura para a enfermidade de que era portador o **"congelado"**.

Evidentemente, situações como acima narradas acirram as discussões para além do campo das ciências e da ética alcançado, diretamente a religião, onde também não existe consenso para temas que tais, altamente polêmicos.

Pela perspectiva pluridisciplinar, a que foi alçada a bioética resta como uníssono, um único ângulo, em nosso livre pensar. Falamos aqui do próprio conceito de bioética, que não mais consegue conter a dimensão plural, inegavelmente, ocupada pela disciplina sob estudo.

Um exercício de reflexão aberta, objetivando assentar a bioética em base conceitual de maior calibre e atualidade, conduz a repensar o próprio conceito tecido até então.

Assim é, que concebemos a *bioética como a ética das biociências e biotecnologias que visa preservar a dignidade, os princípios e valores morais das condutas humanas, meios e fins defensivos e protetivos da vida, em suas várias formas, notadamente, a vida humana e a do planeta*.

2.2- POR UM CONCEITO DE BIODIREITO

Desponta como novíssimo microssistema do direito o já consagrado biodireito, pouco conhecido e muito perquirido.

Nesta etapa cabe perquirir se os avanços das biotecnologias aliados à modernidade das biomédicas fomentam avanços ou antes significam uma crise, notadamente, para o direito?

Professor Eduardo Oliveira Leite aborda a questão **do vazio jurídico**, sem contudo ver nisso uma crise. Admite a necessidade de leis sobre estas matérias e pondera que *a lei é sempre invocada, porque as leis servem como "meios" face às finalidades que são os valores. O direito procura organizar a conduta de cada um no respeito e promoção dos valores que servem de base á civilização. Logo, é possível afirmar que o direito representa um duplo papel importante: organizar as liberdades e educar a certos valores. E na medida em que a lei é educadora ela tende a se aproximar da moral*. [212]

Com efeito, realmente, torna-se inarredável a intervenção do direito no campo das biotecnologias e biomédicas, considerando a gama de valores a merecer tutela jurídica capaz de equilibrar de um lado as portentosas "descobertas" científicas, e de outro o emprego de tais descobertas pela biomedicina, sem violar direitos, mui-

[212] Leite, Eduardo de Oliveira, in "Da Bioética ao Biodireito: Reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação - prelo dos anais do Encontro Regional do Conpedi - e I Simpósio de Bioética e Biodireito" - realizados em Londrina /Pr. de 25 a 27 de maio de 1997, fls. 8.

tos dos quais, devidamente protegidos, como por exemplo, vários dos que integram o rol dos direitos da personalidade.

O prof. Francisco Amaral também não considera existir uma crise nesta seara afirmando tratar-se de *nada mais do que um fértil processo de mudanças jurídicas, impostas pelos problemas da sociedade tecnológica, que tornou extremamente complexo o relacionamento social e impôs crescentes desafios às estruturas herdadas do século XIX. A resposta a esses desafios exige dos juristas e, particularmente, dos nossos civilistas um esforço de reflexão epistemológica que lhes permita, a partir do conhecimento do direito brasileiro na sua gênese e evolução, elaborar novos modelos que atendam às necessidades crescentes da sociedade contemporânea.* [213]

Não há dúvida de que o direito enfrentará os desafios relacionados às modernas biotecnologias e às biomedicinas. Tanto assim o é, que algumas legislações específicas vêm regulando quer para permitir, proteger ou proibir quaisquer manipulações que envolvam a inviolabilidade do corpo humano, a exemplo da lei que regula o transplante de órgãos tecidos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos.

Indene a plurimas discussões suscitadas, o biodireito vai delineando seu perfil através de legislação esparsa, impregnada de partículas éticas indispensáveis, e mais, *ruma para a formação de um direito cosmopolita até porque no biodireito já existe a preocupação de um direito ou melhor de uma justiça transgeracional, fundamentada pela indagação: que tipo de humanidade deixar-se-á para futuras gerações ?* [214]

Assim, o biodireito deve ser pensado também a partir dos grandes blocos econômicos, como um direito para "as comunidades" fortalecendo seu compromisso interdisciplinar com a bioética *visando exercer uma função mais indicadora de condutas justas: ou, como pretendem certos estudiosos, ao direito compete indicar procedimentos apropriados para que as decisões e as opções tenham todas as chances de resolver os problemas suscitados pelos novas tecnologias.*[215]

As mais recentes obras jurídicas de autores consagrados, que de longa data têm dedicado parte de suas construções doutrinárias a acompanhar a divisão e evolução dos chamados "novos direitos", não referem, em recentes publicações, lançadas, por exemplo, nos dois últimos anos, o biodireito, quer como subsistema, quer como microssistema jurídico. Contudo, a despeito do não despertar da doutrina pátria, referentemente ao tema, encontramos notas de destaque, principalmente, no direito americano do norte e já algumas manifestações, respeitabilíssimas, de jovens autores nacionais, como os anteriormente citados.

De plano surge a indagação se o biodireito é sub-ramo do direito público ou do direito privado?

O enfrentamento da questão leva, em conta de que, o biodireito esta a tutelar tanto interesses de ordem pública, como também de ordem particular, quando alcança o ser humano, em sua individualidade enquanto sujeito de direito. Em favor do interesse público estão todas as tutelas à vida, desde as contidas no

[213] Amaral, Francisco. Apud Regina Lucia Fiuza Sauwen, in "Da Persona ao Clone - a Visão do Biodireito - prelo dos anais do Encontro Regional do Conpedi e I Simpósio de Bioética e Biodireito, realizados em Londrina /Pr. de 25 a 27 de maio de 1997, fls. 12.

[214] Sauwen, Regina Lucia Fiuza, op. cit. - p.18.

[215] Leite, Eduardo de Oliveira, op. cit. - p.6.

texto constitucional até aquelas referidas em legislações específicas, v.g. da lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995, que regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da CF, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiental de organismos geneticamente modificados e a resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, bem como a lei que dispõe sobre transplante de órgãos tecidos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos.

Em se tratando de uma fase inicial de estudos sobre o biodireito, nos inclinamos a reconhecer o caráter híbrido de que se reveste ao tutelar tanto os interesses públicos como os interesses privados. Assim, surge uma faixa intermediária, na classificação dos direitos, para tentar capitular direitos, que apresentam esta mescla, resumida nos chamados direitos mistos.

> *O direito é misto quando tutela interesses privado e público, ou então, quando é constituído por normas e princípios de direito público e de direito privado. Generalizando, direito em que, sem predominância, há confusão de interesse público ou social com o interesse privado.* [216]

Esta posição não é definitiva, é comportará revisões, pois que não se pretende firmar compromissos terminais, considerando a jovialidade tenra do próprio biodireito.

É fundamental gizar que o ordenamento jurídico permaneça atento e sensível para permitir o "**bem**" e proibir o "**mal**", sempre que necessário, em sede de bioética e biodireito, que não poderão, em momento algum, sucumbir a práticas, absurdamente, desumanas, ditadas pela ganância, proveito, estado de necessidade, desejos, vaidades, ganhos financeiros vultosos, por parte de cientistas, laboratórios e empresas de genética, ou de quem quer que seja.

Evidentemente, o momento é o da discussão, do debate, da investigação ao derredor do biodireito. Ainda é cedo para fincar conceitos, quer pelo risco da imprecisão, quer pelo hermetismo da definição.

Contudo, anunciamos a idéia de um primeiro esboço conceitual, invocado, tão somente, nesta hora, com a modesta finalidade de oportunizar ao estudioso do tema um lócus temático, mais para suscitar a reflexão do que para amalgamar conceitos.

Assim é que concebemos o biodireito como conjunto de normas esparsas que têm por objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso, benefício ou não, das conquistas científicas em favor da vida.

3 - DOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

Indispensável à abordagem da bioética, revela-se a tratativa dos princípios que a informam e que serão analisados em dois segmentos distintos, bipartidos em: princípios éticos gerais e específicos.

[216] Gusmão, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito, 19º ed. Rev. Rio de Janeiro: Forense, 1996 - p.201.

3.1 - PRINCÍPIOS ÉTICOS GERAIS

Como princípios éticos gerais, referente à pesquisa biomédica em seres humanos, são registrados em uníssono, indistintamente, pelos estudiosos do tema os seguintes: o respeito pela pessoa, beneficência e justiça.

3.1.1 - Princípio da respeito pela pessoa

O **respeito pela pessoa** envolve a expressão de autonomia da vontade quer das pessoas capazes de deliberarem acerca da pesquisa, como também aqueles incapazes ou com a capacidade diminuída de tornarem uma decisão, devendo ser representados ou na impossibilidade de tal, gozar de uma maior proteção, visando obstar abusos ou danos.

3.1.2 - Princípio da beneficência

O **princípio da beneficência** resume-se no dever ético de não fazer mal - vale dizer - a não maleficência. A obrigação, neste vértice, esta orientada no sentido de maximizar benefícios e minimizar danos e prejuízos.

3.1.3- Princípio da justiça

Interessante constatar que neste princípio a bioética resume, exatamente, a perspectiva da justiça distributiva, impondo a distribuição eqüitativa quer dos ônus, quer dos benefícios decorrentes da participação da pesquisa.

3.1.4- Princípio da autoconsciência

Este princípio será descrito na abalizada palavra de Lorente Polaino, quando descreve a autoconsciência como a primeira manifestação da ciência - **"cum scientia"** - . E esclarece que *por eso la consciencia constituye uno de los fundamentos primordiales de la ética. En la medida que la consciencia se abre al ser, en esa misma medida se nos manifiesta la identidad de quiénes somos*.[217]

3.1.5- Princípio do consentimento informado

Muito embora a doutrina não aponte com nitidez para o **consentimento informado**, parece-nos imprescindível avocá-lo no rol dos princípios gerais da bioética, enquanto ética da investigação humana, por inarredável, considerando que a postura atual dos comitês de bioética, internacionalmente, iniciam uma cruzada no sentido de rejeitar toda e qualquer pesquisa envolvendo seres humanos, quando estes não expressarem o seu inequívoco consentimento, após completa informação sobre todos os desdobramentos do processo de investigação científica. Esse princípio, em verdade vem estampado na Declaração de Helsinque de 1982, quando determinou que *em qualquer investigação em seres humanos, cada indivíduo potencial deve ser informado, adequadamente, dos objetivos, métodos, benefícios antecipados e potenciais ris-*

[217] Polaino - Lorente, Aquilino. Manual de bioética general. Ediciones Rialp, S.A. Madrid, 1993. P.46.

cos do estudo e do mal estar que este pode implicar. [218] *Deve ser informado de que tem liberdade para se abster da participação no estudo e que pode deixar de dar consentimento para participar em qualquer altura.*[219] O pesquisador, após informar o possível "pesquisado" deve obter o consentimento livre por parte deste ou seu representante, preferencialmente, de forma inequívoca, sempre que possível, por escrito.

3.2 - Princípios éticos específicos

A ética ora como disciplina descritiva, ora como ética normativa, no âmbito das ciências da vida e da saúde é explicitada pela bioética, que não deixa de ser uma ética especial. E, em assim sendo, reveste-se de princípios, igualmente especiais a saber:

3.2.1 - Princípio da defesa da vida física

Os princípios específicos da bioética serão, sucintamente explicitados, com apoio em Elio Sgreccia, que seguramente, formula fecunda investigação em sede principiológica própria, mas não exclusiva, da bioética, ao menos em nosso entender.

Com efeito o princípio de defesa da vida humana é apontado com fundamental, considerando que a vida corpórea e física do homem não significa algo extrínseco da pessoa, e sim, antes, vital. Nesta fase o autor adverte que, evidentemente, há de ser levado em conta que a vida corpórea não exaure a pessoa que também é espírito, mas este transcende ao próprio corpo e temporalidade.

> *É emergente, portanto, a importância desse princípio em ordem à manifestação dos vários tipos de supressão da vida humana: o homicídio, o suicídio, o aborto, a eutanásia, o genocídio, a guerra de conquistas e assim por diante.* [220]

3.2.2 - O Princípio de liberdade e de responsabilidade

Este princípio também vem sendo considerado pelos tratadistas como fonte do ato-ético, na qualidade de princípio antecedente, sendo a liberdade o conseqüente. O que significa ser para o indivíduo livre responsável pela própria vida e a de outros. A constatação lógica reside na assertiva - *é necessário estar vivo, para poder exercer a liberdade.*

Por mais que seja evidente, esta afirmação, apresenta hoje, muitos problemas no campo da ética médica, por exemplo a propósito do assim chamado *direito à eutanásia: não se tem direito de dispor, em nome da liberdade de escolha, da supressão da vida; outra aplicação se verifica no campo dos tratamentos obrigatórios para os doentes mentais ou diante da rejeição de terapias por motivos religiosos. De modo mais geral, este princípio sanciona a obrigação moral do paciente em colaborar com os tratamentos ordinários e necessários para salvaguarda da vida e da saúde própria e do outro. Em certos casos, como o que se refere aos pacientes que rejeitam os tratamentos indispensáveis à vida e à sobrevivência quando o médico julga em consciên-*

[218] Smith, Richard. Consentimento informado: suas complexidades. British Medical Journal BMJ. V.II nº8 - julho de 1997, p.4.

[219] Idibem, idem. P.4.

[220] Sgreccia, Elio. Manual de bioética - Fundamentos e ética biomédica. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 1996, p.157.

cia necessário impô-los, o direito deverá regular o processo para os tratamentos obrigatórios. [221]

3.2.3 - O Princípio de totalidade ou princípio terapêutico

Sgreccia frisa ser este princípio basilar e característica da ética médica que leva em conta corporeidade humana, como um todo unitário composto por partes distintas e unificadas organicamente. Esse princípio põe em relevo a questão da **proporcionalidade das terapias** e também o chamado critério do **voluntário indireto**, para referir o paciente enfermo que necessita de terapias.

Também este princípio apresenta fortes implicações morais.

> *Em primeiro lugar, esse princípio terapêutico exige algumas condições para ser aplicado: que se trata de uma intervenção sobre a parte doente ou que é diretamente a causa do mal, para salvar o organismo são; que não haja outros modos ou meios para fugir da doença; que haja boa chance, proporcionalmente grande sucesso; que se tenha consentimento do paciente. Subentende-se que nestes casos o que está em questão não é tanto a vida quanto a integridade física da corporeidade e, portanto, é um valor pessoal que pode ser posto em perigo ou diminuído somente em favor do bem superior a que está vinculado.* [222]

3.2.4 - O princípio de socialidade e de subsidiaridade

Na socialidade esta consagrada a mútua cooperação entre os indivíduos na defesa e promoção da vida e da saúde, onde uns dependem do apoio de outros, como nos surtos epidêmicos, poluição desmedida, doação de órgãos e tecidos, que somente poderão lograr êxito através da ação fraterna da comunidade.

À socialidade reúne-se a subsidiaridade, resumida na proposta de ajudar mais os que mais necessitam, ao mesmo tempo estimular as livres iniciativas objetivando assegurar o seu funcionamento.

A conjugação destes princípios representa o alerta contra a idéia silenciosa que se insinua na *chamada eutanásia social, motivada pela escolha dramática e infeliz das sociedades pela perda dos doentes incuráveis, dos deficientes graves e dos doentes mentais.* [223]

> Chegando a este ponto a sociedade se tornaria um contra-senso e poria em prática a perversão de seu significado. [224]

4 - POR UMA PRINCIPIOLOGIA DO BIODIREITO

As análises realizadas em função da adoção de uma tábua principiológica pelas ciências, tem razão de ser, reiteradamente, procedente. É mister transmitir poder à

[221] Sgreccia,Élio. op. cit. p. 160/161.

[222] Hâring e M. Zolba "apud" Sgreccia, Elio, op. cit. p.162.

[223] Franchini A. Le grandi scoperto della medicina, in Agazzi E. (org,) Storia delle scienze, II, roma 1984, p.388.

[224] Sgreccia, Elio. Op. cit. p. 165.

estrutura **de princípios**, ou **fundamentos, ou valores**, ou como preferem alguns, **verdades incontestes** que têm por fim informar as proposições diretoras de uma ciência.

No direito, os princípios gerais ou específicos necessitam ainda revelar o fundamento seguro, a permitir a integração analógica das lacunas, quando necessário, *sinalizando aos julgadores o caminho que devem seguir para colmatar os vazios deixados pelas fontes de criação jurídica.* [225]

Cabe ressalvar não ser objeto deste ensaio enfrentar a digressão sobre o entendimento da palavra princípios , sendo que a doutrina registra mais de vinte significados para o vocabulário.

A partir deste brevíssimo resgate a respeito da invocação dos princípios pelo direito, é chegado o momento reflexivo de busca por uma principologia do biodireito, que a exemplo dos princípios da bioética, poderão, igualmente, apresentar forma bipartida, porém concebida em princípios constitucionais gerais específicos.

4.1 - PRINCÍPIOS GERAIS DO BIODIREITO

4.1.1 - A dignidade da pessoa humana

Garantia e princípio constitucional fundamental, assegurado à pessoa humana, consoante previsão do artigo 1º inciso III da CF, a dignidade humana na lição erudita e cívica de Sérgio Ferraz *é a base da própria existência do Estado Brasileiro e, ao mesmo tempo, fim permanente de todas as suas atividades, é a criação e manutenção das condições para que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas, em sua integridade física e moral, assegurados o desenvolvimento e a possibilidade da plena concretização de suas possibilidades e aptidões.* [226]

4.1.2 - Princípio da igualdade

A concepção aristotélica acerca da igualdade está expressa em tratar desigualmente os desiguais, e igualmente, os iguais. Cabe ao biodireito a tarefa de bem captar este princípio, que em nosso entender, deverá ser analisado em confronto com os graus de emergência, necessidade ou utilidade do caso concreto, trazido a lume.

4.1.3 - Princípio da inviolabilidade da vida

A vida representa para o indivíduo, bem vital, de valor inestimável, deve guardar a mais absoluta proteção à integridade física ou moral do indivíduo, devendo o biodireito resguardá-la, ao máximo, referentemente aos experimentos científicos que envolvam seres humanos. Este princípio deve ser observado em conexão direta, com os postulados contidos nos princípios enunciados pela bioética e referente ao princípio da defesa física.

[225] Maynez, Eduardo Garcia. Filosofia del derecho. Editorial Porrua S.A. México, DF. 1980, p.311.

[226] Ferraz, Sérgio. Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução - Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

4.1.4 - Princípio da informação

O princípio da informação, assegura ao indivíduo o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse (art. 5º inciso LXXIII). O complemento deste princípio esta presente no enunciado do princípio do consentimento informado, como adotado pela bioética, assegurando ao sujeito, o direito de receber todas as informações sobre o procedimento investigatório científico a que será submetido, se assim o consentir.

4.1.5- Princípio da proteção à saúde

A própria idéia de saúde é delineada no preceito do art. 196 da CF que a consagra como um direito de todos e um dever do estado. Portanto, não poderá a pesquisa em seres humanos provocar um estado de não saúde. Em se tratando de indivíduo já enfermo, caberá invocar, uma vez mais, o princípio bioético da totalidade ou princípio terapêutico.

4.2 - PRINCÍPIOS GERAIS DO BIODIREITO

4.2.1 - Princípio da boa fé

Este princípio deve ser entendido em sua acepção de "**integração ética**" da justa causa. Para não alongarmos a discussão que permeia o próprio conceito de boa fé, para fins deste estudo, será adotada mesmo como a *bona fides*, enquanto lealdade, confiança, honestidade, sinceridade, sem o que as experiências científicas em questão, não poderão prosperar. Este princípio deve ser observado em confronto com o princípio da autoconsciência, analisado por Lorente Polaino.

4.2.2 - Princípio da prudência

A prudência aqui referida não é exatamente aquela, como concebida por Aristóteles, mas sim atualizada nos descritores indicativos de como não agir o pesquisador prudente, arredando do experimento, toda forma de negligência, imprudência e imperícia.

4.3 - PRINCÍPIO ESPECÍFICO DO BIODIREITO

4.3.1 - Princípio da legalidade dos meios e fins

Caberá ao biodireito na defesa da vida humana, sem representar obstáculo aos avanços científicos, formular normas jurídicas de calibração equilibrada que permitam uma maior adequação entre os propósitos, meios e fins, como propõe a lógica do razoável, objetivados pelas biociências e biomédicas em benefício da humanidade.

Assevera Maria Helena Diniz que "a noção de Bem Comum é bastante complexa, metafísica e de difícil compreensão, cujo conceito dependerá da filosofia, política e jurídica adotada. Esta noção se compõe de múltiplos elementos e fatores, o que dará origem a várias definições. Assim se reconhecem, geralmente, como elementos do Bem Comum a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a utilidade social, a solidariedade ou cooperação. O Bem Comum não resulta da justaposição mecânica desses elementos, mas de sua harmonização em face da realidade sociológica".[227]

Os elementos que compõem o conceito de Bem Comum passam por discrepância doutrinária, justificada na observação de Du Pasquier, quando afirma que "a noção de Bem Comum tem comportado elastérios; nem sempre se lhe encontra um conteúdo sólido.

Na lição do professor Goffredo Telles, *Bem Comum é a ordem jurídica, por ser e único bem rigorosamente comum, que todos os participantes da sociedade política desejam necessariamente, que ninguém pode dispensar. Sem ordem jurídica não há sociedade; logo somente a ordem jurídica é um Bem Comum. A sociedade política se constitui com a finalidade essencial de realizar a ordem jurídica. As outras sociedades servem-se do Bem Comum para realizar seus Bens particulares. Para a sociedade política o Bem Comum é o fim; para os outros é o meio para a realização de seus fins particulares.*[228]

O Bem Comum quer concebido como meio ou como fim, deve estar presente na sociedade, tanto na ordem política, como na ordem jurídica.

As Biotecnologias e Biociências, em nome do progresso devem curvar-se ante à realização do Bem Comum. Já a Bioética e o Biodireito deverão estampar o que São Tomás de Aquino chamava de leis justas, considerando assim as que produzem ou que mantêm a felicidade do Estado e a dos indivíduos por força das relações estabelecidas entre eles pela vida social. Toda lei tem, então, por finalidade o Bem Geral.[229]

Finalizamos com Recasens Siches *que resultría no sólo indebido, sino también monstruoso, sacrificar a las gentes de un determinado período para que las nuevas generaciones que advengan disfruten un mejor bienestar. Es igual la dignidad de las gentes de hoy que la des las gentes de manâna. Por tanto, sacrificar a los hombres de hoy para que los del futuro vivan mejor, sería degradar a los primeros a la condición de puros medios puestos al servicio de los segundos.* [230]

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. Apud Regina Lucia Fiuza Sauwen, in *Da persona ao clone - a visão do biodireito*. Prelo dos anais do Encontro Regional do Conpedi e I Simpósio de bioética e biodireito, fls. 12

AQUINO, São Thomás. "apud" Maria Helena Diniz

COSSIO, Carlos. *Radiografia de la teoría egológica del derecho*. Depalma Buenos Aires, 1987.

[227] Diniz, Maria Helena - Lei de Introdução ao Código Civil - Saraiva - São Paulo, 1996. Fls.163.

[228] Telles, Goffredo "Apud" Maria Helena Diniz. Op. cit., pg. 165.

[229] Aquino, São Thomás, "apud" Maria Helena Diniz. Op. cit. p. 164.

[230] Siches, Luis Recasens. Tratado general de filosofia del derecho. Editorial Porrua S. A. México, DF. 1981 p.614

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil*. Saraiva. São Paulo, 1996, fls. 163

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. Fundo Editorial BYK - 6º ed. São Paulo, 1994.

FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito*. Ed. Revista dos Tribunais Ltda. 2ª ed. São Paulo, 1971.

FRANCHINI A. *Le grande scoperto della medicina*, in Agazzi E. (org.) Storia delle scienze, II Roma 1984, p. 388

GARCIA, Diego - "apud" Leparngeur, op. cit. p.15/16

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*, 19º ed. Rev. Rio de Janeiro, 1996 p.201.

HÄRING e M. ZOLBA. "apud" Sgreccia, Elio, op. cit. p.162

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1995.

___. "in" Da Bioética ao biodireito: Reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação - prelo anais do Encontro Regional do Conpedi e I Simpósio de Bioética e Biodireito, fls.8

___. op. cit. p.6.

LEOPOLDO E SILVA. *Breve panorama da ética bioética - revista do conselho de medicina*. v.1 - nº 01, Brasília, DF., 1993, fls 7 - 9 -11.

LEPARNEUR, Hubert. Força e fraqueza dos princípios da bioética. *Bioética* - v. 4 nº 2 , Brasília, Conselho Federal de Medicna, 1996 fls 138.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética*. Editora de Direito. Leme/SP, 1997.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofia del derecho*. Editorial Porrua S.A. México, DF. 1980, p.311.

POLAINO - LORENTE, Aquilino. *Manual de bioética general*. Edciones Rialp. S.A. Madrid, 1993.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justícia*. Ed. Universitaria de Bueno Aires. Argentina, 1994.

SAUWEN, Regina Lucia Fuiza. Op. cit. p.18

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. Editorial Porrua S.A., México, DF. 1981, p.614

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 1996.

SMITH, Richard. *Consentimento informado: suas complexidades*. British Medical Journal BMJ, v. II nº 8 , julho de 1997, p.4

TELLES, Goffredo "apud" Maria Helena Diniz, op cit. p. 165

VI - BIOÉTICA E BIODIREITO: UMA ABORDAGEM BIOJURÍDICA DA ENGENHARIA GENÉTICA

Francisco Vieira Lima Neto*

Antes de iniciar a minha exposição neste painel de *Bioética e Biodireito*, gostaria de registrar meus agradecimentos ao estimado amigo Horácio Wanderlei Rodrigues por me ter indicado para compor o corpo de professores que expõe suas idéias neste organizadíssimo Seminário *"O Direito no Terceiro Milênio"* realizado nas dependências da ULBRA que comemora em 1997 seus 25 anos de fundação.

É realmente um prazer estar aqui.

A este prazer se soma a grande honra de fazer, mais uma vez, pela terceira vez este ano, uma exposição ao lado da Professora Doutora Jussara, a qual, com seu esforço acadêmico e sua dedicação ao ensino do Direito, aliados ao alto conhecimento jurídico que possui, conquistou há muito uma posição de destaque no meio intelectual nacional, especialmente por seus brilhantes trabalhos na área do Biodireito.

No que respeita à minha modesta palestra, pretendo apresentar aos senhores algumas idéias que venho desenvolvendo ao longo destes últimos anos acerca da chamada crise da pós-modernidade e sua relação com a Bioética, escolhendo, no rol de temas ditos biojurídicos, um que reputo da maior importância, qual seja, a engenharia genética.

Gilbert Hottois, em seu livro *Le paradigme bioéthique* (Editora De Boeck Université, 1990, Bruxelas), esclarece que o termo Bioética apareceu no início dos anos 70. Mais detalhadamente, conforme historia Leo Pessini[231], em 1974 o Congresso Norte Americano criou a Comissão Nacional para a Proteção da Pessoa Humana em Pesquisas Biomédicas e Comportamentais com o objetivo de levar a cabo uma pesquisa e estudo completo, que identificasse os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação em seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina, solicitando-se a esta Comissão que elaborasse em quatro meses um relatório das pesquisas envolvendo fetos humanos. Este relatório acabou por tornar-se a prioridade da comissão, que deixou a tarefa de identificar os princípios éticos básicos para etapa posterior. Em 1978, após quatro anos, portanto, período no qual filósofos e teólogos foram consultados, a Comissão publicou o Relatório Belmont no qual se consolidou a declaração principalista básica baseada nos princípios da autonomia, beneficência e justiça.

* Mestre em Direito. Professor da UFES.

[231] no artigo "Os Princípios da Bioética" (in : Fundamentos da Bioética, Editora Paulus, 1996, p. 51),

O termo Bioética se define a partir de sua finalidade : *"A bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida. Inclui a ética médica, mas vai além dos problemas clássicos da medicina, a partir do momento que leva em consideração os problemas éticos não levantados pelas ciências biológicas, os quais não são primeiramente de ordem médica"* (A . Varga in: PESSINI : 1994, p.11). No mesmo sentido, conforme se encontra na "Encyclopedia of Bioethics, vol. I, p. XIX, *"Bioética é o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais."*

Disse Mark certa vez que os filósofos não nascem como cogumelos, mas são fruto de uma estrutura social determinada em um momento histórico preciso. Da mesma maneira, o nascimento da Bioética esteve condicionado por alguns fatores, segundo Leo Pessini, de quem uso quase as idéias *ipsis literis*: *(a) Progresso da tecnologia e da ciência da vida e da saúde a partir da década de 50*, com algumas descobertas importantes dando origem a dilemas éticos (transplantes de coração, descoberta do DNA, novo conceito de morte, acontecimentos em torno da diálise); *(b) Processo de secularização da sociedade na década de 70* (a bioética, que foi produzida inicialmente a partir de debates entre teólogos e filósofos cristãos, passa a ser objeto de análise de filósofos leigos e juristas); *(c) Movimento de emancipação dos doentes e pacientes* (Carta dos Direitos dos Doentes, aprovada pelos hospitais americanos em 1973, com a medicina reconhecendo a liberdade do enfermo, surgindo o princípio do consentimento informado que se contrapõe à concepção antes dominante de que o paciente é um menor de idade e o médico um senhor absoluto que tudo sabe e decide); *(d) Experimentação em seres humanos* (desde o Tribunal de Nuremberg, que aliás, completou este ano 50 anos sem as devidas homenagens, a sociedade exige controle rígido sobre as experiências que tem o homem como objeto); *(e) Contexto sociopolítico da Segunda metade deste século* (movimento dos direitos humanos, nova consciência individual e coletiva de autonomia do ser humano; crise da noção de progresso como algo essencialmente positivo; intensificação do questionamento da ciência, com o imperativo científico cedendo terreno para o imperativo ético).

Conforme Hottois (op. cit., p.181), se existem tantas questões hoje ligadas à Bioética é porque este termo designa um lugar onde todos os problemas que nós encontramos se colocam, se cruzam e existem de uma forma tanto teórica quanto concreta. Para o pensador belga, o termo bioética não designa uma nova disciplina tecnocientífica, nem uma nova ética universal, não se limitando, também, à ética ou deontologia médica, pois, embora estas constituam capítulos essenciais e aspectos muito importantes da bioética, este termo inclui as grandes questões relativas à manipulação genética e biotecnologia e às referentes à preservação das espécies não humanas, cobrindo, portanto, um campo que vai da deontologia e da ética médica à ética ambiental (ecoética), centrada sobre a solidariedade antropocósmica e próxima da filosofia da natureza atentas às dimensões evolucionistas.

A temática bioética se concretizaria, então, atualmente, segundo Hottois, nos seguintes temas :

1. Intervenção na procriação humana: contracepção, aborto, doação de gametas, barriga de aluguel, escolha de sexo, congelamento de esperma, de óvulos e de embriões, partogênese provocada, gestação do embrião humano em espécies não humanas, clonagem, diagnóstico pré-natal, aconselhamento e terapia genética, eugenismo negativo e positivo, controle populacional e esterilização.

2. Intervenção no patrimônio genético: manipulação de DNA/ARN humanos e não humanos, reanimação do DNA morto, intervenções médicas na seleção natural.

3. Intervenção no viver e no morrer: eutanásia passiva e ativa, retardamento do envelhecimento, criogenia.

4. Manipulação do corpo humano: transplantes de órgãos e próteses.

5. Manipulação da personalidade: neurocirurgia, pesquisa sobre e controle de comportamento, psicotrópicos e neuroquímica, intervenções eletrônicas.

6. Manipulações dos seres e ambiente não humanos: danos diversos causados pela sociedade tecnológica prejudiciais à vida vegetal e animal, experiências com animais, preservação das espécies, armas biológicas, novos materiais obtidos por mutagênese.

7. Experiências com seres humanos

8. Manipulações transespecíficas: híbridos e quimeras não humanas, manipulações e combinação de DNA de espécies diferentes.

Como disse acima, dos vários temas possíveis, optei por abordar nesta ocasião aquele referente às relações jurídicas que se formariam entre empresas de engenharia genética e pessoas vitimadas por efeitos dessa atividade empresarial, tendo esta exposição por base a Constituição Federal e a Lei Nacional de Biossegurança.

Creio ser razoável, antes de qualquer outra consideração, refletirmos sobre a razão de estarmos aqui nas agradáveis dependência da ULBRA discutindo Bioética e, mais ainda, interrogar-nos acerca das causas que têm levado a Bioética a estar na ordem do dia e, ouso dizer, "na moda".

Parece-me que a Bioética alcançou a importância que possui hoje pelo fato de ser um instrumento que permite ao homem orientar-se neste mundo no qual os paradigmas políticos e científicos encontram-se, podemos dizer, em crise. Com efeito, a política e as ideologias, que sempre tiveram o poder de levar os homens a apaixonarem-se pelos seus sonhos e conduzir a humanidade na busca das utopias estão sob severo questionamento, sendo raros os grandes movimentos sociais de massa que assistimos nas décadas passadas.

Na tentativa de ofertar aos senhores um rápido um panorama da pós-modernidade e uma análise do que se convencionou chamar de "crise de ou dos paradigmas", peço licença para valer-me das argutas observações do professor José Américo Pessanha, que, por sua vez, recorre à Clarice Lispector que em seu conto "A Legião Estrangeira" construiu duas personagens extremamente interessantes e relacionadas com o tema da minha exposição.

O resumo da história pode ser elaborado assim: uma escritora, adulta, um tanto desleixada, sempre desarrumada, de robe, fumando, com a máquina às vezes no colo, enfim, uma pessoa desorganizada e seu contraponto, uma menina, Ofélia Maria dos Santos Aguiar, criança do tipo pequeno adulto, sempre pronta, arrumada, com babados e cachos penteados, educada, perspicaz e crítica.

As passagens da história que são relevantes no momento prendem-se à constatação de que no conto Ofélia usa termos que demonstram um pensamento e uma linguagem concatenada, lógica, como num teorema. Desta forma, quando vê na casa da escritora vários legumes sobre a mesa, compara-os com o tamanho da geladeira da escritora e, levanta os olhos para a escritora e afirma de um jeito impassível serem muitos vegetais para uma geladeira tão pequena e portanto vão estragar antes da próxima feira, o que realmente vem a acontecer. De outra feita, a escritora, imaginando estar escolada para evitar estas críticas, tendo comprado menos legumes, aguarda ansiosamente a manifestação da menina que, após alguns angustiantes minutos, sentencia: você comprou poucos legumes, portanto não vão dar até a próxima feira, conclusão que alguns dias depois a escritora perceberá ser também verdadeira. Diz Peçanha tratar-se de uma analogia ao pensamento e ao método científico, a língua do *"portanto-portanto-portanto"* que poderia ser também *"logo"*, *"conseqüentemente"*, *"fatalmente"*, *"inevitavelmente"*.

Esta linguagem, esta forma de ver o mundo, é bem conhecida por nós cientistas, sendo característica da matemática : é o teorema; ou seja, uma cadeia de *"portanto-portanto-portanto"* que é irresistível porque é claro, é demonstrável, pode ser conhecido.

Para nós, modernos, ou pós-modernos, diriam alguns, esta forma de raciocinar e de conhecer é clara, lógica, natural, óbvia e verdadeira, sendo impossível imaginar uma outra forma de demonstrar a veracidade de uma dada situação. Todavia, este é um método de demonstrar e comprovar a verdade que não é a-histórico: na realidade nasceu no século XVII, com René Descartes, e é apenas uma das formas possíveis de discurso.

Descartes era um homem insatisfeito com seu tempo, com a lógica e a retórica e a dialética do seu século e que tinham, desde Aristóteles, atravessado toda a Idade Média. Percebeu que aquelas discussões dialéticas de nada serviam; eram imprestáveis para transformar as coisas; a sociedade já demandava um outro instrumental teórico que pudesse fazer frente aos anseios de progresso e desenvolvimento. Precisava ser inventado algo que pudesse dar a base do que hoje chamamos de Ciência, criando-se teorias que dariam origens a máquinas e técnicas. Assim, Descartes cria um novo discurso, uma nova maneira de pensar e de demonstrar: o discurso do método. Percebe que tudo pode ser explicado através dos números, inaugurando a figura do filósofo matemático. É uma retomada dos pitagóricos que também viam o mundo como números, de teoremas, de um jeito geométrico que explicava os astros, a música, o universo. Um todo harmônico e com leis universais.

É interessante observar que o livro de Descartes é quase uma autobiografia; seu desejo era pacificar a Europa com a matemática. Vejam o mundo de Descartes : guerras de religião, protestantes matando católicos e vice versa; ingleses e franceses; disputas territoriais e religiosas; sangue, mortes, dissenso e conflito. E qual era a maneira de ser explicar o mundo naquela época? Quais o instrumental teórico usado? A argumentação, a retórica e a dialética, ferramentas que só serviam para acirrar os conflitos e recusar a harmonia e a paz, além de não contribuírem em nada para transformar o mundo físico, a natureza.

Descartes, então, lança o seu método baseado nos teoremas, construções lógicas e demonstráveis sob qualquer regime e para qualquer religião. Assim, a soma dos quadrados dos catetos é igual à hipotenusa tanto para cristãos quanto para muçulmanos; tanto para católicos quanto para protestantes. Além disto, este um método permitia avançar o que começava a parecer uma idéia interessante para a Europa e para o sistema econômico: a ciência, pois, como sabemos, a ciência visa a transformação da natureza e para tanto precisa de um método.

Quase ao mesmo tempo, na Inglaterra, Francis Bacon anunciava idéias semelhantes as de Descartes. Entendia que a lógica e a retórica gregas que haviam dominado o mundo até então, passando pela Idade Média, herdadas, principalmente da obra "Organum" de Aristóteles, serviam apenas para desenvolver o intelecto, pois eram insuficientes para mudar o mundo; eram a discussão pela discussão; eram o amor ao debate em si mesmo, sem uma finalidade concreta.

Bacon entendia que a humanidade precisava de um novo método; uma nova forma de explicar as coisas que tivesse o poder de transformar a natureza. Bacon descobriu o que hoje sabemos: ciência é poder! Quando o homem adquire o conhecimento científico ele passa a poder fazer coisas, a transformar a natureza. Bacon tem uma frase bem explicativa : "a ciência é a natureza atormentada"; é o poder do homem alterando o mundo real, abandonando a discussão exclusivamente intelectual .

Bacon, então, elabora a sua obra mais importante, tida como uma das bases do que chamamos de método científico. Como Aristóteles possuía o seu "Organum", deu à sua obra o título de "Novum Organum".

Assim, para Bacon :

a) estava claro ser essencial à humanidade um novo método de análise dos fenômenos;

b) este novo método não podia ser apenas retórico, mas sim operante e eficaz, do tipo que permitiriam ao homem transformar a natureza;

c) ciência, portanto, é poder.

Com base nisto, detectou dois tipos de linguagem :

a) a que recorria a instrumentos lógicos (retórica, dialética) que era usada quando estava em jogo o homem; tinha o objetivo de convencer, de obter assentimento e não necessariamente de obter uma verdade dita científica (a Filosofia e o Direito, por exemplo);

b) a que recorria à racionalidade, ao método científico, aquele que tinha por objetivo atormentar a natureza; não seria usado em relação ao homem, mas sim às coisas. Baseava-se na indução (do particular ao geral) por meio da Experimentação.

Bacon e Descartes, então, através do experimentalismo e do método matemático dão ao homem os alicerces do que conhecemos por Ciência.

Todavia, o homem tratou a ciência de tal maneira que esta apresentou no decorrer destes séculos dois problemas :

a) abandono da matriz filosófica, de tal sorte que nos esquecemos de que Bacon disse que quando o objeto do conhecimento for o homem não podemos tratá-lo com coisa, como Comte, Dhurkein e Lombroso procuraram fazer, aplicando o método da experimentação e da indução, típico das ciências exatas, ao ser humano.

b)predomínio de um modelo cientificista e tecnológico segundo o qual nenhum conhecimento pode ousar ser verdadeiro, legítimo e nem científico se não cumprir rigorosamente as exigências e formas que têm origem nas ciências exatas (justamente a experimentação e a indução).

Chegamos ao século XX com esta angústia, exacerbada, ainda, pelo fato de que a ciência demonstrou trazer, além dos benefícios, alguns males como a poluição e a radiação nuclear.

Sérgio Danilo Pena, Professor e Geneticista da UFMG e representante brasileiro no Projeto Genoma Humano, em entrevista ao Jornal "Estado de Minas" em 12/09/93, respondendo se a salvação da humanidade está na ciência afirma :

> *"Não e isto é muito perigoso. Se pensarmos que a ciência é a salvação da humanidade, corremos o risco de ficar decepcionados, revoltados, e tomarmos uma atitude anticientífica radical. Isto vem acontecendo atualmente com esta onda de ocultismo e ciências alternativas, misticismo. Isto tudo é uma reação da população porque a ciência não satisfez.*

Longe de pretender definir o debate ou impor uma conclusão definitiva, penso que é por isto que na chamada contemporaneidade ou pós-modernidade, é comum dizer que a "racionalidade está em crise", o que se aguça quando a própria ciência demonstra que:

a)todas aquelas verdades nas quais cremos porque demonstradas cientificamente com base no rigor metodológico não são absolutas, mas relativas;

b) e o pior, a ciência confessa não estar preparada para compreender tudo e que nem tudo é compreensível (como explicar um comportamento humano de suicídio para seguir um disco voador?), havendo atualmente uma valorização do lado místi-

co, emotivo e intuitivo do homem. Quantas pessoas hoje não se voltam para a religião, para um lado místico, para o poder de pedras, de runas, de astros ?

Verifica-se, assim, que o mundo construído sobre as bases do teorema, da matemática, do *"portanto-portanto-portanto"* da Ofélia dos Santos Aguiar, do *"inevitavelmente"*, do muito claro e explicável está em crise.

Não se trata, vejam só, da superação de verdades, pois isto é comum na ciência e nunca levou ao questionamento do paradigma científico. A questão agora é outra : é a impossibilidade do método científico dar uma resposta única e precisa à humanidade, com a própria ciência admitindo que:

a) não há nada absoluto, então pode haver um teorema para islâmicos que não é válido para cristãos, para desgosto de Descartes;

b) o espaço não é necessariamente plano e absoluto, pode ser espaço/tempo;

c) um copo d'água, que parece tão simples, palpável e explicável é, na verdade, resultado de algo que se comporta às vezes como corpúsculo, às vezes como onda, dois conceitos que estavam separados até o advento da física quântica;

d) dimensão das coisas na sua aparência imediata e sensível nega aquilo que a ciência afirma que é.

Em resumo, é nossa opinião que o paradigma científico restou abalado por dois motivos:

a) insuficiência do método científico e da própria ciência para proporcionar respostas e soluções a todas as demandas do ser humano;

b) constatação de que o ser humano não é só razão, mas também, e muito, emoção, o que o afasta da ciência que só explica o experimentável;

c) constatação dos males que a ciência e a tecnologia trouxeram para o mundo, em especial a poluição e a possibilidade de uma hecatombe nuclear.

A crise de paradigmas é particularmente angustiante porque a contestação do atual paradigma, do que está a ser substituído, do que se esgotou, não significa dizer que dá origem imediatamente a um novo, que traga de volta a harmonia e a paz. Na verdade, podemos passar muitos anos sob o pálio desta crise, Não podemos nos esquecer que o paradigma científico/racional somente implantou-se alguns séculos após Descartes e Bacon.

Na atual situação política vejo outra crise de paradigmas. Embora Bobbio não veja com bons olhos o uso da palavra paradigma para definir um regime político, temos que está em crise, além do modelo racional/científico, também o modelo político e econômico que conhecemos.

Com efeito, provocada pela crise do paradigma racional ou com ela mantendo uma relação dialética na qual engendra e é engendrada, a crise da política é tão forte que alguns cientistas sociais chegam a advogar o fim da história e o fim da ideologias.

Entendo que o problema pode ser resumido, com riscos de errarmos muito, da seguinte forma:

a) Independentemente de posicionamento político, de esquerda ou direita, é certo que todos os homens sempre ansiavam por justiça, tida por Aristóteles como a mais excelente das virtudes humanas. Justiça, a grosso modo, definia-se como igualdade, de tal forma que todos imaginávamos que a humanidade caminhava em busca de uma sociedade mais igualitária, menos desigual.

b) Parecia a todos nós, então, que a humanidade caminhava "para frente" como se fôssemos a evolução do passado que buscava um futuro mais próspero.

c) O modelo Socialista e o Estado Social, do bem-estar econômico, eram os modelos que entendíamos serem um pressuposto básico, um ponto de partida que só nos levaria para a frente, para um mundo mais igualitário, e nunca para trás, na direção de um passado no qual o ser humano não possuía um mínimo de garantias sociais.

d) O regime Socialista e o Estado Social apresentavam-se como axiomas, pressupostos inquestionáveis dos quais nunca abriríamos mão; só pensávamos em aperfeiçoar as conquistas sociais nunca em retroceder.

Todavia, como sabemos, alguns fatos históricos ocorreram que fizeram com que perdêssemos o referencial, a segurança, a coerência, o *portanto-portanto-portanto*, colocando por terra os nossos axiomas, que são hoje reduzidos a pó por uma realidade que demonstra que o processo histórico não é sempre um evoluir.

Quem poderia imaginar que pudesse entrar na pauta nacional a redução de direitos sociais? Que algum dia o Estado se confessasse impotente para manter benefícios? Alguém imaginava que não haveria dinheiro para pagar aposentadorias? Como, se o dinheiro parecia provir de fonte inesgotável? Logo nós que queríamos aumentar as conquistas sociais, podemos aceitar sem crise o que consideramos um retrocesso?

Entendo que três fatores principais abalaram aquelas nossas verdades absolutas na política:

a) a derrocada do socialismo no Leste Europeu, simbolizada pela queda do Muro de Berlim, que expôs a situação de opressão política sob a qual vivia o povo naqueles países. Mais ainda, o fim da censura fez chegar ao Ocidente cenas e dados que mostravam que naquelas nações a desigualdade também imperava e os donos do poder e os burocratas eram mais iguais que os outros cidadãos.

b) no Ocidente, a gradativa destruição do Estado Social, com diminuição dos benefícios sociais, principalmente assistência e previdência social, e queda do nível de salários e diminuição de direitos trabalhistas.

c) ao lado da crise do Estado, o triunfo do capitalismo e dos grandes conglomerados econômicos, que ditam as políticas públicas, substituindo o poder estatal.

Entendo que estes fatos e a realidade que hoje se apresenta provocaram a crise do paradigma moderno no campo político, não constituindo heresia afirmar que estamos, principalmente a esquerda, perdidos, sem um norte e sem um ideal que nos pareça alcançável.

Nesta crise, creio ser possível, todavia, refletir, tentar analisar o mundo, diagnosticando o momento histórico. Neste aspecto, parecem razoáveis as seguintes leituras:

a) experimenta a economia um predomínio do sistema de conhecimento e de informação em relação ao sistema fabril. O saber-fazer é mais importante hoje do que a mão-de-obra e as máquinas, de tal maneira que o jurista argentino Zuleta Puceiro em recente livro, afirma que

> *"as economias ocidentais protagonizam uma mudança acelerada da sociedade industrial de capitalismo industrial, organizada em torno do eixo capital/trabalho, em direção a uma sociedade pós-capitalista baseada na primazia da informação e do conhecimento." (Puceiro, 1996, p. 21)*

b) neste sentido, verificamos um grande crescimento nas taxas de investimentos e nos lucros das empresas de Biotecnologia, bem assim como aumento antes nunca visto do número de empreendimentos e de pesquisas e aplicações destas pesquisas.

c) tentativa de explicar o social através da genética, em esforço denominado "biologização do social", atribuindo-se ao seqüenciamento genético dos indivíduos a culpa por certos comportamentos defeituosos ou socialmente reprováveis e pelo fracasso em adaptar-se ao novo mundo. Trata-se, a meu ver, do retorno à velha discussão da Psicologia sobre ser o comportamento humano determinado pelo ambiente ou pelo seu genótipo;

d) com o afastamento de outra explicação para o comportamento humano que não a genética e com o triunfo do Capitalismo, criou-se uma histeria, principalmente no terceiro mundo, de que todos os males serão resolvidos pelo Mercado, que passa a virar o novo axioma, incontestável, portanto.

Desnorteado, sem modelos sólidos, sem perspectivas, o homem parece ser agora mais que nunca, para citar um existencialista, *"um náufrago perdido no mar sob um céu sem estrelas"*. Esta falta de referencial e a ausência de uma expectativa palpável de concretização de uma outra utopia, cria o ser humano contemporâneo que quer, em uma espécie de *frisson*, de afã de:

a) alimentar-se mais e melhor (mais comida);

b) consumir mais (mais prazer individual que gera o problema das drogas e uma crise moral);

c) viver mais (mais tempo de vida);

d) viver com saúde (menos doenças, menos defeitos);

As soluções parecem ser também sempre individuais ou em pequenos grupos, estando desacreditado o movimento de grandes massas. Sobre esta afirmação, importante lembrar que os partidos de esquerda na França e o partido Trabalhista na Inglaterra não possuem em seus programas propostas muito diferentes dos governistas, aparentando uma espécie de harmonia com as políticas desenvolvidas pelas administrações às quais se opõem, e fazendo perceber uma verdadeira falta de alternativas ao mundo do Neoliberalismo.

Faço um paralelo com os "anos loucos" (década de 20) e com o pós segunda guerra (possibilidade de destruição nuclear), nos quais se buscava o prazer desenfreadamente.

Neste mundo que demanda mais consumo, surge a engenharia genética que pode atender a estes anseios :

a)diagnosticando mais facilmente e com mais antecedência as doenças humanas

b)expurgando o que seriam os defeitos do homem (genes "defeituosos" que causam doenças ou determinam comportamentos socialmente reprováveis)

c)criando animais e plantas transgênicos para aumentar a produção de alimentos, permitindo ao homem alimentar-se mais e melhor.

Parece-me que este *frisson* de viver e de consumir, não deve ser atendido a qualquer custo, impondo-se algumas regras para controle das atividades humanas que permitem a satisfação desse frenesi:

a) drogas, crimes e violência deve ser controlados/reprimidos, mormente quando se verifica que o romantismo das drogas, presente nos anos 60 e que consubstanciava

em uma contestação política e tentativa de imposição de um modelo de vida mais livre e menos hipócrita e menos sexualmente reprimido, foi substituído pelo mercantilização das drogas, com os grandes traficantes adquirindo poderes muitas vezes maiores com os do Estado

b) o sistema de livre iniciativa e o mercado devem ser controlados de forma a não se perder a perspectiva humana : o mercado deve servir ao homem e não o homem ao mercado. Assiste-se hoje, na verdade, a uma situação inversa : aqueles que não são competentes são descartáveis; todo direito social que entrava o mercado deve ser extinto.

No aspecto do controle do mercado, creio que devo pinçar apenas a atividade de engenharia genética, pois não haveria tempo aqui para apreciar todas as atividades humanas que necessitam ser controladas. Ainda assim, o tema engenharia genética permite várias abordagens, impossíveis de serem feitas agora, o que me força a optar por lançar somente algumas idéias sobre responsabilidade pode danos causados pela atividade.

A questão da fiscalização dos empreendimentos esteve presente na Constituinte de 88, tanto que encontramos o artigo 225 da nossa Carta Política assim redigido:

"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e as futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Pode Público :

(...)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

(...)

Da mesma forma que a energia nuclear foi considerada a solução definitiva para a crise de energia baseada no petróleo, a engenharia genética vem sendo apontada como a atividade mágica que tudo explica: tanto doenças como comportamentos podem ser explicados a partir da disposição dos elementos que formam o DNA o indivíduo. Com efeito, não há um único dia em que a imprensa deixe de publicar alguma nova descoberta no campo médico que se vincula diretamente aos genes humanos.

Entendo, todavia, que da mesma forma que a energia nuclear trouxe malefícios, a engenharia genética também pode trazê-los. Inclusive, como se verifica das Instruções Normativas da Comissão Nacional Técnica de Biossegurança, há pesquisas de alto risco que podem gerar organismos geneticamente alterados patogênicos, devendo a atividade ser realizada em laboratório com alto nível de segurança.

Como visto acima, a Constituição Federal, determina que o poder público **fiscalize** as empresas de manipulação genética, o que a meu ver decorre de :

a) constatação, pelo constituinte, do potencial destrutivo da atividade, especialmente no que toca à possibilidade de alteração do meio ambiente via introdução de organismos geneticamente modificados.

b) visualização de que o denominado **patrimônio genético** de um país constitui riqueza nacional, especialmente em um sistema econômico no qual a informação e o saber fazer impõem-se sobre o sistema fabril.

Regulamentando o dispositivo constitucional, a Lei 8.974/95, em seu **art.** 14, é clara ao prescrever que toda lesão causada ao homem ou ao meio ambiente por ativi-

dade de engenharia genética deve ser indenizada independentemente de culpa do autor do dano, adotando, desta forma, a Teoria Objetiva da Responsabilidade Civil.

Entendo que surge neste momento um elo de ligação entre a Bioética, a Constituição Federal, o Direito Civil e a necessidade que defendi de um controle sempre rígido do movimento do mercado e da atividade de biotecnologia, notadamente quando relembramos que o instituto da responsabilidade civil funda-se no personalismo ético:

> *"O instituto da responsabilidade civil traduz a realização jurídica de um dos aspectos do personalismo ético, segundo o qual ter responsabilidade, ser responsável, é assumir as conseqüências do próprio agir, em contrapartida ao poder de ação consubstanciado na autonomia privada."(Amaral, 1991, p. 596)*

Se discutir Ética é discutir Justiça, debater Bioética é analisar as ações humanas relacionadas com a vida; por conseguinte, analisar a responsabilidade civil por atos vinculados à manipulação da vida (engenharia genética), enquanto manifestação do personalismo ético, enquadra-se no nascente campo do Biodireito, harmonizando-se com nossas preocupações mais atuais.

É neste ponto que entendo a doutrina nacional vai deparar-se com um problema que vem assolando o Direito Civil desde que o legislador optou por adotar a Teoria Objetiva em leis especiais, abandonando a Teoria Subjetiva, baseada na culpa do agente, que é a prevista no Código Civil.

É que junto com as teorias da responsabilidade civil vem o problema da teoria do nexo causal, pouco abordada nas doutrina jurídica por não ter sido a adotada pelo nosso Código Civil.

Antes de iniciar uma abordagem sobre o assunto, necessário recuperarmos o aspecto de prevenção existente no instituto da Responsabilidade Civil, tema na maior parte das vezes esquecido pela doutrina que valoriza apenas a natureza restauradora do instituto, estudando-o somente de forma concreta, enquanto sanção contra ato danosojá ocorrido. O professor Francisco Amaral registra a natureza preventiva da Responsabilidade Civil:

> *"Quanto à sua natureza, a responsabilidade civil é sanção indireta, de função preventiva e restauradora. Indireta porque, na impossibilidade de se restabelecer a situação anterior ao evento lesivo, a lei determina a reparação do prejuízo causado. **Preventiva** porque, como toda sanção, destina-se a garantir o respeito à lei, e restauradora no sentido de que, violado o preceito jurídico e configurado o dano, o infrator se obriga a indenizar o lesado." (Amaral, 1991, p. 596)*

Em Caio Mario da Silva Pereira, encontramos também menção ao elemento psicológico, ou seja, o sentimento de preocupação que é despertado no homem quando sabe que, se causar prejuízo, deverá repará-lo, o que acaba por educá-lo :

> *"Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como **pedagógica**, a que não é estranha a garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar." (Pereira, 1997, p. 11)*

Concluo, portanto que, como no Direito Penal, a possibilidade e a perspectiva de ter de indenizar alguém provoca no indivíduo certa preocupação que se traduz em um comportamento prudente e vinculado às regras do direito.

Retornando ao tema do nexo causal, detecta-se na doutrina grande dificuldade em se definir se as leis especiais que adotaram a Teoria Objetiva da Responsabilidade

Civil o fizeram com base na Teoria do Risco Administrativo ou do Risco Integral, questão de forte importância teórica e prática, pois segundo a doutrina do Risco Integral o responsável não pode escapar da indenização escudando-se no fato da natureza. É minha opinião de que para sairmos deste labirinto e dar uma resposta lógica e, diríamos, dogmática, devemos partir para análise das teorias sobre Nexo Causal, como sugere doutrina mais recente :

> *"Nexo de causalidade - **Essa é a verdadeira questão de fundo envolvida no debate sobre a teoria da culpa e a teoria do risco.** A responsabilidade com base na culpa exige uma relação de causa e efeito entre uma determinada ação e um determinado resultado. A teoria do risco desconsidera esse nexo causal. A ação, da qual a teoria da culpa faz depender a responsabilidade pelo resultado, é substituída pela assunção do risco em provocá-lo. Fica, pois, difícil falar em causalidade. Seria melhor dizer condicionalidade." (Pasqualotto, 1993, p. 454) (nosso grifo)*

Entendemos que, quando nos depararmos com situações fáticas para as quais o legislador reservou a aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva, deveremos, para solucionar o problema jurídico da responsabilização pela indenização, nos valermos não da Teoria da Causalidade Imediata, mas da Teoria da Equivalência das Condições (*conditio sine qua non)* de tal sorte que, exemplificando, se um terremoto atinge uma empresa de Engenharia Genética e um vírus é liberado, causando dano ao homem ou ao meio ambiente, deve a empresa indenizar porque, embora o terremoto (força maior) tenha sido a causa imediata do dano, se a empresa não estivesse ali não teria havido dano. Então, a empresa ter se instalado ali é uma condição para que o evento tenha ocorrido, pois sem a empresa ali dano não haveria.

Partimos do seguinte pressuposto : a Teoria do Nexo Causal adotada pelo nosso Código Civil (artigo 1.060) foi a Causalidade Imediata, ou seja, do Dano Direto e Imediato, segundo a qual não haveria nexo causal entre a atividade de uma empresa e um dano se este fosse causado exclusivamente por um fato da natureza ou por um terceiro alheio a seus quadros funcionais :

> *"Mais importante para nós, por ser a adotada pelo Código, é a teoria que requer haja, entre inexecução da obrigação e o dano, uma relação de causa e efeito, direta e imediata.*
>
> *Nesse sentido, dispõe o Código no seu art. 1060 : Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direta e imediato.*
>
> *É a teoria do Código Napoleão, adotada pelo nosso e por outros códigos." (Alvim, 1972, p. 346)*
>
> *"Das várias teorias sobre o nexo causal, a nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 1.060. (...) Ao legislador, portanto, quando adotou a teoria do dano direto e imediato, repugnou-lhe sujeitar o autor do dano a todas as nefastas conseqüências dos eu ato, quando não ligadas a ele diretamente. Este foi, indubitavelmente, o seu ponto de vista." (Gonçalves, 1995, p.389)*

Ora, a Teoria da Causalidade Direta foi a adotada pelo Código Civil porque o sistema de Responsabilidade Civil adotado por este diploma legal funda-se na Teoria Subjetiva. Com efeito, se todo o sistema do Código Civil, no que se refere à responsabilidade aquiliana, é informado pela necessidade de se apurar a *culpa* do agente agressor, apurando se seu comportamento foi conforme ou não a um modelo que se exige da pessoa no convívio social, como imaginar que uma pessoa, agindo em conformidade com este *"standard"* e dentro da lei, pudesse indenizar? Como conceber, dentro da Teoria da Culpa, que determinada pessoa seja obrigada a reparar um prejuízo que

não tenha decorrido diretamente de um ato seu, especialmente quando este ato não foi o único capaz, por si só, de produzir o evento danoso?

Em contrapartida, na contemporaneidade, quando há muito as legislações esparsas passaram a adotar a Teoria da Responsabilidade Objetiva, necessário que o jurista perceba que outra deve ser a Teoria do Nexo Causal adotada . A meu ver, a Teoria que mais se harmoniza com a Responsabilidade Objetiva, que tem por fim justificar o ressarcimento independentemente de culpa, é a Teoria da Equivalência de Condições, também conhecida como *"condition sine qua non"*:

> *"Causa é fato gerador. Condição é circunstância propícia. O raio que atinge o paiol é a causa da explosão e dos danos conseqüentes. A existência do paiol foi a condição do evento. Se o galpão estivesse vazio, não haveria explosão nem danos. Na responsabilidade objetiva, quem põe a circunstância assume o risco de produzir o resultado." (Pasqualotto, 1993, p. 454)*
>
> *Diz a doutrina nacional :*
>
> *"Portanto, basta que o sujeito tenha realizado uma condição desse resultado para que exista relação causal; um fenômeno é condição de outro quando, suprimindo-o mentalmente, faz-se impossível admitir que o fato conseqüente se teria produzido tal como ocorreu (condição 'sine qua non')". (Cahali, 1996, p. 95)*

Fixado que *condição* é o elemento sem o qual não teria ocorrido o dano, podemos mencionar que alguns juristas já passaram a adotar esta teoria de Causalidade, embora não o afirmem diretamente, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que em seu *"Curso de Direito Administrativo"* (p. 493) assim se refere à Responsabilidade Civil do Estado :

> *"Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do estado, contudo, **é o estado quem produz a situação da qual o dano depende**. Vale dizer : são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano ... servem de exemplo o assassinato de um presidiário por outro presidiário; os danos nas vizinhanças oriundos de explosão em depósito militar em decorrência de um raio; lesões radioativas oriundas de vazamento de central nuclear cujo equipamento protetor derrocou por avalancha ou qualquer outro fenômeno da natureza etc. Com efeito, em todos estes casos o dano liga-se, embora mediatamente, a um comportamento positivo do Estado. Sua atuação é o termo inicial de um desdobramento que desemboca no evento lesivo, incidivelmente ligado aos antecedentes criados pelo Estado."*

E o ilustre administrativista continua:

> *"Em última instância estas hipóteses de danos ora cogitadas não se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo estado. É que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. É o Poder Público que, embora sem ser o autor, compõe, **por ato seu**, situação propícia à eventualidade de um dano.*
>
> *Assim, a explosão de um paiol onde estejam armazenadas munições de guerra, ainda que haja sido provocada por um raio (força da natureza), ensejará **responsabilidade objetiva do Estado** pelos danos causados a pessoas ou bens avizinhados do sinistro.*
>
> *"Cumpre, apenas, esclarecer que a responsabilidade em tais casos evidentemente está correlacionada com o risco suscitado. Donde, se a lesão sofri-*

da não guardar qualquer vínculo com este pressuposto, não haverá falar em responsabilidade objetiva. Então, se os evadidos de uma prisão vierem a causar danos em locais afastados dos prédios onde se sedia a fonte do risco, é óbvio que a lesão sofrida por terceiros não estará correlacionada com a situação perigosa criada por obra do Poder Público."

Observa-se desta citação uma tentativa de se defender a tese da obrigação de indenizar por parte do Estado, ainda quando o dano tenha tido por causa imediata um fato da natureza; todavia, o autor não se preocupa em depurar e defender dogmática e cientificamente a sua tese, optando por simplesmente por dizer que o Estado contribuiu com um ato seu para a ocorrência do dano. Ora, e qual teria sido tal ato, segundo o exemplo de Bandeira de Mello? Só poderá ter sido o ato jurídico de construir um paiol de munições em determinado lugar, primeiramente, e ali fazer funcionar um depósito de munições. Com efeito, se o jurista defende a tese da obrigação do Estado na situação mencionada, está na verdade afirmando que deve ser aplicada a Teoria da Equivalência das Condições e partindo do seguinte raciocínio: se o paiol ali não estivesse, o raio não teria provocado o dano.

Assistimos a idêntica defesa nos juristas que hoje debruçam-se sobre o problema do dano ambiental:

"A responsabilidade objetiva, como já dito, baseia-se na teoria do risco. Nela se subsome a idéia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa, sem dúvida, um risco que o agente assume de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros. O princípio da responsabilidade por culpa é substituído pelo da responsabilidade por risco (socialização dos riscos). Neste passo, limita-se o campo das exonerações possíveis, com a absorção do caso fortuito. ***Com efeito é irrelevante a demonstração do caso fortuito ou da força maior como causas excludentes da responsabilidade civil*** *por dano ecológico." (Gonçalves, 1995, p. 56) (nosso grifo)*

"No dano ambiental, a titularidade da indenização, que há de ser a mais completa possível, repousa na coletividade. Destarte, da mesma forma que a apropriação do bônus decorrente da atividade potencialmente causadora de dano ambiental é feita por quem põe em jogo a atividade, também o ônus dela venha decorrer deve ser por ela arcado, sob a modalidade do ***risco integral****." (Athias, 1993, p. 245) (nosso grifo)*

"Essa interpretação é extraída do sentido teleológico da Lei de Política do Meio Ambiente, onde o legislador disse menos do que queria dizer ao estabelecer a responsabilidade objetiva. Segue-se daí que o poluidor deve assumir todos os riscos que advém de sua atividade, como se isto fora um começo da socialização do risco e do prejuízo ... Mas não só a população deve pagar esse alto preço pela chegada do progresso. O poluidor tem também a sua parcela de sacrifício, que é , justamente, a submissão à teoria do risco integral, ***subsistindo o dever de indenizar ainda quando o dano seja oriundo de caso fortuito ou força maior.***" *(Nery Jr., 1995, p.175) (nosso grifo)*

Vemos nestas citações que os autores optam por atribuir ao Risco a obrigação de indenizar independentemente de culpa. Assim sendo, a partir do momento em que determinada empresa dispõe-se a exercer determinada atividade potencialmente perigosa, passa a assumir o risco pelas conseqüências que dela podem advir, inclusive prejuízos ao meio ambiente e aos seres humanos. Todavia, também entendemos que não é suficiente afirmar que esta obrigação decorre da Teoria do Risco porque haverá

hipóteses em que, mesmo aplicando-se esta Teoria, será necessário apura-se o nexo causal, pois não constitui heresia afirmarmos que mesmo na Teoria do Risco é necessário, para obrigar alguém a indenizar outrem, demonstrarmos o nexo de causalidade entre ato e dano, exceto se defendermos a aplicação da chamada Teoria do Risco Integral, na concepção que lhe deu Hely Lopes Meirelles, como visto acima.[232] A doutrina já percebeu a contradição existente no defender a necessidade de nexo causal e rejeitar o caso fortuito como excludente de responsabilidade, pois o evento externo rompe o nexo causal segundo a Teoria do Dano Direto e Imediato:

> *"Alguns autores, como Sérgio Ferraz, defendem a atenuação da exigência do nexo causal na responsabilidade objetiva. Ele seria presumido da potencialidade de uma determinada atividade para a produção de um dano, invertendo-se o ônus da prova contra o demandante. Mas atenuar uma exigência não significa dispensá-la. Se o demandado provar caso fortuito ou força maior, conseguirá a exoneração. Daí a crítica de Mário Moacyr Porto, dirigida a Paulo Affonso Leme Machado e Nelson Nery Júnior, classificando de contraditória a afirmativa desses autores, que incluem o nexo causal como um dos pressupostos da responsabilidade objetiva, mas não admitem o caso fortuito e a força maior como causas de sua exclusão. Sendo a força maior definida como acontecimento imprevisível, irresistível e exterior ao evento danoso, se constituirá, sempre, em excludente de causalidade." (Pasqualotto, op. cit. p. 455).*

Por sua vez, Yussef Said Cahali ("Responsabilidade Civil do Estado", 2. Ed., p. 31):

> *" Mas, se há consenso dos autores e na jurisprudência quanto a entender que o Direito Brasileiro, através da repetitiva regra constitucional, adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, manifesta-se, contudo, profunda discórdia quanto à extensão do conceito de responsabilidade objetiva, exatamente em função da teoria que deve servir-lhe de fundamento."*

Como mencionei acima, a confusão reinante entre os conceitos de risco administrativo e risco integral somente pode ser resolvida a partir da análise do nexo causal. Desta maneira, se a responsabilidade somente se der quando o dano tiver decorrido de um fato objetivo e imediato em relação a ele, estar-se-á adotar a teoria do risco administrativo. Ou seja, esta doutrina é regida, no que respeita ao elo causal, pela teoria da causalidade adequada. Por exemplo, se um terremoto, fato inédito no Brasil, imprevisível e inevitável, provoca rompimento de uma barragem de uma lago de uma usina hidrelétrica pertencente ao Estado, acarretando inundações e danos a propriedades vizinhas, não é o Estado responsável pela recuperação dos prejuízos porque a causa imediata do sinistro foi o terremoto, evento de força maior, e não a atividade desenvolvida pela usina. Se, por outro lado, entendermos que a responsabilidade estatal origina-se do simples fato da administração pública exercer uma atividade e apurando-se, descobre-se que esta foi uma das condições que deu lugar ao evento danoso, ou seja, foi também causa, embora mediata, do sinistro, devendo, por isto, o Estado indenizar os prejudicados, estaremos diante de uma tese baseada, no que se refere ao liame causal, na teoria da equivalência das condições, ou seja, estar-se-á sustentando que todas as condições que conduzem a um resultado são a causa deste resultando, não importando que sejam mediatas ou imediatas.

> "Portanto, basta que o sujeito tenha realizado uma condição desse resultado para que exista relação causal; um fenômeno é condição de outro quando, suprimindo-o mentalmente, faz-se impossível admitir que o

[232] "Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima."(Meirelles, 1990, p. 548)

fato conseqüente se teria produzido tal como ocorreu (condição sine qua non)". *(Cahali, 1996, p. 95)*

Em recente artigo, Álvaro Villaça Azevedo propõe uma depuração mais aperfeiçoada, embora ainda não suficiente:

> *"Para que melhor possamos entender a responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco, tenho proposto sua subdivisão em duas novas categorias : pura e impura.*
>
> *Assim entendo porque a responsabilidade objetiva, como vem regulada no Código Civil tem, ainda, muito apego à teoria da culpa.*
>
> *A responsabilidade objetiva impura tem, sempre, como substrato a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador.*
>
> *A responsabilidade objetiva pura implica ressarcimento, ainda que inexista culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Neste caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina. Nesta hipótese, portanto, não existe direito de regresso, arcando o indenizador, exclusivamente, com o pagamento do dano.*
>
> *Assim, por exemplo, se, por um fato jurídico (tufão), um recipiente de ácido (instalado com toda a segurança) é arrastado a um rio, causando danos ecológicos, a obrigação de indenizar existe, como também por ato lícito, de uma empresa poluente, que está autorizada à sua atividade, dentro de certos parâmetros, controlados por órgãos públicos. Por exemplo, empresa poluidora , fiscalizada pela CETESB - Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Defesa do Meio Ambiente.*
>
> *(...)*
>
> *O mesmo acontece, relativamente aos danos causados por atividades nucleares, como se assenta no art. 4º. da Lei nº 6.453, de 17.10.77 : 'Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear', nas situações previstas nos incisos desse mesmo dispositivo legal."(Azevedo, 1993, p. 10): Editora RT.*

Embora Villaça apresente uma bem definida e interessante separação entre a Responsabilidade Civil Objetiva presente no Código Civil (art. 1.521 e seguintes) e aquela constante das leis especiais, ainda não se refere ao problema do nexo de causalidade, acreditando bastar o legislador dizer que a empresa é obrigada a indenizar independentemente de culpa para que fique claro dever ressarcir também os prejuízos decorrentes de fato da natureza.

Não entendemos desta forma. Para nós, a expressão *"independentemente de culpa "* ou mesmo *"a responsabilidade será objetiva"* não é suficiente para concluirmos que o empreendedor deva indenizar sob qualquer hipótese, sem valer-se de excludentes de responsabilidade. Se assim fosse, a culpa exclusiva da vítima não seria uma excludente quando, na verdade, em nenhum doutrinador pesquisado encontramos tal extremada posição. Neste aspecto, inclusive, o únicos diplomas legais que mencionam a culpa da vítima (Código de Defesa do Consumidor e Lei de Atividades Nucleares) o fazem para considerá-la uma excludente da responsabilidade.

Poder-se-ia argumentar que basta dizer que a Responsabilidade Objetiva fundamenta-se na Teoria do Risco, de tal forma que, se uma empresa dispõe-se a iniciar uma atividade lucrativa e arriscada, sujeita-se aos bônus e também aos ônus, dentre os quais estaria a sua obrigação de indenizar se qualquer prejuízo causasse com sua atividade. Ora, esta linha de raciocínio não é suficiente para justificar a obrigação legal desta empresa indenizar acidentes que tenham decorrido de fato da natureza,

pois este sempre foi uma típica excludente de responsabilidade. Com efeito, o fato natural rompe o nexo causal entre ação da empresa e evento danoso, passando a ser, ele próprio, a ação causadora do acidente.

A única maneira de se justificar a responsabilidade da empresa, então, é demonstrar que o legislador ao votar uma lei que obriga empresas a indenizarem independentemente de culpa, além de adotar da Teoria Objetiva da Responsabilidade e a Teoria do Risco, opta por uma outra Teoria do Nexo Causal; ou seja, o legislador abandona a Teoria da Causalidade Adequada que é a do Código Civil, típica da Responsabilidade Subjetiva, para adotar a Teoria da Equivalência das Condições (*condition sine qua non*), mais apropriada para a Responsabilidade Objetiva, por ser a que mais se adapta ao interesse social de imputar responsabilidades às empresas mesmo se o acidente tiver sido causado, imediatamente, por um fato natural.

Arnoldo Medeiros da Fonseca, em 1958, já apontava hipóteses em que a pessoa deve indenizar mesmo que o sinistro tenha sido causado por um caso fortuito :

> *"A responsabilidade pelo fortuito também existirá quando a lei claramente a estabelecer. Já vimos que, em certos casos de responsabilidade objetiva, esta não chega a tanto (ns. 121 e 123 supra).Todavia, em outros casos, a lei é mais rigorosa; e o agente não se libera nem mesmo provando a inevitabilidade do evento causador do dano.*
>
> *É o que se verifica, por exemplo, nos casos de acidentes de aeronave em vôo, em favor de estranhos que se encontrem na superfície do solo. Pelo cód. brasileiro do ar, a responsabilidade civil amplia-se ou degrada-se, segundo se trata de terceiros, de cargas ou de passageiros. Qualquer dano causado por uma aeronave em vôo ou manobras, de partida ou de chegada, dá direito à reparação, só se atenuando ou excluindo essa responsabilidade por culpa do lesado (art. 97) (...) em relação aos passageiros, a responsabilidade por morte ou lesão corporal é, porém, condicionada sempre à prova de que o acidente decorreu de defeito da aeronave ou culpa da tripulação (art. 83).*
>
> *(...)*
>
> *Assim, no primeiro caso, não se tem de indagar se o dano ocasionado, v.g., pela queda da aeronave, foi devido a defeito do aparelho, à culpa do piloto ou a força maior. Existe a mais ampla responsabilidade objetiva, estando, aliás, esse princípio adotado no art. 2º da convenção de Roma, aprovada na 3ª conferência de direito privado aéreo:* ***o caso fortuito não exonera****. (Medeiros, 1972, p. 181)*

Dúvida não resta, então, que o nexo causal, na teoria do risco, não é o mesmo que na teoria da culpa. Se a condicionalidade não puder ser o sucedâneo de causalidade, a causa terá de voltar à velha teoria de Von Buri, da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non* : tudo o que concorre para a ocorrência do evento é causa do dano; ou é causa todo fato sem o qual o evento não se produziria. Fica eliminada a diferença entre causa e condição, conforme a reformulação de Von Lizt. As condições são concausas. (Pasqualotto, op. cit. p. 455)

Como se sabe, a decisão de se adotar essa teoria da causalidade tem um inconveniente sério : a possibilidade de regressão ao infinito à procura das causas. Neste aspecto, é relevante a contribuição do Direito Penal :

> *"Como bem adverte Nelson Hungria, sem o pressuposto da culpa, haveria o que se denomina o regressus ad infinitum, eis que seriam responsáveis pelo resultado não só o agente que o provocou diretamente, mas*

todos quanto houvessem concorrido física e materialmente para o evento. E nesse caso, no caso de homicídio, por exemplo, seriam responsáveis não só o agente que disparou tiros na vítima, causando-lhe a morte, como, também, o comerciante que vendeu a arma e seu fabricante, o usineiro do aço etc." (Dutra, 1969, p.27)

Ocorre que há definitiva diferença entre o Direito Penal, que não admite a responsabilidade objetiva - só há responsabilidade subjetiva, com o agente respondendo apenas por culpa ou dolo - e o Direito Civil ramo do Direito que, na Lei de Biossegurança e em outras, admite a Teoria Objetiva, de tal sorte que não se pode utilizar o elemento culpa para obstar o prosseguimento da cadeia causal até o infinito.

Onde buscar a solução ? Na própria Lei de Biossegurança? É que este diploma, em seu art. 14, como vimos, usa, primeiramente, a expressão *"independente da existência de culpa"* - o que significar a adoção da Teoria Objetiva plena, pois não fala em *independente da* ***prova*** *de culpa* - e depois *"[é o autor obrigado] a indenizar ou reparar os danos causados [ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade]."*

Assim, à primeira vista :

1º) só quem for autor do dano é que está obrigado a indenizá-lo;

2º) no caso fortuito não há autor, pois é o fato da natureza quem causa o dano.

Entendemos que esta não é a melhor interpretação da lei e nem a que mais se harmoniza com os princípios da Bioética, inclusive mencionados no próprio texto da Lei nº 8.974/95.

Com efeito, excluir a responsabilidade da empresa quando o dano é causado por fato da natureza é ir na direção contrária à da moderna concepção de Responsabilidade Civil e permitir que uma atividade que manipula a vida possa ser tida como menos perigosa do que a nuclear ou a poluidora, pois se tanto a Lei nº 6.453/77 (que regulamenta as atividades nucleares) quanto a Lei nº 6.938/81 (que trata da Política de Meio Ambiente) abrigam em seu texto a obrigação de indenizar mesmo por fato da natureza, como imaginar que a norma legal que versa sobre engenharia genética permita tal isenção?

Como se verifica dos artigos 4º e 8º da Lei nº 6.453/77, o *operador nuclear* é o responsável por indenizar danos causados por fato da natureza, exceto se excepcional, o que significa dizer que o Poder Legislativo abandonou a Teoria do Nexo Causal adotada pelo Código Civil. Com efeito, se a lei diz que "o operador" é o responsável pela indenização dos prejuízos mesmo em se tratando de acidente cuja causa imediata e direta tenha sido um fato da natureza, resta claro que adotou-se a Teoria da Equivalência das Condições, considerando-se "autor" o operador, quando, segundo o Código Civil, o "autor" teria sido o fato da natureza.

Da mesma forma procedeu o legislador quando impôs à empresa poluidora obrigação de reparar dano mesmo se o acidente tiver decorrido direta e imediatamente da fato da natureza, conforme se conclui da análise dos artigos 3º, inciso IV, que define "poluidor" como aquele responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental e 14, parágrafo primeiro, que impõe obrigação de indenizar, independentemente de culpa. Com a redação escolhida pelo legislador, tem-se certo que se de qualquer modo houver ligação entre dano e atividade do agente, este é considerado o "poluidor", o que, por sua vez, significa dizer que, como bem explícito na lei em tela, basta haver nexo causal indireto ligado à atividade do agente. Desta forma, mesmo se o acidente houver tido como causa direta e imediata um fato da natureza, a empresa responderá pelos prejuízos, pois há um liame indireto - e suficiente - que é a sua atividade, aplicando-se a teoria da equivalência das condições. Caso ficássemos presos à visão proposta pela Teoria da Causalidade Direta e Imediata, concluiríamos que, em um caso de acidente ambiental derivado de um raio que incidisse sobre um

navio, liberando óleo no mar, o "poluidor" seria na verdade este fato natural, ou seja, o agente ou autor (aquele que age, que atua) seria não a empresa transportadora do petróleo, mas sim o raio, conclusão coerente também no que se refere a danos nucleares ocasionados por fato da natureza. Como sustentar, então, a responsabilidade das empresas? A única resposta possível é a de que o Legislativo quis impor às empresas o dever de reparar danos decorrentes de situações nas quais as suas atividades tenham sido condição *sine qua non* para ocorrência do dano, o que, por sua vez, demonstra que para o Legislador, em certos casos expressamente previstos em normas especiais, causa é igual a condição. Assim sendo, estar a empresa instalada em determinado local desenvolvendo atividades é causa do evento danoso e, sendo causa, é a empresa autora.

Diante do exposto, parece-me lícito concluir que quando o art. 14 da Lei nº 8.974/95 determina que "o autor é obrigado a reparar os danos afetados por sua atividade", está-se a adotar a Teoria da Equivalência das Condições, sendo "ação" para a lei a atuação da empresa e não o elemento que tenha direta e imediatamente provocado o prejuízo.

Esta hermenêutica parece razoável mormente se consideramos que a lei usa a expressão, "afetados por sua atividade" o que, a nosso ver, significa dizer que basta haver um liame indireto entre atividade e dano. Melhor dizendo, a *ação*, como elemento essencial da responsabilidade civil, é o *desenvolvimento da atividade de engenharia genética* e não, por exemplo, a ação danosa ligada direta e imediatamente ao dano ocorrido.

Esta interpretação coaduna-se com a necessidade de se respeitar o Princípio Bioético da Beneficência e o da Justiça, não sendo ético, ou bioético, admitir que a ecologia e a vida sejam lesionadas sem que exista um responsável legal.

A conhecida inconveniência da Teoria Causal aqui adotada - o regresso ao infinito - será afastada pelo prudente arbítrio do magistrado. De fato, nenhuma das Teorias é imune a críticas e somente podem ser aceitas se combinado o rigor técnico conceitual com o temperamento do Judiciário que, à luz de cada caso, atribuirá a este ou àquele elemento uma maior ou menor importância para desfecho do acidente:

> *"Em suma, pensamos que, das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou a do dano direto e imediato, o que, aliás, é indiscutível, porque está expresso no art. 1.060 e, das várias Escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à conseqüência necessária, não obstante as suas deficiências, que a rebeldia de certos casos práticos põe a descoberto.*
>
> *Ainda que demos preferência a certa fórmula,* ***ela há de ser bastante elástica, de modo a dentro dela caberem e se ajeitarem os casos em que se recomenda a eqüidade.*** *" (Alvim, 1972, p. 372 - grifo não é do original)*

Mais recentemente, provando que o problema atravessa o tempo, Caio Mario da Silva Pereira ensina que:

> *"Não obstante o enunciado de fórmulas e regras atinentes à determinação do nexo causal, não se pode deixar em olvido a recomendação de De Page, quando adverte que elas não devem ser aplicadas de maneira cega e automática (...)* ***Ao juiz cabe proceder "cum arbitrio boni viri", sopesando cada caso na balança do equilíbrio, do bom senso e da eqüidade.*** *" (Pereira, 1995, p. 82 - grifo não é do original)*

A atribuição ao juiz de poderes para criar ou escolher a regra aplicável a cada caso, embora possa parecer aos olhos do jurista positivista, acostumado a fórmulas gerais e totalizantes presentes nas grandes codificações do século passado, como elemento de instabilidade do sistema, consolida-se como única alternativa possível para aplicação do Direito nesta sociedade pluralista e complexa onde vivemos e na qual o desenvolvimento tecnológico impede que o legislador acompanhe e defina a solução para todos os casos novos e diferentes que surgem a cada instante.

Eram estas as minhas contribuições ao debate.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roberto. *Bioética e biodireito: saberes que se interpenetram*. Revista Humanidades. USP.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo, saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. *Direito civil brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

___. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 121, janeiro/março, Brasília, Senado federal, 1994.

ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio ambiente. In: BENJAMIM, Antônio Hermam .(Org.). *Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão*. São Paulo, RT, 1993.

AZEVEDO, Álvaro Villaça . Proposta de Classificação da responsabilidade objetiva : pura e impura. In: *Revista dos Tribunais*, vol 698, dezembro 93, São Paulo : Editora RT, 1993.

BARCELONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. São Paulo, Ícone, 1995.

BENJAMIM, Antônio Herman. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In : BENJAMIM, Antônio Hermam (Org.). *Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão*. São Paulo, RT, 1993.

BERLINGUER, Giovanni & GARRAFA, Volney. *O mercado humano : estudo bioético da compre a venda de partes do corpo*. Brasília, UNB, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades perigosas*. São Paulo, RT, 1985.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. São Paulo, Malheiros, 2. ed, 1995.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. São Paulo, Max Limonad, 1995.

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In : PESSINI, Leo & BARCHIFONTAINE, Christian (org). *Fundamentos da bioética*. São Paulo, Paulus, 1996.

CRETELLA JR, José. *O estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo, Saraiva, 1980.

DIMENSTEIN, Gilberto. *A culpa é da genética*. Editoria: MUNDO Página: 1-26 Edição: Nacional Mar 17, 1996 Seção: AMÉRICA Arte: ILUSTRAÇÃO)

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 7º vol : responsabilidade civil. São Paulo, Saraiva, 1993.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Privilégios de invenção, engenharia genética e biotecnologia*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

___. *Primeiras patentes de invenção de animal superior e a proteção legal de embriões*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

DOYLE, John & PERSLEY, Gabrielle. *Enabling the safe use of biotechnology*. ESD, serie 10, Banco Mundial, Washington (EUA), 1996.

DUTRA, Mario Hoeppner. *Relação de causalidade*. Revista dos Tribunais, set/69, vol. 407, São Paulo, RT, 1969.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo, Perspectiva, 1991.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

FIORILLO, Celso A. Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abrlha. *Direito Ambiental e patrimônio genético*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo, Saraiva, 1989.

___. *Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 3ª ed, 1972.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Lisboa, Edições 70, 1994.

HOTTOIS, Gilbert. *Le paradigme bioéthique*. Bruxelas, De Boeck Université, 1990.

HÜHNE, Leda Miranda (org.). *Metodologia científica*. 5ªed. Rio de Janeiro, Agir, 1992 .

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires, Bosch, 1951.

KURZ, Josef. A biologização do social. *Folha de São Paulo*, 07/07/96, caderno MAIS, p. 7, tradução de José Marcos Macedo).

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo, RT, 1995.

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. 1938.

MARX, Karl. *Método da economia política, in: Contribuição para a crítica da economia política*. Lisboa, estampa, 1971.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao Direito*. Lisboa, Moraes editores, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo, RT, 15. Ed, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 5 ed, 1995)

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Lisboa, Caminho, 1987.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra editora. Coimbra. 3ª ed. 1985.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo, 1988.

PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental : considerações de ordem material e processual. In : BENJAMIM, Antonio Herman (Coord). *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo, RT, 1993, p. 454

PENA, Sérgio Danilo. *Conflitos paradigmáticos e a ética no Projeto Genoma*. In; Revista da USP, São Paulo, vol 24, dezembro/fevereiro 1994/95.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. vol III. Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed, 1990.

___. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Forense, 6. Ed, 1995.

PESSANHA, José Américo. *Filosofia e modernidade: racionalidade, imaginação e ética*. in : cadernos ANPed nº 04, Porto Alegre, Associação Nacional de Pedagogia, 1993.

PESSINI, Leo & BARCHIFONTAINE, Christian. *Fundamentos da bioética*. São Paulo, Paulus, 1996.

___. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo, Edições Loyola, 2 ed, 1994.

PLANIOL, Marcel, RIPERT, George & ESMEIN, Paul. *Traité pratique du droit civil français*. 2ª ed, vol VI, Paris.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte geral, tomo II. São Paulo, Forense, 4ª ed, 1983.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo, Martins, 1940.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada concepção: nascendo in vitro e morrendo in machina*. São Paulo, Acadêmica, 1993.

SGRECCIA, Elio. Engenharia genética : problemas éticos. In : LADUSÃNS, Stanislavus. *Questões atuais de bioética*. São Paulo : Loyola, 1990.

SOARES, Denise Souza. *A biotecnologia e o jurista*. Boletim COAD/ADV. Setembro de 1990.

SOLIS, Dirce. in *Metodologia Científica*, HÜNE, Leda (org.).. 5ª, Rio de Janeiro, Agir, 1992 .

SOLOMON, Décio Vieira. *Como fazer uma monografia*. Belo Horizonte, Interlivros.

SOUZA SANTOS, Boaventura. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo, Cortez, 1995.

___. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de janeiro, Graal, 1989.

TOMASIN, Daniel. *Questions d'assurance*. Paris. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1994.

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. São Paulo, RT, 11 ed, 1994.

VII - O MERCOSUL ATRAVÉS DE UMA PERSPECTIVA ECONÔMICO-JURÍDICA

Maristela Basso[*]

1 - INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, os Estados passaram a conviver numa verdadeira comunidade jurídica organizada, chamada "Comunidade Internacional". Os resultados militares, políticos, econômicos e sociais da IIª. Guerra levaram os Estados a se darem conta de que não auto-suficientes e que os entraves do subdesenvolvimento somente serão superados com a cooperação e integração dos povos, que se concretiza através da intensificação das relações internacionais.

Neste contexto, o direito internacional adquire novos contornos e toma impulso a disciplina das relações internacionais, haja vista que o surgimento da "Comunidade Internacional" traz consigo técnicas de desenvolvimento do direito até então ignorados, exigindo que nossas universidades revisem seus currículos acadêmicos a fim de satisfazerem as novas necessidades. Os movimentos ocorridos, principalmente, na década de oitenta e já no começo da de noventa, como, por exemplo, a queda do muro de Berlim, a democratização do Leste Europeu, a revisão do comunismo, a perestroica soviética, a abertura chinesa, a reunificação alemã, o fim da Guerra Fria entre as grandes potências, o Mercosul, o NAFTA, a União Européia, demonstram o grande impulso sofrido pelo direito internacional e as modificações que esse acarreta nas ordens jurídicas e econômicas dos Estados.

A intensificação das relações entre os Estados fica caracterizada pelo grande número de tratados e acordos internacionais que, como hoje, jamais existiram em número tão expressivo.

As organizações internacionais, de vocação universal regional, tomam impulso após a 2ª. Guerra e vêm se expandindo com tamanha força a ponto deste século ser denominado "século das organizações internacionais" ou da "valorização da humanidade". A Consciência por parte dos Estados da sua não auto-suficiência e a coexistência de uma multiplicidade de Estados independentes, foram indispensáveis para o surgimento dessas organizações, dai porque não podemos falar delas nas

[*] Professora-Doutora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Idades Antiga e Média, ainda que idéias acerca de um sistema embrionário de cooperação, que fosse capaz de transcender os interesses da *polis* e do império, tenham proliferado na Idade Antiga, através de Pierre Dubois (1306), Kant (1795), dentre outros.

A primeira grande organização internacional foi a Liga das Nações (1919-1939) que possuiu uma estrutura jurídica semelhante à da Nações Unidas de hoje. Depois dessa, tivemos a ONU (1945) e a OEA (1948), que possuem fins gerais e são, basicamente, políticas.

Além dessas organizações tradicionais, o pós IIª. Guerra dá origem a outro fenômeno dignificante: as organizações de cooperação e integração econômica. A primeira delas, criada pelos Europeus, foi a OECE - Organização Européia de Cooperação Econômica, conhecida hoje como OCDE - Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, da qual fazem parte, atualmente, outros países além dos Europeus. Graças ao trabalho da OECE na recuperação dos seus países membros, os europeus, em 1951, criaram a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CEGA), e, em 1957, a Comunidade Européia (CE) e a Comunidade Européia da Energia Atômica (CEEA), hoje fundidas na expressão União Européia, após o Tratado de Maastricht de 1992.

Tal fenômeno também se fez sentir em outros Continentes. Surgiram, para citar como exemplo, a Organização Para a Unidade Africana (OUA) e o Conselho de Ajuda Mútua Econômica (CAME ou COMECON), dos países do Leste Europeu. Com esse espírito, em 1960, foi criada a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), substituída, em 1980, pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). Além dessas, pode-se dizer que as mais importantes no Continente Americano, hoje, são o Grupo Andino, a Área de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul).

A evolução do conceito clássico de soberania, aliada à concepção de que o desenvolvimento dos Estados depende da cooperação e integração, ou seja, do não isolacionismo, corroboraram para o surgimento dos blocos que hoje redefinem os contornos do cenário mundial. Esses blocos, quando juridicamente constituídos através de tratados internacionais, recebem o nome de organizações internacionais, que são regidas pelo direito internacional, e repercutem consideravelmente nas ordens internas dos Estados.

Examinaremos aqui o que representa o Mercosul, como bloco econômico, e quais são seus efeitos econômicos e jurídicos nos países membros, através de uma perspectiva presente e futuro.

2 - O CONTEÚDO E ALCANCE DO TRATADO DE ASSUNÇÃO E DO PROTOCOLO DE OURO PRETO:

O Tratado de Assunção, conhecido como o Tratado do Mercosul, foi celebrado em 26 de março de 1991, entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, entrou em vigor em novembro do mesmo ano, e está aberto a adesão de qualquer outro Estado membro da ALADI[233]. Representa um passo inovador no processo de cooperação e integração latino-americana e insere-se, perfeitamente, dentro da realidade atual de formação de blocos econômicos entre países de uma mesma sub-região que buscam uma melhor posição no comércio mundial, através do acesso à novas tecnologias, da formação de parcerias empresariais e aumento das exportações.

[233] 'Por essa razão, o Chile já celebrou acordo com os países do Mercosul visando sua entrada gradual no Bloco. A Bolívia, também, já formalizou pedido de ingresso.

Devemos entender o Tratado de Assunção como um tratado fundacional, no qual os quatro países integrantes declararam a intenção de constituir, no futuro, entre eles um "mercado comum", denominado de "Mercado Comum do Sul" ou "Mercosul", e fixaram a data de 31 de dezembro de 1994 para então decidirem sobre a estrutura institucional definitiva da organização Mercosul, suas atribuições e sistema de tomada de decisões.

Da entrada em vigor do Tratado de Assunção até dezembro de 1994, vivemos o chamado " período de transição ", que se encerrou com o Protocolo de Ouro Preto, celebrado entre os quatro países em 17 de dezembro de 1994[234], incorporado à ordem jurídica brasileira, definitivamente, através do Decreto n. 1.901, de 9 de maio de 1996[235].

Até a entrada em vigor do Protocolo de Ouro Preto, considerado documento adicional ao Tratado de Assunção, dois órgãos foram incumbidos da responsabilidade de trabalhar para a constituição do Mercado Comum do Sul: o Conselho do Mercado Comum e o Grupo do Mercado Comum, esse último, atualmente, é assessorado por dez Subgrupos de Trabalho nas áreas prioritárias para a integração. Ambos são órgãos intergovernamentais, cujas decisões são tomadas por consenso entre os representantes dos Estados.

Ressalta-se que a grande inovação trazida pelo Protocolo de Ouro Preto, é o fato de que esse concede ao Mercosul personalidade internacional. No que concerne à estrutura orgânica definitiva apresentada, o Protocolo consolidou os órgãos que já existiam e acrescentou à estrutura orgânica outros, a saber: a Comissão de Comércio, a Comissão Parlamentar Conjunta[236], o Foro Consultivo Econômico Social. Hoje cinco são, portanto, os órgãos do Mercosul: os dois primeiros que já existiam, com a finalidade de buscar os objetivos trancados pelo Tratado de Assunção, acrescidos dos três últimos disciplinados no Protocolo de Ouro Preto. A Secretaria já existia, consolidando-se, definitivamente, com sede em Montevidéu, a partir do referido Protocolo.

Todos os órgãos referidos, com exceção do Foro Consultivo Econômico e Social[237], são formados por representantes dos governos.

3 - O MERCADO COMUM COMO FENÔMENO ECONÔMICO

Todo processo de integração econômica como este que se pretende no Cone Sul passa, necessariamente, pela cooperação econômica. Não é possível a integração, que se concretiza com a consolidação do "mercado comum", sem um processo de cooperação econômica que o anteceda e prepare. Assim foi na Europa e assim será em qualquer agrupamento sub-regional.

[234] Previa o Tratado de Assunção, art. 18, que a 31 de dezembro de 1994, os Estados-partes convocariam uma reunião extraordinária com o objetivo de determinar a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do Mercado Comum, assim como as atribuições específicas de cada um deles e seu sistema de tomada de decisões.

[235] Publicado no D.O.U., em 10 de maio de 1996, seção 1, p. 8009 e ss.

[236] Esse órgão já existia informalmente e fazia o elo de ligação entre o Conselho e o Grupo do Mercosul e os Parlamentas nacionais. O Protocolo de Ouro Preto apenas lhe conferiu caráter definitivo incorporando-o à estrutura orgânica definitiva do Mercosul.

[237] Esse é o órgão de representação dos setores econômicos e sociais e é integrado por igual número de representantes de cada Estado-parte. Tem função consultiva e se manifesta mediante recomendações ao Grupo do Mercado Comum.

Um processo de cooperação pode chegar a uma integração, mas não necessariamente.

Vejamos isso melhor.

Vários são os níveis de colaboração econômica multilateral que podem aproximar os Estados:

Etapas de Cooperação Econômica:

1ª) Zona de Livre Comércio: implica a eliminação e ou redução das taxas aduaneiras e restrições ao intercâmbio.

Ex.: NAFTA - North American Free Trade Area;

2ª) Zona de União Aduaneira ou Alfandegária: implica o livre comércio e o estabelecimento de uma tarifa externa comum -TEC.

Ex.: Grupo Andino;

Etapas de Integração Econômica:

3ª) Zona de Mercado Comum: implica o livre comércio, a união aduaneira e mais a livre circulação de pessoas, serviços, bens, mercadorias e capitais.

Ex.: CEE depois de dezembro de 1992;

4ª) Zona de União Política e Econômica: implica o mercado comum, além de um sistema monetário comum, uma politica externa e de defesa comuns.

Ex.: União Européla com a ratificação do Tratado de Maastricht, ou Tratado da União - prevista para 1997, ou, no mais tardar, 1999;

5ª) Zona - Confederação: implica a união política e econômica mais a unificação dos direitos civil, comercial, administrativo, fiscal, etc.

Em cada um desses níveis, ou estágios, de colaboração os Estados vão renunciando a parcelas sempre maiores de suas competências soberanas, que são transferidas às instituições, ou órgãos, que trabalham para a integração, que as deterão de forma exclusiva e irreversível.

Quando o Tratado de Assunção faz referência expressa à intenção dos signatários de criar um "mercado comum", deixa claro que os Estados, mais do que uma cooperação econômica, buscam uma integração. Isto é, a livre circulação das pessoas, bens, serviços e capitais[238] (arts. 1 e 5 do Tratado). O que se evidencia, em 1994, com o Protocolo de Ouro Preto, em cujo preâmbulo são reafirmados os princípios e objetivos contidos naquele

[238] A expressão fatores produtivos utilizada no art. 1 do Tratado de Assunção significa pessoas e mão-de-obra.

Precisamos considerar que, se o estabelecimento das zonas de "livre comércio" e "união aduaneira" não exigem grandes inovações jurídicas, o mesmo não podemos afirmar no que concerne à implementação de um "mercado comum". Além das alterações econômicas acima referidas[239], esse último exige, fundamentalmente:

1) a revisão do conceito clássico de soberania;

2) a definição da validade e eficácia do direito internacional e do direito comunitário (o originado do mercado comum) frente ao direito interno (nacional);

3) a criação de órgão ou órgãos supranacionais.

4 - OS EFEITOS JURÍDICOS DO MERCADO COMUM

Quando iniciamos o estudo dos efeito jurídicos de um "mercado comum", precisamos ter presente a distinção entre direito internacional e direito comunitário, porque vêm muitas vezes confundido e empregados como sinônimos

O direito internacional é aquele que estudamos nas faculdades de Direito. Tem como base o consentimento dos Estados. É, portanto, um direito que resulta do esforço intergovernamental. Tem como principais fontes os tratados e os costumes internacionais, fundamentalmente. Os primeiros, para se tornarem obrigatórios, precisam da aprovação dos parlamentos (nacionais), e os segundos dependem da prática reiterada dos Estados.

O direito comunitário, ou direito da integração, é aquele que vamos estudar nas faculdades de Direito e que os europeus já estudam. Esse nasce e se desenvolve nas zonas de "mercado Comum", dos processos de integração e formação de blocos econômicos de Estados, através dele os Estados conseguem transformar seus mercados nacionais num único e compartilhado mercado, denominado de "mercado comum". É um direito dotado de autonomia científica, não é nem direito internacional clássico nem direito interno. Sua característica essencial é a supranacionalidade, haja vista que não tem sua origem no consenso, mas na maioria qualificada dos seus membros.

Assim, criar um "mercado comum" implica o surgimento de um novo direito: o comunitário, ou da integração. O "mercado comum", portanto, além dos efeitos econômicos que gera, altera profundamente a estrutura jurídica interna e tradicional dos ordenamentos jurídicos dos Estados partes - compromete a estrutura do edifício jurídico clássico.

4.1. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

Sempre que nos propomos a estudar o tema em análise, tomamos como exemplo a longa experiência européia por ser a União Européia, hoje, o único "mercado comum" em pleno funcionamento. Dai porque é considerado por todo investigador, tanto dos aspectos econômicos quanto jurídicos, como referencial.

[239] Prevê o Tratado de Assunção o compromisso dos Estados em adotar uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais. Além da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transporte e comunicações e outras que se acordem, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-partes (art. 1). De acordo com o art. 4, do mesmo Tratado, os Estados se comprometem no sentido de coordenarem suas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

O direito comunitário, é importante que se diga, não é "um direito revolucionário, subvertedor de convicções jurídicas seculares", com diz Jorge Fontoura[240] e, mas sim o resultado das necessidades que decorrem de um processo de constituição de um "mercado comum". Suas principais características são:

1) Autonomia: o mercado comum traz um referencial novo -um território comunitário, integrado, sem que com isso tenhamos um direito novo, mas sim um espaço jurisdicional novo. O direito comunitário vai nascendo autonomamente. Na experiência européia, representa um aparato jurídico particular, distinto dos ordenamentos jurídicos nacionais, bastante em si mesmo com sua própria eficácia e desenvolvimento.

Na Europa, são três os grupos de normas comunitárias:

Primeiro Grupo: Normas contidas nos tratados que deram origem à integração: Tratado CECA- Comunidade Européla do Carvão e do Aço (1951); Tratado EURATOM - CEEA- Comunidade Européla da Energia Atômica (1957), Tratado CE - Comunidade Européla (1957); mais recentemente, Ato Único Europeu (1987) e Tratado de Maastricht ou Tratado da União - UE (1992-3);

Segundo Grupo: Normas que compõem o ordenamento jurídico dos órgãos comunitários encarregados de fazer a integração. São as normas *interna corporis,* formadoras do direito administrativo intracomunitário;

Terceiro Grupo: Normas elaboradas pelos órgãos comunitários, no limite das competências concedidos pelos tratados institutivos, e que se destinam aos Estados partes.

2) Efeito Impositivo: As normas comunitárias são obrigatórias, e isso fica evidente nas decisões da Corte de Luxemburgo - Tribunal de Justiça da Comunidade Européia;

3) Efeito Direto: O direito comunitário se incorpora às ordens jurídicas internas sem necessidade de aprovação dos parlamentas internos, através de mecanismos diretos de incorporação previstos nos tratados constitutivos;

4) Primazia: O direito comunitário tem primazia sobre os direitos internos - nacionais (aqui temos caracterizada a evolução do conceito clássico de soberania).

Na França esta característica foi aceita sem contestação, mas acabou se impondo - Constituição, art. 5. Na Itália a Corte de Cassação tem afirmado a primazia, interpretando extensivamente o art. 2 da Constituição;

5) Uniformidade de Interpretação e Aplicação: Esta é a característica fundamental do direito comunitário europeu e está assegurada através da atividade jurisdicional do Tribunal Comunitário, cujo Estatuto, art. 177, determina:

> *"O Tribunal de Justiça é competente para decidir a titulo prejudicial:*
>
> *a) sobre a interpretação do Tratado;*
>
> *b) sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições da Comunidade;*
>
> *c) sobre a interpretação dos Estatutos dos organismos criados por ato do Conselho".*

Foi, e continua sendo, tão importante a atividade do Tribunal que vale a pena registrar a colocação de Ferrari Bravo: "No sistema dos órgãos comunitários, a Corte

[240] Lineamentos para um direito de comunidade econômica", in Boletim de Integração Latino-Americana, Brasília, Jul./Set., 1993, p.22-26, cit. p. 23.

de Justiça ocupa, certamente, um posto de grande relevo. Nos mais de trinta anos de experiência jurisdicional comunitária, a importância da Corte vem crescendo sempre"[241].

Segundo Fausto Pocar: "A Corte de Justiça, no âmbito dos Tratados, assegura o respeito do direito na interpretação e na aplicação dos Tratados mesmos[242].

Os órgãos do Mercado Comum Europeu são: a Comissão, o Conselho, o Parlamento Europeu, a Corte de Justiça e o Tribunal de Contas. Possui as seguintes instituições secundários: o Comitê Econômico e Social, o Comitê das Regiões e o Banco Europeu de Investimentos.

4.2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO MERCOSUL

Ainda que o Mercado Comum do Sul esteja em formação, já podemos falar de um direito do Mercosul que pode ser dividido em dois grupos:

1) Direito Originário: Decorrente dos tratados constitutivos: Tratado de Assunção (1991), Protocolo de Brasília Sobre Solução de Controvérsias (1991); Protocolo de Ouro Preto (1 994);

2) Direito Derivado: São as decisões, resoluções e diretrizes do Conselho, Grupo e da Comissão de Comércio do Mercado Comum que, uma vez aprovadas e ratificadas nas ordens jurídicas internas, se incorporam a estas revogando qualquer disposição em contrário. É importante observar que todas elas são obrigatórias para os Estados membros[243]. Além dessas, existem também Protocolos e instrumentos adicionais ou complementares versando sobre aspectos fundamentais para a integração.

Vejamos como é feita a elaboração do Direito Derivado do Mercosul.

Como já se disse, as Decisões do Conselho, as Resoluções do Grupo e as Diretrizes da Comissão de Comércio, são obrigatórias para os Estados. Todavia, como tais órgãos não têm poderes supranacionais[244], estabelece o Protocolo de Ouro Preto, no art. 42, que *"as normas emanadas dos órgãos do Mercosul terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada pais" (grifei).*

Isso significa que as normas emanadas dos órgãos decisórios do Mercosul que tiverem envergadura de lei, ou seja, que interferirem na ordem pública interna dos Estados membros, deverão passar pelos Parlamentos internos, obedecendo os princípios constitucionais internos de incorporação dos atos internacionais. Aquelas que não tiverem essa característica, em outras palavras, que forem meramente executivas, administrativas, são desde logo obrigatórias, incorporando-se, imediatamente, através de portarias ministeriais ou de órgãos técnicos competentes, como, por exemplo, no caso do Brasil, o INMETRO.

É importante ressaltar que muitas dessas normas não foram e não precisam ser incorporadas no Brasil porque firam feitas considerando regras já existentes e em vigor no Brasil. Logo, a sua incorporação é desnecessária.

[241] In "Lezioni di diritto delle Comunità Europee". Scientifica, 1992, p. 134.

[242] In "Diritto delle Comunità Europee". Giuffrè, 1991, p. 158.

[243] Arts. 9,15, 20 do Protocolo de Ouro Preto.

[244] Estabelece o art. 2 do Protocolo de Ouro Preto: "São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho, o Grupo e a Comissão de Comércio". Mais adiante esclarece, art. 34: "O Mercosul terá personalidade jurídica de Direito Internacional".

Vale sempre recordar, que no processo de harmonização, ou aproximação, legislativa no Mercosul se toma como referencial o pais cuja legislação esteja de acordo (ou mais consentânea) com os principais internacionais. Em caso de inexistência, recorre-se diretamente aos princípios internacionais, isto é, à convenções internacionais existentes.

Conforme já referido inúmeras vezes, dois foram, até a entrada em vigor do Protocolo de Ouro, os órgãos que trabalharam para a formação do Mercosul: o Conselho do Mercado Comum e o Grupo do Mercado Comum, os quais se situam a um nível estritamente intergovernamental. O primeiro é o órgão superior e responsável pela condução política do "mercado comum", é integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e da Economia dos Estados partes, reúne-se sempre que for necessário e sua presidência é exercida por rotação dos Estados partes em ordem alfabética, por período de seis meses. O Grupo, é o órgão executivo do "mercado comum" e é integrado por representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, da Economia ou seus equivalentes, e representantes dos Presidentes dos Bancos Centrais (arte. 10 a 14 do Tratado de Assunção).

A partir do Protocolo de Ouro Preto, a Comissão de Comércio foi acrescida à essa estrutura inicial, e é coordenada pelos Ministérios das Relações Exteriores dos quatro passes.

5 - AS PERSPECTIVAS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO MERCOSUL

Muitas são as dificuldades, a nosso ver, para a concretização do Mercado Comum do Sul. A primeira delas, sem dúvida, são as barreiras constitucionais em cada Estado membro que não prevêem, ou o fazem de forma lacunosa ou fragmentária, a prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno. Quando os Estados se aproximem para formar um "mercado comum" precisam colocar, expressamente, em sua constituições, que o direito internacional e o direito comunitário têm primazia sobre o direito interno. Além do mais, deve ficar expressamente previsto que o direito comunitário tem efeito imediato na ordem jurídica interna sem precisar de aprovação do parlamento nacional.

Nesse sentido, a Argentina deu passo adiante, servindo de exemplo aos demais, quando, em 1994, ao reformar sua Constituição, estabeleceu, no capitulo referente às atribuições do Congresso, art. 75, inciso 22: *"Aprobar o desechar tratados concluidos con las demas naciones y con las organizaciones internacioneles y los concorde los con la Santa Sede. Los tratados tienen* ***jerarquia superior a las leys"*** (grifos nossos). No inciso 24, do mesmo artigo, trouxe inovação importantíssima: ***"aprobar tratados de integración que deleguen competências y jurisdición a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad,*** *y que respeten el orden democrático y los derechos humanos" (grifei).*

Nesse mesmo caminho, a Constituição do Uruguai estabelece que "a lei suprema da República é a Constituição. Esta e os tratados, convênios e acordos internacionais aprovados e ratificados, as leis ditadas pelo Congresso e .... integram o direito positivo nacional, na ordem de preferência enunciada" (art. 137).

Sem essas alterações, já efetuadas pela Argentina e Paraguai, será muito difícil concretizarmos o Mercado Comum do Sul.

Além dos problemas constitucionais referidos, outra dificuldade que encontramos atualmente para a implementação do Mercosul, é a demora na incorporação das normas do Mercosul nos direitos internos, e a sua difícil divulgação.

Podemos referir também o não enfrentamento da evolução e revisão do conceito clássico de soberania e a percepção de que num "mercado comum" os Estados membros perdem a característica de Estado-Nação adquirindo a de Estado-Região. A soberania não é mais individual de cada Estado, mas compartilhada por todos que formam o bloco. Como bem coloca Jorge Lavopa, *"os limites do Estado-Região não se impõem por mandato político, pois são delimitados pela mão invisível do mercado mundial de bens e serviços. Seguem os fluxos reais das atividades do homem"*[245].

Frente a essas considerações, nos permitimos apresentar algumas sugestões que consideramos essenciais para o futuro do Mercosul: a) aprofundar e esclarecer seus efeitos jurídicos e econômicos às sociedades envolvidas; b) ratificar e incorporar os Protocolo e instrumentos adicionais já celebrados; c) revisar com clareza e prudência as Constituições dos países membros (a exemplo da Argentina e do Paraguai); d) considerar a experiência européia, sem, entretanto, segui-la como único modelo possível de "mercado comum".

VIII - O COMÉRCIO INTERNACIONAL NA VIRADA DO MILÊNIO: ALGUM ESPAÇO PARA O MEIO AMBIENTE?

Christian Guy Caubet*

Apesar de evocar a perspectiva da virada do milênio, o presente artigo objetiva tão-somente identificar uma tendência concreta das relações comerciais internacionais. Essa tendência, hegemônica, é a que almeja excluir os fatores socioambientais das considerações que devem estruturar o intercâmbio comercial por meio de normas jurídicas internacionais.

[245] In "A integración regional y los derehos nacionales - conflictos y soluciones". Conferência proferida no Primeiro Congresso Interdisciplinar, Buenos Aires, 14-16 de setembro de 1994, p. 17.

* Doutor em Direito. Professor Titular da UFSC. Pesquisador I A/CNPq; Representante Titular das ONG's da Região Sul no CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente-(1997).

Essa afirmação e hipótese de trabalho exige algumas considerações preliminares, pois poderá parecer paradoxal ou gratuitamente provocativa. Com efeito, a maioria dos autores costuma afirmar que as exigências de preservação ambiental estão sendo, cada vez mais, levadas em consideração para elaborar as normas jurídicas relativas ao intercâmbio comercial e à concorrência. Entretanto, contra a opinião da maioria, tentar-se-á demonstrar que o comércio e as normas jurídicas que o regem, tendem a excluir as exigências do respeito à sustentabilidade, quer seja para a nossa geração ou, **a fortiori**, para as gerações futuras.

Dito de maneira diferente, a entropia está aumentando. O direito, por aprovação ou por omissão, auxilia no aumento da entropia, muito embora ele pareça, genericamente, multiplicar seus esforços para identificar problemas ambientais e dedicar-lhes soluções. De Ramsar a Kyoto e de Montreal a Basiléia, o Direito Ambiental Internacional parece ter semeado as razões de um futuro ecologicamente mais correto. Essas quatro cidades, dentre outras, sediaram ou sediarão em breve (caso de Kyoto) conferências específicas dedicadas à análise de importantes problemáticas internacionais, no âmbito de um mundo jurídico pseudonorteado pelas megaconferências de Estocolmo (1972) e Rio de Janeiro (1992).

A entropia acelera-se, porque o mundo, apesar de notáveis esforços retóricos, continua acentuando suas características anteriores; continua sendo financeiramente total, economicamente global, politicamente tribal e ecologicamente letal. Continua subordinando as questões éticas, políticas e socioambientais, ao imperativo absoluto e constantemente, obstinadamente reforçado, das exigências do comércio internacional.

Esse texto tratará de evidenciar que o comércio, por postulado ideológico e práticas reputadas acima de qualquer suspeita, está utilizado como referencial absoluto, inquestionável, a pairar acima de considerações de quaisquer tipos. Em caso de divergência entre as necessidades do comércio e as de outras atividades humanas, aquelas têm primazia e impõem sua lógica às demais. O direito é um dos meios privilegiados para garantir esse resultado, quer seja na área internacional, quer no âmbito interno dos diferentes países.

A exposição da temática apresentará, em primeiro lugar, a caracterização da ideologia do comércio. Em seguida, evocará o quadro global da entropia. Depois, examinará alguns dos parâmetros da proteção do meio ambiente pelo Direito Internacional Público, através de tratados específicos (3ª parte). Finalmente, serão apresentados alguns raciocínios específicos dos operadores jurídicos desta área.

1 - O COMÉRCIO ACIMA DE TUDO

O espantoso aumento das trocas comerciais internacionais, após o fim de segunda guerra "mundial"(1939-1945) e o advento do reino do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), passou a integrar de tal maneira a nossa cultura, que sequer costumamos pensar o significado global do fenômeno, em termos de impactos sobre a cultura, as condições sociais, a qualidade de vida e outros parâmetros essenciais. O comércio não é considerado pelo que pode representar como meio de realizar algo, e sim como um valor em si, uma referência absoluta com conotações positivas ou negativas a partir do próprio fenômeno. Nessas condições, a reação normal da maioria dos analistas consiste em postular a necessidade da inevitável expansão comercial mundial, como objetivo incontestável, acima da crítica séria, a subjugar qualquer fator de qualquer tipo.

De um ponto de vista ecológico, por exemplo, não há a mínima dúvida de que fenômenos como crescimento econômico contínuo, generalização dos padrões de vida das populações do hemisfério norte e bem-estar socioambiental (ou: qualidade de vida para todos os habitantes do planeta) são objetivos incompatíveis entre si, mesmo que a população permaneça estável; o que ainda não é o caso. Contra este tipo de evidência, cientificamente comprovado e portanto insuscetível de refutação, só cabe içar a necessária primazia do comércio à condição de dogma: o comércio é intocável, o resto deve ajustar-se e o conjunto só poderá melhorar.

Esse fenômeno pode ser ilustrado a partir de numerosos fatos. Mas uma vez que as referências não podem ser infinitamente multiplicadas, deve-se escolher algumas. Neste sentido, far-se-á referência a uma obra paradigmática, editada pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo: *Comércio e Meio Ambiente. Direito, Economia e Política* (1996), editada com o apoio do CIEL - Center for International Environmental Law. Por se tratar de obra de órgão dedicado à defesa e proteção ambiental, poder-se-ia pensar que certa ênfase seria dada ao meio ambiente, no sentido de fazer com que ele fosse considerado como uma referência à qual as exigências do comércio devessem curvar-se. Entretanto, a quase-totalidade dos textos dessa coletânea opera da maneira exatamente inversa: a quase-unanimidade dos seus dezoito autores esmera-se em demonstrar que as considerações relativas ao meio ambiente não devem ter por efeito de prejudicar o comércio ou o crescimento econômico, ou que esses não têm impacto significativo sobre as questões ambientais, ou que todos os fenômenos são compatíveis; mesmo que ditos autores usem demonstrações ou citem fatos que, eventualmente, contradizem essas premissas dogmáticas.

Segundo Jagdish Bhagwati, que se autodescreve como um "bom intelectual liberal", "os conflitos existentes entre ambos os grupos [os ambientalistas e os partidários da liberalização do comércio] são largamente exagerados" (p.58 e seg.). Aliás, como "obviamente nenhuma conclusão genérica deve ser baseada em outros casos de poluição[,] pode-se afirmar que o crescimento econômico não está intrinsicamente ligado, quer à degradação, quer à melhoria das condições ambientais"(p.59).

Pensamento isolado esse? Sigrid Shreeve , ao apresentar uma visão das políticas da Comissão Européia, mostra como é fácil combinar retoricamente os diversos problemas: "Ao atribuir a mesma importância às metas relativas a comércio e meio ambiente, a Comissão reconhece que o desenvolvimento sustentável é pré-requisito para garantir que a liberalização seja acompanhada de benefícios ambientais. Da mesma forma, admite que o desenvolvimento ambientalmente sustentável dificilmente será alcançado a longo prazo sem que haja crescimento econômico". Nesse exemplo de contradição, qual é a posição real da União Européia? A questão deve ser respondida ao nível dos fatos e das práticas. É o que acontece com as decisões jurisdicionais. Estas não têm dúvida, no âmbito intra-europeu: limitam as exigências ambientais dos países-membros, em prol das exigências da livre concorrência (ver parte IV).

Os porta-vozes dos países em desenvolvimento defendem a mesma posição ideológica: "crescimento econômico, liberalização comercial e proteção ambiental são objetivos compatíveis e complementares", afirma o Embaixador brasileiro Rubens Antônio Barbosa (idem, p.143). O maior problema não é o "como" garantir a sustentabilidade do conjunto das relações envolvidas, a partir das **capacidades de sustentação** dos diversos subsistemas. O que "não podemos admitir, [é que] se ampliem indevidamente as possibilidades de restrição ao comércio, ou que medidas comerciais com objetivos ambientais possam vir a prevalecer sobre as regras da OMC. Seria um retrocesso lamentável".

Mas é na fonte do processo de elaboração das práticas internacionais, que se deve buscar a expressão máxima dos dogmas relativos ao comércio. Tom Wathen sintetiza

os termos da equação, em algumas páginas que dispensam maiores comentários (idem, p.26 seg.): "Historicamente, o GATT tem visto a proteção ao meio ambiente apenas em termos de barreiras ao comércio". O autor lembra que o último projeto aprovado na Rodada de negociações do GATT (Uruguai Round), sob a coordenação do então Diretor Geral da instituição, Arthur Dunkel, "tem o propósito de controlar as leis ambientais nos países-membros do Acordo, alinhando as normas de direito ambiental nacional e internacional com os princípios de comércio internacional do GATT". Nada de estranhar-se, portanto, que o projeto classifique os padrões ambientais como "Barreiras Técnicas ao Comércio".

Existem tratados internacionais que pretendem incorporar sanções comerciais como forma de garantir seu próprio cumprimento? Existem! É o caso, dentre outros, do Protocolo de Montreal e da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e da Flora em Risco de Extinção -CITES. Qual será a implementação de suas disposições (normativas, pois incorporadas, por ratificação, ao direito interno dos signatários), se "os negociadores do GATT pretendem sujeitar qualquer legislação ambiental que tenha impacto sobre o comércio internacional à aprovação do Conselho do GATT, um órgão subsidiário das partes contratantes desse acordo. Pelo menos 24 acordos ambientais internacionais poderiam requerer autorização por parte da maioria dos ministros do comércio exterior do mundo inteiro, para assegurar a validade das sanções comerciais estabelecidas em suas disposições"(idem, p.28)?

A própria Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento estabelece, no seu Princípio 12: "Políticas econômicas com fim de proteção ambiental não devem servir para discriminar ou restringir o comércio internacional. Medidas para controle de problemas ambientais transfronteiriços ou globais devem, sempre que possível, ser baseadas em consenso entre os países".

Assim, não há dúvida em relação à ordem de prioridade que deve nortear os comportamentos. Pode-se, a rigor, assinar textos para proteger espécies animais ou vegetais, preservar determinados espaços nacionais ou regionais, ou mesmo quase universais, desde que não interfiram no livre jogo do comércio. Esse tipo de posição acaba favorecendo uma percepção deformada e profundamente disfuncional das realidades, na medida em que promove uma imagem do Comércio como fenômeno autônomo, separado do contexto em que ele funciona. Ocorre, todavia, que esse contexto revela a extensão dos estragos que se verificam por toda parte, notadamente em razão das condições ilimitadas da expansão comercial.

2 - O AUMENTO DA ENTROPIA

Ninguém pode fazer de conta que desconhece as realidades mais elementares das relações internacionais desde 1945, a ponto de não perceber que a um aumento espantoso dos números relativos ao comércio, correspondeu um aumento trágico da degradação das condições de vida da maioria da população da terra. Com isso, não se quer afirmar, de maneira simplória, que o aumento do comércio é a causa direta da degradação. É de modo complexo, ao contrário, que o comércio está estruturalmente ligado ao aumento da miséria planetária, para o qual ele contribui, a par de outros fatores estruturais, de diversas maneiras: pressão sobre os recursos através da exploração das "vantagens comparativas"; transferência de recursos humanos e naturais; apropriação dos recursos por meios cada vez mais sofisticados (biopirataria, biogenética, patenteamento de substâncias de seres vivos); produção de mais-valias transferidas para outros países; exploração desenfreada de recursos naturais, renováveis ou não; contínua deterioração dos termos do intercâmbio; investimentos especulativos de capitais de alto risco, dentre outros.

Le Monde Diplomatique (nov. 1997, p.1) traz uma síntese dos resultados observáveis do modelo em vigor. "Seis milhões de hectares da terras aráveis desaparecem anualmente, em razão da desertificação. Por toda parte, a erosão, a superexploração devoram, em ritmo acelerado, a superfície das terras cultiváveis. [...] 800 milhões de pessoas padecem de malnutrição.

"No ano de 2010, a cobertura florestal do globo terá diminuído em mais de 40%, em relação a 1990.[...} Entre 10 e 17 milhões de hectares desaparecem anualmente. Quatro vezes a Suíça. A deflorestação destrói um patrimônio biológico único: as florestas tropicais úmidas hospedam 70% das espécies. Segundo a IUCN, 20% de todas as espécies existentes terão desaparecido daqui a dez anos.

> *"As florestas mais atingidas são as florestas tropicais. Assim, na Indonésia, cerca de 80% da floresta úmida da ilha de Sumatra desapareceu desde os anos 70. E no Bornéo, o número de árvores cortadas quase quintuplicou, em dezesseis anos. Certamente, essas destruições estão oriundas do crescimento rápido da população, que utiliza a lenha como combustível e as terras para a agricultura, mas sobretudo da exploração florestal em prol dos países ricos".*

No mundo inteiro, a par da perda de terras por desertificação e erosão, observa-se um movimento contínuo de abertura de fronteiras agrícolas, para a produção de gêneros alimentícios e de produtos primários destinados à exportação. Nos últimos dez anos, a soja conquistou milhões de hectares, no Brasil, do Rio Grande do Sul ao Acre. Em 1992, 86% da produção foram exportados para fabricar rações alimentícias, essencialmente em prol do gado dos países europeus (Galinkin, 1996:34). Florestas nativas são derrubadas em condições de total insustentabilidade. Muitas vezes, são substituídas por espécies exóticas economicamente mais rentáveis, em prejuízo da qualidade dos solos, das culturas de subsistência e dos ciclos hidrológicos, com conseqüências catastróficas para a qualidade de vida das populações locais e a manutenção das condições da biodiversidade original.

O aumento da entropia manifesta-se na nossa rotina diária, sem provocar muitas reações que não sejam de satisfação ou de verdadeiro entusiasmo. O exemplo da instalação de novas indústrias automobilísticas, no Brasil, a partir de abril de 1996, é paradigmático e merece alguns comentários.

A entropia automobilística

Não deixou de ser altamente simbólico, o lançamento do "carro mundial" (modelo Palio) da empresa italiana FIAT, em Belo Horizonte, em abril de 1996. A partir dessa data, vários construtores de automóveis (inclusive caminhões e ônibus) anunciaram sua intenção de ampliar suas fábricas no Brasil, ou de criar novas unidades de produção. Assim aconteceu com: General Motors, Honda, Mercedes Benz, Renault, Honda, Volvo, Volkswagen e Skoda. "Segundo Dorothéa Werneck, 70 empresas querem investir no Brasil, e se inscreveram no programa automotivo do Ministério da Indústria e Comércio. Os investimentos previstos nessa área, são da ordem de R$ 16 bilhões. Pelo menos três montadoras já demonstraram interesse em promover investimentos diretos no país: a Hyundai, a Asia/Kia e a Honda" (*Diário do Comércio*, Belo Horizonte, 19/4/96, p.3).

Para definir a localização dessas novas indústrias, houve intensas negociações e verdadeiros leilões interestaduais de ofertas de benefícios às montadoras. No caso da instalação da GM na região de Porto Alegre, um dos raros em que houve algumas dissonâncias no coro dos laudatários do empreendimento, o Estado do Rio Grande do Sul ofereceu à empresa as seguintes vantagens: financiamento de todo o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) para a aquisição de máquinas e equipamentos importados, mesmo com similar nacional; compensação de qualquer

alteração na legislação tributária estadual ou federal; instalação de uma ligação de gás natural até o complexo automotivo; garantia de fornecimento preferencial de energia elétrica e telefonia por fibra óptica; instalação de linhas de efluentes sanitários e industriais, tratamento dos efluentes de resíduos sólidos; construção de um terminal fluvial completo de uso preferencial da GM na Grande Porto Alegre; construção ou modernização, em área próxima ao porto de Rio Grande, de um terminal marítimo privativo completo; instalação de meios hábeis para permitir navegação automática; melhoria das rodovias e acessos ao complexo; terraplanagem e urbanização do terreno onde será instalada a fábrica. Sem contar a abertura de créditos financeiros diretos, no montante de R$ 243 milhões (*O Estado*, Florianópolis, 19 e 20/4/97, p.2).

Além de ferirem a própria soberania nacional (caso da eventual compensação por alteração na legislação tributária federal, por exemplo), essas disposições também ferem os preceitos da OMC sobre a livre concorrência ou a não-intervenção do Estado no mercado, sem que protesto algum tenha sido manifestado, nesta base, por eventuais prejudicados ou pelos guardiões planetários do dogma da liberalização do comércio. Simultaneamente, as novas instalações industriais das construtoras configuram uma redistribuição mundial da localização de suas unidades de produção, em função de critérios por elas elaborados e não discutidos com mais ninguém. Dentro desses critérios, onde o objetivo principal é o lucro máximo possível, pode-se mencionar: custos de mão de obra e de recursos; facilidades de operação; prêmios oferecidos pelos poderes públicos; inexistência de requisitos na área ambiental...

Na ausência de uma política pública de transportes, voltada para minimizar o impacto do modelo "tudo-pelo-automóvel-particular-movido-a-gasolina", o Brasil está simplesmente plantando as sementes de imensos problemas a médio e longo prazos, quer seja em relação à sua matriz energética, ao trânsito em áreas urbanas, à depleção de recursos naturais renováveis ou não, ao tratamento de resíduos e efluentes e às condições de vida de milhões de pessoas.

As condições de instalação da Renault, em Curitiba (PR), são um desafio ao bom senso e a qualquer intento de preservação mínima da qualidade de vida. A fábrica francesa exigiu uma área livre de poluição. Recebeu o Distrito Industrial de São José dos Pinhais, "dentro da Bacia do Alto Iguaçu, principal manancial de abastecimento da Região Metropolitana de Curitiba, [fato que] coloca sobre risco todos os investimentos feitos até agora para protegê-la. Inclusive programas financiados pelo BIRD, como o Prosam, onde estão sendo investidos US$ 245 milhões de dólares [...]. O risco decorre de vários fatores: o uso total, pela indústria, de um dos rios definidos como manancial futuro; a atração de um número muito grande de fornecedores que também irão se instalar no manancial, pois já foi criado um distrito industrial para isso; o precedente que vai levar todos os municípios da região dos mananciais a querer também seu parque industrial; a ocupação e o adensamento da área em torno, pela população que virá atrás dos milhares de empregos anunciados" (Teresa Urban, 12/04/96). Extensa lista de disposições legais foram desrespeitadas para alcançar o objetivo de instalação da fábrica, que já está sendo construída (nov. 1997).

Seria interessante comparar as exigências da legislação ambiental dos países de origem das montadoras, com as do país receptor de seus investimentos e com as cláusulas de diversos tratados internacionais , dentro dos 24 que poderiam ter de requerer autorização aos ministros do comércio do mundo inteiro, para que fossem implementadas suas disposições relativas a penalidades de ordem comercial, no intuito de proteger o meio ambiente.

3 - ALGUNS TRATADOS E PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DEDICADOS À PROTEÇÃO AMBIENTAL

Em uma lista não exaustiva, o documento *Tratados e organizações ambientais em matéria de meio ambiente*, elaborado pela secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo (1997), indica 58 instrumentos internacionais assinados entre 1959 (Tratado Antártico- Protocolo 91-) e 1993 (Convenção s/ Proibição de Desenvolvimento, Produção, Armazenamento e Uso de Armas Químicas e sobre sua Destruição). Também foram editados os textos de alguns desses instrumentos internacionais: 1) Convenção de Ramsar (1971) sobre zonas úmidas de importância internacional, especialmente como hábitat de aves aquáticas; 2) Convenção de Viena (1985) para a proteção da camada de ozônio e protocolo de Montreal (1987) sobre substâncias que destroem a camada de ozônio; 3) Convenção sobre mudança do clima (Rio, 1992); 4) Convenção da biodiversidade (Rio, 1992); 5) Convenção de Basiléia (1989) sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e sua disposição final e 6) Convenção sobre o comércio internacional das espécies da fauna e flora selvagens em perigo de extinção (CITES) (1973).

Na impossibilidade de resenhar e comentar esses textos, resta tecer considerações macroanalíticas sobre sua existência e significado.

Em primeiro lugar, nada impede que, à luz de princípios referendados pela comunidade das nações civilizadas (fonte de Direito Internacional Público, conforme o art. 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça), o consenso internacional em torno de normas básicas possa incorporar-se às exigências formuladas pela OMC. Nada mais lógico de que constatar o consenso existente em torno de princípios fundamentais, para formatar normas, com as devidas precauções, no âmbito da própria OMC. Essa *démarche* elementar e essencial, entretanto, não recebeu o mínimo apoio, até hoje, por parte de qualquer órgão da organização. Dessa maneira, continuam sem conseqüência prática, dentre outros, alguns dos princípios adotados pela Conferência do Rio de Janeiro (1992) sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Humano. Esses princípios são os seguintes:

> *"Princípio 8: Estados devem reduzir e eliminar padrões de consumo e produção considerados insustentáveis;". A comparar com as condições de instalação das montadoras de automóveis...*
>
> *"Princípio 10: A participação pública no processo decisório ambiental deve ser promovida e o acesso à informação facilitado." A comparar com as observações de Tom Wathen (op.cit., p.29): "[...] como outras instituições internacionais, as deliberações do GATT continuam ocorrendo sem a participação da sociedade. Todos os procedimentos do GATT, incluindo as negociações, disputas e deliberações dos conselhos, são feitos em reuniões fechadas. Até mesmo as decisões dos painéis de disputa permanecem em sigilo.[...] Esse sigilo é explicado pela necessidade de isolar a Diplomacia das pressões internas da opinião pública".*
>
> *"Princípio 13: Deve-se promover a adoção de leis e tratados internacionais visando a responsabilização e compensação por dano causado ao meio ambiente", ... desde que essas leis e tratados não interfiram com as necessidades do comércio.*
>
> *"Princípio 15: De forma a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser aplicado amplamente pelos Estados, de acordo com suas próprias condições".*

A formulação do princípio de precaução assevera : "Em caso de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para o adiamento da adoção de medidas efetivas visando prevenir a degradação do meio ambiente".

> *"Princípio 16: As autoridades locais devem promover a internalização de custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em consideração que o poluidor deve arcar com os custos da poluição". A internalização dos custos ambientais é exatamente o que a OMC tende a rejeitar por todos os meios de que dispõe.*
>
> *"Princípio 27: Os Estados e as pessoas devem cooperar de boa fé e num espírito de parceria para o cumprimento dos princípios constantes dessa Declaração e para o desenvolvimento do Direito Internacional no campo do desenvolvimento sustentável".*

No âmbito de um mundo globalizado, esses princípios parecem truísmos. Porém permanecem como truísmos retóricos. Sua implementação choca-se com os interesses concretos, que costumam encaminhar soluções no sentido de aumentar, cada vez mais, a entropia do conjunto; com base no sigilo das decisões e na recusa, portanto, da participação da maioria dos interessados, com base nas soluções mais *technology intensive* que se possa encontrar, na espiral aparentemente sem fim da concentração da renda entre as mãos de cada vez menos e da exclusão da maioria.

Entre muitos exemplos e para permanecer no âmbito das convenções supracitadas, pode-se fazer referência à Convenção de Ramsar sobre zonas úmidas de importância internacional, especialmente sobre hábitat de espécies aquáticas.

O Brasil ratificou a Convenção de Ramsar (em 1992) e designou, como uma das cinco áreas a serem especialmente protegidas no seu território, a do Pantanal matogrossense. Isso implica em assumir determinadas obrigações e responsabilidades, especificadas pela convenção, tanto em relação ao seu território como nas relações com Estados vizinhos e em empreendimentos posteriores à sua ratificação. Entretanto, é sem preocupar-se com essas obrigações que foram firmados outros acordos internacionais, com os países da bacia do Prata, para idealizar um empreendimento dos mais polêmicos: as obras da Hidrovia Paraguai-Paraná. A magnitude e os impactos previsíveis das obras poderiam levar a desrespeitar algumas obrigações da convenção de Ramsar, como: promover o uso racional das zonas úmidas; realizar consultas sobre a execução das obrigações da convenção, em particular no caso de uma zona úmida ou de uma bacia hidrográfica compartilhada; criar reservas de zonas úmidas. A partir de 1989, concretizou-se um conjunto de questionamentos precisos, formulados por ONG's que organizaram uma coordenação internacional - a Coalizão Rios Vivos -, para tentar alterar as condições de realização do projeto.

Em relação à informação da opinião pública, à participação das populações diretamente implicadas, à avaliação dos impactos e às outras questões envolvidas, as opiniões variam de maneira considerável, em função das posições ocupadas pelos diversos protagonistas. Segundo o Embaixador Rubens Antônio Barbosa, a hidrovia é "um dos exemplos mais marcantes de cooperação regional em projeto de grande envergadura com extensas implicações ambientais. O que se ressalta, neste caso, é o êxito do diálogo dos governos com a sociedade civil, por intermédio de organizações não-governamentais". Dentre os pontos de consenso, "vale ressaltar o compromisso de assegurar que os estudos de avaliação de impactos ambientais sejam abertos ao conhecimento público e que haja participação efetiva de todos os setores interessados pelo projeto (...)" (op.cit., p.146-147).

Outros autores (Caubet, 1996; Vior, 1996,p.55) mostram as dificuldades em relação a esses assuntos. Eduardo Vior lembra que a Coalizão, constituída em 1994,

tinha como objetivo, e.g., o de requerer ao Comitê Intergovernamental Coordenador da Hidrovia "informação transparente e participação efetiva da população sobre e nas obras a serem realizadas, sua viabilidade econômica e as previsões de impacto ambiental e social. Entretanto, apesar das abundantes promessas públicas de informação e consulta, os governos da Argentina, do Paraguai e do Uruguai iniciaram algumas obras parciais, sem esperar pela finalização dos estudos de viabilidade e de impacto ambiental". Isso porque "os governos envolvidos consideram satisfeito, o requerimento de participação popular, com a simples informação pública sobre os planos a realizar"(p.56). Será necessário dizer que, por "participação efetiva", as ONG's entendem outros fenômenos, comportamentos e práticas?

Essas divergências remetem para outra dimensão do problema da relação entre comércio e meio ambiente; a dos operadores do direito, ...e dos outros criadores de normas. Com efeito, existem normas que já estão surtindo efeito maior de que as normas jurídicas, muito embora não sejam regras de direito. É o caso das normas das séries ISO 9 000 e ISO 14 000, cuja relevância exige alguns comentários.

4 - OS OPERADORES DO DIREITO E A FORÇA OBRIGATÓRIA DAS NORMAS

Para a elaboração de normas especificamente "ambientais", existem obstáculos particulares que não podem ser subestimados. Exemplo desse problema é a questão dos direitos de propriedade sobre os diversos bens ambientais. O tratamento diferenciado dos recursos naturais, em função dos diversos sistemas culturais, pode ser ilustrado pelos estatutos jurídicos de certos recursos, como a água, o ar, os peixes, os espaços marítimos, etc. Expressões latinas como *res communis* ou *res omnium communis usus* revelam que o problema é antigo. O assunto não é secundário, pois a questão da propriedade está intimamente ligada à da externalidade/internalidade econômica e encontra-se, portanto, à raiz do problema dos elementos que devem ser levados em consideração para estabelecer os custos e os preços dos produtos.

É de conhecimento elementar, que os agentes econômicos tendem a privatizar os lucros e a socializar os prejuízos e custos de produção. Entre as duas opções, de tratar os efluentes de um determinado processo de produção e de se livrar deles sem tratamento, deixando à natureza o ônus de arcar com eles, a segunda opção tem preferência generalizada. Nisso reside a externalização do custo: em vez de estar embutido no preço final, o custo da poluição (já que o produto não foi objeto de tratamento adequado) é repassado ao meio ambiente e aos moradores, fauna e flora, dos hábitats que recebem os efluentes e resíduos de toda espécie. A rigor, poder-se-ia observar que, muitas vezes, a externalização só pode ser considerada assim por causa da inexistência da fiscalização e da penalização dos culpados pela contaminação. Em muitos países, contaminar a água não é uma conduta lícita. Ao contrário, diversas normas jurídicas proíbem fazê-lo, quer seja através de legislação sanitária, agrícola, penal ou outra. Entretanto, as carências ou omissões na responsabilização dos autores de fatos de poluição, fazem parte do problema de como a ideologia dominante opera e determina as condições de funcionamento do "mercado". Resta constatar que uma das bases de cálculo dos lucros da indústria e do comércio, reside precisamente no fato de que eles conseguem apropriar-se de recursos "sem dono", ou repassar importantes custos de produção ao comum dos mortais em geral, aquele cuja qualidade de vida vai sendo diminuída pelas práticas de emissão de efluentes contaminantes. Neste caso, fala-se em prejuízo para os direitos difusos, os que pertencem indistintamente a todos e cuja proteção costuma ser precariamente garantida.

Nesse contexto, que é o que se verifica no âmbito interno de cada país, pode-se afirmar que existem normas gerais aplicáveis a todos e que também existem recursos jurisdicionais, que objetivam garantir a aplicação do direito e da lei. A existência de um terceiro (o juiz), independente em relação às partes envolvidas num litígio, constitui uma segurança para as relações sociais. Ora, tal não acontece com o Direito Internacional Público, que não comporta a obrigação de submeter um litígio a um terceiro, mediador ou juiz institucionalizado. Ao contrário, o DIP postula o voluntarismo como atitude normal nas relações entre Estados. Nas instâncias jurisdicionais internacionais, as próprias regras processuais objetivam garantir o voluntarismo e a casuística, contra a aplicação "objetiva" de um direito que seria objetivo.

Robert Housman e Donald M. Goldberg (1996, p.89 e seq) estudam os princípios jurídicos pertinentes à resolução de diferenças entre acordos multilaterais de proteção ambiental e o GATT/OMC. Apontam para diversos soluções possíveis, em matéria de interpretação de disposições de tratados; todas elas conformes à prática do DIP: primazia eventual da norma posterior em relação à anterior; da *lex specialis* em relação à *lex generalis*; ou das normas definidas como sendo de *jus cogens*. Sua dúplice conclusão parece contraditória, pois se de um lado "seja qual for a escola de pensamento a prevalecer, os acordos ambientais devem modificar o GATT", também afirmam, na sua conclusão formal, que: " as regras de interpretação de tratados e de solução de conflitos não fornecem respostas definitivas quanto à necessária conciliação entre as normas gerais do GATT/OMC e aquelas previstas em acordos ambientais internacionais. Estas questões encontram-se numa espécie de limbo jurídico que persiste, em parte, porque tratados ambientais e de comércio internacional continuam percorrendo caminhos paralelos. À luz das práticas governamentais existentes, não tem havido interação entre estes dois tipos de acordo."

Dessa opinião, não divergem outros dois autores que se dedicaram, na mesma obra, ao estudo dos princípios de Direito Internacional aplicáveis ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável (Nuno S. Lacasta e Manuel Andrade Neves, 1996, p.161 seq.). Cada um dos princípios que enunciam e analisam, todavia, está de tal maneira relativizado, nas suas conseqüências práticas, que dificilmente forneceriam uma base para estabelecer a primazia do direito ambiental sobre as exigências do comércio.

O mundo do comércio, por sua vez, não possui dúvidas em relação ao valor de seus princípios. Já foi citado, na primeira parte deste texto, o propósito do projeto Dunkel: controlar as leis ambientais dos países signatários do acordo, "alinhando as normas de direito ambiental nacional e internacional com os princípios de comércio internacional do GATT".

> *"Esse esforço se fundamenta em três princípios amplos:*
>
> - multilateralismo: *as ações que afetem o comércio entre os diversos países devem ser tomadas em consonância com regras internacionais amplamente aceitas;*
>
> - não discriminação: *todos os parceiros comerciais devem ser tratados igualitariamente e as empresas estrangeiras devem ter os mesmos direitos que as nacionais;*
>
> - harmonização: *para obedecer aos princípios de multilateralismo e da não discriminação, as leis comerciais nacionais não podem exceder os padrões internacionais" (Tom Wathen, 1996, p.26-27).*

A lógica de base é, pois, cristalina: os acordos comerciais têm primazia e os acordos ambientais, por melhores que sejam suas premissas, devem subordinar-se àque-

les. É a lição que resulta da decisão do Painel do GATT sobre o caso atum/golfinho. O MMPA (Marine Mammal Protection Act) dos Estados Unidos proíbe a pesca de atum em condições que também provoquem a morte de golfinhos, que freqüentemente acompanham os cardumes de atuns. O Painel do GATT decidiu que o Acordo proibia a aplicação do MMPA aos barcos pesqueiros mexicanos que operassem fora do território norte-americano, "face ao princípio do multilateralismo previsto no GATT. Este painel também afirmou que leis que regulamentam o processo de colheita ou produção de um produto são prejudiciais ao livre comércio porque podem ser utilizadas para discriminar empresas estrangeiras".(Tom Wathen, p.27).

Esta solução também está aplicada pela Corte de Justiça da União Européia. Num caso examinado em 1988, a Corte decidiu que a proteção do meio ambiente pode justificar medidas restritivas à livre circulação dos bens; porém não admitiu, no caso específico, que tal fosse a situação. O que ocorreu, é que o governo dinamarquês, no intuito de lutar contra o desperdício que representa o uso de vasilhames metálicos para cervejas e refrigerantes, decidiu instituir a obrigação de utilizar garrafas, a serem autorizadas pela outorga de licença. A Comissão das Comunidades ajuizou ação contra a Dinamarca, alegando tratar-se de uma barreira ao comércio.

A Corte decidiu que os Estados membros podem adotar medidas restritivas ao comércio, no intuito de proteger o meio ambiente. Entretanto, é necessário respeitar um princípio de proporcionalidade, isto é, adequar os meios utilizados aos objetivos perseguidos, sem excesso. No caso, foi considerada excessiva a exigência dinamarquesa de instituir um pedido de licença para comercializar as bebidas. Embora possa parecer razoável para qualquer um, a decisão dinamarquesa, face à possibilidade de se inventar centenas de modelos de vasilhames para comercializar bebidas, a Corte censura claramente uma disposição com finalidade de proteção ambiental, que deixava todos os concorrentes em pé de igualdade, em prol da livre circulação das mercadorias.

No mundo comercial europeu, está em vigor o princípio do reconhecimento mútuo das normas nacionais: "O país de importação não pode impedir a comercialização do produto se este corresponde às disposições legais vigentes no país de origem. A aplicação desse princípio conduz a que normas nacionais mais [exigentes] para a proteção da saúde, do consumidor e do ambiente sejam niveladas e equiparadas às dos países cujos *standards* são mais negligentes'. (Kreissl-Dörfler, 1995:59). Esse "princípio de nivelamento por baixo" constitui-se em ameaça permanente de sérios retrocessos, onde quer que se promova um mercado comum ou uma área de livre comércio. Essa ameaça já está pairando sobre as relações do Mercosul, onde existem propostas de nivelar as exigências de proteção ambiental, em função das definições do menos exigente dos signatários do Tratado de Assunção. No Brasil, o impacto de uma medida desse tipo seria catastrófico para a qualidade de vida de dezenas de milhões de pessoas.

No futuro, os princípios **supra** mencionados serão reforçados pela normas da ISO relativas à qualidade total (série 9 000) e à produção "ambientalmente correta" (ISO 14 000). Um aspecto muito interessante dessa normatização, é o fato de que ela não corresponde a uma produção normativa de natureza obrigatória. A ISO - International Standards Organization - é uma entidade privada, sem poder coercitivo ou jurisdicional para exigir a implementação dos padrões (*standards*) que ela define. No entanto, as exigências da concorrência internacional fazem com que a certificação de conformidade às exigências formuladas pelas séries ISO, torne-se a verdadeira e única chave para ter acesso ao mercado dos países que promovem a adoção dessas normas. De pouco adiantará observar que ditas normas não refletem exigências de ordem ecológica, que são elaboradas por empresários e para empresários, que não há participação de membros da sociedade civil nas reuniões da ISO, e que tampouco os países em desenvolvimento conseguem ter uma participação que respeite sua importância. As séries 9 000 e 14 000 da ISO representam provavelmente a mais importante matriz do comércio internacional do século XXI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser financeiramente total e economicamente global, o mundo também é ecologicamente letal. O atual estado do meio ambiente, em âmbito planetário, é conseqüência de uma cultura que ignora a raiz dos problemas e que não abre espaço, ou muito pouco, à percepção das inúmeras dimensões da crise. A obsessão do lucro é o parâmetro mais relevante das relações internacionais. Não é, portanto, de se estranhar muito que os setores da atividade econômica que menos se sujeitem a normas, sejam os das finanças e do comércio.

Mas poderia ser objeto de alguma curiosidade, o fato de que a imensa maioria dos autores constatem a "impotência" dos Estados em disciplinar os movimentos internacionais de capitais, no exato momento em que se verificam abalos consideráveis nos mercados financeiros mundiais (novembro 97: quedas nas bolsas de valores mobiliários do mundo inteiro). Afinal, até 1939, os movimentos transfronteiriços de capitais eram objeto de regulamentações pormenorizadas e de fiscalização bastante minuciosa. No século da eletrônica, o Estado nacional teria perdido seu poder de controle dos capitais? Ou, mais simplesmente, não o estaria exercendo, por avaliá-lo desnecessário?

Em contrapartida, a OMC está decidida a controlar e deter todas as ameaças à livre circulação das mercadorias e dos serviços. Dispõe de muitos trunfos para essa tarefa, a começar pelo fato de que ela certamente pode apresentar-se como porta-voz da ideologia dominante, e de que ela certamente possui os meios, financeiros e de outra natureza, que não estão à disposição da defesa dos direitos humanos ou do meio ambiente.

Enquanto isso, segundo o já citado *Le Monde Diplomatique*, a União Européia pronuncia-se a favor de uma redução dos gases que provocam o efeito estufa, em 15% até o ano 2010. A administração Clinton, nos Estados Unidos, é ainda mais modesta (realista!): propõe voltar aos padrões de emissão de 1990, ...no ano de 2012; e criar licenças negociáveis para poluir. O Princípio Poluidor-Pagador, antiga pedra angular da construção de um mundo mais respeitoso do meio ambiente, estará assim reciclado pela percepção dominante do mundo, pois passará a "valer" dinheiro em transações comerciais,...cujo objetivo será de "otimizar" economicamente os impactos das mais diversas formas de contaminação.

Nem por isso pode-se pensar em renunciar a normatizar este planeta; e em voltar os olhos para a cidade de Kyoto onde, de 1º a 12/12/97, os representantes de mais de 150 países estarão debatendo os problemas do aquecimento da terra, em razão do **aumento** da emissão dos gases que provocam o efeito estufa. Por volta do ano de 2040, o aquecimento da terra poderia ser de 1 a 2 graus, o suficiente para provocar uma elevação de até 1,5 metro no nível dos oceanos.

Com base nos conhecimentos científicos disponíveis, só se pode afirmar que o aquecimento da terra *poderia provocar esse efeito*. Mas não estaria mais do que na hora de aplicar o **princípio de precaução?**

Florianópolis, 09/11/1997

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Rubens Antônio. Brasil, Globalização e Meio Ambiente. In: GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente/ CIEL - US Center for International Environmental Law. *Comércio e Meio Ambiente. Direito, Economia e Política*. 1996 .p.143-147

BHAGWATI, Jagdish. Comércio Internacional e Meio Ambiente: um falso conflito? In: GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente/

CIEL - US Center for International Environmental Law. *Comércio e Meio Ambiente. Direito, Economia e Política.* 1996 p.57-73

CAUBET, Christian Guy. A hidrovia Paraguai-Paraná em seu contexto jurídico. *Revista de Informação Legislativa* (Brasília). Ano 33, nº 129, jan./mar.1996. p.249-258

GALINKIN, Maurício. Están los consumidores europeos dispuestos a cambiar lo que hay que cambiar? In BEE e Friedrich Naumann Stiftung. *La Unión Europea, Mercosur y el medio ambiente.* Bruselas, 1996.p.34-37

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente. *Tratados e organizações ambientais em matéria de meio ambiente.* Volumes I a IX. 1996.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente/ CIEL - US Center for International Environmental Law. *Comércio e Meio Ambiente. Direito, Economia e Política.* 1996. 192 p.

HOUSMAN, Robert e GOLDBERG, Donald M. Princípios Jurídicos Pertinentes à Composição de Conflitos entre Acordos Multilaterais de Proteção Ambiental e o GATT/OMC. In: GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente/ CIEL - US Center for International Environmental Law. *Comércio e Meio Ambiente. Direito, Economia e Política.* 1996, p. 89-92

KREISS-DÖRFLER, Wolfgang. A opção comercial e normativa no contexto da União Européia. In: Konrad Adenauer Stiftung. *Políticas ambientais no Mercosul e as experiências da integração européia.* São Paulo, 1995. P.57-73.

LACASTA, Nuno Sanchez e NEVES, Manuel Andrade. Ambiente e Desenvolvimento Sustentado: Princípios de Direito Internacional. GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente/ CIEL - US Center for International Environmental Law. *Comércio e Meio Ambiente. Direito, Economia e Política.* 1996, p.161-173

MEDEIROS Fº, Marcílio. Delírio em Wall Street. *O Estado* (Florianópolis), 19 e 20/ 4/97, p.2.

MOHR, Tamara e HIRSCH, Danielle. Megaproyectos en América Latina: un enfoque diferente. In BEE e Friedrich Naumann Stiftung. *La Unión Europea, Mercosur y el medio ambiente.* Bruselas, 1996. P. 60-67

RAMONET, Ignacio. Soulager la planète. *Le Monde Diplomatique* (Paris). Novembre 1997. P.1

SHREEVE, Sigrid. Uma visão das Políticas da Comissão Européia sobre Comércio Internacional e Meio Ambiente. In: GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente/ CIEL - US Center for International Environmental Law. *Comércio e Meio Ambiente. Direito, Economia e Política.* 1996, p. 137-140

SOARES, Maria Clara Couto. ISO 14 000. Defesa do Meio Ambiente ou estratégia comercial? *Políticas Ambientais.* IBASE 15. Ano 4, nº 12. Set./Nov. 96.

URBAN, Teresa. *Subsídios para discussão sobre a instalação da fábrica da Renault em São José dos Pinhais- RMC.* 12/4/1996. 12 folhas. Datilografia.

VAZ, Dorian. Mercedes-Benz justifica sua decisão. Para os executivos da empresa, localização e incentivos fiscais foram fundamentais. *Diário do Comércio* (Belo Horizonte), 19/4/96,p.3

VIOR, Eduardo J. Condiciones de la participación efectiva en grandes obras de infraestructura; el ejemplo de la Hidrovia Paraguay-Parana. In BEE e Friedrich Naumann Stiftung. *La Unión Europea, Mercosur y el medio ambiente.* Bruselas, 1996. P.55-59

WATHEN, Tom. Um guia para o Comércio e o Meio Ambiente. In: GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente/ CIEL - US Center for International Environmental Law. *Comércio e Meio Ambiente. Direito, Economia e Política.* 1996, p.21-30.

IX - O DIREITO, A INFORMÁTICA E AS NOVAS TECNOLOGIAS

Marco Antônio Machado Ferreira de Melo*

Imagine que não há países, não é difícil,

Tente, nenhuma religião.

Também imagine todo mundo vivendo

Em paz.

Você pode me chamar de sonhador,

Mas não sou o único.

Espero que um dia você nos siga

e o mundo será um só

John Lennon

PARADIGMAS

Para Thomas S. KUHN, paradigmas são as realizações universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes da ciência.[246]

Denota-se, aqui, a idéia de um modelo universal que é seguido por todos e orienta a todos, sem contestação, até que novo paradigma se imponha. O mundo, a sociedade, tem por meta natural o desenvolvimento e, para tanto, sempre esteve envolta por constantes transformações. Transformações estas fomentadas por uma contínua evolução tecnológica. As revoluções tecnológicas foram e são marcadas por inúmeros desdobramentos no mundo social, institucional e jurídico. A história dos povos registra estas evoluções que interferiram na cultura e principalmente na estrutura econômica e política dos Estados-Nação. Paradigmas

* Coordenador de Informática do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC.

[246] KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. Ed. Perspectiva, 1975.

foram quebrados ao longo da evolução da humanidade, dando lugar a novos modelos. Novas concepções sócio-político-culturais interferiram na vida dos cidadãos. O Direito e a Ciência do Direito não atravessaram incólumes esta metamorfose de nosso Mundo e, naturalmente, sofreram o impacto causado pelas revoluções tecnológicas.

Cada vez mais o Direito e a Ciência do Direito vêm sendo colocados diante de complexos desafios, sendo chamados a responder provocações de outros sistemas e tendo que, no sub-sistema jurídico, encontrar soluções adequadas aos novos conflitos. Não é difícil de se observar que estas interferências sistêmicas vão produzindo novos microssistemas legais e novas cadeias normativas, permitindo que uma profusão de normas vão, desordenadamente, construindo um novo direito.

AS PRINCIPAIS REVOLUÇÕES, AS QUEBRAS DE PARADIGMAS E NOVOS MODELOS

A História da humanidade foi construída por grandes e fundamentais Revoluções que mudaram os rumos da raça humana, das ciências sócio-econômico-político-culturais, fazendo evoluir o direito.

Foram mudanças tão profundas e marcantes que podemos seccioná-las historicamente, pois que acontecimentos semelhantes surgem agora no limiar do terceiro milênio.

A primeira grande mudança vivenciada pela humanidade se deu há dez mil anos atrás, quando o homem de nômade passa à vida sedentária baseada na agricultura e se estende até por volta do século XVI, na chamada Revolução Agrícola.

A humanidade, há uns 300 anos atrás vivenciou outra grande mudança, passa da civilização eminentemente sedentária e agrícola para outra de produção em massa, principalmente na Europa. A chamada Revolução Industrial, cujos efeitos se estenderam, neste modelo, até por volta de 1955.

Hoje, a humanidade, atônita, se vê diante da incrível velocidade das mudanças. A primeira levou um pouco mais de 9000 anos; a segundo cerca de três séculos e agora pouco mais de 45 anos. Estamos diante de uma nova mudança, tão profunda, que arriscamos afirmar que nos encontramos diante de uma nova civilização. A civilização da Revolução Digital, tendo a América do Norte como o palco principal desta mais fascinante revolução, chamada por muitos de Sociedade Pós-Industrial.

É importante frisar que estas três revoluções se caracterizaram, principalmente, por estarem embasadas num sistema distinto de geração de riquezas. Mas todas, indistintamente, produziram efeitos e conseqüências que interferiram de forma marcante, causando mudanças nos diferentes sistemas político-social-cultural-filosófico-jurídico-ético-institucionais entre outros, como veremos a seguir.

A REVOLUÇÃO AGRÍCOLA

Até o advento da Revolução Agrícola, por volta do século VXI, a terra consistia no maior patrimônio, o meio de geração de riquezas, mediante o dispêndio de energia humana e animal, com o emprego de técnicas agrícolas muito rudimentares. Quais as profundas mudanças de paradigmas deste período? Muitas, pois a sociedade precedente, nômade, passa a ser sedentária e, nesta ótica, as transformações sociais, filo-

sóficas, culturais, políticas, institucionais foram muito marcantes. Cresce com muita riqueza as relações entre os indivíduos e a necessidade imperiosa de disciplinã-las.

Na Inglaterra, por volta do século VXI, acontecia uma revolução no campo, com profundas alterações no modelo urbano da época. Paradigmas são quebrados e novos modelos são concebidos.

No campo ocorria a Revolução Agrícola imposta pela Burguesia. As pequenas propriedades eram substituídas por grandes propriedades. Em vigor, as chamadas "leis de cercamento" impostas pelos reis de Tudor. Pequenas extensões de terras abertas, utilizadas comunitariamente pelos camponeses, eram paulatinamente cercadas e vendidas. Essas terras foram sendo anexadas a outras, gerando grandes propriedades que foram a base para o fornecimento de lã às incipientes industrias manufatureiras tanto de produtos têxteis, quanto de produtos agropecuários, destinados ao abastecimento do comércio exterior.

A mão de obra camponesa expulsa de suas terras, migrou para as cidades, sendo absorvida, em péssimas condições de trabalho, praticamente escravo. A burguesia passa a controlar o poder político e econômico do Estado.

A Revolução Agrícola forçou a migração de mão de obra para as cidades, ocorrendo o fenômeno da urbanização e provocando excedente de mão-de-obra no setor manufatureiro, aumentando consideravelmente a produção e aparecendo os primeiros centros industriais, que não conseguiam absorver todo o excedente desta mão-de-obra. Começavam os problemas nas cidades como mendicância, prostituição e uma conseqüente vida miserável.

Uma das conseqüências da Revolução Agrícola foi a pá de cal no modelo de comunidade aldeã medieval, sendo substituída por um sistema individual de agricultura mais produtiva e dirigida para finalidades econômicas lideradas pela Burguesia.

A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

As populações migradas do campo ainda mal tinham se acomodado nas cidades produtoras de bens ou extrativistas de carvão, iniciava-se um período fértil para a ciência, com descobertas de máquinas que vieram auxiliar os trabalhos nas unidades fabris.

No século XVIII, a Inglaterra detinha condições para iniciar outra revolução, quebrando velhos paradigmas e criando novos modelos. Iniciava-se a Revolução Industrial, surgindo o capitalismo e delineando, mais tarde, duas classes: a proletária, detentora da força de trabalho; a burguesa, proprietária dos meios produtivos e do capital.

A Revolução Industrial tem por marco a invenção da máquina a vapor em 1776, que possibilitou o aparecimento da produção em massa, substituindo o serviço artesanal. A fantástica descoberta à época, por Watt, fez com que a produção de menos de uma tonelada em 1700, fosse para mais de 25.000 toneladas em 1800. Esta nova tecnologia, a da máquina a vapor, foi desastrosa para os pequenos artesãos que faliram, causando desemprego e criando a antipatia contra as máquinas nas revoltas dos artesãos em 1769, em Lancaster e, 1779, em Lamashire.

Quando da Revolução Industrial, Ned Lud foi um grande crítico da época, os seus seguidores, os neoluditas, destruíam os teares mecânicos que estavam sendo instalados e substituindo postos de trabalhos. Era o medo e o terror do emprego.

Mão-de-obra desempregada e as que estavam no emprego viviam em condições subumanas em jornadas de trabalho que ultrapassavam a 15 horas, recebendo baixos salários. Mulheres e crianças eram contratadas nestas condições. Os menores de idade ficavam privados de se instruírem, de se alimentarem e de ter uma condição mínima de dignidade. Consequentemente, a criminalidade e a prostituição explodiram.

Os resultados sociais da Revolução Industrial foram catastróficos. Devido ao período anterior da "Lei dos Cercamentos", provocando êxodo rural imenso, dispensando a mão-de-obra no campo, empurrando-a para as regiões urbanas, a população londrina chega rapidamente a um milhão de pessoas.

A chamada Inglaterra Negra, devido às minas de carvão, recebeu grande fluxo da mão-de-obra camponesa.

Por volta de 1830 a população urbana ultrapassa a rural.

O inchamento urbano se constituía numa triste realidade, onde predominava a promiscuidade e a falta de higiene. Surgiram novas relações sociais, mormente a imobiliária com o aluguel de cômodos que eram ocupados, geralmente, por mais de uma família.

Qual a resposta que a sociedade de então poderia dar? Qual a reação da sociedade, sem direitos e proteção do Estado Nação? O proletariado explorado e espoliado por um capitalismo burguês, quebra outros paradigmas, unidos por um movimento social organizado. Devido à precariedade das condições do proletariado, surgiram graves questões sociais, cujos movimentos deram origem às ideologias: o Socialismo e o Anarquismo, que contestavam o então sistema capitalista, contrapondo-se ao modelo.

No bojo desta reação nascem os Sindicatos de trabalhadores em 1776. Mais adiante, em 1824, é concedido, através de lei, o direito de greve. Mas uma vez o Direito é imposto, não para tirar terras e sim para dar possibilidade ao cidadão de reclamar das condições de trabalho.

Na Revolução Industrial a geração de riqueza está centrada na indústria manufatureira. Em seguida nas de produção em massa e no comércio de bens de consumo. O maior paradigma aqui está no diferente modo de gerar riqueza, modificando-se os meios de produção. O importante era a fábrica, equipamentos, matéria-prima, energia motriz, capital e, naturalmente, o trabalho do homem.

Nasce a hierarquização de comando, homens passam a receber ordens, instruções, regras trabalhistas, sindicais, imobiliárias com o nascimento de aluguéis de galpões, prédios, cômodos de casas. Há uma relação de salário e trabalho, horas semanais trabalhadas. Portando, no campo do Direito Civil há um fértil desenvolvimento, como também profundas alterações não só na forma de geração de riquezas, mas nas relações sociais, nas instituições políticas, culturais, filosóficas, econômicas, entre outras. Não nos é difícil compreender as relações da Revolução Industrial, pois as gerações de nossos avós nasceram nela, nossos pais viram o seu auge e nós acompanhamos sua transição para a mais nova e fantástica Revolução, a Digital. Viveremos ainda por um bom tempo, convivendo com estes dois modelos.

Todas estas Revoluções, mormente a Revolução Industrial, quebraram paradigmas da sociedade e ao seu tempo criaram novos modelos, relações sociais e de direitos, emanadas por um Estado Nação intervencionista em que o governo e legisladores traçam e concretizam as diretrizes dentro de um sistema fechado e de leis hierarquizadas.

Não pretendemos fazer grandes digressões históricas, apenas relembrá-las. O Estado absolutista, arbitrário, dá lugar ao Estado de Direito, mesmo que de inspiração liberal-clássica, mas que defendia a soberania nacional. Surge o Estado constitucionalista, dando primazia ao equilíbrio dos três poderes, entregando a tarefa legislativa a um parlamento, limitando as ações do executivo adstrito a produção das leis, e confere ao poder judiciário a tarefa de solucionar os conflitos através de julgamentos. Cada qual com suas atribuições e competências definidas em carta constitucional.

Não menos verdade é que ao final destas Revoluções percebe-se que houve aprimoramento dos direitos públicos, em que as camadas populares tiveram acesso a igualdade civil e a direitos iguais: o surgimento do direito sindical e do direito trabalhista.

REVOLUÇÃO DIGITAL

Novos paradigmas, novos modelos econômico-político-social vem acontecendo numa velocidade cada vez maior e mais espantosa. Vivenciamos nova Era, estamos diante da mais nova revolução planetária: a Revolução Digital.

A Revolução Digital ou da Informação tem pouco mais de meio século, com o advento da invenção do primeiro computador, concebido em 1947, o ENIAC Eletronic Integrator and Calculator, projetado na Universidade da Pensilvânia, nos Estados Unidos.

O micro chip tem pouco mais de 30 anos e este avanço tecnológico da informática, aliada à das telecomunicações, nestas últimas três décadas, testemunha uma mudança radical na forma de armazenamento, processamento e recuperação da informação.

Na Revolução Digital o conhecimento passa a ser o principal meio de geração da riqueza. O micro chip programado, dispensando inclusive a mão de obra humana, primeiramente naquelas operações mais insalubres ou difíceis, mas que na verdade estará cada vez mais presente em todas as atividades repetitivas, em plena Era da automação.

Nestas últimas décadas observa-se a alteração nas influências da vantagem competitiva das Nações. Se nos primórdios a influência competitiva estava nas Nações que detinham os Recursos Naturais e o contingente de mão-de-obra, como geradores principais da riqueza, passamos para a influência das Nações que detinham o Capital, depois as que dominavam a tecnologia avançada. Hoje, a influências da vantagem competitiva entre as Nações está naquelas que dominam a tecnologia da informação, do conhecimento. Talvez o que de mais marcante e extraordinário haja desta nova Era é o conhecimento. O cérebro humano tem um valor imensurável, é um agregado intangível.

Outro fator interessante, há uma desmassificação da produção que caracterizou a civilização industrial, dando lugar a pequenas unidades produtivas e produção por demanda. Assisti, há pouco tempo, a demonstração da extraordinária máquina que produz um livro de 200 folhas em pouco menos de três minutos, substituindo um parque gráfico. É a solução para os pesquisadores cuja produção científica pode ser dirigida, diminuindo sensivelmente os custos. Esta máquina pode armazenar em sua memória virtual uma infinidade de outras obras ou recebê-las via Internet. É simplesmente fantástico. Chegaremos a uma diversificação tal de produtos e serviços a custos cada vez mais baixos. O novo milênio poderá ser comandado por uma sociedade de serviços. E nós, operadores do direito, estaremos lá, com nossos escritórios

informatizados e tendo um papel preponderante, principalmente no que concerne à consultoria.

A expectativa para o futuro é ainda mais inquietante, pois a velocidade das inovações tecnológicas acontecem em espaços cada vez mais curtos, trazendo interferência imediata na vida de todos os homens, afetando as organizações político-sociais, alterando as relações internas e internacionais, modificando o conceito de Estados Nacionais, criando espaço e dando maior importância ao Estado Transnacional. Dependeremos, cada vez mais da informação (computadores) e da tecnologia da informação (telecomunicações). O Direito e a Ciência do Direito estarão em permanente crise neste final e início de milênio.

Tentaremos demonstrar a importância desta nova Revolução Tecnológica e a sua interatividade com o Direito, uma vez que tratamos e dependemos da informação jurídica.

Esta análise será fundamental para situarmos a importância da Informática Jurídica e do Direito da Informática diante da velocidade e do poder de transformação das novas tecnologias na sociedade contemporânea.

A informação para o Direito é condição essencial, não apenas para a prestação jurisdicional, mas sobretudo para o controle das decisões, na produção normativa, como também é fonte para o estudo da Ciência do Direito. A probabilidade do acerto de uma decisão, no âmbito processual, sem fundamento em informações contidas nos Autos e fundamentadas na jurisprudência, na lei e na doutrina, é praticamente nula. O armazenamento e a busca da informação precisa é fundamental para a celeridade da prestação jurisdicional.

Todo operador do direito depende de informação, capturá-la rapidamente, tê-la disponível em bancos de dados adequados é imprescindível à sua atividade. Tê-la atualizada é fundamental para sua correta análise e aplicação. As conseqüências da má utilização da informação jurídica poderão ser graves, pois tratamos do patrimônio material das organizações e das pessoas, de suas relações interpessoais, dentre outras múltiplas áreas, resultando deste modo em uma ação que tenderá sempre ao equilíbrio das relações jurídicas e da equidade da justiça. A falta de atualização da informação ou até mesmo da interrupção do processo de busca das mesmas, a lentidão do processo legislativo na produção normativa condizente com o novo tempo, sem dúvida alguma, levará à entropia do sistema jurídico, tendendo para uma desorganização das instituições e da sociedade. É de suma importância que os operadores do direito se preocupem com estas novas tecnologias, seja no campo da Ciência do Direito, seja na aplicação do Direito. A agilização do fluxo de informações nas organizações jurídicas e legislativas é tão importante quanto a celeridade na prestação jurisdicional. À medida em que os Estados de Direito, em que a Nações vão sofrendo, direta ou indiretamente, os efeitos do processo da globalização, aumenta ainda mais a importância no trato da informação e de todos os processos tecnológicos da Era digital.

A Revolução Digital, que vem assombrando todos os dias a humanidade, em virtude de sua velocidade de desenvolvimento e influências, traz em seu bojo algumas pequenas semelhanças com as Revoluções do passado. Não chega naquele nível de destruição de teares ou de unidades fabris daquela remota época, no início da Revolução Industrial. Mas carrega consigo o fantasma do desemprego em massa, comandado pelas modernas técnicas de Reengenharia e da Automação no setor secundário. Realmente, é mais do que uma constatação, é uma preocupante realidade. Observa-se, diariamente, a perda de postos de trabalho, mais sentida nos países em desenvolvimento. O direito dos trabalhadores sofre também suas mudanças, prega-se a "flexibilização das leis trabalhistas" subtraindo-se direitos, já sob o efeito da

globalização. Todavia, cresce a Sociedade de Serviços, constituindo-se no outro lado da moeda, surgindo, também, uma gigantesca economia informal. A Sociedade de Serviços, deverá absorver parte dos postos de trabalho oriundos da Automação Industrial na era da Revolução Digital. "O Brasil é o único dos países do Mercosul que ainda apresenta um certo número de empregos industriais, cerca de 25% da PEA, mas em franco processo descendente. O Setor de serviços já é responsável por mais de 1/3 dos empregos. Mas os efeitos recentes do ajuste têm demonstrado que esse segmento já apresenta um esgotamento na sua capacidade de absorção do desemprego industrial. O setor agrícola, cada vez mais reduzido, emprega cerca de 12% dos assalariados"[247]

Todavia, observa-se que pouco esforço tem sido realizado pelos governos na constante capacitação da massa trabalhadora, no chamado desemprego aberto, adaptando-a às novas tecnologias e gerando novos postos de trabalho.

A "temida" Revolução Industrial e todas as outras que a antecederam e a sucederam, tiveram por empuxo o natural avanço tecnológico mas, nem por isso, a sociedade sucumbiu e as pessoas deixaram de ter seus postos e suas atividades de trabalho. Há uma acomodação das forças de trabalhos. Todavia, o quadro que se apresenta neste final de século nos parece mais grave diante da dimensão planetária.

Todas esta mudanças trazem, em seu bojo, muitos problemas de ajustamento da sociedade e principalmente do direito.

Percebemos, neste breve histórico que, nas duas primeiras Revoluções, as massas de homens se deslocavam para as áreas de ofertas de emprego. Atualmente, na Revolução da Informação, vivenciamos algo diferente, tendo por causa a nova tecnologia digital, são as unidades produtivas que se movimentam para os bolsões de mão-de-obra barata, à procura de isenções fiscais e de infra-estruturas praticamente gratuitas. Os parques industriais são mais leves e de fácil remoção.

Problema de emprego surgirá, sim, e cada vez mais agudo neste novo arranjo da economia mundial em que as empresas transam capitais sem pátria. Há que se ter nova dimensão do Direito e muita responsabilidade terá a Ciência do Direito no estudo dos novos paradigmas.

Certamente, num futuro bem próximo, a nova sociedade de serviços crescerá ainda mais diante da grande rede de computadores, da Internet, em que sedimentará a mão-de-obra especializada e os serviços serão transnacionais, sem pátria e sem fronteiras.

Na reordenação que a sociedade do futuro viverá, exigirá um Direito mais ágil, dinâmico e que dê respostas na velocidade das transformações sociais, que serão cada vez mais rápidas. É sentida a crise do sistema juspositivista tradicional da Ciência do Direito, bem como do conhecimento jurídico. Estamos diante de uma autocrítica do Direito e todas as suas instituições perante a atual complexidade da sociedade contemporânea.

Nesta nova sociedade, em alguns casos, o Direito deverá ser antecipatório, estas mudanças nas estruturas econômicas, políticas, culturais, sociais, causarão conflitos e perturbação da ordem.

[247] CASTRO, Maria Silvia Portella de. Os Direito Trabalhistas no Mercosul. In: Caderno Sindical sobre o Mercosul, p.40

PARADIGMA DA INFORMÁTICA

Cada novo **paradigma** gera conseqüências nas sociedades em que ocorre. E, por vezes, cria seus **paradoxos**. Esta nova tecnologia nos deixa ver grandes paradoxos enquanto cria uma sociedade altamente informatizada. O desenvolvimento da Era Digital permitiu um avanço sem precedentes das ciências. Novos valores vão sendo agregados na sociedade da globalização e o cidadão, cada vez mais toma consciência de que está vivendo num mundo sem fronteiras, libertando-o de seu isolamento imposto pelo Estado Nação, tornando-o partícipe das novas dimensões geoeconômicas, legais e políticas.

Constata-se que a informação é a matéria prima básica e fundamental da informática, sem a qual fica inviabilizada.

Diante do novo paradigma, os operadores do direito podem ficar cientes de que todo o resultado da infra-estrutura da informática, disponibilizando a informação certa para o momento adequado, só poderá trazer benefícios aos serviços prestados, por exemplo, pelos órgãos do judiciário, propiciando a tão almejada celeridade e dando resposta aos conflitos sociais, garantindo a democracia e os direitos de cada cidadão.

Na Sociedade Informatizada o Operador do Direito tem acesso às informações jurídicas distantes de seu local de atuação. E, em tempo real, acessa bancos de dados de jurisprudência, leis, doutrinas e processos, entre outras.

Nesta nova sociedade, não importa o local de seu nicho de trabalho e sim da infra-estrutura tecnológica à sua disposição, de maneira que possa agilizar o fluxo de dados , dispor das informações mais precisas em qualquer lugar do planeta.

As perspectivas para o Direito são imensas, por isso a inquietação de todos diante da demora do nascimento de normas que possam solucionar conflitos e dar o devido equilíbrio às relações havidas nesta nova sociedade da informação. Este distanciamento do Direito frente às exigências do domínio da Ciência e da Tecnologia, neste quebrar do milênio, como por exemplo, a manipulação do DNA, somente poderá ser diminuída se for tratada de forma interdisciplinar e interativa, percebendo e atuando como freio à manipulação danosa da genética para o futuro da humanidade. Não percamos de vista que o progresso da Ciência é geometricamente mais rápido do que a resposta positivista do Direito. A rapidez do desenvolvimento tecnológico é incrivelmente mais veloz do que a normatização jurídica. E, o perigo está no descontrole social. Daí a grande perspectiva do Direito e da Ciência do Direito de encontrar um caminho mais rápido e dar respostas velozes às soluções emergentes pelas quais a sociedade digital está clamando.

A SOCIEDADE INFORMATIZADA

A aplicação diária das novas tecnologias demonstra que as mudanças ocorrem em passos cada vez mais acelerados, afetando a forma de trabalho de todos nós, o modo de vida dos cidadãos numa nova sociedade cada vez mais informatizada.

Tenho afirmado que estamos vivenciando uma época revolucionária e que o carro chefe continuará sendo a tecnologia digital, tendo como protagonistas os computadores e as telecomunicações.

Percebemos claramente que neste findar de século e início de novo milênio, a globalização é um fato inexorável, provocando mudanças políticas, econômicas, sociais, institucionais e culturais. Não seria temeroso arriscar e afirmar de que uma nova civilização está nascendo.

A Sociedade Informatizada tem como uma de suas características a decisão pautada no exame dos fluxos de informações mais apropriadas a cada caso.

A Ciência do Direito e o Direito positivado têm se deparado, nestas duas últimas décadas, com incertezas diante de uma verdadeira revolução. Mudanças profundas colocam em crise o Direito, exigindo uma reengenharia jurídico-político-econômico-social, frente ao nascedouro de novas vertentes. São os chamados Direitos Emergentes, ungidos pelas recentes descobertas científicas, impulsionadas pela informática, proporcionando o novo, o extraordinário e o inacreditável, diante de nossos atônitos olhos educados na teorização jurídico-normativa, acostumados ao ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.

O Direito enfrenta o megadesafio de proporcionar respostas ao complexo ineditismo. Estamos assistindo a uma estonteante profusão desordenada de normas secundárias.

Para exemplificar, trazemos a Bioética, definida como a ética das ciências da vida e da saúde. Entre os três princípios éticos fundamentais temos o da justiça. Nas políticas de saúde pública, a preocupação é com respeito à priorização de programas com critérios éticos, tendo por princípio fundamental o da justiça e da eqüidade. A Ética médica tem estado, ultimamente, em constante debate nos congressos médicos, tendo em vista as novas descobertas no campo da Medicina, impulsionadas pela informática. Em xeque, alguns conceitos e novas reflexões sobre os dilemas morais quanto à prática e procedimentos realizados por médicos e pela ciência médica. A evolução da medicina tem trazido motivo de reflexão na área do Direito com relação a alguns conceitos. O Nascer: a vida humana, conceito de natureza e pessoa e, ainda, as discussões de quando começa a vida.

A decisão de ter ou não ter filhos. Como, por exemplo, não ter os filhos que não se quer. Aqui, discussões sobre sexualidade x reprodução, ou seja a reprodução separada da sexualidade; os métodos contraceptivos x aborto; esterilização é ou não lesão corporal; controla-se ou não a natalidade através de esterilização em massa de homens e mulheres? Quais as questões éticas, morais, religiosas e jurídicas?

Exames pré-natais x relação de emprego. Outra questão: como ter os filhos que a natureza recusa? A Inseminação artificial; banco de sêmen, de óvulo, de ovo, de embrião - doação de sêmen, óvulo, ovo ou embrião. Banco de esperma. Como fica a paternidade *post-mortem*? E as mães (barriga) de aluguel? E o direito dos embriões? A Inseminação *in vitro*? São temas, trazidos pelo desenvolvimento da tecnologia digital, da informação, que exigem a presença normativa antecipatória do Direito.

Ainda mais polêmicos os temas que envolvem a Genética e a Engenharia Genética com a manipulação e experimentos genéticos, envolvendo animais irracionais e seres humanos. A clonagem de seres vivos sacudiu há pouco, o mundo científico e os cidadãos globalizados. A quanto anda o código de ética com relação aos profissionais da Engenharia Genética e da Medicina? Qual o papel da Ciência do Direito frente a estas novas questões, diante destas novas tecnologias, a exigir respostas cada vez mais rápidas e adequadas a situações novas e específicas?

A SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL

A Sociedade pós-industrial tem o computador como símbolo de maior *status*. E dele urge cada vez mais a necessidade de se aproximar, simplesmente para assegurar uma importante atualização profissional, como também para o domínio da tecnologia do terceiro milênio.

A informação é o principal combustível da Sociedade pós-industrial, exerce papel preponderante no fenômeno da globalização. É bem verdade que a sociedade digital está ainda em fase embrionária, frente às infinitas perspectivas de expansão que oferece. O Direito é parte desta expansão, principalmente tendo na Ciência do Direito como sua maior aliada.

As mudanças que estão se desenvolvendo diante de todos nós, permite que vivamos o maior e mais formidável acontecimento de nossa época. Não há qualquer dúvida de que seremos todos afetados de forma direta ou indireta, integrados ou excluídos desta nova tecnologia. É o momento para a Ciência do Direito: Filosofia e Sociologia Jurídicas refletirem sobre a configuração da atual ordem social. Qual a abrangência com que estas novas tecnologias terão sobre os diversos segmentos da frágil sociedade dos homens? Qual a amplitude e como aplicar as regras concebidas para regular os conflitos da Sociedade Industrial, voltada ao setor secundário e os da nova Sociedade da Informação?

Tenhamos em mente que a Sociedade pós-industrial está estribada nas atividades do setor terciário e pela imensa valorização da tecnologia digital, como elemento de transformação social, valorizando-se o poder da informação, enquanto na outra sociedade valoriza-se a força bruta expedida e o gasto de energia na produção de bens de consumo.

A sociedade pós-industrial tem por conotação fundamental o processamento da informação, onde o conhecimento assume papel importantíssimo e até estratégico diante das novas formas de saber e de ação geopolítica. Neste sentido, o Direito, aliado à Ciência da Informação, tem papel preponderante diante das novas tecnologias e experimentos científicos. Não tem espaço para a passividade, sob pena de colocar-se em risco o equilíbrio social. Cabe ao Direito desempenhar o seu papel primordial, ser o freio, o equilíbrio, o mantenedor das liberdades, dos direitos fundamentais do cidadão. De preservação ambiental e da espécie humana, num mundo onde o Estado Nação está cada vez mais fragilizado diante do poder da globalização, frente a paradoxos presos aos ulteriores modelos físicos, tecnológicos e sociais. Sem dúvida, tais embates, entre o novo e o antigo, será a seiva que alimentará e reformulará a sociedade, tanto a nível de suas estruturas lógicas, quanto a nível da reestruturação do conhecimento acumulado em suas diferentes áreas de aplicação. A Ciência do Direito é parte desta mudança.

Na verdade, nada no mundo causou tanto impacto, em tão pouco espaço de tempo, meio século apenas, no desenvolvimento da relações entre as Nações, quanto o advento da informática, das redes de informação e das telecomunicações.

A GUERRA DO GOLFO PÉRSICO - O EXEMPLO AO VIVO

Um dos exemplos mais fascinantes desta Sociedade Informatizada e ao mesmo tempo terrível pela bestialidade humana de auto destruir-se está na Guerra do Golfo Pérsico.

Não nos cabe aqui fazer um histórico desta Guerra, apenas situá-la como o auge da guerra eletrônica. A aviação bélica desenvolveu a tecnologia EW (Electronic Warfare), construindo ou convertendo aviões para EW com finalidades múltiplas: ataque, para confundir os radares inimigos; detectar pequenos alvos terrestres, equipados com mísseis que seguem os sinais de radar. Outra tecnologia eletrônica desenvolvida e aperfeiçoada foi o Eletronic Counter Measures - ECM para defesa própria dos aviões bélicos. Na guerra do Golfo, os norte-americanos introduziram a bomba de duas toneladas dirigida a laser e destinada a penetrar Bunker ou grandes hangares das bases aéreas do Iraque. Fiquemos por aqui, porque o objetivo é o de salientar que a eletrônica foi introduzida na sociedade informatizada, nas chamadas guerras modernas e teve seu auge na Guerra do Golfo Pérsico.

O fantástico da Guerra do Golfo, em janeiro de 1991, milhões de cidadãos em todo o mundo, em seus confortáveis casulos, rodeados e dominados pela eletrônica, tomando uma cerveja ou seu whisky, assistiam 24 horas por dia lances da Guerra do Golfo. Havia momentos que pareciam telas de jogos eletrônicos, de *video games* sofisticados, onde a ficção das crianças tornava-se a realidade do mundo desumano dos adultos. O inacreditável estava diante de todos nós, estáticos partícipes de um grande drama estrategicamente jogado nos desertos do Iraque e nas cidades circunvizinhas. Através das telecomunicações, da Telemática, pela primeira vez, ao vivo e a cores, o homem assistia *on line* o desenrolar de uma Guerra Eletrônica a mostrar o quanto é tênue a relação vida e morte diante do uso das novas tecnologias. Na verdade, a Guerra do Golfo Pérsico foi um grande laboratório vivo para experimentos bélicos do próximo milênio, onde o soldado já não dispõe somente de balas, mas muito mais significado e importância têm os Chips que carrega em seus equipamentos, sinalizando que o soldado do futuro terá outro perfil, deverá ser muito mais inteligente, especializado e dominador destas novas tecnologias. Usará a microinformática em toda a sua dimensão. Uma simples antena de 8mm, conectada a satélites de percepção à distância, recebendo e mantê-lo-á transmitindo dados e imagens precisas de posição do inimigo e de seus companheiros. Um soldado mal treinado, nesta Era eletrônica, poderá causar uma verdadeira tragédia em seu próprio exército. Muda o paradigma, põe fim à guerra convencional.

A NOVA ORDEM SOCIAL - CONSEQÜÊNCIAS

Neste enfoque dos novos Paradigmas da Informática, há que se tecer alguns comentários acerca das conseqüências que estas grandes mudanças podem marcar na vida da humanidade de forma positiva ou negativa. Abrimos um espaço para uma reflexão crítica. É evidente de que esta nova tecnologia é extremamente excludente. Faremos aqui uma pequena abordagem no sentido de demonstrar algumas destas desigualdades.

De todas as desigualdades existentes, nenhuma cresce tanto quanto a do acesso à tecnologia da informação. Alguns segmentos da sociedade podem ficar excluídos de vez.

A exclusão dos mais pobres, do analfabetos, é um aspecto negativo e preocupante da Tecnologia da Informatização, em todos os meios sociais e requer ações urgentes para minimizar os efeitos em programas de alta solidariedade internacional.

As economias que não possuírem condições de acompanhar este aceleradíssimo desenvolvimento tecnológico, na virada deste século, ficará em condições de dependência. As economias do terceiro mundo serão as mais atingidas porque não têm

condições financeiras, educacionais, culturais, tecnológicas, para superarem suas adversidades internas - a miséria, a fome, a saúde, o desemprego, a educação. Vivem em condições subumanas e num processo de conseguir o mínimo para sobreviver. Nestas lamentáveis condições de vida, estes bolsões de pobreza se espalham por todo planeta. Sabemos e não temos como esconder que a economia está cada vez mais globalizada, vive na dependência de buscar mercados e resultados financeiros. Não existe na economia de mercado consumidor sentimento universal de altruísmo. Está, ainda, por nascer a solidariedade universal. Infelizmente, esta tecnologia é altamente excludente. Esta a conseqüência mais cruel. Uma crucial realidade, cada vez mais presente, a pior das endemias da pós-modernidade. Há um distanciamento cada vez maior entre ricos e pobres, seja na macro economia, nas classes produtoras, sociais e culturais. Estamos longe de erradicar do mundo a fome e o analfabetismo.

Há outro fator importante. Estamos assistindo, nestes últimos anos, passivamente, o empobrecimento de milhões de latino-americanos e caribenhos na implantação de políticas econômicas neoliberais, justificadas como necessárias a um futuro desenvolvido. O neoliberalismos tem a visão do crescimento econômico e não a do pleno desenvolvimento de todos que o integram; reduz a intervenção do Estado - Estado mínimo - despojando dele inclusive funções básicas, minimizando as ações no campos do ensino, da saúde e da assistência social. Entregando à iniciativa privada parcela destas três funções básicas. Aqui no Brasil, indiretamente, através de normas editadas pelo executivo, vindas da área econômica visando o crescimento econômico dentro da ótica da globalização, quando não são reduzidos os investimentos, não se aumentam os recursos compatíveis com a relação do incremento populacional. Privatizam-se empresas estatais, pregando que o Estado é péssimo administrador, todavia as privatizações são de Estatais de administração altamente técnicas e rentáveis. Abrem-se as fronteira de mercado e não se protege o pequeno produtor. Os valores das privatizações não são aplicados no desenvolvimento da infra-estrutura nacional e tecnológica, no intuito de preparar o País para o terceiro milênio. Pagam-se os credores externos e aumenta-se monstruosamente a dívida interna com política deliberada de alto juros. As medidas de ajustes da economia são macroeconômicas em direção do equilíbrio orçamentário fiscal, tendo por conseqüência o desemprego, a baixa de salários e da produção interna, entre outras múltiplas análises que poderíamos despender e que não é nosso objeto.

"Com freqüência, os dirigentes das nossas sociedades, aliados a esses movimentos de globalização e imbuídos da necessidade de aceitar indiscriminadamente as razões do mercado, vivem como estrangeiros nos seus próprios países. Deixam de dialogar com o povo que consideram, não com um irmão, companheiro ou parceiro, mas simplesmente como um obstáculo e um perigo para os seus interesses."[248]

Parece que sequer estamos examinando estas estratégias políticas tão distantes da concepção humana, que almeja melhor esperança de vida e de legar às gerações vindouras uma sociedades evoluída sim, porém, também, mais justa.

De nada adiantam índices econômicos positivos em detrimentos aos reais índices sócio-cultural-educacionais e de saúde baixos.

É bem verdade que, na outra face desta análise econômica, está o poder da Tecnologia da Informação que abriu, sem dúvida, novas possibilidades de conhecimento, exigindo mais criatividade e busca de mercados transnacionais. Desta forma a maioria da economia dos países sul-americanos cresceu, somada à política neoliberal em nosso continente. Mas, perversamente, deixa multidões na pobreza. Calcula-se

[248] O Neoliberalismo na América Latina. Ed. Loyola, São Paulo, Brasil, 1996, p.13.

que somente na América Latina existam "180 milhões de pessoas vivendo na pobreza e 80 milhões na miséria".[249]

Ressaltamos, também, que neste nosso imenso Brasil, vamos encontrar situações ou regiões que ainda se encontram em situação de economia meramente agrícola, em que a derrubada e queimada da floresta ou as matas para cultivo, sem qualquer controle, tanto no manejo da floresta, das matas ou da terra. Uma questão de sobrevivência. Áreas paupérrimas, ausência da Nova Tecnologia, aumento da exclusão social.

Noutras regiões, há um misto de industrialização e da agricultura já mecanizada, porém ocorrendo êxodo para as principais capitais do País. Aumentando da população urbana desassistida, vivendo em péssimas condições de moradia, saúde, dependendo do subemprego, principalmente da construção civil, fadadas à exclusão da nova tecnologia.

Nas regiões mais desenvolvidas, predomina a Tecnologia da Informação, mesmo assim, convivendo com problemas sociais cada vez mais cruciais com o aumento do desemprego no País. Há previsão de que no Brasil a taxa de desemprego poderá chegar a 20% até 1998. "Em 1990, cerca de 60% da força de trabalho brasileira tinha contratos regulares protegidos pela legislação laboral; em 1994 menos de 50% da força ocupada estava nessas condições de trabalho "por conta própria" cresceu nesse período de 17,5%, para o índice de 22%. (PNAD_IBGE)"[250]

O desemprego está se transformando no grande fantasma nesta virada para o terceiro milênio. É menos verdade que os grandes vilões desta história de incertezas é a automação, a informatização, o computador. A Tecnologia Digital está sendo acusada de causar o desaparecimento de milhões de posto de trabalho no planeta. Em nossos dias, são 800 milhões de desempregados ou em condições de subemprego. No Brasil, o IBGE dá uma versão diferente para desempregados: considera desempregados a massa de pessoas que se encontra sem emprego, mas que continua procurando. E aquelas que já "desistiram de procurar", classificam-nas de desocupadas, novo silogismo para desempregados mesmo, para os desesperançosos, para os excluídos sociais.

Por outro lado, os defensores desta nova tecnologia alardeiam suas vantagens, apontando como uma das principais o aumento da qualidade de vida, o que é inegável.

Por fim, paradoxalmente, a nova sociedade exige cada vez mais e melhor formação básica e, agora, tecnológica no mercado de trabalho, até para o desempenho de funções bastante simples. No Brasil, quatro em cada 10 trabalhadores têm menos que a quarta série do Primeiro Grau. Com o crescente nível de automação, estes trabalhadores terão cada vez menos chances de emprego, principalmente se tiverem idade avançada e baixo nível de instrução. O cidadão do futuro, no mínimo, terá que saber duas línguas e ter conhecimento da tecnologia digital.

Uma das conseqüências mais preocupantes está na modernização do ensino. Ela é bastante lenta, comparada à velocidade de transformação da Sociedade Informatizada, aumentando, por si só, as distorções aqui levantadas.

O papel do ensino jurídico no país é de fundamental importância na preparação dos futuros operadores do Direito. Além de modernizar seus meios e métodos de ensino, terá, sem sombra de dúvida, que acompanhar todas estas evoluções e preparar os alunos na melhor de suas qualidades, a de cidadão do futuro. Moldar o homem

[249] Cf. O Neoliberalismo na América Latina, op. cit. p.18.

[250] Cf Castro, op. cit. p.41

na sua concepção maior da palavra, devendo, inclusive, adequar seus currículos a esta nova forma de encarar o Direito, responsável por impor tal ordem de valores, que além de proteger a liberdade individual, proteja cada vez mais as liberdades coletivas, o direito ao emprego, saúde, educação, entre outros. Preparar homens que possam auxiliar na produção de regras condizentes ao novo tempo, legitimando esta nova sociedade. Porém, assegurando que as sociedades futuras tenham a proteção contra o terrível escândalo do final do século que é a desesperança das multidões que vivem a incerteza da fome, do não acesso à saúde e à educação.

Há que se responsabilizar governos e governantes que se descuidarem ou que implementarem políticas alienígenas, que empobrecem e retiram a dignidade do cidadão que vive nos limites do Estado-Nação.

Precisa-se de um ensino que prepare homens justos que punam severamente a ganância dos poucos que destroem os recursos da sociedade e da natureza.

O Direito tem seu lugar neste novo contexto. Não podemos esperar pela grande solidariedade universal, que ainda está muito longe de acontecer. Uma utopia cristã, embaçada pelo egoísmo e falta de ética no trato dos assuntos que dizem respeito à proteção à vida da natureza e, por conseguinte, do Homem.

Um novo cidadão precisa ser trabalhado, formado. Acima de tudo um operador do direito ético. Só assim poderemos mudar os rumos na construção de uma sociedade voltada para a humanidade, onde todos tenham acesso aos bens e serviços, à educação decente, alimentação digna, saúde, moradia e segurança.

Esta tão propalada e discutida Crise do Direito é o descompasso existente; é a crise de se adequar aos Direitos Emergentes desta nova sociedade, sem perder de vista a cidadania plena do mais humilde dos cidadãos.

CONSEQÜÊNCIAS GEOECONÔMICAS

A sociedade informatizada trouxe como uma das conseqüências a globalização da economia, onde deve imperar a ausência de fronteiras, com a realização de negócios em escala mundial e a preços, provavelmente, mais baixos. Nesta nova sociedade ocorreu a fusão da informática com a Telemática (tecnologias da comunicação).

Haveremos de ter nova ordem de divisão dos países entre nações ricas e pobres; entre países com boa infra-estrutura informativa e dar-se-á preferência aos que tiverem melhores recursos humanos àqueles países com boa capacidade de matéria-prima. O valor desta nova Era é a o conhecimento.

Estamos vivenciando uma época em que os negócios caminham à velocidade dos bits e nas infovias da informação. Nas transações vigorarão aquelas que utilizarão os processos da digitalização.

A formação dos blocos geoeconômicos gera o enfraquecimento do Estado-Nação, uma constante em relação ao fortalecimento do Estado Supranacional, vigorando a democracia direta, a informatização e a informação será destinada a todos, indiscriminadamente, que tiverem acesso.

Se os Estados-Nação constituem comunidades geográficas, delimitadas organizados politicamente sob o comando de um único governo, os Estados supranacionais são formados por blocos econômicos, vários Estados-Nação, estruturado em comunidades de interesses comuns.

O que viabiliza a Globalização são algumas características:

Mobilidade de capital, pesquisa e tecnologia;

Simultaneidade, proporcionada pela informática e telemática, tornando as comunicações em tempo real, independentemente da distância e dos fusos horários. Significando que volumes enormes de operações são, simultaneamente, realizadas no mundo, em poucos minutos, tendo por meio a tecnologia digital. "No campo financeiro, tais mudanças se fazem notar de modo eloqüente. Primeiro, pelo volume gigantesco dos empréstimos internacionais. Em 1971, o volume dos empréstimos internacionais de médio e longo prazo feitos pelo capital privado foi de 10 bilhões de dólares. Em 1995, 1,3 trilhão, ou seja, 130 vezes mais no período de 24 anos. O segundo aspecto diz respeito ao chamado capital volátil, ou *smart money*, à busca de melhor remuneração, que chega e sai dos países tomadores dos empréstimos com a mesma velocidade." [251]

O governo brasileiro, através de sua política cambial, mantém altas taxas internas de juros, no intuito de bem remunerar o capital externo, capital volátil, o *smart money*, abrindo indiscriminadamente as fronteiras para fluxos financeiros especulativos.

Na União Européia é criado o Banco Europeu de Investimentos para financiar a globalização européia. Chegar-se-á, por exemplo, à introdução de uma moeda única, passo altamente complexo.

Multiplicidade de produtos, serviços e tecnologia, disponíveis a todos os países membros a um mesmo custo.

Pluralidade, outra característica importante na medida em que as cidades referências mundiais estão se multiplicando. As referências de cidades pólos não são mais estáticas. No mundo globalizado, são muitas as cidades de alto poder econômico, favorecendo a criação dos Blocos geoeconômicos.

Expansão do setor privado, esta talvez a maior, mais importante e visível característica da globalização, o fim para o qual os blocos são erguidos. Países em vias de desenvolvimento se vêem obrigados a modernizar seu parque industrial. A economia mundial está cada vez mais concentrada nas mãos de poucos, de empresas transnacionais. Na busca de novos "investimentos", governos saem desenfreadamente à procura de empresas fortes, oferecendo desde infra-estrutura, isenções fiscais, até disponibilização de recursos financeiros para que se instalem. Com toda certeza o Brasil tem que abrir sua economia e sair deste modelo de substituição de importações, quando criou barreiras diversas e, entre elas, as alfandegárias, no intuito de dar (falsa) proteção à produção nacional. Este modelo envelheceu rapidamente. O parque industrial brasileiro não acompanhou a modernização até porque possuía um mercado interno garantido. Hoje, a economia nacional, em vias de globalização, tem necessidade de automatizar-se para adequar-se às novas tecnologias. Enfrenta o fechamento de milhares de postos de trabalho. Nossa exportação correspondia, em 1995, ao volume de 0,05% das vendas do mercado mundial, o que é inegavelmente uma participação irrisória. O consumo mundial exige alta qualidade, baixo custo e preços competitivos. Por algum tempo nossa balança de pagamento estará em descompasso, porque não há como competir com o comércio exterior em tempo de globalização e fronteiras econômicas cada vez mais abertas, possuindo um parque industrial envelhecido. Não vamos aqui analisar custos portuários, ferroviários, aeroviários e rodoviários no Brasil, em comparação com os da Europa, por exemplo.

[251] MEIRA, José de Castro. Globalização e Direito. Texto colhido na Internet.

Os blocos geoeconômicos que mais chamam a atenção na atualidade são: O NAFTA; bloco asiático; União Européia e o Mercosul.

Os blocos geoeconômicos começam a celebrar acordos e tratados entre si, o que torna a globalização mais eminente. Não nos é difícil entender que este processo de globalização é difícil, regado por inúmeros lances diplomáticos a exigir em um acúmulo de experiências, pois que no seu bojo vêem problemas que necessitam de superação, para não colocar em risco a integração do países membros.

Países ainda em vias de desenvolvimento, que participam destes processos de integração, enfrentam problemas maiores tendo em vista que seus parques industriais necessitam adequar-se à nova Era, optando, fatalmente, pela Automação, Reengenharia Industrial e trabalhista, o que necessariamente passa por fechamento de postos de trabalho, gerando desemprego e incertezas aos cidadãos do Estado-Nação.

Com a globalização, é certo e inevitável o enfraquecimento da soberania dos Estados-Nação participantes.

Outro fator que serve de catalisador positivo, para dar celeridade ao processo de integração é, sem dúvida alguma, o desenvolvimento das modernas tecnologias da informática e da telemática.

Como nos ensina o Prof. José de Castro Meira, a integração dos blocos econômicos dá-se durante longos anos, resultante de inúmeras experiências e que passam por diversas etapas de maturação: a de ***Zona de Livre Comércio***, com a redução ou eliminação de barreiras alfandegárias; a da ***União Aduaneira,*** abertura das importações de produtos dos países do Bloco Geoeconômico, com implantação de Tarifa Comum Externa; o ***Mercado Comum,*** dando um passo mais além e abrindo as fronteiras para livre circulação de pessoas, serviços e de capitais; o da ***União Econômica,*** em que num patamar mais adiantado, os países participantes do Bloco procuram harmonizar suas legislações, é o estágio em que se encontra a União Européia com a constituição, por exemplo, do Parlamento Europeu; criação do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e de Tribunais de Primeira Instância das Comunidades Européias.

Nascendo, nesta fase, o Direito Comunitário, supranacional de que iremos tratar mais adiante.

Ainda, atento à União Européia, o exemplo vivo e dinâmico da integração dos povos está alicerçada em princípios fundamentais que norteiam e servem como fonte do Direito Comunitário. Princípios tais como: ***da Igualdade***, sobretudo porque leva à harmonia entre os Estados-membros; o ***da Solidariedade*** em que os Estados-partes assumem, quando dos pactos, a cumprirem reciprocamente as obrigações. Este princípio vem fortalecer as necessidades de serem adotadas medidas sociopolíticas que possam assegurar a participação daqueles de economias desiguais, permitindo-se plena integração; o ***Princípio da Uniformidade,*** principalmente dos mercados entre países membros, protegendo-se da ação de outros mercados periféricos; ***do Equilíbrio Institucional***, como princípio básico da manutenção da soberania supra nacional, formada pelos Estados-membros; e outros princípios que visam assegurar os objetivos de uma convivência comunitária harmônica.

E, no último estágio deste magnífico processo de integração dos povos, tem-se o da ***União de Integração Total***, quando os Estados-parte adotarão uma única política monetária, passo que está sendo iniciado, mas ainda não concretizado, pelos países integrantes da União Européia.

O DIREITO FRENTE À GLOBALIZAÇÃO

O fenômeno da globalização diante da complexidade e da velocidade das transformações traz para a Ciência do Direito novos desafios. São transformações radicais que merecem a reflexão dos filósofos do direito e dos sociólogos do direito. Tem a Ciência do Direito um papel fundamental no estudo desta reestruturação da humanidade, da qual não ficaremos fora. Participamos do processo de globalização no bloco geoeconômico do Mercosul; somos chamados à mesa de conversação da ALCA, pelo grande significado de mercado e interesse da América do Norte.

O maior dos desafios está no enfraquecimento do Estado-Nação com a quase expressa renúncia da soberania nacional, por parte dos países integrantes dos pactos de globalização. Esta desnacionalização traz em seu bojo outros desafios para o Direito pátrio, com vistas à preservação dos valores jurídicos fundamentais, bem como dos direitos humanos.

O Prof. José de Castro Meira alerta com muita propriedade de que "é preciso cuidado com as análises apressadas quanto a alguns fenômenos de nossa época.". O exemplo que nos aponta vem dos "países asiáticos, especialmente os chamados "tigres" - Hong Kong, Taiwan (Formosa) Coréia do Sul e Cingapura. Apontados como modelos a serem imitados, começam a revelar deficiências, levando os grandes investidores a perderem o entusiasmo inicial." [252]

Hoje estamos acompanhando a queda dos índices das Bolsas de Valores Asiáticas e seu reflexo no mundo inteiro, também aqui no Brasil, sendo editado, pelo Executivo "o pacote econômico" de novembro/97, embutindo Medidas Provisórias que nada têm de interesse social e sim de cunho meramente econômico, denotando que as decisões políticas estão assumindo de vez os interesses internacionais da globalização.

Paradoxalmente para ficar no concerto das grandes Nações do próximo milênio, não há como ignorar o fenômeno da globalização, o que nos remete, com urgência, para a necessidade de se estudar, com profundidade, possíveis interferências na ordem social, política e econômica de nosso País. O Direito tem papel reservado nesta revisão dos novos tempos.

A formação dos Blocos Geoeconômicos sugere uma nova ordem social e, por conseguinte, o Direito Internacional é invadido por novas conceituações, tais como a de soberania limitada, ou seja, surge uma soberania supranacional. Trabalha-se com o conceito de ingerência, ação sobre os Estados-Nação compactuados. Surgem, no espaço geoglobalizado, órgãos próprios, nascendo uma administração pública supranacional.

Os recursos naturais estão cada vez mais escassos. Cresce uma consciência ecológica universal e, conseqüentemente, do meio ambiente. As organizações internacionais iniciam investidas na tentativa de proteger o que resta. A Floresta Amazônica está nesta linha de preocupação. Mais do que nunca cresce o instituto das tutelas internacionais.

Portanto, não temos dúvida alguma de que o conceito de soberania está em crise nesta virada de milênio. Vejamos o que diz a este respeito Nicola Mateuci: "Estando este supremo poder de direito em via de extinção, faz-se necessário agora, mediante uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo, proceder a uma

[252] Cf. MEIRA, op cit.

nova síntese político-jurídica capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de poder, as novas autoridades que estão surgindo" [253]

É de suma importância que esta questão da soberania supranacional, da redução do tamanho do Estado-Nação na direção do Estado mínimo, não venha a colocar em risco os direitos fundamentais da população, que estará sob o domínio, não político-jurídico institucional, mas, sem qualquer dúvida, das grandes corporações econômicas, dos grandes grupos financeiros internacionais e das empresas transnacionais, cujos capitais não têm pátria e o lucro é objeto finalístico.

O DIREITO COMUNITÁRIO, SUA IMPORTÂNCIA

Os blocos geoeconômicos constituem fontes nascedouras do Direito Comunitário. Têm por berço a União Européia, com a criação de instituições supranacionais: o Parlamento Europeu na produção legislativa, o Tribunal de justiça da Comunidade Européia na consolidação de jurisprudência e o Tribunal de Contas da Comunidade Européia, dentre os mais importantes. Ainda a formação dos comitês: Econômico e Social e das Regiões; a criação do Baco Europeu de Investimento.

Entre nós, fala-se na implantação do Tribunal de Justiça do Mercosul.

A União Européia é a realidade, embora diferente da nossa, mais fértil em experiências, que podem servir de parâmetro para o Mercosul.

Estudar o Direito Comunitário Europeu é mais do que nossa obrigação, é um dever científico. São inúmeros os protocolos, desde o relativo à aquisição de bens imóveis na Dinamarca, quanto os que estatuem o sistema Europeu de bancos Centrais e do Banco Central Europeu, do Instituto Monetário europeu, dos Privilégios e Imunidades das Comunidades Européias, da política social européia, da coesão econômica e social.

São igualmente profusas as Declarações, tais como: de proteção civil, à energia e ao turismo; da nacionalidade de um Estado membro; da cooperação monetária com países terceiros; das relações monetárias com o Estado do Vaticano e com o Principado de Mônaco; do Fundo europeu de Desenvolvimento; do papel dos Parlamentos nacionais na União Européia; da hierarquia dos atos comunitários; da aplicação do direito comunitário; do Tribunal de contas, quanto à representação dos interesses dos países e territórios ultramarinos, entres outros.

No Mercosul, o "Tratado de Assunção". O Decreto nº 350 de 21 de novembro de 1991, que promulgou o Tratado para a constituição do Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Uruguai e a República Oriental do Uruguai. O "Protocolo de Ouro Preto". Através do Decreto Legislativo 188 de 15 de dezembro de 1995, foi aprovado o texto do Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul, assinado em Ouro Preto, Minas Gerais, em 17 de dezembro de 1994. A estrutura institucional do Mercosul passa a ser a seguinte:

- O Conselho do Mercado Comum (CMC);

- O Grupo Mercado Comum (GMC);

- A Comissão de Comércio do Mercosul (DDM);

[253] MATEUCCI, Nicola e outros Dicionário de Política. 2ª ed., Ed. Univ. de Brasília, Brasilia-DF., p. 1187/1188.

- A Comissão Parlamentar Conjunta (CPC);

- O Foro Consultivo Econômico-Social (FCES)

- A Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

O Conselho de Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul são órgãos de natureza intergovernamental e com capacidade decisória, ou seja, os Estados-Partes ficam submetidos às suas decisões. Assim, reza o Art. 38, "Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no artigo 2 deste Protocolo".

Os operadores do Direito, a comunidade científica jurídica, o corpo diplomático brasileiro, o Congresso Nacional - uma vez que a Comissão Parlamentar conjunta do Mercosul é constituída por seus representantes escolhidos, no exercício de seu mandato - devem se preocupar com a política de globalização para que, com calma, sem atropelos, possam refletir, ter maior segurança nas decisões, principalmente porque o Brasil "e Estado Parte do processo de integração do Mercosul e deste com os demais Blocos.

Tomar a dianteira neste processo do Mercosul capacitando profissionais de todas as áreas para bem atuarem neste novo contexto, é fator primordial.

O exemplo vem da Europa. O 5º ano da Faculdade de Direito de Coimbra estuda o Direito Comunitário, cujo conteúdo programático prepara o futuro operador do Direito para a recente realidade européia. Estudam uma Introdução ao Direito Comunitário: A Parte I trata do Direito comunitário Institucional e a Parte II analisa o Direito comunitário material. Oferecem o Mestrado em Integração Européia.

Necessitamos, urgentemente, adequar nossos currículos para esta nova realidade, principalmente a do Mercado Comum do Sul - Mercosul. Seja, tanto na graduação, quanto em linhas de pesquisas na pós-graduação.

PARADIGMA DA INFORMÁTICA E AS CONSEQÜÊNCIAS EDUCACIONAIS

Não há dúvida de que o maior e mais importante recurso de que o homem dispõe para alcançar a cidadania plena é a educação. Os governantes têm se descuidado deste importante fator para o desenvolvimento das Nações. Neste planeta da globalização, os bolsões de indivíduos excluídos do processo da educação formal é muito grande, principalmente nos países do chamado Terceiro Mundo, como também, nos países em desenvolvimento. O Brasil ainda não resolveu o problema do analfabetismo, cuja população de analfabetos, com toda certeza, ficará, cada vez mais, excluídas da sociedade da Era digital.

A Educação, em todos os níveis, deveria ser a meta primeira e fundamental de todos os governantes. O processo de desenvolvimento social e econômico de um povo depende do grau de educação deste.

Estas novas tecnologias pós-industriais têm levado o fechamento de postos de trabalhos e, conseqüentemente, há um violento declínio no emprego industrial. Mesmo que na sociedade de serviços a oferta de emprego venha crescendo, principalmente nas áreas de saúde, lazer, turismo e informação, há uma exigência de pessoas

qualificadas e que tenham conhecimento mínimo destas novas tecnologias.

O que fazer com os milhares de operários dispensados e que não têm qualquer qualificação que os habilite a se incorporar nos postos de trabalhos criados pela tecnologia digital? Chegará o momento em que a setor de serviços estará saturado. Como absorver o excedente de mão-de-obra?

Cada vez mais a Educação torna-se elemento primordial na vida de cada um dos cidadãos, é a seiva a alimentar o progresso contínuo de qualquer Nação.

A velocidade com que ocorre o desenvolvimento na área tecnológica é geometricamente superior ao crescimento de ofertas de vagas na educação e na sua modernização.

Não investir em educação é sentenciar aqueles indivíduos privados dela, à exclusão social. É excluir a Nação do seleto e cada vez mais restrito concerto dos países com desenvolvimento pleno.

Crescimento econômico não significa, necessariamente, desenvolvimento pleno da sociedade.

O homem do terceiro milênio, será um homem global, terá à sua disposição a sofisticada tecnologia da informação que o colocará em contato com qualquer parte do mundo em segundos.

A globalização da economia, um fato irreversível, faz com que este homem global não pare mais de estudar, de se reciclar continuamente. Manter-se atualizado será vital para quaisquer atividades que venha a desenvolver, isto se quiser manter-se cidadão da comunidade do conhecimento. A sociedade pós-industrial exige do indivíduo a educação vitalícia.

O ensino, neste findar e início de milênio, deve adequar-se ao que poderíamos chamar de educação telematizada ou educação informatizada, alterando, radicalmente, os paradigmas do professor e do aluno.

O Professor que discorre sobre o assunto, lendo ou escrevendo numa lousa em aulas presencias e expositivas, dará lugar a um novo perfil de professor. Será um orientador do estudo, estimulará o aluno a aguçar a curiosidade e a pesquisar, tornando a tarefa de ensinar e estudar mais dinâmica e interessante.

O estudante deixará de ser passivo e se tornará o agente da aprendizagem. Terá maior autonomia e será levado a pesquisar, por si próprio, os conteúdos programáticos, possibilitando formar opiniões próprias. Levará o Professor a uma constante reciclagem.

A sala de aula mudará, de estática passará a ter uma dinâmica própria, onde todos compartilharão o que sabem. Haverá uma fértil troca de experiências ente os estudantes e do professor orientador, para orientando. Todos crescerão juntos.

No atual modelo ultrapassado, o estudante estuda por obrigação e aprende por pressão da escola, luta para ficar numa média de aprovação. A Avaliação no novo paradigma muda, exigindo outros parâmetros para aferir o estudo por motivação.

Agora os conteúdos curriculares são rígidos e fixos, encontrando-se amarrados a estruturas burocráticas pesadas e distantes da realidade do mundo globalizado, tornando o aprendizado lento e penoso. No novo paradigma, a estrutura curricular tem que ser flexível e aberta às novas tecnologias. Deve adaptar-se continuamente às mudanças, ser criativo e superar as amarras das estruturas burocráticas.

A era do retroprojeto e do projetor de slides usados raramente, desaparecerá. Dará lugar aos equipamentos incorporados, tais como: Satélite, TV, Computador, conectados em redes.

A Sala de aula será universal. Poderá, virtualmente, encontrar-se em qualquer parte do planeta e manejar habilmente quaisquer disciplinas pesquisadas.

Se no modelo anterior o professor era o único a utilizar o projetor de slides ou de transparência e, nem sempre o fazia com conhecimento e didática, agora, no novo paradigma, são estudantes e professores que trabalham com os novos recursos tecnológicos.

Enfim, muda o milênio, muda a forma de se ensinar e de aprender. Exigir-se-ão escolas e professores adaptados às novas tecnologias.

Somente com investimentos maciços em educação, poderemos realmente preparar todas as gerações que ultrapassarão os umbrais do terceiro milênio. A Educação está diante de um novo e fascinante paradigma.

A educação telematizada tem um poder de alcance muito maior, mais rápido, atualizado e rico em um caudal precioso de informações do que a educação convencional: videoaulas; teleconferência e videoconferência são uma das modernas e apaixonantes tecnologias. Todavia, a ordem, agora, imediata, já tardia, é para a urgência da capacitação do maior número de docentes possível, em todos os níveis, para que todo este arsenal de equipamentos tecnológicos possam ser utilizados em toda sua plenitude. Só há uma maneira: investimento maciço em educação.

O Ensino à distância vem tomando corpo neste final de século. O Projeto Agora, da Universidade de Boston, na América do Norte, proporciona que o Campus Universitário esteja conectado por um sistema de TV a cabo em 2.500 salas de aula, 400 escritórios e 6000 dormitórios. Eli Noam, diretor do Comumbia University's Institute for Tele-Information, declarou, na edição do *Educom Review,* jul./ago., p38, que em "dez anos uma parte significativa da educação convencional de massa será oferecida comercialmente ou eletronicamente". Já o *New Yourk Times,* pA9, de 25 de junho de 1996, nos informa que dez estados do oeste dos Estados Unidos da América formam fundo para a criação da "Universidade Virtual", onde o aprendizado será facilitado pela via eletrônica. Poderíamos trazer aqui dezenas de notícias, colhidas via Internet, para demonstrar que a educação está mudando. Quem não se adaptar ou o País que não investir, terá seu processo de desenvolvimento social e econômico interrompido e verá seus cidadãos condenados à exclusão da sociedade pós-industrial.

Adequar as escolas de ensino jurídico no país deveria ser uma meta perseguida e defendida por todos os órgãos que operam o Direito. Uma bandeira nacional do ensino jurídico. Uma exigência das Instituições, tais como: OAB, Magistratura, Ministério Público, Centros Acadêmicos, entre outros, pois deveriam saber que a sociedade, para defender-se das ingerências internacionais globalizadas, das conseqüências trazidas pelos interesses da economia transnacionalizada, do criativo e rápido desenvolvimento científico e tecnológicos, dependerá dos futuros operadores do direito.

O PARADIGMA DA INFORMÁTICA NO DIREITO

Cândido Rangel Dinamarco, referindo-se ao advento da máquina de datilografia, escreveu: "Aos anti-reformistas, lembro as vacilações da jurisprudência das primei-

ras décadas do século, quanto à validade de sentenças datilografadas e não mais grafadas de próprio punho."[254]

Esta observação bem demonstra a incapacidade dos operadores do Direito de aceitarem as inovações tecnológicas. Não é objeto fazer uma análise do porquê deste conservadorismo técnico-jurídico, bem como da morosidade do Direito em fornecer novas respostas às questões sociais emergentes.

A velocidade das transformações vem exigir que o Direito seja mais ágil para garantir direitos e proteger o cidadão.

O novo paradigma da informática de um lado coloca o direito frente a um novo e revolucionário instrumental de trabalho e, de outro, a necessidade de dar respostas cada vez mais rápidas.

Da velha máquina de datilografia, os operadores do Direito começaram, nesta última década, a substituí-la por microcomputadores. Inicialmente apenas na digitalização de textos, de peças jurídicas. Um avanço, pois que a facilidade de inserção de texto, de armazenamento, de busca de informações ficou muito mais rápido, além de possibilitar uma melhor apresentação na formatação das peças jurídicas. Pouco a pouco nossos operadores do direito foram sentindo que aquela simples máquina poderia ser melhor utilizada e, com certo grau de conhecimento, fazê-la desempenhar outros papéis, tais como: controle dos processos em tramitação, controle de clientes, controle contábil; banco de arquivos de petições e de outras peças jurídicas. Aparecem no mercado os primeiros software produzidos para a área jurídica e dirigidos, principalmente, aos escritórios de advocacia. Hoje são inúmeras as empresas e software destinados aos operadores do direito.

Escritórios de maior porte passaram a um grau de informatização mais sofisticado, construindo redes locais - cliente/servidor - compartilhando software e hardware entre os seus profissionais.

Atualmente estar conectado à grande rede de computadores - Internet - deixa de ser um luxo, para constituir-se numa necessidade, na medida em que os órgãos operadores do direito, públicos ou privados, disponibilizem arquivos para consultas. Todavia, são poucos os que se encontram neste estágio e, por falta de capacitação, são raros os operadores do Direito que conseguem fazer uso racional da informática, como ferramenta essencial para o desenvolvimento de suas atividades profissionais.

Há um enorme campo para a capacitação de todos os operadores do Direito, sejam eles magistrados, promotores, advogados, procuradores, professores.

Faz-se, cada vez mais, necessária a difusão da importância da Informática para o Direito. Já vivemos este novo paradigma. Estamos às portas do terceiro milênio.

O DIREITO E A INFORMÁTICA

A informática no Direito pode ser vista sob dois aspectos: o primeiro é no plano da regulamentação jurídica - o Direito da Informática - que tem por escopo regulamentar e refletir acerca do uso da Informática e da Telemática, bem como de suas conseqüências na vida de cada cidadão.

[254] DINAMARDO, Cândido Rangel. A Reforma do CPC. 2ed., SãoPaulo-SP. Ed. Malheiros, 1995, p. 7.

Regulamentar a sua aplicação no seio do próprio Direito, tais como as questões processuais, no tocante, por exemplo a mudanças de rotinas: a carta precatória poderá ser feita através da Internet. Da mesma forma a oitiva de testemunhas, desde que cercados de certos cuidados e regras para a utilização dos mecanismos da Telemática ao nosso alcance. Neste ínterim, poderão ser utilizados os mecanismos da teleconferência ou mesmo, via Internet, utilizando software que agrega som, imagem e texto.

Outro exemplo será a criação de "Cartórios Virtuais" para registros de contratos realizados através da Internet.

Como garantir que um contrato de compra e venda, entre dois cidadãos, um estando no ocidente e outro no oriente, seja cumprido? Quem garantirá que as cláusulas permanecerão intactas? Haverá a necessidade de uma terceira pessoa que dê fé ao contrato. Esta pessoa, o "cartório virtual", procederá todos os meios de registro eletrônico, onde cada parte deverá receber cópia eletrônica do contrato, do registro e de senha própria.

Estamos falando do Direito da Informática, ramo emergente que deverá ocupar-se da regulamentação e legislação específica do uso da informática, do acesso, do tratamento e da disseminação de informações através das redes integradas de computadores; da segurança dos serviços e das informações nas redes integradas de computadores; dos crimes informáticos cometidos quando da utilização de computador ou quaisquer equipamentos de informática em redes de computadores; do direito autoral na Internet; da ética e de outras tantas matérias. Citaremos, para ilustração, alguns dos "crimes" - cibercrimes - tendo por meio condutor a Internet: ter acesso indevido a um sistema de computador, seja às redes pertencentes a pessoa jurídica de direito privado ou público interno; apropriar-se - se este é o termo adequado - de segredos empresarias ou informações confidenciais, se este ato vier a causar danos financeiros e patrimoniais ou até mesmo para obter vantagem para si próprio; através de acesso a sistema de computadores ou de redes integradas destes, apropriar-se de valores financeiros, realizando transferências indevidas; quando do acesso a sistemas de computadores, obstruir o funcionamento; disseminar informações fraudulentas; injúrias; difamações; se do acesso falsificar, alterar ou apagar documentos: estes são alguns dos exemplos de situações que podem estar ocorrendo e que não há sequer uma legislação nacional para coibir tais atos.

A tecnologia está implantada e a cada dia evolui numa velocidade espantosa. É relevante que o Direito da Informática acompanhe esta evolução mundial. Há que definir as responsabilidades dos vários agentes que operam os sistemas ou redes integradas de computadores, tais como: administradores de redes, provedores de serviços e usuários.

Todavia, deve-se ter a noção clara "do que regulamentar" e o que "precisa ser regulamentado". As áreas são muitas: comércio na grande rede de computadores; direitos autorais; direitos de imagem; garantia de privacidade; contratos; questão da identidade do internauta; o endereço; a moeda; o registro; os danos materiais; os danos morais, dentre tantas outras matérias e questões.

Não devemos ficar inertes e vendo crescer a onda de "crimes cibernéticos", cometidos via Internet, sob pena de perder-se o controle da sociedade informatizada.

Há que se estudar muito e definir os cibercrimes, tipificá-los e dar a devida sanção legal.

O segundo aspecto é tão importante quanto o primeiro: trata do uso da Informática e da Telemática como instrumentos, para o desenvolvimento de tarefas pelos operadores do Direito.

Aqui a tecnologia digital assume um caráter instrumental, um meio. Trata-se da Informática Jurídica, que estuda e analisa a informática como nova ferramenta de trabalho e de produção para os operadores do Direito.

A Informática Jurídica tem aplicabilidade em todos os campos da atividade do Direito: a informatização de Tribunais, Ministério Público, de Fóruns, Procuradorias, escritórios de advocacia, delegacias, escolas jurídicas, entre outros, e dar ao operador do Direito as ferramentas ideais para trabalhar neste mundo globalizado.

O escritório do operador do direito assume novas características. Um bom microcomputador é ferramenta indispensável, contendo placa de fax/modem para conectar-se a um provedor, que permitirá acesso à grande rede de computadores - Internet - e, consequentemente, a todos os sites de Direito.

Há, paulatinamente, uma redefinição do escritório do operador do Direito. Poderá ser em casa ou em qualquer outro lugar. Hoje, basta um *notebook* e uma linha telefônica para que o "escritório" e o mundo jurídico, disponibilizado na Internet, esteja em suas mãos. Este é o fantástico resultado da invasão dos microcomputadores e de sua interação nos escritórios jurídicos.

A jurisprudência, Leis e doutrina começam a formar a grande massa de informações para ser utilizada a qualquer momento e em qualquer lugar. Daí a urgência e importância de que os Tribunais, por exemplo, disponibilizem, na íntegra, todos os seus julgados; que o legislativo disponibilize todo o manancial de Leis vigentes no País, bem como os projetos de leis em tramitação, para que a comunidade possa participar ativa e democraticamente do processo legislativo. Não há dúvida de que, num futuro muito próximo, esta nova tecnologia será a grande responsável pela celeridade da prestação jurisdicional a custos muito mais reduzidos. Não há dúvida que, num futuro muito próximo, a justiça estará cada vez mais acessível, independente de camadas sociais. Para tanto, é necessário que todos se adaptem e tenham consciência da importância histórica e de seu papel, enquanto cidadão, neste momento revolucionário.

A infra-estrutura eletrônica e computadorizada é indispensável para acelerar as mudanças. Evitá-la ou retardar a sua implantação é não ter a correta visão do futuro globalizado.

Os operadores do Direito trabalham basicamente com o conhecimento e necessitarão, cada vez mais, de serviços onde a informação terá um papel intensivo. Há que se compreender de que somos partícipes de uma revolução que está construindo uma nova civilização e, é claro, que como em qualquer outra revolução, nem sempre será bem-vinda ou aceita de pronto por todos.

Grandes escritório de advocacia, situados nos maiores centros econômicos do País, já sentiram a importância e o que esta nova Era pode trazer. Assume com força o poder da consultoria, a cargo de grandes escritórios de advocacia.

É, sem dúvida, uma adaptação às novas tendências da globalização. Além disso permite que grandes questões possam ser tratadas de forma interdisciplinar. Haverá, sem sombra de dúvidas, um crescimento dos novos assuntos trazidos pela globalização, tais como: impacto ambiental de grandes obras, de obras ou de empresas transnacionais, de registro de patentes e os novos aspectos do Direito Autoral e todos os problemas jurídicos que estão surgindo pelo massivo uso da informática e da Internet.

A advocacia preventiva terá espaço, assumindo um relevante papel, neste limiar de um novo milênio. Cada vez mais a advocacia estará centrada em estudos de casos passados e recentíssimos. Estará muito próxima do que ocorre noutros países, onde não se constitui uma empresa ou se celebra contrato sem que haja a participação de advogado especializado.

A tônica do mundo globalizado será a especialidade e o trabalho interdisciplinar, onde os escritórios informatizados estarão apitos a enfrentarem este novo momento.

CONCLUSÃO

Muitos outros aspectos mereceriam destaque nesta rápida visão do Direito, da Informática e das novas tecnologias. Trouxe apenas aqueles que julguei os mais importantes ou interessantes para início de uma longa discussão. Poderíamos, ainda, ter abordado temas tais como: segurança de dados – vacinas antivírus, *hacker*, senhas, criptografia e registros especiais (assinaturas eletrônicas); periféricos de *backup*; importância das cópias de segurança de dados; periféricos de comunicação; software específicos; a Internet e seus principais serviços – correio eletrônico - File Transfer Protocol-FTP - *chat-talk* - listas de discussão, entre outros.

Pretendi, rapidamente, neste modesto trabalho, apresentar uma nova visão aos participantes do Congresso Nacional sobre O Direito no III Milênio, organizado e desenvolvido na Universidade Luterana do Brasil-ULBRA.

Quis demonstrar que estamos frente a um novo amanhã.

Todos nós, operadores do direito, estamos com enorme responsabilidade frente à nova sociedade que se descortina. É nosso dever capacitarmo-nos, empenhando todos os nossos esforços no atendimento aos que virão em nosso socorro, sem descuidarmos dos valores democráticos, dos direitos universais e dos valores cristãos.

Desejo, em última análise, que este documento sirva de estudo, reflexão e reorientação para as nossas atividades enquanto profissionais do Direito, inseridos numa sociedade multifacetária, caleidoscópica, que sofre mudanças cada vez mais velozes, exigindo novas posturas do Direito.

E a par de toda a tecnicidade em nossa volta, entendermos que a máquina deve estar a serviço do homem.

Não podemos esquecer o ideal que sempre ungiu os homens de bem: justiça ao alcance de todos.

Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos:

Nossa inteligência, empedernidos e cruéis.

Pensamos em demasia e sentimos pouco.

Mais do máquinas,

precisamos de humanidade.

Mais do que inteligência,

precisamos de afeição e doçura.

Sem essas virtudes,

A vida será de violência e tudo será perdido.

Charles Chaplin

BIBLIOGRAFIA

INFORMATIVO Mercosul, Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, BSB, ano1, n.1, jun-jul/96, p. 15-58

NEOLIBERALISMO na América Latina. Ed. Loyola, São Paulo (SP), 1996, 37p.

CADERNO Sindical sobre o Mercosul. Escola Sul da CUT. Ed. Da Federação dos Trabalhadores no Comércio. Florianópolis (SC). 116p

FERRAJOLI, Luici. O Direito como sistema de garantias in: *O novo em Direito e Política*/ José Alcebíades de Oliveira Júnior (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p 89-109

DIREITO e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas. José Eduardo Faria (org.). São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 1996 160 p.

ROVER, Aires José. Introdução aos Sistemas Especialistas Legais: Dificuldades acerca do Sistema Jurídico in, *Paradoxos da auto-observação: Percursos da Teoria Jurídica contemporânea* / Leonel Severo Rocha (orga.). Curitiba: JM Editora, 1997. p. 93-125.

LÉVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência: O Futuro do Pensamento na Era da Informática*. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993, 208 p.

LÉVY, Pierre. *O Que é o Virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1996, 160p.

MATHELOT, Pierre. *A Telemática*. Trad. Ângelo Barreto e Leonor Ramos. Lisboa-Portugal: Edições 70, 1982, 126p.

Léo Pessini, Christian de Paul de Barchifontaine (orgs.). *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996. 241p.

PARTE 3

I - ACESSO À JUSTIÇA: DIREITO A UMA DECISÃO FUNDADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

José de Albuquerque Rocha[*]

1 - ACESSO À JUSTIÇA. CONCEPÇÕES. NOSSA OPÇÃO

O direito de acesso à justiça pode ser tratado a partir de diferentes perspectivas. Tradicionalmente, o tema é abordado do ponto de vista formal, isto é, mediante o estudo das normas que prevêem a possibilidade de acesso aos tribunais sem preocupação com sua realização prática. É a posição correspondente à dogmática jurídica tradicional que identifica o acesso à justiça, às normas que atribuem o direito de ação entendido este como simples faculdade de pedir a tutela jurisdicional. Modernamente, o assunto vem sendo encarado de um ponto de vista jurídico-sociológico, ou seja, como possibilidade efetiva de acesso ao judiciário. Sua preocupação são as barreiras que impedem o acesso, como por exemplo, as barreiras econômicos, sociais, etc. Finalmente, podemos estudá-lo de uma maneira não habitual no Brasil que é aquela que centra a investigação no conteúdo desse direito de acesso à justiça para saber quais seus elementos constitutivos, isto é, os direitos em que se desdobra esse direito mais amplo do acesso à justiça. É a partir deste ângulo que cuidaremos do assunto. E concentraremos nossa atenção em um dos direitos que compõem esse direito mais amplo do acesso à justiça, qual seja, o direito que tem as pessoas a uma decisão do judiciário fundamentada no ordenamento jurídico. Vale dizer, nossa preocupação não é com as normas em si mesmas nem exclusivamente com as barreiras que impedem a efetividade do acesso à justiça, mas com a resposta do órgão jurisdicional no sentido de determinar quais os critérios que os juízes utilizam para resolver os conflitos que lhe são submetidos.

[*] Doutor em Direito. Professor titular da Faculdade de Direito da UFCE.

2 - DIREITO A UMA DECISÃO DE MÉRITO FUNDADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Não é necessário nenhum esforço intelectual para demonstrar o postulado do Estado de Direito de que o juiz é subordinado somente ao ordenamento jurídico. Em verdade, a jurisdição até por definição - dizer o direito - é atividade inteiramente vinculada ao ordenamento jurídico. De modo que, a sujeição ao ordenamento jurídico é um elemento essencial do conceito de jurisdição no sentido de que as decisões dos juizes devem guardar rigorosa conformidade a esse ordenamento. Aliás, a independência do juiz proclamada na Constituição não tem outro objetivo senão o de garantir sua dependência somente ao ordenamento jurídico.

Diante disso, O direito a uma decisão fundamentada no ordenamento jurídico significa três coisas básicas: a) em um ordenamento jurídico de corte piramidal como o nosso, em que uma Constituição rígida ocupa seu vértice, servindo de fundamento de validade de todas as outras normas, vale dizer funcionando como a norma de mais alta categoria, O primeiro DEVER do juiz é de aplicar a Constituição; o segundo dever é não aplicar normas contrárias aos valores, princípios e regras constitucionais; b) e o terceiro é de interpretar o direito infraconstitucional em harmonia com esses valores, princípios e regras constitucionais.

3 - CONFLITOS DE INTERESSES E CONFLITOS DE VALORES

Para termos uma idéia da posição do Judiciário diante do dever de fundamentar suas decisões no ordenamento jurídico, tal como exposto acima, é preciso fazer uma sumária distinção entre duas espécies de conflitos sociais: os conflitos de interesses e os conflitos de valores. Para melhor compreendermos a diferença entre os dois tipos de conflitos tomemos como exemplo uma disputa envolvendo o direito de propriedade. Nos conflitos de interesses a discordância das partes é quanto à pertinência do bem, se de propriedade de A ou de B, mas não há discordância quanto à legitimidade da instituição da propriedade. Por outras palavras, nos conflitos de interesses as partes não põem em questão o valor da instituição da propriedade. Pelo contrário, ambas reconhecem o valor da instituição da propriedade, tanto que ambas invocam o direito de propriedade como título para obter o bem em disputa. Nos conflitos de valor, ao reverso, o valor da instituição propriedade ou a concepção do direito de propriedade é que é objeto do conflito. Vale dizer, as partes têm concepções diferentes sobre a instituição da propriedade que é, portanto, o objeto do conflito. A disputa, pois, é sobre a própria concepção do direito de propriedade. O objeto principal do conflito é o próprio conceito do direito de propriedade.

4 - O JUDICIÁRIO E OS CONFLITOS DE VALORES

Nos conflitos de interesses, por não estarem em disputa valores básicos da classes possuidoras, senão meros interesses, as decisões do judiciário observam em geral o ordenamento jurídico. No entanto, nos conflitos de valores em que a disputa, como vimos, é sobre os próprios valores, e como estes são por essência dicotômicos no sentido de que a cada valor corresponde um valor oposto, as decisões judiciais geralmente negam os valores ligados à transformação social e emancipação humana, e por conse-

qüência afirmam os valores opostos da conservação do "status quo", que justamente correspondem aos interesses dominantes. Poderíamos dar muitos exemplos concretos dessa prática judicial mas vamos nos limitar a um que consideramos paradigma. Nos referimos aos conflitos sobre a terra, sem dúvida os mais graves conflitos da sociedade brasileira no momento. Neles o pretenso proprietário defende o direito de propriedade como um direito absoluto conferido ao indivíduo para satisfazer seus interesses individuais, ou seja, defende uma concepção individualista da instituição da propriedade tal como concebida pelo Código Civil, enquanto os trabalhadores sem terra defendem a concepção social da propriedade, ou seja, a função social da propriedade como definida na Constituição. Nessas hipóteses, o judiciário quase sempre, para não dizer sempre, consagra a concepção individualista da propriedade. Portanto, aplica o Código Civil em detrimento da Constituição subvertendo a hierarquia normativa de que falamos antes e com isso violando o direito fundamental das pessoas e dos grupos em que se integram a uma decisão corretamente alicerçada no ordenamento jurídico, o que equivale, na essência, a negar o próprio direito fundamental de acesso à justiça.

Tecnicamente, essa política judicial de anulação das conquistas sociais consagradas na Constituição se efetiva mediante dois procedimentos complementares: a) de um lado, não exigindo, no processo, a prova do cumprimento da função social da propriedade, cujo ônus recai sobre o proprietário. Se o proprietário tem o dever imposto pela Constituição de dar à coisa objeto de sua propriedade uma função social, então cabe-lhe provar isso em juízo para merecer a proteção jurisdicional, requisito que não é exigido pelo judiciário que concede a tutela jurisdicional sem sua satisfação justamente porque aplica o conceito de propriedade do Código Civil que libera o proprietário de qualquer dever social; b) de outro lado, como conseqüência dessa concepção da propriedade como direito absoluto, o judiciário desconhece qualquer legitimidade às pretensões dos trabalhadores sem terra, cujas atuações são consideradas ilícitas e as vezes até criminosas por atentatórias ao "sagrado e inviolável direito de propriedade", quando tais atuações constituem em verdade um meio de mobilizar a opinião pública para garantir justamente o cumprimento dos princípios fundamentais da Constituição, não observados pelas políticas governamentais e pelo judiciário. Portanto, plenamente justificadas, não só do ponto vista jurídico já que se desenvolvem para tornar concretos os valores constitucionais mas também do ponto de vista moral, já que defendem o valor universal da dignidade humana e não interesses individuais e egoísticos e também do ponto de vista político, pois contribuem para o aperfeiçoamento da democracia ao servirem de instrumento de transformação dos descontentamentos sociais em reivindicações argumentadas e em construtores de relações de forças sociais para obter respostas e medidas para os problemas do povo.

5 - CONSEQÜÊNCIAS

O tratamento inconstitucional dado pelo judiciário aos conflitos essenciais da sociedade brasileira produz conseqüências da maior gravidade no plano jurídico, social e político. No plano jurídico, viola, como vimos, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva que implica o direito a uma decisão corretamente fundamentada no ordenamento jurídico. Ainda do ponto de vista jurídico, viola igualmente o dever promocional que lhe incumbe de orientar suas decisões no sentido da transformação das estruturas sociais e econômicas como meio de realizar os valores da dignidade humana, da igualdade e da solidariedade como lhe impõe severamente a Constituição no art. 3o. e incisos. No plano social, porque realiza uma função negativa em relação à sociedade, primeiro, agravando e multiplicando os conflitos ao invés de resolvê-los como deve ser seu papel; segundo, mantendo estruturas sociais e econômicas que constituem obstáculo à emancipação do povo, quando devia promover sua tran-

sformação. Finalmente, no plano político, porque o risco de generalização dos conflitos ameaça, no limite, a própria continuidade das instituições democráticas.

6 - CONCLUSÕES E SUGESTÕES

Nossas conclusões são evidentes. Da análise que fizemos do princípio de fundamentação conclui-se que o judiciário continua a desempenhar o histórico papel de solícito aplicador das leis que protegem os valores tradicionais, sobretudo aqueles de natureza patrimonial, que formam o núcleo dos códigos. Falta-lhe, pois uma concepção firme sobre a função normativa e a eficácia das normas constitucionais principalmente das normas consagradoras dos direitos fundamentais. Por outras palavras, o judiciário não tem consciência do papel que lhe reserva a Constituição que é contribuir para a transformação social mediante a efetivação de seus valores, princípios e normas.

Diante dessa realidade coloca-se o problema de saber quais seriam as causas dessa atitude conservadora de nossa instituição judiciária. Em uma primeira aproximação ao tema e em caráter meramente indicativo diríamos que isto sucede porque o judiciário é uma corporação apartada da sociedade no sentido de impenetrável às suas dinâmicas e às tensões que se geram em seu seio.

Se as observações acima têm algum fundamento, então as indicações para uma reforma do judiciário na perspectiva do **terceiro milênio** devem seguir as seguintes direções:

a) eliminar o controle dos juizes pelas cúpulas dos tribunais mediante a criação de um órgão democrático para governar o judiciário, legitimando assim o exercício do poder no interior da instituição.

b) modificar o sistema de recrutamento dos juizes que não pode limitar-se a comprovação de mera capacidade técnica;

c) desmantelar o sistema da carreira que é um instrumento de controle político dos juizes do primeiro grau;

d) modificar a formação intelectual dos magistrados preparando-os para o papel social e político que lhes impõe a Constituição;

e) finalmente, criar um Tribunal Constitucional, fora e acima do judiciário, de origem democrática, composto por juizes de formação interdisciplinar e não meramente técnica, com mandato certo para exercer a função especial e única de garantir a efetividade da Constituição.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALFONSIN, Jacques Távares, *Reforma agrária e eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores sem terra*, trabalho apresentado na XI conferência da Associação Americana de Juristas, cidade da Guatemala, de 6 a 10 de outubro de 1997.

BECKER, Laercio A., *A repercussão da função social da propriedade no processo civil*, in Genesis, n. 4, 1997, p. 55.

GUASTINI, Riccardo, *il giudice e la legge*, Torino, giappichelli editore, 1995.

NEVEU, Erik, Sociaux, Paris, La Decou verte, 1996.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, *Sobre a fundamentação*, Porto Alegre, edipucrs, 1993. Sociologie des moviments

ROCHA, José de Albuquerque, *Estudos sobre o poder judiciário*, SPaulo, Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei, *O acesso à justiça no direito processual brasileiro*, SPaulo, Acadêmica, 1994.

SINGER, Peter, *Democracy and disobedience*, Oxford, Oxford Uni versity Press, 1994.

II - ACESSO À JUSTIÇA: CONCEPÇÃO E PROBLEMAS FUNDAMENTAIS*

Horácio Wanderlei Rodrigues**

Este artigo busca situar duas questões fundamentais: (a) o que é o acesso à justiça e qual a sua relação com o direito processual, no estado contemporâneo; e (b) quais são os principais entraves que se colocam historicamente à efetivação desse acesso, sejam ou não jurídico-processuais. É a elas que se dedicam as páginas que se seguem.

* Este artigo é, em realidade, um recorte do texto do primeiro capítulo do livro "Acesso à justiça no direito processual brasileiro", publicado por este autor em 1994, através da Editora Acadêmica.

** Mestre e Doutor em Direito pela UFSC (SC), onde é Professor Titular de Teoria Geral do Processo, Coordenador de Curso de Pós-Graduação em Direito Processual (em nível de especialização) e Coordenador do Curso de Graduação em Direito, tendo também exercido, nessa instituição, a Coordenação do Estágio do Curso de Direito. Foi Professor Titular, Chefe de Departamento e Diretor da Faculdade de Direito da UNISC (RS); também Professor Titular da UNISUL (SC) e professor convidado para cursos de Pós-Graduação da FURB (SC), da UFAL (AL), da UFF (RJ), da UFMA (MA), da UFPE (PE), da UNIMAR (SP), da UNIP (SP), UNIPÊ (PB), da UNISC (RS), da UNISINOS (RS) e da UNIVALI (SC). Publicou os livros *Ensino jurídico: saber e poder*, *Ensino jurídico e direito alternativo*, *Acesso à justiça no direito processual brasileiro* e *Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos* e as coletâneas *Lições Alternativas de Direito Processual* e *Solução de Controvérsias no Mercosul*. Também vários artigos em revistas especializadas e coletâneas. Atualmente coordena o Núcleo de Estudos Jurídico-Processuais do Mercosul, vinculado ao Departamento de Direito da Faculdade de Direito da UFSC. É membro da Comissão de Especialistas do Exame Nacional de Cursos, na área de Direito, bem consultor das Comissões de Especialistas em Ensino Jurídico da SESU/MEC e do Conselho Federal da OAB.

1 - ACESSO À JUSTIÇA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. A JURISDIÇÃO PÚBLICA[255] E SEUS ESCOPOS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Historicamente o ser humano, pelo mais variados motivos, organizou-se em grupos sociais. Esses grupamentos foram e são diferenciados entre si dependendo do povo, da época, do local e da cultura que os compõem. No entanto eles sempre possuíram algo em comum: a existência de regras sociais de convivência. Sem elas seria impossível a manutenção de qualquer sociedade. A liberdade em seu estado puro é incompatível com a convivência harmoniosa entre pessoas necessariamente diferentes.

À medida que essas sociedades evoluíram e se tornaram complexas, passou a haver também a necessidade de regrar a forma de exercício do poder no seu interior; foi necessário institucionalizar o poder e as formas de acesso a ele. Surgiu o Estado, e com ele as regras sociais também passaram a ser institucionalizadas, dando origem à legislação estatal. Deixaram elas de ser apenas normas de convivência, para tornarem-se normas de controle: controle do Estado pela sociedade e controle dos indivíduos e grupos sociais pelo próprio Estado.

Seja na sociedade primitiva, seja no estado contemporâneo, seja em qualquer forma de organização política intermediária que tenha existido no longo período histórico que os separa, a existência de normas, quer sejam sociais ou estatais, foi insuficiente para evitar a ocorrência de conflitos. Ou seja, nem sempre essas normas foram ou são respeitadas. Houve então a necessidade de se criar, ao lado delas, normas que definissem as formas pelas quais seriam resolvidos os conflitos e insatisfações, quando existentes; também foi necessário definir quem os resolveria. Tem-se aí a origem do direito processual e da jurisdição.

A jurisdição, como se sabe, é uma função estatal, regra geral exercida pelo Poder Judiciário. Segundo José Albuquerque Rocha, é ela *"que tem a finalidade de manter a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário"*. (1991:52) A manifestação do Judiciário, no exercício da função jurisdicional, é a manifestação do próprio Estado. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, *"não fosse a jurisdição institucionalizada, perderia sentido o ordenamento jurídico estatal como fonte autoritativa de regras de convivência e perderia sentido o próprio Estado que o instituiu e que, para coesão do grupo, tem a estrita necessidade da preservação do ordenamento"*. (1987:212) Nas palavras de Rocha:

> "Diante disso seria incompreensível que o Estado estabelecesse o direito e não estabelecesse concomitantemente uma atividade específica, tendente a garantir a sua eficácia nos casos de violação. Daí, pois, a criação da função jurisdicional com o objetivo específico de assegurar, em última instância, a hegemonia do direito na sociedade, até com o uso da força, quando não se logre a sua observância pela espontânea adequação das condutas às suas normas." *(1991:52)*

Quando se trata dos escopos da jurisdição (que por via de conseqüência são também os do direito processual) busca-se definir quais são os seus objetivos concretos. Esses, segundo Dinamarco (1987), são três: (a) o jurídico, segundo o qual a jurisdi-

[255] Utiliza-se aqui a expressão "jurisdição pública", tendo em vista que o texto centra sua apreciação na via processual jurisdicional estatal. Contemporaneamente é importante destacar-se também a possibilidade de discussão do tema acesso à justiça a partir da "jurisdição privada", via arbitragem.

ção serve para atuar concretamente o Direito; (b) o social, que engloba a pacificação social com justiça e a educação para o exercício dos direitos e obrigações; e (c) o político, que inclui a afirmação do poder do Estado (de sua capacidade de decidir imperativamente) e a garantia de participação democrática e controle desse poder pela sociedade (concretização do valor liberdade).

Quando o Estado legisla, ele o faz no sentido de fixar normas que permitam a existência e o desenvolvimento da sociedade. Ao aplicá-las, no exercício da atividade jurisdicional, nada mais está fazendo do que atuar o direito quando esse foi descumprido. Fá-lo para a sobrevivência da própria sociedade. Esse é o escopo jurídico. Mas a aplicação desse direito tem de ser feita de tal forma que, através dela, se consiga pacificar a sociedade com justiça. É necessário que a decisão judicial seja justa e útil; também que possua legitimidade. Preenchendo esses requisitos, ela estará sendo também um instrumento de educação da coletividade, para seus direitos e obrigações. Tem-se aí os seus escopos sociais. Finalmente, ao decidir e impor sua decisão, utilizando-se inclusive da força, se necessário for, o Estado está afirmando a sua autoridade. Caso não o faça, estará contribuindo para a desagregação da própria sociedade. A existência de uma instância última, que tenha a capacidade de recompor as relações sociais de acordo com o direito, à qual os indivíduos e grupos de indivíduos possam recorrer, quando seus direitos forem desrespeitados, é fundamental, embora não suficiente, para a própria existência da comunidade. Para que isso possa ocorrer eficazmente, é necessário que essa instância máxima tenha suas ações legitimadas. É também o processo, através do poder de ação concedido aos membros da sociedade e da participação em contraditório, que permite que esse objetivo seja atingido. Esses são os escopos políticos da jurisdição.

Essa visão, via de regra, é omitida pelos politicólogos; preferem eles centrar suas análises nas funções administrativa e legislativa. Com isso omitem que o exercício da jurisdição é também uma atividade política, tanto quanto as demais; dessa forma auxiliam na reprodução da falsa crença da neutralidade do Poder Judiciário. O estado contemporâneo é intervencionista; e tem de sê-lo, para que possa cumprir sua função social. Quem em última instância zela pelos seus objetivos é a jurisdição: é a ela que os indivíduos, as coletividades e o próprio Estado recorrem, sempre que esse objetivo maior, denominado por muitos de bem comum, não é atingido.

Frente a isso, é necessário pensar a jurisdição não mais apenas como mera atividade de aplicação do direito, na tradicional visão da separação dos poderes de Montesquieu. "*Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado ...*" (Dinamarco: 1987:207) Incorporada contemporaneamente em um estado intervencionista e que possui função social, é nesse quadro que deve ser compreendida. Sua atividade deve ser voltada ao cumprimento dos objetivos fixados pelo Estado no qual está inserida; na fixação desses é indispensável levar em consideração as necessidades e aspirações da sociedade. É esse elemento que lhe confere legitimidade.

1.2. A INSTRUMENTALIDADE DO DIREITO PROCESSUAL

O Direito, em sentido amplo, é entendido como a legítima instância normatizadora da sociedade, compreendendo as normas gerais (direito positivo), as normas individuais (sentenças) e a normas emergentes (direito insurgente). Sua legitimidade decorre do fato de estar de acordo com os valores sociais hegemônicos.[256]

[256] A expressão **Direito**, sempre que utilizada nesse sentido amplo, que implica necessariamente um vínculo axiológico com os valores sociais, é grafada neste texto em maiúscula; no sentido de direito estatal (legislação) é utilizada a palavra **direito**, com a inicial minúscula.

Diferencia-se do direito estatal, que é o conjunto de normas gerais estabelecidas pelo próprio Estado; esse direito, quando aplicado pelo Poder Judiciário, gera normas individuais, também estatais, pois definidas por um de seus órgãos, podendo seu cumprimento ser imposto coercitivamente. Como visto anteriormente, para que o Estado possa fazer valer o seu direito, quando não é ele cumprido espontaneamente, é necessária a existência de um segundo nível de normas gerais estatais: o direito processual. É através dele que o Estado atua o seu direito material perante casos concretos. Quando esse direito processual é criado para ser utilizado no exercício da sua função jurisdicional, denomina-se ele de direito processual jurisdicional. O conjunto de todas essas normas (legislação) fixadas pelo Estado, em seus diversos níveis, denomina-se de ordenamento ou sistema jurídico estatal.

Tem-se então, em um conceito mais elaborado, que o **direito processual jurisdicional**, enquanto elemento integrante do ordenamento jurídico estatal, é a *"disciplina da jurisdição e seu exercício pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação dos interessados"*. (Dinamarco, 1987:442-3) Seu conteúdo é composto por:

> *"a) normas de organização judiciária, que tratam primordialmente da criação e estrutura dos órgãos judiciários e seus auxiliares; b) normas processuais em sentido estrito, que cuidam do processo como tal, atribuindo poderes e deveres processuais; c) normas procedimentais, que dizem respeito apenas ao* ***modus procedendi****, inclusive a estrutura e coordenação dos atos processuais que compõem o processo." (Cintra et al., 1990:83)*

Compreende-se hoje que o direito processual, além de ser instrumento de garantia dos já tradicionais direitos individuais, é também instrumento de garantia dos direitos coletivos e difusos, incluindo-se nesse âmbito os novos direitos políticos e os direitos sociais. Para que ele possa ser efetivo nessa sua tarefa, deve possuir a *"capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico social e político"*. (Dinamarco, 1987:379)

Todo direito possui, em última instância, a finalidade de garantir o projeto político de uma determinada sociedade. A jurisdição, como manifestação do poder do Estado, tem no processo o instrumento de concretização desse escopo maior. Nesse sentido "é *imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei*". (Dinamarco, 1987:235)

Por isso não é ele apenas um instrumento técnico; tem-se destacado repetidamente o seu conteúdo ético, como instrumento que permite à jurisdição a realização de seus escopos sociais e políticos. Esses, para que sejam legítimos, necessitam representar as mais verdadeiras aspirações da sociedade.

> *"Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um* ***processo de massa****, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supraindividuais e relativa superação das posturas individualistas dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um* ***processo sem óbices econômicos e sociais*** *ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também* ***relativizar o valor das formas*** *e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas." (Cintra et al., 1990:46)*

É necessário diferenciarem-se dois níveis de instrumentalidade: (a) a do processo, enquanto instituto do direito processual; e (b) a do próprio sistema processual. O primeiro deles já é clássico na doutrina jurídica. Trata-se aqui de destacar o segundo desses níveis. Dinamarco (1987) diferencia a instrumentalidade do sistema processual em seus sentidos negativo e positivo.

Em seu endereçamento negativo, tem ela a função de alertar para as limitações funcionais do próprio sistema processual. É a visão da instrumentalidade como fator limitativo da importância do próprio sistema processual; "*uma tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e portanto as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes.*" (Dinamarco, 1987:379)

No que se refere ao seu endereçamento positivo, a instrumentalidade conduz à idéia de efetividade do processo, vista essa como a capacidade de atingir plenamente os escopos que o legitimam, em todos os níveis:

> *"O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas..." (Dinamarco, 1987:379)*

De um lado, tem-se então o aspecto negativo da instrumentalidade do sistema processual, destacada essa como fator de contenção de distorções e exageros, de sacralização das formas e burocratização dos ritos. De outro, o seu aspecto positivo, voltado à questão de sua efetividade, "*expressão resumida da idéia de que* ***o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais***". (Dinamarco, 1987:385)

Para que se possa tratar seriamente da questão da instrumentalidade, é então necessário ter-se claro quais são os objetivos do sistema. O direito processual é parte de um sistema maior, que é o sistema jurídico estatal. Como tal, são os escopos do Estado no qual está inserido que lhe dão sentido.[257]

Dessa forma, a efetividade do processo deve ser entendida como a capacidade desse sistema para eliminar concretamente, com justiça, as insatisfações e os conflitos, fazendo cumprir o Direito. Também como a sua aptidão para alcançar os escopos

[257] No caso específico brasileiro, eles estão claramente estabelecidos na Constituição Federal. Diz expressamente o seu texto:

"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

.....

Art. 3º Constituem-se objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação."

sociais e políticos da jurisdição. Para que isso ocorra, é necessário aparelhar o direito processual para o cumprimento de toda essa complexa missão. Nesse sentido se torna obrigatória a identificação dos pontos sobre os quais se faz necessária uma análise mais acurada e a tomada de decisões e implementação de medidas mais urgentes. Dinarmarco (1987:390) indica quatro aspectos fundamentais de interesse para esse trabalho: (a) o acesso à justiça (admissão ao processo, ingresso em juízo); (b) o modo de ser do processo; (c) a justiça das decisões; e (d) a sua utilidade. Entende-se, neste trabalho, que a utilização de um conceito mais amplo de acesso à justiça permite englobá-los a todos.

1.3. ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO PROCESSUAL

Preliminarmente é necessário destacar, frente à vagueza do termo acesso à justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos. São eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro. Ambos os conceitos são válidos. Trabalhar-se-á neste texto com o segundo, privilegiando dentro dele o acesso ao Judiciário. Essa opção, embora possa parecer meramente retórica, pois implicaria na realidade a escolha do conceito menor, não o é. A busca de compreensão da problemática do acesso ao Judiciário, vinculada portanto ao direito processual, vista dentro de um contexto mais amplo, qual seja o da própria justiça social, dá-lhe um sentido diferenciado e possivelmente mais crítico.

No segundo sentido anteriormente expresso, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário e nem no próprio universo do direito estatal. É necessário, portanto, ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais efetivos e seus problemas à solução desses. Para Dinamarco (1987:404), o acesso à justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece. Ou nas lapidares palavras de Kazuo Watanabe:

> *"A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o* ***acesso à ordem jurídica justa****." (1988:128)*

No entanto também não se pode prescindir, no seu estudo, desse aspecto vinculado ao direito processual e, conseqüentemente, de sua análise. Segundo Watanabe (1988:135), o direito de acesso à justiça é também direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada, e o acesso a ela deve ser assegurado por instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito; ou como coloca Dinamarco (1987:451), o acesso à justiça é problema também ligado à abertura de vias de acesso ao processo, tanto para a postulação de provimentos, como para a resistência. É também esse último autor que destaca:

> *"Em outras palavras, não [se] terá acesso à 'ordem jurídica justa' nos casos em que ... sem o processo não [se] possa chegar até ela. Nessa visão instrumentalista, que relativiza o binômio direito-processo e procura ver o instrumento pela ótica da tarefa que lhe compete, sente-se o grande dano substancial ocasionado às pessoas que, necessitando dela, acabem no entanto ficando privas da tutela jurisdicional." (1987:405)*

Se de um lado não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, de outro é também evidente que não se pode afastar a idéia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário[258]. Os outros direitos, em última instância, dependem desse acesso sempre que não forem respeitados; sem ele a cidadania se vê castrada, impotente. Há aqueles conflitos que podem e devem ser solucionados através de instrumentos paraestatais ou privados. Mas é fundamental perceber-se que o Estado, sem a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de um instrumento legítimo, através do qual possa exercitar seu poder, em última instância, na busca da pacificação da sociedade. Sempre que um direito não for respeitado espontaneamente, não há como fazê-lo legitimamente senão através do processo.

É dentro desse contexto que o acesso à justiça toma corpo como preocupação dos processualistas. A sua inclusão na temática processual é relativamente recente, devendo-se, sem dúvida, a Mauro Cappelletti a universalização dessa visão. Diz ele:

> *"De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.*
>
> *O enfoque sobre o acesso - o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos - também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. (...) O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica." (Cappelletti & Garth, 1988:11-3)*

Adotando-se uma visão instrumentalista do direito processual, pode-se afirmar que todas as suas normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas sob o prisma da efetividade do acesso à justiça, para que a jurisdição possa atingir seus escopos dentro do estado contemporâneo. Segundo Watanabe:

> *"Todos os obstáculos à efetiva realização do direito devem ser corretamente enfrentados ... também na área da Ciência Processual, para a reformulação de institutos e categorias processuais e concepção de novas alternativas e novas técnicas de solução dos conflitos." (1988:135)*
>
> *"Assim concebida a Justiça, como instituição com plena adequação às realidades sociais do País e em condições de realização da ordem jurídica justa, o acesso a ela deve ser possibilitado a todos, e os obstáculos que surjam, de natureza econômica, social ou cultural, devem ser devidamente removidos. Justiça gratuita, assistência judiciária, informação e orientação, são alguns dos serviços que se prestam, desde que convenientemente organizados, à remoção desses obstáculos." (1988:135)*

Segundo Marinoni, *"o acesso à justiça é o 'tema-ponte' a interligar o processo civil com a justiça-social"* (1993:22), objetivo maior do estado contemporâneo. A jurisdição e o acesso à justiça devem ser vistos com base nos princípios norteadores desse

[258] Essa observação é feita raciocinando-se, novamente, no prisma da jurisdição pública. Uma análise que privilegie a "jurisdição privada", via arbitragem, deverá, necessariamente, considerar outros pressupostos.

Estado: a jurisdição, visando à realização dos seus fins; o direito processual, buscando a superação das desigualdades que impedem o acesso, bem como a participação através do próprio processo na gestão do Estado e na concretização da democracia e da justiça social.

2 - PRINCIPAIS PROBLEMAS QUE SE COLOCAM AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

2.1. ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADE SOCIOECONÔMICA

O primeiro grande problema sempre apontado pela doutrina, como entrave ao efetivo acesso à justiça, é a carência de recursos econômicos por grande parte da população para fazer frente aos gastos que implicam uma demanda judicial. Em razão disso, é importante se verificar, através de dados, essa realidade nacional.

A sociedade brasileira encontra-se perante um quadro assustador de miséria absoluta. Exemplo disso é o fato de que em 1990 os 1% mais ricos da população possuíam 14,6% da renda nacional, enquanto os 50% mais pobres recebiam apenas 11,2% dessa mesma renda.[259] Essa grave questão pode ser visualizada de forma clara no seguinte quadro:

Quadro 1[260]

CONCENTRAÇÃO DA RENDA

(distribuição do rendimento mensal das pessoas de 10 anos ou mais no rendimento total, em percentuais)

Fonte: Folha de São Paulo

Categorias	1981	1985	1990
Dos 10% mais pobres	0,9	0,9	0,8
Dos 20% mais pobres	2,7	2,8	2,4
Dos 50% mais pobres	13,4	13,1	11,2
Dos 10% mais ricos	46,6	47,7	49,7
Dos 5% mais ricos	33,4	34,2	35,8
Dos 1% mais ricos	13,0	14,3	14,6

[259] Dados publicados pela Folha de São Paulo, em artigo intitulado *Aumenta a concentração de renda no país* (22 nov. 1991).

[260] Quadro elaborado a partir de dados publicados pela Folha de São Paulo, em artigos intitulados *Aumenta a concentração de renda no país* (22 nov. 1991) e *As dez faixas de renda* (8 abr. 1988).

Segundo levantamentos internacionais recentes, o Brasil é um dos primeiros colocados no **ranking** mundial da disparidade de renda. Este outro quadro auxilia na compreensão dessa realidade:

Quadro 2[261]

DISTRIBUIÇÃO DA RENDA

(rendimento médio mensal das pessoas economicamente ativas, segundo as classes de rendimento mensal, em percentuais)

Fonte: IBGE/PNAD de 1990

Categorias	**1990**
Até 1/2 sal. mínimo	7,00
Mais de 1/2 a 1 sal. mínimo	14,63
Mais de 1 a 2 sal. mínimos	20,14
Mais de 2 a 3 sal. mínimos	11,32
Mais de 3 a 5 sal. mínimos	14,82
Mais de 5 a 10 sal. mínimos	11,49
Mais de 10 a 20 sal. mínimos	5,54
Mais de 20 sal. mínimos	3,21
Sem rendimento	11,14
?	0,71

Pelos dados oficiais apresentados pelo IBGE [262], em 1990 11,14% da população economicamente ativa do país não possuíam rendimento, 67,91% percebiam até cinco salários mínimos e apenas 3,21% recebiam acima de vinte salários mínimos. Saliente-se ainda que, no mesmo ano, também segundo o IBGE, tinha-se 26,56% dos domicílios brasileiros sem abastecimento de água ligado à rede geral, 35,50% sem coleta de lixo e 12,21% sem energia elétrica.

Também é de se salientar que, segundo o DIEESE[263], em 1993 o salário mínimo médio (incluindo o 13º salário) representou apenas 28,60% do salário mínimo de 1940, ano de sua criação; a média do primeiro semestre de 1994 representou 23,68% desse mesmo parâmetro histórico. Em julho de 1994 (implantação do Plano Real) equivalia ele a 64,79 dólares (17,39% do SM de julho de 1940), valor irrisório frente ao elevado custo de vida existente no país. Essa desvalorização do seu poder de compra ocorreu principalmente no período pós-64, em contraste com um considerável

[261] Quadro elaborado a partir de dados obtidos diretamente do IBGE (*PNAD de 1990*).

[262] Os dados aqui destacados foram obtidos diretamente do IBGE (*PNAD de 1990*).

[263] Os dados aqui destacados foram obtidos diretamente do DIEESE (Documento intitulado *Salário mínimo real - médias anuais).*

crescimento do PIB **per capita** ocorrido nesse mesmo espaço de tempo. (Santos Jr. et al., 1988:41) O quadro que vem a seguir, sobre a evolução do salário mínimo no Brasil, elucida essa questão e demonstra o aviltamento da renda da classe trabalhadora:

Quadro 3[264]

EVOLUÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO MÉDIO

(parâmetro julho de 1940 = 100%)

Fonte: DIEESE

ANO	1940	1950	1960	1970	1980	1990
%	98,02	39,84	100,30	68,93	61,78	29,09

A esses dados poderiam ser agregados muitos outros que também dizem respeito ao direito que todo cidadão possui a uma vida digna e saudável, já que: (a) grande parte da população do país é desnutrida ou subnutrida, ingerindo diariamente bem menos alimentos do que necessitaria para estar adequadamente nutrida; (b) os índices referentes à mortalidade infantil, crianças vivendo nas ruas e fora das escolas são alarmantes e de domínio público; (c) há uma enorme concentração de terras nas mãos de muito poucos, enquanto milhões de famílias de lavradores continuam sem áreas próprias para delas tirar seus sustento e construírem seu abrigo.

Frente a esses números e situações incontestáveis, colocam-se claramente uma série de problemas que dizem respeito à questão do acesso à justiça, olhada do ponto de vista dos destinatários desse serviço.

Sabe-se muito bem das despesas que envolvem uma demanda judicial: no mínimo custas processuais e honorários advocatícios. A isso podem se somar outros gastos, como com perícias, por exemplo. Como poderão esses brasileiros, que não ganham o suficiente nem para se alimentarem, custear um processo judicial? Esse o primeiro entrave - talvez o mais grave - ao efetivo acesso à justiça. Agrava-o ainda mais o fato de todas as partes envolvidas possuírem formalmente os mesmos direitos; igualdade essa que, em regra geral, não se concretiza em razão das diferenças sociais, econômicas e culturais existentes entre as partes. Ou seja, todos são livres e iguais para buscarem a realização da justiça, mas de fato alguns são mais iguais do que outros. A situação será mais grave quanto maiores forem as diferenças entre as partes.

O sistema jurídico-processual brasileiro, estruturado em grande parte sobre os princípios da igualdade (formal) e dispositivo, em muitos momentos esquece que, sem a igualdade material, há poucas possibilidades de uma decisão verdadeiramente justa. Seria necessária, segundo Watanabe, a "*paridade de armas na disputa em juízo*" (1985:163), ou, como colocam Mauro Cappelletti & Bryant Garth, uma "*completa 'igualdade de armas'*". (1988:15) No entanto, essa espécie de igualdade é apenas utópica, pois as diferenças entre as partes não poderão jamais ser completamente suprimidas.

É necessário levar-se em conta que não basta ao ser humano o atributo da liberdade. Há um imperativo maior: a própria condição de usufruir dessa liberdade - a posse

[264] Quadro elaborado a partir de dados obtidos diretamente do DIEESE (Documento intitulado *Salário mínimo real - médias anuais*).

de condição sócio-econômico-cultural capaz de admiti-lo como pessoa humana. O discurso jurídico liberal-legal, em diversos momentos, cala essa premissa fundamental.

Tem-se então, como pode ser visto pelo que foi exposto, que a desigualdade socioeconômica gera, em termos de acesso à justiça, dois problemas: (a) dificulta o acesso ao Direito e ao Judiciário, tendo em vista a falta de condições materiais de grande parte da população para fazer frente aos gastos que impõe uma demanda judicial; e (b) mesmo quando há esse acesso, a desigualdade material, em contraste com a igualdade formal prevista no ordenamento jurídico, acaba colocando o mais pobre em situação de desvantagem dentro do processo.

Segundo se percebe em grande parte da doutrina que analisa a temática do acesso à justiça nos últimos anos, se se quiser caminhar no sentido de uma superação do estado de injustiça absoluta reinante no Brasil, é necessária (além da institucionalização de direitos materiais reivindicados pela sociedade e ainda não positivados e de uma política social, econômica e educacional séria e que leve em consideração a realidade brasileira) também a criação de instrumentos jurídico-processuais que viabilizem a concretização dos direitos presentes no **instituído sonegado**[265]. Entre esses, os autores destacam os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, como devendo ser munidos de mecanismos mais eficazes de concretização.

A não efetividade desses direitos leva ao que Watanabe chama de **litigiosidade contida**. Ela é o conjunto dos *"conflitos que ficam completamente sem solução, muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado"*. (1985:27) Esse fenômeno é inegavelmente muito perigoso para a manutenção da estabilidade e da paz sociais, bem como da própria ordem estatal. Esses, segundo Dinamarco (1987), escopos sociais e políticos da jurisdição e conseqüentemente do próprio processo.

2.2. ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO À INFORMAÇÃO

Outro aspecto relevante a ser considerado, quando se trata da problemática do acesso à justiça, diz respeito ao próprio conhecimento de seus direitos por parte do cidadão e da sociedade. Segundo Watanabe, *"a efetiva igualdade supõe, antes de mais nada, um nivelamento cultural, através da **informação e orientação**, que permita o pleno conhecimento da existência de um direito"*. (1985:163) Para Marinoni, *"a democratização da justiça, na verdade, deve passar pela democratização do ensino e da cultura, e mesmo pela democratização da própria linguagem, como instrumento de intercâmbio de idéias e informações"*. (1993:48)

As pesquisas efetuadas no país sobre essa temática demonstram um nível de desinformação muito grande com relação à legislação vigente, sendo que muitas pessoas simplesmente desconhecem seus direitos mais básicos. Desnecessário falar, é claro, sobre o desconhecimento dos instrumentos processuais existentes para garantir esses mesmos direitos.

Em razão disso, há pelo menos três elementos que devem ser considerados: o sistema educacional, os meios de comunicação e a quase inexistência de instituições encarregadas de prestar assistência jurídica preventiva e extrajudicial.

A educação brasileira se encontra em uma de suas mais graves crises: os baixíssimos salários pagos aos professores têm afastado da sala de aula a qualidade. Não há uma educação para a cidadania; na verdade, em uma grande parte das salas de aula brasileiras, não há sequer uma atividade que se possa designar de educativa.

[265] O **instituído sonegado** é entendido como o conjunto dos direitos já positivados mas que continuam, mesmo assim, sendo negados à sociedade. São direitos institucionalizados, mas não concretizados. (Arruda Jr., 1992).

Ao lado disso, tem-se o problema do analfabetismo. Pelos dados oficiais apresentados pelo IBGE[266], em 1990 o percentual de analfabetos, dentre a população de 5 anos ou mais, chegava a 23,29%; já o índice de pessoas de 10 anos ou mais, com menos de um ano ou sem nenhuma instrução, atingia 18,13% do total.

Também é de se considerar, com relação à educação brasileira, que há milhões de crianças fora das escolas, a grande maioria vivendo abandonada nas ruas das grandes cidades do país.

No que se refere aos meios de comunicação, a televisão é o instrumento mais ágil e que atinge a maioria da população. E ela, em termos educacionais, presta um desserviço ao país. Seu trabalho, sem controle efetivo por parte da sociedade e do Estado, tem sido o de reprodução de determinados valores locais, impondo-os a todo o país, bem como o da criação de um certo culto pela violência e pelo **jeitinho**.

A terceira questão, referente ao acesso à informação, é a da inexistência ou insuficiência das instituições oficiais encarregadas de prestarem a assistência jurídica preventiva e extrajudicial. O acesso à justiça pressupõe, como já colocado anteriormente, o conhecimento dos direitos. Sem a existência de órgãos que possam ser consultados pela população, sempre que houver dúvidas jurídicas sobre determinadas situações de fato, a possibilidade de plena efetividade do Direito se torna acanhada.

O sistema educacional e os meios de comunicação, bem como as instituições públicas em geral, numa sociedade complexa e difusa como é a contemporânea, tem um duplo papel fundamental no que se refere ao acesso à justiça. Em primeiro lugar, o esclarecimento de quais são os direitos fundamentais que o indivíduo e a sociedade possuem, e quais os instrumentos adequados para a sua reivindicação e efetivação. Em segundo lugar, devem criar uma mentalidade de busca dos direitos, de educação para a cidadania: o respeito aos direitos passa pela consciência de que seu desrespeito levará à utilização dos mecanismos estatais de solução de conflitos. No entanto nenhum deles vem sendo concretizado. "*Em suma, é momento das preocupações se voltarem à problemática do direito à informação a respeito dos direitos, meio indispensável para possibilitar o acesso e a participação.*" (Marinoni, 1993:49-51)

2.3. ACESSO À JUSTIÇA E LEGITIMIDADE PARA AGIR

Questão fundamental a ser considerada quando se analisa o tema do acesso à justiça é também a referente à legitimidade processual. O mundo contemporâneo se caracteriza, entre outros aspectos, pela crescente ampliação dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Frente a esse fenômeno, surge a problemática que diz respeito ao fato de que o ordenamento jurídico pátrio está ainda em muitos pontos, segundo alguns autores, estruturado fundamentalmente sobre a idéia do indivíduo como titular de direitos, numa reprodução dos valores clássicos do liberalismo do século XVIII. Destaca Arruda Alvim: "O *perfil do processo civil, emergido do individualismo, traduziu-se em institutos jurídicos que consideravam o indivíduo, enquanto tal, agindo isoladamente.*" (1993:174)

Segundo Roberto Aguiar, a noção de indivíduo que se transferiu para o mundo jurídico como sujeito de Direito foi uma construção necessária, tendo em vista a primeira Revolução Industrial, e que buscou "*adequar o conceito e o corpo dos seres humanos a um determinado tipo de intervenção produtiva no mundo*". (1991a:449) Com ela o homem deixou de pertencer à ordem universal, passando a ser visto como um ser livre para exercer sua racionalidade e sua vontade. Passou a ser visto como

[266] Os dados aqui destacados foram obtidos diretamente do IBGE (*PNAD de 1990*).

"livre, individualmente considerado, portador de uma vontade que norteia seus atos e de uma racionalidade que os valida". (1991a:449)

Conjuntamente com essa concepção de homem, foi construída também uma concepção de sociedade e de Estado. A primeira passou a ser vista como um ambiente onde se relacionam indivíduos racionais e livres e o segundo como a instituição encarregada de, através do direito, garantir a segurança e a liberdade dos mesmos.

De acordo com Aguiar (1991), a questão a ser enfrentada é que a evolução histórica e o desenvolvimento da ciência demonstraram que essa concepção antropológica, oriunda das idéias liberais, é insuficiente para compreender o ser humano em sua integridade e, portanto, também como sujeito de Direito. Com a contribuição marxiana demonstrou-se a contextualização do indivíduo - pondo em cheque a idéia do homem isolado; com a contribuição freudiana efetuou-se o questionamento da vontade livre - há a descoberta do inconsciente.

Fruto dessa concepção, cuja essência reside em fazer do indivíduo, considerado em si mesmo, a fonte e o fundamento da sociedade, do Estado e do Direito nasceu, além da idéia de sujeito de Direito, a categorização da ação como um direito subjetivo e a conseqüente legitimidade para agir em função de interesses individuais. Essa, no entanto, é hoje absolutamente insuficiente para fazer frente aos novos direitos e interesses que possuem abrangência supra-individual (coletivos, difusos e individuais homogêneos). Segundo Dinamarco:

> *"Tal disciplina consiste numa interpretação acanhada e insuficiente da garantia constitucional da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional, em contraste com as tendências solidaristas do estado e do direito contemporâneos. Hoje, importa menos 'dar a cada um o que é seu', do que promover o bem de cada um através do bem comum da sociedade, tratando o indivíduo como membro desta e procurando a integração de todos no contexto social." (1987:397-8)*

Exemplo concreto das conseqüências que advêm dessa concepção é a limitação da legitimidade para propor a ação popular, destacada por Egas Dirceu Moniz de Aragão, para quem esse fato *"revela acanhamento ante o que poderia proporcionar se admitido seu emprego por associações, pessoas jurídicas, partidos políticos"*. (1978:78) Marinoni vai ainda mais longe no elenco das ações que deveriam ter ampliado o leque dos que possuem legitimidade ativa para movê-las:

> *"A ação popular ... deveria ser aberta aos partidos políticos e entidades intermediárias. Não há mais razão, com efeito, para a restrição da ação ao cidadão. Por outro lado, se o partido político tem legitimidade para o mandado de segurança coletivo, não se entende porque não a tem à ação civil pública. A ação de inconstitucionalidade, por seu turno, poderia ter o seu rol de legitimados ampliado." (1993:122)*

Ao lado disso há ainda, segundo José Geraldo de Souza Júnior (1991), o fenômeno social emergente do sujeito coletivo de Direito, figura carecedora de um adequado tratamento teórico e reconhecimento legislativo e que sequer é pensada pela maioria dos juristas.

2.4. ACESSO À JUSTIÇA E CAPACIDADE POSTULATÓRIA

Outro ponto importante no que diz respeito ao acesso à justiça é o da exigência da presença de advogado em todo e qualquer processo. Sobre ele assim se expressa Aragão:

> *"Contudo, nada adiantará que, em teoria, o direito de ação esteja assegurado a todos e os processos se desenvolvam até mesmo com rapidez, se disso não se puderem valer efetivamente todos os interessados. Sob esse ângulo avulta o problema da participação de técnicos na condução do processo. Desde que essa é uma exigência indeclinável de sua realização, pois não está ao alcance de leigos conduzi-lo, forçoso é convir que a assistência desses especialistas - os advogados - não pode ser privilégio: há de estar à disposição de todos quantos deles necessitem." (1978:81-2)*

Essa questão tem três aspectos a serem considerados. O primeiro diz respeito à impossibilidade econômica que a maioria da população tem de pagar um advogado. Sobre ele nada mais precisa ser dito frente aos dados já reproduzidos anteriormente.

O segundo refere-se à qualidade dos profissionais disponíveis no mercado. O efetivo acesso à justiça passa necessariamente pelo assessoramento de um bom profissional. No entanto a baixa qualidade do ensino jurídico oferecido no país[267], preponderantemente legalista, exegético e reprodutor do **status quo**, leva a uma má formação profissional dos bacharéis oriundos dos cursos de Direito. Ao lado da ampliação da quantidade de cursos e de vagas nas faculdades e universidades, o que elevou grandemente o número de alunos sem que houvesse meios materiais e corpo docente qualificado para fazer frente à demanda, há também a constante mutação existente na realidade social, cultural, política, econômica e científica nacional, que cada dia exige do advogado uma visão mais ampla, e não apenas formalista, para que ele possa assessorar corretamente a sua clientela. Modificaram-se as exigências com relação à prática profissional, mas os cursos de Direito não acompanharam essa evolução.

O terceiro diz respeito ao aspecto técnico, ou seja, qual a real necessidade da presença do advogado em toda e qualquer atividade jurisdicional? Sobre essa questão assim dispõe o artigo 133 da Constituição Federal: **"O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."**

Analisando esse texto constitucional, Joaquim Falcão se manifesta, ressaltando o fato de que já existe hoje um questionamento bastante grande, por parte principalmente da classe média, da necessidade da presença de advogado em alguns atos, como a separação e o divórcio consensuais e os inventários onde há o acordo sobre a partilha. A obrigatoriedade da presença desse profissional em vários atos da vida, simplesmente para cumprir formalidades e burocracias é, segundo ele, uma realidade do direito processual brasileiro, já ultrapassado em muitos pontos. Salienta ainda:

> *"Os advogados são indispensáveis à administração da Justiça. É óbvio. Mas não se pode confundir 'administração da Justiça' com o cumprimento de dispensáveis exigências processuais, fruto de um formalismo antipopular. (...) Para esta 'administração da Justiça' os advogados deveriam ser dispensáveis. Como também deveriam ser, nos pequenos conflitos onde os cidadãos são capazes de se defender. Do contrário, confunde-se advogado com tutor. Pior. Subentende-se que todos os cidadãos brasileiros são relativamente incapazes. Esquece-se que o país já sofreu muito com tutelas de todos os matizes.*

[267] Os textos a seguir referidos, fruto de pesquisas anteriores, servem como referência para o aprofundamento da questão do ensino jurídico: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico: saber e poder*. São Paulo, Acadêmica, 1988; ———. Ensino jurídico e realidade social. *Seqüência*, Florianópolis, UFSC, (17):77-87, dez. 1988; ———. Por um ensino alternativo do Direito: manifesto preliminar. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo 1*. São Paulo, Acadêmica, 1991. p. 143-154; ———. Ensino jurídico para que(m)? In: OAB. Conselho Federal. *Ensino jurídico: diagnósticos, perspectivas e propostas*. Brasília: OAB, 1992. p. 97-114; ———. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993; ———. *Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1995

> *Pois os serviços dos advogados são do interesse do povo numa sociedade pluralística e democrática. Mas estes serviços para serem eficazes têm de ser legítimos. E vai ser difícil convencer o povo da necessidade de advogados onde sua própria experiência cotidiana os demonstra dispensáveis." (1988)*

Essa posição, no entanto, não é a majoritária na doutrina brasileira. Argumentando em sentido oposto, Ada Pellegrini Grinover inclusive afirma: "*É anticientífica a atribuição da capacidade postulatória a quem não esteja devidamente habilitado para o desempenho do exercício da advocacia.*" (1990:262) Em defesa da indispensabilidade do advogado também se manifesta Eugênio Roberto Haddock Lobo:

> *"... o **devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes** ..., cairiam no vazio, tornando-se meras garantias teóricas, despidas da eficácia concreta que o Constituinte expressamente lhes conferiu ..., se as partes não fossem obrigatoriamente defendidas por advogados ou, na falta destes, por defensores públicos ou outros profissionais vinculados à assistência judiciária gratuita." (1992:26)*

A margem dessas posições é necessário destacar que essa busca pela garantia institucional do mercado de trabalho deve-se também, pelo menos em parte, à quantidade absurda de advogados existentes no país. As 184 escolas de Direito brasileiras possuem aproximadamente 35.000 vagas e jogam anualmente no mercado um número em torno de 25.000 novos bacharéis[268]. Isso acarreta uma superpopulação de profissionais para atuarem num mercado já saturado: em 1990 tinha-se no Brasil um advogado para cada 807 habitantes.[269]

Ao lado disso, tem-se uma outra situação que é a dos juizados de pequenas causas[270]. Caso se faça também neles obrigatória a presença de advogado, ter-se-á um esvaziamento de sua função social, por três motivos: (a) as pessoas que a eles recorrem são, regra geral, carentes e portanto desprovidas de recursos para pagarem um advogado; (b) os valores das causas são muito pequenos, não sendo compensador reivindicar os direitos caso se tenha de fazê-lo através de advogado; e (c) os valores reduzidos das demandas implicam baixos honorários, gerando também um desinteresse dos profissionais do Direito em nelas atuarem. Essas questões são levantadas por Fernando Noal Dorfmann (1989:28-31) em seu livro *As pequenas causas no Judiciário*.

Aspecto também ressaltado é o da necessidade de advogado por parte do réu. José Maria Rosa Tesheiner salienta que, segundo a doutrina e a jurisprudência, o juiz deve aplicar ao réu a pena de revelia quando, no procedimento sumaríssimo, comparecer para se defender sem se fazer acompanhar de advogado. Entende existir aí uma injustiça manifesta:

> *"A justificação da exigência de advogado para o exercício do direito de ação não se estende ao direito de defesa, pois há entre ambos uma dife-*

[268] Esses dados constam do relatório final da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB, intitulado *Ensino jurídico: parâmetros para elevação de qualidade e avaliação.*

[269] Dado publicado pela Folha de São Paulo, em artigo intitulado *OAB critica 'expansão' de escolas de Direito.* (19 jan. 1992).

[270] Saliente-se que a AMB ingressou, em setembro de 1994, com uma ADIN junto ao STF, na qual questiona, entre outras, a inconstitucionalidade da exigência de advogado nos juizados especiais, prevista na Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) e na qual obteve a concessão de liminar, suspendendo essa obrigatoriedade nos Juizados Especiais, na Justiça do Trabalho e na Justiça de Paz.

rença fundamental: o autor é autor porque quer; réu ninguém quer ser. E constitui um contra- senso negar-se à parte o direito de defesa, a pretexto de que só por advogado pode ser defendida." (1993:57)

Levando-se em consideração as posições aqui trazidas, a questão da exigência ou não da presença de advogado em toda e qualquer atividade jurisdicional, olhada sob o prisma do acesso à justiça, é bastante complexa, por uma série de motivos: (a) de um lado a sua presença aumenta, em tese, a qualidade e a segurança da defesa dos interesses das partes, tendo em vista a formação técnica que o mesmo possui. Esse é um argumento fortíssimo para sua obrigatoriedade; (b) de outra parte a maioria da população não tem condições de pagar seus honorários; (c) não basta a presença física do advogado. É necessário considerar-se a sua qualificação profissional; (d) há situações específicas, como a dos juizados de pequenas causas, nas quais a exigência de sua presença, embora importante, pode inviabilizar a própria instituição; e (e) tem-se a posição do demandado, no processo civil, que não foi quem procurou o Judiciário, mas que pode ser condenado à revelia se não contestar a ação através de advogado e não se fizer acompanhar dele nas audiências.

2.5. ACESSO À JUSTIÇA E TÉCNICA PROCESSUAL

A efetividade do acesso à justiça passa também, necessariamente, pela existência de instrumentos processuais acessíveis e céleres na resolução dos conflitos de interesses que são levados ao Judiciário. Como coloca Aragão:

> *"Mas de pouco adiantará assegurar o exercício teórico do direito de ação, ou estudar-lhe doutrinariamente a extensão e a eficácia, se o ordenamento jurídico não proporcionar meios hábeis à obtenção da sentença em tempo razoável. Manter os litigantes à espera da sentença por mil e uma noites é forma indireta de lhes denegar justiça." (1978:79)*

> *"Por estas e outras razões faz-se necessário adotar medidas capazes de acelerar o andamento dos processos judiciais, e bem assim aprimorar a estrutura funcional do Poder Judiciário, pena de a demora imposta às partes comprometer a própria distribuição da justiça, acarretando a conseqüência de assim ser ela indiretamente denegada." (1978:81)*

A demora na tramitação dos processos ocorre no Brasil em parte em razão da legislação processual vigente[271]. Segundo Carlos Alberto Silveira Lenzi, *"o problema de acesso à Justiça aos não privilegiados, também está ligado à reação procedimental, ou seja, ao excesso de burocracia do Código de Processo Civil"*. (1982:490) Isso afasta da justiça muitas causas, principalmente as de pequeno valor econômico; com uma inflação anual elevadíssima, como a que havia no país até a implantação do Plano Real, e com uma política de correção monetária que não acompanha efetivamente a inflação, aliadas às custas processuais e honorários advocatícios, a busca dos direitos pode não ser nada vantajosa. No conjunto esses problemas tem beneficiado, em regra, os maus pagadores.

Cabe então ressaltar algumas das questões pendentes de solução pelo ordenamento jurídico-processual brasileiro. Entre os principais problemas citados pela doutrina se pode destacar: (a) a existência, em determinadas situações, de excessivas espécies de recursos (em especial os agravos), procrastinando demasiadamente a resolução da lide; (b) a forma adotada para o procedimento sumaríssimo, que na prática não tem atingido suas finalidades; (c) a necessidade de simplificação do processo de execução;

[271] E também em função dos problemas apresentados pelo Poder Judiciário, que serão analisados no item 2.6 deste artigo.

(d) o tratamento inadequado dado, em determinadas situações, ao processo cautelar, em especial no que se refere às denominadas cautelares satisfativas; (e) o exagerado número de procedimentos especiais, incluídos os da jurisdição contenciosa e os da jurisdição voluntária, tanto da legislação codificada como da legislação extravagante; e (f) questões diversas, ligadas às exigências de formalidades excessivas, à forma de produção das provas e ao modo de efetivação das citações e intimações. Problemas dessa ordem inclusive levaram Lenzi a afirmar:

> *"Na realidade, pouco se têm dedicado os processualistas brasileiros, no que se refere ao alcance social do Código de Processo Civil. O estatuto processual civil nacional, na verdade, reflete a filosofia econômico-política do País, o capitalismo dominante, onde minorias - estas sim - detêm o controle político, e, por via de regra, o comando da elaboração legislativa. O Código de Processo Civil de 1973, já pela sua Exposição de Motivos, pouco se preocupou com a realidade do quadro econômico-social do Brasil, os antagonismos regionais, a vastidão territorial, as distâncias, e os meios de comunicação, o problema cultural etc..." (1982:475)*

A questão dos instrumentos processuais é fundamental quando se trata de acesso à justiça. Como Coloca José Joaquim Calmon de Passos, "*o problema primeiro, no que diz respeito ao ordenamento jurídico, é menos o que formalmente ele se propõe realizar, e muito mais o que ele instrumentaliza para assegurar sua efetividade*". (1988:84)

Nesse mesmo sentido são as palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, preocupado com alguns formalismos e possibilidades de atitudes protelatórias presentes no Código de Processo Civil vigente:

> *"É de convir-se ... que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver." (1993:92)*

2.6. ACESSO À JUSTIÇA E PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário possui alguns problemas estruturais e históricos que interferem diretamente na questão do acesso à justiça. Entre eles se pode destacar: a morosidade existente na prestação jurisdicional; a carência de recursos materiais e humanos; a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo[272]; a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias[273]; o corporativismo de seus membros; e a inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade[274].

[272] É o Executivo que arrecada e repassa os recursos, enquanto ao Legislativo cabe a aprovação do orçamento. Ao lado disso, uma parcela considerável dos membros dos tribunais são nomeados por esses poderes.

[273] Esse fato inclusive afeta psicologicamente as pessoas mais simples, que vêem no Judiciário algo totalmente distanciado de sua realidade.

[274] Muitas discussões sobre essa questão foram travadas durante a Constituinte, tendo existido inclusive proposta de criação de órgão de controle externo da magistratura, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), incluindo também o controle externo do Ministério Público. O tema voltou novamente à discussão por ocasião da revisão constitucional. A criação do CNJ é hoje proposta oficial da OAB, tendo inclusive sido aprovada, por proposição de Márcio Thomaz Bastos, na XIV Conferência Nacional da Ordem, realizada no ano de 1992, em Vitória (ES).

rença fundamental: o autor é autor porque quer; réu ninguém quer ser. E constitui um contra- senso negar-se à parte o direito de defesa, a pretexto de que só por advogado pode ser defendida." (1993:57)

Levando-se em consideração as posições aqui trazidas, a questão da exigência ou não da presença de advogado em toda e qualquer atividade jurisdicional, olhada sob o prisma do acesso à justiça, é bastante complexa, por uma série de motivos: (a) de um lado a sua presença aumenta, em tese, a qualidade e a segurança da defesa dos interesses das partes, tendo em vista a formação técnica que o mesmo possui. Esse é um argumento fortíssimo para sua obrigatoriedade; (b) de outra parte a maioria da população não tem condições de pagar seus honorários; (c) não basta a presença física do advogado. É necessário considerar-se a sua qualificação profissional; (d) há situações específicas, como a dos juizados de pequenas causas, nas quais a exigência de sua presença, embora importante, pode inviabilizar a própria instituição; e (e) tem-se a posição do demandado, no processo civil, que não foi quem procurou o Judiciário, mas que pode ser condenado à revelia se não contestar a ação através de advogado e não se fizer acompanhar dele nas audiências.

2.5. ACESSO À JUSTIÇA E TÉCNICA PROCESSUAL

A efetividade do acesso à justiça passa também, necessariamente, pela existência de instrumentos processuais acessíveis e céleres na resolução dos conflitos de interesses que são levados ao Judiciário. Como coloca Aragão:

"Mas de pouco adiantará assegurar o exercício teórico do direito de ação, ou estudar-lhe doutrinariamente a extensão e a eficácia, se o ordenamento jurídico não proporcionar meios hábeis à obtenção da sentença em tempo razoável. Manter os litigantes à espera da sentença por mil e uma noites é forma indireta de lhes denegar justiça." (1978:79)

"Por estas e outras razões faz-se necessário adotar medidas capazes de acelerar o andamento dos processos judiciais, e bem assim aprimorar a estrutura funcional do Poder Judiciário, pena de a demora imposta às partes comprometer a própria distribuição da justiça, acarretando a conseqüência de assim ser ela indiretamente denegada." (1978:81)

A demora na tramitação dos processos ocorre no Brasil em parte em razão da legislação processual vigente[271]. Segundo Carlos Alberto Silveira Lenzi, *"o problema de acesso à Justiça aos não privilegiados, também está ligado à reação procedimental, ou seja, ao excesso de burocracia do Código de Processo Civil"*. (1982:490) Isso afasta da justiça muitas causas, principalmente as de pequeno valor econômico; com uma inflação anual elevadíssima, como a que havia no país até a implantação do Plano Real, e com uma política de correção monetária que não acompanha efetivamente a inflação, aliadas às custas processuais e honorários advocatícios, a busca dos direitos pode não ser nada vantajosa. No conjunto esses problemas tem beneficiado, em regra, os maus pagadores.

Cabe então ressaltar algumas das questões pendentes de solução pelo ordenamento jurídico-processual brasileiro. Entre os principais problemas citados pela doutrina se pode destacar: (a) a existência, em determinadas situações, de excessivas espécies de recursos (em especial os agravos), procrastinando demasiadamente a resolução da lide; (b) a forma adotada para o procedimento sumaríssimo, que na prática não tem atingido suas finalidades; (c) a necessidade de simplificação do processo de execução;

[271] E também em função dos problemas apresentados pelo Poder Judiciário, que serão analisados no item 2.6 deste artigo.

(d) o tratamento inadequado dado, em determinadas situações, ao processo cautelar, em especial no que se refere às denominadas cautelares satisfativas; (e) o exagerado número de procedimentos especiais, incluídos os da jurisdição contenciosa e os da jurisdição voluntária, tanto da legislação codificada como da legislação extravagante; e (f) questões diversas, ligadas às exigências de formalidades excessivas, à forma de produção das provas e ao modo de efetivação das citações e intimações. Problemas dessa ordem inclusive levaram Lenzi a afirmar:

> *"Na realidade, pouco se têm dedicado os processualistas brasileiros, no que se refere ao alcance social do Código de Processo Civil. O estatuto processual civil nacional, na verdade, reflete a filosofia econômico-política do País, o capitalismo dominante, onde minorias - estas sim - detêm o controle político, e, por via de regra, o comando da elaboração legislativa. O Código de Processo Civil de 1973, já pela sua Exposição de Motivos, pouco se preocupou com a realidade do quadro econômico-social do Brasil, os antagonismos regionais, a vastidão territorial, as distâncias, e os meios de comunicação, o problema cultural etc..." (1982:475)*

A questão dos instrumentos processuais é fundamental quando se trata de acesso à justiça. Como Coloca José Joaquim Calmon de Passos, "*o problema primeiro, no que diz respeito ao ordenamento jurídico, é menos o que formalmente ele se propõe realizar, e muito mais o que ele instrumentaliza para assegurar sua efetividade*". (1988:84)

Nesse mesmo sentido são as palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, preocupado com alguns formalismos e possibilidades de atitudes protelatórias presentes no Código de Processo Civil vigente:

> *"É de convir-se ... que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver." (1993:92)*

2.6. ACESSO À JUSTIÇA E PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário possui alguns problemas estruturais e históricos que interferem diretamente na questão do acesso à justiça. Entre eles se pode destacar: a morosidade existente na prestação jurisdicional; a carência de recursos materiais e humanos; a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo[272]; a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias[273]; o corporativismo de seus membros; e a inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade[274].

[272] É o Executivo que arrecada e repassa os recursos, enquanto ao Legislativo cabe a aprovação do orçamento. Ao lado disso, uma parcela considerável dos membros dos tribunais são nomeados por esses poderes.

[273] Esse fato inclusive afeta psicologicamente as pessoas mais simples, que vêem no Judiciário algo totalmente distanciado de sua realidade.

[274] Muitas discussões sobre essa questão foram travadas durante a Constituinte, tendo existido inclusive proposta de criação de órgão de controle externo da magistratura, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), incluindo também o controle externo do Ministério Público. O tema voltou novamente à discussão por ocasião da revisão constitucional. A criação do CNJ é hoje proposta oficial da OAB, tendo inclusive sido aprovada, por proposição de Márcio Thomaz Bastos, na XIV Conferência Nacional da Ordem, realizada no ano de 1992, em Vitória (ES).

Ao lado disso, a falta de um conhecimento de melhor qualidade sobre o fenômeno jurídico[276] leva, em muitos casos, os magistrados a serem servos da lei, pondo-os em diversos momentos em um conflito entre o que sentem e pensam e o direito que têm de aplicar. Isso gera a ausência de respostas - ou a presença de respostas insuficientes ou equivocadas - por parte do Judiciário - a muitos dos conflitos existentes e emergentes. Como conseqüência, tem-se uma tendência de descrença crescente da população com relação às instituições jurisdicionais e muitas vezes um questionamento do próprio direito. A não consideração desse aspecto, somada à lentidão, burocratização e corrupção, desemboca na crise do Poder Judiciário.

Prova disso é o que vem ocorrendo no Brasil com a criação de uma justiça paralela, inoficial, na qual as camadas mais pobres da população buscam a solução de seus problemas. Exemplos são as justiças das favelas, nas quais há leis e procedimentos próprios, existentes à margem do ordenamento jurídico estatal, como já demonstraram as pesquisas de Boaventura de Souza Santos (1988, 1989).

Mas ainda pior do que isso é o surgimento e o crescimento de uma outra justiça inoficial, paralela à estatal, constituída pelos justiceiros e esquadrões da morte. Os jornais do país relatam diariamente o resultado de suas atividades. A presença desses aparatos paraestatais parece demonstrar a insuficiência dos instrumentos jurídicos formais para concretizar o ideal de justiça prometido pelo Estado.

Em resumo, a burocratização do Poder Judiciário, os longos prazos que transcorrem entre o ingresso em juízo e o resultado final dos processos e a inadequação de muitas de suas decisões aos valores sociais fazem com que, em muitos momentos, haja uma série de questionamentos sobre a sua legitimidade. Isso afasta dele uma série de conflitos que passam a ser solucionados por essas vias alternativas, muitas das quais significam, na prática, o retorno à autotutela e à barbárie.

Também a existência de um segundo grau de jurisdição, cuja composição o torna questionável enquanto instância imparcial, é um problema do Judiciário. A nomeação de parte de seus membros, ou até da totalidade como no caso do Supremo Tribunal Federal, pelo Executivo e Legislativo, pode comprometer a sua independência política. Ao lado disso, a ascensão profissional por merecimento se faz exatamente através da vontade desses tribunais, colocando os juízes de primeiro grau, em determinados momentos, na condição de seguirem a orientação das cortes de segundo grau para poderem fazer carreira[276], colocando em risco a independência jurídica dos juízes.

Isso não significa, no entanto, que se deva culpar a magistratura por todos os problemas do Judiciário. Como destaca Teixeira: "*Os magistrados não são robôs, mas seres humanos, com virtudes e limitações. Se a máquina e o modelo estão superados, não é no julgador, em princípio, que se haverá de imputar a responsabilidade.*" (1993:90)

Há, outrossim, a falta de condições materiais de trabalho (má remuneração, prédios pequenos, carência de servidores, ausência de informatização, excesso de trabalho, etc.), além da corrupção vigente muitas vezes em nível dos funcionários de cartório e oficiais de justiça, bem como entre os próprios membros da magistratura[277].

[276] A segurança como critério de promoção por merecimento (CF, art. 93, II, "c") significa que o magistrado que não possuir decisões modificadas pela instância superior estará com maiores possibilidades de ascensão na carreira que os demais. Em razão disso, muitos membros da magistratura orientam suas decisões apenas pela jurisprudência do tribunal ao qual estão vinculados, buscando dessa forma preencher o requisito exigido para a progressão mais rápida dentro da magistratura.

[277] É bom lembrar os recentes envolvimentos de membros da magistratura nas fraudes contra a Previdência (Rio de Janeiro) e na distribuição de veículos, furtados ou roubados, recuperados e não entregues aos verdadeiros donos (Maranhão).

2.7. ACESSO À JUSTIÇA: OUTROS PROBLEMAS

Os itens levantados anteriormente não esgotam os problemas colocados ao efetivo acesso à justiça. As questões já enumeradas: (a) a desigualdade socioeconômica; (b) a falta de conhecimento dos próprios direitos e dos instrumentos capazes de garantilos; (c) uma legislação material e processual estruturada em grande parte sobre um conceito de sujeito de Direito de cunho individualista, gerando alguns problemas no que se refere à legitimidade para agir na defesa de interesses supra-individuais; (d) a necessidade da presença de advogado; (e) a presença em determinados procedimentos e para a prática de determinados atos processuais de demasiadas formalidades e possibilidades de recursos, emperrando e burocratizando a prestação jurisdicional; e (f) a crise enfrentada pelo Judiciário; são as mais citadas pela doutrina, mas não as únicas. Em razão disso, é importante buscar levantar ainda outros problemas trazidos historicamente, sem com isso querer aqui listar a sua integralidade, o que seria impossível.

2.7.1. os fatores simbólicos

Engloba-se aqui, sob a denominação fatores simbólicos, o conjunto de fatores axiológicos, psicológicos e ideológicos que afastam da justiça (por medo, insegurança, sentimento de inferioridade, etc.) uma considerável parcela da sociedade brasileira.

Exemplo disso é a tradição cultural que, colocando o magistrado como um ser superior, distancia o povo simples da busca da justiça. Ele, regra geral, vê o Poder Judiciário como um objeto distante, inacessível, que não pertence à sua realidade. Embora em menor grau, o mesmo ocorre com relação à própria figura do advogado. Marinoni chega a ressaltar que "*os mais humildes sempre temem represálias quando pensam em recorrer à justiça. Temem sanções até mesmo da parte adversária*". (1993:37)

2.7.2. a inexistência ou ilegitimidade do direito material

Aspecto que também diz respeito ao acesso à justiça refere-se à inexistência de normas jurídicas ou à sua existência defasada em relação à realidade social. Na primeira situação, embora o artigo 4º da LICC e o artigo 126 do CPC imponham ao juiz a obrigação de decidir, mesmo havendo a lacuna no ordenamento jurídico, a inexistência da norma como elemento delineador do Direito é um óbice incontestável. No entanto, pior é a segunda hipótese, na qual há a lei, mas a mesma está em desacordo com os valores sociais. Há a denominada **lacuna axiológica**[278]. Hermeneuticamente o artigo 5º da LICC pode resolver o problema. No entanto, nessas situações a justiça se torna uma questão extremamente subjetiva e dependente da vontade do magistrado.

Ao lado disso, o estado brasileiro tem tido o hábito de praticar atos administrativos e criar legislações de discutível constitucionalidade, sobrecarregando o Judiciário com demandas que seriam desnecessárias se ele cumprisse o seu próprio direito. Exemplos são as questões do sistema financeiro da habitação, dos

[278] Ocorre uma **lacuna axiológica** (também denominada ideológica ou política) quando há norma legal aplicável ao caso concreto, mas a sua aplicação àquela situação específica leva a uma decisão injusta, que não está de acordo com os valores sociais. (Rodrigues, 1992:196)

aposentados e pensionistas da previdência social, da criação de tributos como o Finsocial e mais recentemente o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF). Em matéria especificamente processual, destacam-se algumas proibições colocadas ao Judiciário para concessão de liminares contra atos do poder público.

2.7.3. a criação de direito material sem o correspondente instrumental processual adequado

Destaca Arruda Alvim que muitas das questões que vêm preocupando os juristas, especificamente no Direito Processual Civil, surgiram em decorrência de problemas ocorridos no direito material e nas modificações que nele foram introduzidas para superá-los. Salienta que "*é insuficiente proteger no plano do direito material, se inexistirem formas de viabilizar essa proteção*". (1993:180) E essas formas são necessariamente processuais.

2.7.4. a ausência de assistência jurídica preventiva e extrajudicial

Outro problema que se coloca ao efetivo acesso à justiça é a quase completa inexistência, em alguns estados da Federação, de instituições encarregadas de prestar assistência jurídica preventiva e extrajudicial. Com relação à representação profissional junto à administração pública, esquece-se muitas vezes que o processo administrativo é processo, embora não jurisdicional, e como tal também nele a parte tem o direito de ser acompanhada de um profissional preparado para orientá-la e defendê-la.

3 - BREVE BALANÇO FINAL

Segundo Dinamarco: "*As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais) são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto-de-vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam ...*" (1987:391)

Muitos dos problemas trazidos pela doutrina, e aqui enumerados, podem ser resolvidos ou minimizados através da adoção de instrumentos processuais adequados, ou da interpretação finalística e sistemática dos já existentes. Com relação à desigualdade socioeconômica, não se pode eliminá-la através do direito, quer seja processual ou material, mas se pode criar mecanismos, principalmente no que se refere à assistência jurídica integral e gratuita e à organização do Poder Judiciário, através dos quais essa desigualdade não impeça os mais carentes de terem acesso à justiça e nem sejam prejudicados em juízo em razão das diferenças materiais existentes entre as partes.

Tratando-se da questão referente ao direito à informação, não é ela, ao que parece, uma situação que possa ser equacionada em nível do processo. Saliente-se, no entanto, que um sistema judiciário que funcione de forma efetiva pode auxiliar muito na conscientização dos indivíduos e da sociedade, no que se refere aos seus direitos e à necessidade de buscá-los inclusive em juízo.

Os problemas ligados à capacidade postulatória podem ser resolvidos, seja através da implementação de órgãos públicos encarregados de prestá-la, seja através do pagamento pelo Estado de profissionais liberais escolhidos pelas partes que não tenham condições de pagá-los. E essa questão é hoje absolutamente pertinente ao direito processual, tendo em vista ser o advogado indispensável à administração da justiça.

Os problemas referentes à legitimidade para agir e à técnica processual são especificamente processuais, devendo sua solução ser buscada nesse campo. O mesmo com relação às normas de organização do Poder Judiciário.

Resta saber se o Direito, através de seus operadores, nos aspectos nos quais pode buscar superar os óbices existentes, será capaz de fazê-lo, permitindo que, no novo milênio que se inicia, a sociedade possua real (e não apenas formal) acesso à justiça. Ao lado disso, se serão removidos os demais óbices, dependentes muito mais de decisões e vontade política do que de qualquer atitude do mundo jurídico.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roberto A. R. de. A crise da advocacia no Brasil. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, XIII, 1990, Belo Horizonte. *Anais* ... Brasília: OAB, 1991[a]. p. 447-55.

___. *A crise da advocacia no Brasil*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1991[b].

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado do direito material. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p.167-84.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O estado de Direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício). *Rev. Bras. de Dir. Processual*, Rio de Janeiro, Forense, IV(16):69-91, 4. trim. 1978.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo 2*. São Paulo, Acadêmica, 1992. 159-77.

CAPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1990.

DINAMARCO, Cândido R. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1986.

DORFMANN, Fernando Noal. *As pequenas causas no Judiciário*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

FALCÃO, Joaquim. *Os advogados - a tentação monopolística. Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 abr. 1988. p. A-3.

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

LENZI, Carlos Alberto Silveira. *Justiça social: acesso às maiorias não privilegiadas*. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 9ª, 1982, Florianópolis. *Anais*... Brasília: OAB, maio 1982. p. 475-90.

LOBO, Eugênio Roberto Haddock. *Advocacia na Constituição de 88*. *Revista do Instituto dos Advogados Catarinenses*, Florianópolis, *IV*(4):23-7, nov. 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1993.

PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 83-97.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Direito com que direito? In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo 2*. São Paulo, Acadêmica, 1992. 178-207.

___. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

___. Justiça popular, dualidade de poderes e estratégia socialista. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 185-205.

SANTOS JR., Belisário et al. Os direitos humanos: a luta pela democracia. In: ———. *Direitos humanos: um debate necessário*. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 11-76.

SOUZA JR., José Geraldo de. Movimentos sociais - emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de Direito. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 131-42.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

WATANABE, Kazuo. Características básicas do juizado especial de pequenas causas. *Ajuris*, Porto Alegre, XII(33):26-32, mar. 1985[a].

___. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1985[b]. p. 161-7.

___. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 128-35.

III - ACESSO À JUSTIÇA*

*Eduardo K. M. Carrion***

1 - INTRODUÇÃO

Em 1988, o IBGE incluiu pela primeira vez em sua Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) elementos referentes à Justiça, mais especificadamente sobre os conflitos em que as pessoas estiveram envolvidas e a eventual solução jurídica de tais conflitos, seus resultados tendo sido publicados em 1990.

Levando em conta apenas o último conflito em que as pessoas estiveram envolvidas, 45 % dos entrevistados entraram com ação judicial e 55 % não fizeram apelo ao Judiciário. Quando examinamos os motivos de não ter havido apelo ao Judiciário, os dados são ainda mais surpreendentes: resolveu por conta própria; não quis se envolver com a Justiça; Justiça não resolve e não sabiam utilizar a Justiça são os motivos que correspondem a 60,40 % dos casos.

Essa aparente desafeição em relação à Justiça não decorre, como sabemos, de uma prática de soluções informais dos conflitos, nossa tradição de um Direito monopolizado pelo Estado dificultando aliás tais soluções. Ao contrário da tradição japonesa onde a conciliação - "jidan", numa fase extrajudicial, "wakai" e "chotei", por exemplo, na fase judicial, mecanismos esses em grande parte tributários da ética confuciana - exerce um papel fundamental.

Grande parte desta situação decorre de uma crise do Judiciário no que se refere à prestação jurisdicional. A este propósito, cabe lembrar recente levantamento do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, apontando para uma média de 1 juiz comum de primeiro grau para cada grupo de 26.433 habitantes, quando na Alemanha, por exemplo, esta média é de 1 para 3.000.

Mas não há também como ignorar uma crise do Direito como modo de regulação das relações sociais.

O modo jurídico de regulação social, esta grande sistematização dos romanos, revela-se altamente civilizatório. Independentemente de aspectos de classe que eventualmente possamos identificar na ordem jurídica oficial - o que aliás precisa ser nuançado na medida em que a legalidade posta expressa também, nem que subsidia-

* Roteiro da exposição feita em 14/11/1997 durante o painel Acesso à Justiça do Seminário Nacional O Direito no III Milênio (Novos Direitos e Direitos Emergentes) promovido pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) em Canoas, Rio Grande do Sul.

** Professor titular de Direito Constitucional da UFRGS. Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS.

ria, mas concretamente, o interesse dos deserdados -, o modo jurídico de regulação social inspira-se, fundamenta-se de qualquer maneira em valores, como justiça, liberdade, igualdade, e tantos outros que revelam uma dimensão libertária. É um real contraponto, uma efetiva alternativa, por exemplo, ao modo teológico de regulação social ou ao modo psiquiátrico de regulação social cujas conseqüências históricas não nos são desconhecidas. Hoje, a ameaça mais imediata ao modo jurídico de regulação social parece ser o modo "midiático" de regulação social: os meios de comunicação antecipando-se ou mesmo substituindo-se aos tribunais, quando não os tribunais fascinando-se pelos meios de comunicação.

Crise do Direito também na medida em que nem sempre dá suficientemente conta das novas realidades surgidas com a evolução da sociedade. Nesta perspectiva, crise igualmente do ensino do Direito. O modelo clássico dos estudos de direito adequava-se antes de tudo a uma sociedade fundada na supremacia de normas genéricas e abstratas, em que o direito, confundido com as regras dos códigos, possuía um papel destacado na organização e na representação social. Neste contexto, o ensino dispensado pelas Faculdades de Direito, intérpretes dos códigos, correspondia significativamente à prática social. Entretanto, estas condições alteraram-se com o tempo, denunciando um cada vez maior descompasso entre as regras dos códigos e a realidade social, sobretudo em sociedades marcadas por profundas desigualdades, como a nossa, o modo jurídico de regulação social encontrando-se em conseqüência afetado. Não só, para indicar apenas alguns elementos desta crise, a intervenção progressiva do Estado nos domínios econômico, social e cultural, entre outros, no âmbito de um Estado do Bem-Estar Social, enfraquecendo inclusive o tradicional princípio de legalidade da sociedade liberal, mas principalmente as dificuldades crescentes de o direito resolver a contento conflitos que não são necessariamente ou exclusivamente interindividuais, mas cada vez mais intergrupais. Lembre-se, contudo, a este propósito que a Constituição de 1988 reconheceu e ampliou o papel dos denominados "novos sujeitos sociais".

Mas mais ainda: hoje, o modo jurídico de regulação social está também ameaçado pela emergência de ordens jurídicas paralelas, aquelas das sociologicamente denominadas "sociedades dos malfeitores", estruturalmente perversas.

Some-se a isto o impacto da política neoliberal no mundo jurídico com suas propostas de desregulamentação e de flexibilização, quando não mesmo de privatização da justiça.

Resgatar em sua plenitude o modo jurídico de regulação social, adaptar o Direito às exigências da evolução da sociedade, aparelhar e dinamizar o Judiciário parecem ser assim condições indispensáveis na perspectiva de uma sociedade moderna e de uma cidadania efetiva.

2 - DIREITO AO DIREITO

Cabe assim afirmar como direito básico o **direito ao direito**, o direito ao modo jurídico de regulação social, em outros termos o direito a um modo civilizatório de solução dos conflitos. A discussão em torno do acesso à justiça insere-se nesse contexto.

Não tomarei aqui a expressão acesso à justiça ou garantia de acesso à justiça em um sentido estrito ou mínimo tal como empregada, por exemplo, por Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci em Constituição de 1988 e Processo, dizendo fundamentalmente respeito à acessibilidade econômica e à acessibilidade técnica à justiça. Nem em um sentido amplo ou máximo, tal como utilizada por Mireille Delmas-

Marty na Introdução de Liberdades e Direitos Fundamentais, envolvendo a separação dos poderes, a independência do Judiciário e as garantias da magistratura, o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial, o direito à assistência judiciária, o direito à segurança pessoal e o "habeas-corpus", e, como definido pelo artigo 3º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o direito a um recurso útil. Modos de uso esses que poderiam ser objeto de importantes reflexões, reflexões essas em grande parte no plano do Direito Constitucional Processual, ou seja, normas de direito processual que se encontram na Constituição. Tomarei a expressão num sentido genérico, livre, na perspectiva de um direito ao direito, como se viu acima.

A este propósito, gostaria de fazer duas referências.

3 - "O DIPLOMA" DE LUIGI PIRANDELLO

A primeira referência é a uma obra de Pirandello, autor italiano, prêmio Nobel de literatura de 1934. Trata-se de O diploma.

Chiárchiaro, um dos personagens, acusa o filho do alcaide do crime de difamação por este tê-lo acoimado de bruxo. Surpreendentemente, o querelante apresenta-se perante o juiz com indumentária de feiticeiro, pretendendo que esse acreditasse em seus poderes de bruxo. Ao juiz pareceu pura contradição. Ao advogado do acusado, Chiárchiaro oferece todas as provas possíveis. O juiz finalmente pergunta-lhe por que deu tais provas ao advogado do acusado. Chiárchiaro argumenta que assim o fez para tornar mais certa a absolvição do acusado. "Quero ser oficialmente reconhecido como bruxo. Este é meu único capital. Para tanto, preciso de que o acusado seja absolvido", responde-lhe. Chiárchiaro continua argumentando que, assim como ele, o juiz, obteve seu diploma para exercer sua profissão, ele, Chiárchiaro queria também seu diploma, seu diploma de bruxo, com muitos selos legais, bruxo diplomado pelo tribunal, podendo utilizar o título em seus cartões de visita.

Temos nesta obra de Pirandello um claro exemplo da utilização da justiça para fins impróprios, de uma forma de instrumentalizar a justiça para a obtenção de fins alheios a esta.

Diz respeito de qualquer forma ao acesso à justiça.

4 - O MANDADO DE INJUNÇÃO

A segunda referência é ao mandado de injunção, ou mais precisamente à prática do mandado de injunção.

Não se trata de examinar o instituto, recepcionado pela Constituição de 1988, mas de apenas tecer um comentário.

Enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que diz respeito a "omissão de medida para tornar efetiva (qualquer) norma constitucional (CF, art. 103, § 2º)", tem por objetivo principal a defesa da ordem constitucional, o mandado de injunção, que diz respeito a "falta de norma regulamentadora (que) torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, artigo 5º, LXXI)", é instrumento de defesa de um legítimo direito individual ou coletivo de fundamento constitucional.

Por isto mesmo, tratando-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a legitimidade ativa é restrita, reservada a determinadas pessoas físicas ou jurídicas em decorrência de seu papel institucional; tratando-se de mandado de injunção, é ampla, autorizada a qualquer pessoa física ou jurídica que tenha um legítimo direito individual ou coletivo de fundamento constitucional a defender.

Natural que decorra da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, atendida sua natureza, basicamente efeito declaratório e efeito mandamental. O mesmo não poderia dar-se com relação ao mandado de injunção, devendo decorrer, respeitada sua distinta natureza, além do efeito declaratório e do efeito mandamental, o atendimento, ao menos parcial, do direito reclamado, mas inviabilizado pela falta da norma regulamentadora, nem que seja legislando supletiva e provisoriamente para o caso concreto. Sob pena de transformar-se o mandado de injunção numa ação direta de inconstitucionalidade por omissão subsidiária, cuja uma das diferenças principais seria apenas o alargamento da legitimidade ativa. Entretanto, tal interpretação agride a sistemática constitucional que exatamente prevê mecanismos distintos para situações e soluções diversas.

Os Tribunais têm em geral sido avessos, em sede de mandado de injunção, ao atendimento, ao menos parcial, do direito reclamado, mas inviabilizado pela falta da norma regulamentadora. Algumas decisões do STF, ainda em 1991 e 1992, avançavam numa perspectiva inovadora; entretanto, mais recentemente, em 1994, a exegese feita ao artigo 37, VII, da Constituição de 1988 representou uma nítida inflexão neste sentido.

Veja-se que, ao falarmos em mandado de injunção, referimo-nos a direitos e garantias constitucionais.

Aqui, também, diz respeito de qualquer forma ao acesso à justiça.

Quero sugerir com estas duas referências, a primeira à obra de Pirandello "O Diploma", a segunda ao mandado de injunção, que a temática do acesso à justiça é não apenas complexa, como também problemática.

Restaria ainda, em forma de conclusão, uma última observação.

5 - CONCLUSÃO

Tratando-se de acesso à justiça em matéria de direitos e garantias constitucionais, em matéria de direitos humanos portanto, cabe enfatizar a importância de uma jurisdição no plano internacional. Aliás, no nosso caso, o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988 ("Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte") já reconhece "status" constitucional ao tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

IV - ALTERNATIVAS NÃO-ESTATAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: UMA ABORDAGEM ANTROPOLÓGICA

Roberto Kant de Lima[*]

1 - INTRODUÇÃO

Em um seminário intitulado "O Direito no Terceiro Milênio" (Novos Direitos e Direitos Emergentes), falar sobre "Alternativas Não-Estatais de Solução de Controvérsias" exige certos esclarecimentos preliminares.

Em primeiro lugar, cabe esclarecer o lugar *de onde* eu vou falar: antropólogo profissional, mas também bacharel em direito, algumas vezes advogado por injunções da pesquisa de campo, minha perspectiva teórica e metodológica é, no entanto, necessariamente, aquela da antropologia social.

Isto implica dizer que a minha compreensão da questão em pauta passa pela perspectiva comparada, como formulada na disciplina antropológica contemporânea, isto é, pretende-se a constrastação de elementos, princípios e sistemas diferentes para melhor explicitar princípios abrangentes que sustentam sua significação. O objetivo almejado - nem sempre conseguido - é uma visão mais abrangente que propiciaria, em princípio, melhor compreensão da problemática estudada. Não se deseja, assim, a avaliação dos modelos pesquisados em relação a sua superioridade ou inferioridade recíprocas.

No contexto em que este texto se apresenta a público, não é demais frisar que este método difere da perspectiva tradicional do método comparativo, como tem sido empregado no direito brasileiro: aqui, trata-se de comparar semelhanças para verificar aproximações ou afastamentos em relação a uma referência prévia, objetivando-se, portanto, chegar a juízos valorativos sobre os diversos modelos empíricos analisados.

Em que pese meu **bias** antropológico, devo esclarecer que a perspectiva da minha disciplina não abre mão do julgamento de valor em prol de uma impossível neutralidade científica. Apenas, nas circunstâncias, quer que os resultados do trabalho cien-

[*] Professor titular de antropologia da UFF. Pesquisador de produtividade do CNPq.

tífico sejam os mais amplos possíveis, para permitir, também, intervenções mais eficazes porque apoiadas em conhecimento confiável dos fatos estudados.

Nesta direção, tenho analisado, nos últimos quinze anos, com apoio da UFF, do CNPq e da CAPES, contrastes e semelhanças entre aquilo que passo a chamar de *tradições judiciárias* e *tradições acadêmicas* - à falta de designação mais precisa - como **loci** privilegiados da administração de conflitos pela produção de verdades legítimas, no Brasil e nos Estados Unidos. Tais investigações me levaram a fazer incursões nas tradições políticas e jurídicas destes países, como elas são representadas pelos autores do *campo jurídico* (Bourdieu, 1989).[279]

Prestados estes esclarecimentos iniciais, passo a discutir o problema proposto, sempre lembrando que, para fazer prospecções para o futuro devemos ter bastante explícitas nossas tradições, que certamente pesarão, consciente ou inconscientemente, nas decisões e escolhas que formulamos e que resultam em nossas trajetórias culturais, projetadas no tempo e no espaço.

2 - ADMINISTRAÇÃO DE CONTROVÉRSIAS - OU DE CONFLITOS -EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA

A discussão sobre os processos, ou modelos de administração de conflitos, no campo da antropologia, difere, em parte, daquela da área estritamente jurídica, inicialmente porque para a antropologia o direito não tem sua origem, ou condição de existência, no Estado. Assim, todas as sociedades, mesmo aquelas que não tem Estado, possuem regras e formas institucionais para sua aplicação.

Esta perspectiva, entretanto, não impediu que as tipologias construídas pelos antropólogos para explicar as sociedades não-estatais se atrelassem aos modelos evolucionistas, que viam no Estado uma solução evolutiva das formas de administração da sociedade.

Assim, foram instituídas, sistematicamente, classificações que apontavam para o crescente "progresso" das sociedades no sentido da especialização de suas funções judiciais e jurídicas, como é o caso daquelas em que podem ser encontrados mediadores, árbitros, juízes, tribunais, leis escritas, códigos, etc. Do ponto de vista da administração de conflitos, chegou-se mesmo a constituir tipologias que começavam com a simples mediação e "evoluíam" até a arbitragem e a **adjudication**, a arbitragem estatal obrigatória.

Estas tipologias também pressupunham que o Estado não só é um momento necessário da evolução social, mas que o mesmo tem um papel "civilizador", encarnado em sua função de monopolizar tanto o uso legítimo da força física como o da administração pacífica da justiça para a administração dos conflitos na sociedade. O pressuposto, aqui, é que o fundamento do controle social é a coerção.

Se esta imagem predominou - e ainda é bastante comum - no domínio da antropologia política, que aspira constituir-se como um saber científico - e, portanto, não normativo - com muito mais facilidade tornou-se dominante no terreno do direito, onde a normatividade e a coerção são a própria justificativa de sua existência en-

[279]A metodologia empregada para analisar e interpretar esta tradições, embora experimental, tem tido alguns resultados satisfatórios, expressos em artigos, capítulos de livros e livros, publicados e por publicar, de minha autoria e de autoria de pesquisadores que comigo tem trabalhado nesse período (Kant de Lima,1995, 1996, 1997, 1997a; Kant de Lima e Pereira,1997, entre outros).

quanto saber. No entanto, o que esta visão não explicita é que a coerção não é a única forma pela qual se exerce efetivamente o controle social. Há outras, fundadas na persuasão e na disciplina, que são, inclusive, predominantes em certas sociedades não estatais (Clastres, 1974).

Entretanto, autores como Foucault (1974, 1977, 1977ª,1983) e Laura Nader (1995) vêem nessas últimas formas - sejam *pastorais*, sejam de *harmonia coercitiva* ou de *pacificação* - quando aplicadas às chamadas "sociedades complexas", estratégias para impedir o afloramento e a explicitação dos conflitos. Esta forma de controle social impediria a construção heterogênea das identidades sociais e o exercício pleno dos direitos de cidadania. Assim, teriam como finalidade a "normalização" da sociedade e da cultura, sob a égide ou da *negociação obrigatória*, ou do *exame* (entrevista).

Vê-se, assim, que os modelos de administração de conflitos são mais do que meros instrumentos práticos de viabilização da vida social. Na verdade, constituem-se em verdadeiros instituidores de estratégias de controle, com efeitos difusos, mas eficazes, que permeiam toda a sociedade.

As análises acima mencionadas sugerem que, do ponto de vista do significado da explicitação do conflito, pode-se classificar as estratégias de controle social associadas aos mecanismos de administração de conflitos de duas formas: (a) aquelas que os querem explicitar, para depois administrá-los de acordo com regras mais ou menos explícitas, e (b) aquelas que querem impedir sua explicitação, ou puni-los quando explicitados, insistindo na necessidade da manutenção da harmonia como fundamento da vida social [280].

Por exemplo, no caso do Brasil, nossas tradições político-jurídicas, associam, há séculos, a explicitação de conflitos à ausência de ordem, à desordem, ao caos e à violência, situações tradicionalmente invocadas em nosso país para justificar intervenções com meios extraordinariamente violentos que seriam inevitáveis para o "restabelecimento" da ordem, dada o precário nível de sociabilidade e educação da maioria da população. Ora, o pressuposto de tal sistema de valores é o de que a ordem social corresponde à ausência de conflitos. O que conduz, necessariamente, a sua administração através de mecanismos repressivos que evitem ou punam sua explicitação: seja pela sua conciliação forçada, para "cortá-los pela raiz", seja pela sua supressão exemplar, **a posteriori**, com a punição de todos aqueles que contribuíram para explicitá-los.

Nos dois casos, o que está subjacente é uma noção de harmonia social como condição prévia e necessária da vida social, que é desarrumada pelo conflito, sempre provocado pelos "outros". Esta noção é bastante comum em culturas jurídico-políticas em que tudo e todos precisam ter um lugar definido e definitivo, sendo as diferenças sinais de desigualdades que não devem se opor, mas complementar-se harmonicamente.

O modelo de controle social consistentemente implementado pelo Estado português para impor seu domínio colonial durante séculos segue estes princípios, sendo o resultado mais evidente destas estratégias a manifestação do preconceito - contra negros, mulheres, índios, homossexuais, etc. - pela sua negação e implicitude que, no Brasil, determina o regime de sua discriminação generalizada, mas oculta pelos mecanismos de individualização e aplicação particularizada das regras sociais.

[280] Cabe aqui, certamente, distinguir entre a existência de conflitos, inerentes à vida em sociedade, e os significados que são emprestados a sua explicitação em uma determinado contexto cultural.

É evidente que essas diferentes formas de conceber e representar o papel da explicitação do conflito se refletem nas estratégias institucionais de administrá-lo. Será interessante uma análise comparada rápida e, por isso mesmo, esquemática, dessas estratégias jurídico-políticas.

Assim, de acordo com a outra perspectiva, se vemos na explicitação do conflito uma condição inevitável da vida em sociedade, já que todos temos iguais direitos aos nossos interesses distintos, estes têm que ser explicitados e discutidos para que possamos associar-nos contratualmente, debaixo de um conjunto de regras que devem valer para todos - mas só para esses - que aderiram ao jogo. Aqui, a explicitação do conflito é não só inevitável, mas desejável.

Sua administração, então, se fará sempre através de negociações, sejam elas barganhas - em que todas as partes perdem algo para que se chegue a um acordo, ou arbitragens, às quais se chega através de procedimentos *adversários* de produção de consenso. Esta noção é tão arraigada nos Estados Unidos que as negociações dos conflitos explicitados se estenderam, desde logo, ao campo criminal, em que leis penais são infringidas. Inicialmente de iniciativa privada, desde o início deste século passou a barganha a fazer parte da esfera pública, através da generalização da **public prosecution**. A barganha se estabelece entre a polícia e os suspeitos ou entre a promotoria e os possíveis acusados, resultando, sempre, em uma negociação da verdade. Esta passa, então, a competir com aquela produzida pelas arbitragens proporcionadas pelo sistema judicial (adjudication), retirando, inclusive, deste, noventa por cento dos casos de transgressões que vêm a público. Neste último caso, a negociação da verdade se dá entre os árbitros leigos, que devem chegar a um veredicto - **vere dictum**, dizer a verdade - sobre os casos em que a barganha não foi possível, isto é, apenas quando os acusados insistem em se declarar não culpados. Esta verdade dos jurados, portanto, é também negociada, pois é produzida em uma discussão, em sessão secreta, antes de ser trazida a público.

Esta forma de administrar o conflito, baseada ou na negociação (bargain) ou na arbitragem obrigatória (adjudication), visa fundamentalmente resolvê-lo, após explicitado, ou preveni-lo antes que se explicite, pelo acordo prévio quanto a suas possíveis conseqüências.

Por outro lado, as *negociações obrigatórias* que se estabelecem em sistemas alternativos de disputas são características das estratégias de *normalização*. Entretanto, embora claramente imbuídas de uma *ideologia da harmonia,* esta se exerce não como uma conciliação obrigatória antes da explicitação do conflito, mas como uma ideologia terapêutica, para tratá-lo depois que se explicita (Nader, 1995).

Também nos casos da **bargain** e da **adjudication** não se pretende a supressão, seja a **priori**, seja a **posteriori**, da explicitação do conflito. Por isso, em ambos os casos, a fórmula de obtenção da verdade não é a da sua *descoberta* - como no inquérito - ou a da sua *revelação* - como nos duelos e na religião - mas a sua formulação através de um acordo consensual.

O que dá legitimidade à verdade, portanto - seja ela o veredicto, a barganha, a informação da mídia, a cura terapêutica, o resultado da entrevista, a produção científica - é que ela é universalmente partilhada por aqueles que a elaboraram, e acessível a todos, pois para isso foi elaborada a partir de um dissenso inicial. O segredo e o hermetismo, neste sistema, geram sempre suspeição, nunca louvor público, e não podem ser vistos como mecanismos legítimos de produzir, em público, resultados válidos.

Deriva daí o caráter *universal* da aplicação de regras sempre definidas e limitadas a um **locus**, quer dizer, as regras se aplicam igualmente a todos em um determinado

universo, e não em outro. Isso porque, embora os indivíduos sejam diferentes entre si, em termos de aparência, interesses e poder, são formalmente iguais naquele contrato, que se originou da oposição explícita de suas diferenças com um objetivo comum. Aí também a origem da idéia de que as regras são literais, vale o que está escrito, e não há margem para interpretação. O *saber* da administração de conflitos se apresenta como sendo transparente e popular, e é nesse "fazer sentido", nessa razoabilidade, mesmo, que encontra sua legitimação Enfim, o todo é igual à soma de suas partes, sempre passível de recomposições e alterações.

Do outro lado, na primeira hipótese de abafamento ou punição da explicitação dos conflitos, temos visão significativamente oposta. A sociedade não é representada como composta de indivíduos diferentes que estão em permanente oposição, sendo a única ordem possível aquela que vem da negociação explícita dessas diferenças - seja pela **adjudication**, seja pela **bargain** - mas, ao contrário, ela se representa como composta de um conjunto de segmentos distintos, mas ordenados complementarmente, que encontram seu sentido não neles mesmos, mas na totalidade que compõem. Em suma, o todo é maior do que as partes.

A explicitação de conflitos, assim, desarruma esta ordem preestabelecida, dá origem à desordem e à ausência de sentido e, por isso, deve ser evitada a qualquer custo ou exemplarmente punida quando ocorrer. A verdade que decide a razão, aqui, não é obtida pelo consenso. Ela deve ser fruto de uma descoberta ou de uma revelação. Sua origem, pois, é externa às partes e pouco importam para sua validação os processos empregados para sua obtenção. Da mesma forma, reconhece-se a diferença e a desigualdade explicitamente, adotando-se um modelo de aplicação das normas fundado na sistemática particularização de regras sempre gerais. Para efetuar essa particularização é necessário *interpretar* as regras, de acordo com princípios externos, tanto a elas, como àqueles que as fizeram, sem falar naqueles às quais se aplicam. Este saber - o saber jurídico, dos *juízes de fora*, que se contrastam aos *jurados*, juízes de dentro - encontra, portanto, sua legitimidade em sua origem altamente especializada, em sua conseqüente indisponibilidade à maioria, em seu hermetismo e em sua apropriação particularizada: quanto mais secreta é a informação, maiores efeitos terá, mais válida é. De nada vale aquilo que todos sabem...

Ora, no Brasil, a tradição manda que, no processo de construção da verdade jurídica, em especial no campo criminal, seja proibida sua negociação. Mas, mesmo que fosse permitida, como tem sido a penalidade, que se transaciona nos juizados especiais recentemente criados, ainda teríamos em plena vigência a tradição dos princípios sigilosos da inquirição-devassa, formalmente justificados em uma sociedade aristocrática, vigendo em nosso inquérito policial e orientando todas as práticas de investigação policial, aonde a fórmula é inquirir secretamente as pessoas para depois interrogar o acusado e dele extrair a confissão daquilo que já se "descobriu" sem seu conhecimento, forçando-se a conciliação dos conflitos ou enviando-os para o severo julgamento e conseqüente punição da justiça.

Mais ainda, a proibição da negociação estende-se ao interior das próprias instituições policiais, diretamente encarregadas de administrar os conflitos no cotidiano da sociedade. Estas autodenominadas *corporações* são estruturadas em carreiras segmentadas e complementares - oficiais e praças, delegados e tiragem - irredutíveis umas às outras e que não se comunicam, na prática, entre si, provocando tensões e ruídos responsáveis pela impossibilidade de adequado controle institucional de suas ações.

A desigualdade de tratamento entre os cidadãos envolvidos em conflitos também está inscrita na lei processual, através dos privilégios explícitos da *prisão especial* que, apesar de contrariar os princípios igualitários e individualistas inscritos desde há muito em nossas constituições, não incomoda nem um pouco nossos juristas, temerosos todos de um dia terem que partilhar os cárceres com seus concidadãos menos favorecidos.

Finalmente, quanto aos processos de decisão para determinação da verdade, pelos juízes ou pelos jurados, em nosso país, repousam todos ou na autoridade da interpretação "douta" do magistrado, ou na consciência individual dos jurados, pois esses estão proibidos de se comunicar entre si durante o julgamento e formulam seu veredito através de voto secreto.

3 - CONCLUSÃO

Essa cultura jurídica, fundada na supressão, repressão e punição da explicitação de conflitos - incompatível, portanto, com processos de prevenção, controle e resolução de conflitos - é que representa a tradição responsável pela administração institucional de conflitos em nosso país. Ela é responsável, portanto, pela sistemática *conciliação forçada* dos conflitos, o mais das vezes praticadas pelos próprios operadores jurídicos, que desaconselham aqueles que os procuram a utilizarem os mecanismos judiciais, por lentos e ineficazes.

Por outro lado, a ideologia legal dos EUA, calcada na arbitragem e na **adjudication** move-se na direção da sua não obrigatoriedade, privilegiando-se, ao invés, um sistema de negociações que faz avançar a passos largos o sistema de normalização da sociedade que passa a ser controlada por saberes extra-jurídicos.

Assim, o processo de *pacificação* e controle da sociedade encontra soluções diferentes, embora coincidentes em seus resultados: no Brasil, a *conciliação forçada*, nos EUA a *negociação forçada*. A diferença está, evidentemente, no fato de que a nossa *ideologia da harmonia* está profundamente arraigada em nosso *ethos* cultural, próprio de uma estrutura social hierarquizada e complementar, ao contrário do que ocorre nos EUA, onde a cultura do litígio, fundada na oposição dos iguais, ainda é uma forte presença.

Ora, se o Estado está exemplarmente presente na sociedade, reprimindo a explicitação do conflito, como, então, viabilizar as estratégias de mercado, fundadas ou na negociação, ou na arbitragem? Como expressar-se com credibilidade quando se objetiva ressocializar a população nos caminhos da livre negociação e explicitação clara de interesses opostos no mercado?

A proposta explícita de redução da tradicional presença do Estado em áreas consideradas não estratégicas para ele, certamente trará a intensificação da explicitação de conflitos, em especial dadas as condições de profunda desigualdade econômica e social vigentes em nosso país. Esta redução, portanto, para ser democrática e universal, deveria ser acompanhada de uma transformação não só nas estratégias e mecanismos institucionais de controle social e administração de conflitos capazes de socializar os agentes encarregados da manutenção da ordem e os cidadãos nas novas formas de vida em sociedade, mas nas próprias técnicas oficiais estatais e alternativas não-estatais de administração de controvérsias, quer dizer, no inconsciente mesmo de nossa cultura jurídica.

Para isso, seria necessário modificar radicalmente os métodos de reprodução desta cultura e também as formas de sua valorização: teríamos que pregar a confiança na idéia de que divergir é bom e saudável e que os operadores jurídicos são instrumentos da administração dessa divergência, não prepostos de soluções insatisfatórias em um sistema que não quer fornecer, de forma igualitária e universal, a sua prestação jurisdicional.

Como isso não acontece e, pelo contrário, aumentam as ações repressivas do Estado, explicitamente veiculadas e oficialmente aprovadas, para "manter a ordem", cria-

se uma espécie de *distonia cognitiva* tanto nos agentes encarregados da manutenção da ordem que reivindicam cidadania plena - via greves, rebeliões e motins - porque não possuem canais legítimos de encaminhamento de suas negociações, quanto na população, que ouve uma coisa mas experimenta outra. Como a sociedade é oficial e legalmente hierarquizada e a lei se aplica diferentemente a diferentes pessoas, conclui-se que também não deverá causar espanto que a minimalização do Estado só se dê em umas áreas e não em outras.

Afinal, em uma tradição em que apenas algumas leis *pegam* e o único lugar em que vale o que está escrito é no mundo do crime organizado, não é de se espantar que certas estratégias de governo se vejam confinadas a certos lugares e os paradoxos causados pela sua não universalização não espantem ninguém. O problema é que, se a interpretação estiver correta, esse paradoxo não poderá, por muito tempo, conviver com a ordem e a paz social, sejam elas oriundas de pactos ou de contratos, porque este *sincretismo* perverso, enunciado no discurso jurídico e político oficial, não escapa nem aos cidadãos comuns nem àqueles encarregados de aplicar a lei e administrar conflitos.

A substituição de um mecanismo de produção da ordem por imposição hierárquica substantiva por uma outra, fundada num processo permanente e democrático de negociação de conteúdos através de regras sempre explícitas e consensuais, garantidas pelo Estado, requer mais do que discursos. Requer discursos coerentes, capazes de persuadir os ouvintes da inteireza das intenções proclamadas. Se não, trata-se apenas de reproduzir uma antiga estratégia, que termina, sempre, por favorecer a banda de cima de uma sociedade que já se representa como dividida em segmentos desiguais, que originam várias classes de cidadãos, sujeitos a regimes de verdade, mecanismos de administração de conflitos e direitos, deveres e posições sociais irredutíveis uns aos outros.

Nesta altura, não é ocioso advertir que a *resolução alternativa de disputas* não deve ser panacéia para substituir, com seu caráter normalizador, a adversarialidade e a arbitragem, que são mecanismos democráticos de criação da ordem e de satisfação dos interessados, sob pena de sucumbirmos a um sistema de controle que torna patológicos comportamentos sociais inofensivos e garante toda sorte de abusos contra a liberdade individual e coletiva.

O preço da democracia pode ser a convivência conflituosa das diferenças e a negociação constante de interesses contrários, sob o império da lei e a arbitragem fornecida pelo Estado, na velha tradição de oposição dos iguais. No Brasil, entretanto, a presença do Estado - seja através da justiça formal, seja através da polícia - tem apenas colaborado para desestimular a credibilidade em mecanismos de administração de conflitos explícitos [281].

A questão, assim, me parece mais do que nunca, de natureza cultural. É necessário colocar à disposição da sociedade brasileira mecanismos confiáveis de administração satisfatória de conflitos, sem o que a violência só tenderá a se disseminar, dada a paradoxal *distonia cognitiva* provocada, de um lado, pelo aumento de conflitos provocado pela expansão dos direitos políticos, suscitado pela própria ampliação e diversificação do discurso político e, de outro, pela impossibilidade de se constituírem mecanismos oficiais e não-oficiais capazes de administrá-los, a não ser pela sua repressão e punição à maneira tradicional.

[281] Por exemplo, os recém-criados tribunais especiais, cíveis e criminais, no Estado do Rio de Janeiro, vem apenas colaborando para a produção de mais insatisfação, pois não lograram estabelecer rotinas próprias, transformando-se em uma instância inferior que cuida de casos que ou não chegavam às instâncias judiciais tradicionais, ou, quando chegavam, não eram por elas satisfatoriamente resolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOURDIEU, Pierre -

1989 - *A Força do Direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico*. In O Poder Simbólico, RJ/Lisboa, Bertrand/DIFEL: 209-254.

CLASTRES, Pierre

1974 - *A Sociedade Contra o Estado*. Rio de Janeiro, Francisco Alves.

FOUCAULT, Michel -

1974 - *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Cadernos da PUC/RJ. RJ, PUC/RJ.

1977 - *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes.

1977ª - *História da Sexualidade* I. A Vontade de Saber. RJ, Graal.

1983 - *Afterword*. In Hubert Dreyfus e Paul Rabinow (eds.). Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics. Chicago, University of Chicago Press 2nd. Ed.:208-252

KANT DE LIMA, Roberto -

1995 - *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. RJ, Forense, 2ª. edição revista.

1996 - *A Administração de Conflitos no Brasil: a lógica da punição*. In Gilberto Velho e Marcos Alvito, *Cidadania e Violência*. RJ, Editora UFRJ/FGV: 165-177.

1997a - *Polícia e Exclusão na Cultura Judiciária*. In Tempo Social. Revista de Sociologia da USP. São Paulo, vol.9, no. 1, mio:169-183.

1997 - *A Antropologia da Academia: quando os índios somos nós*. Niterói, EDUFF, 2ª. edição revista e ampliada.

KANT DE LIMA E PEREIRA, Luciana F.

1997 - *Pescadores de Itaipu: meio ambiente, conflito e ritual no litoral do Estado do Rio de Janeiro*. Niterói, EDUFF, 1997.

NADER, Laura

1995 - *La civilización y sus negociadores. La armonia como técnica de pacificación. In Horácio* Wanderlei Rodrigues, Lições Alternativas de Direito Processual. São Paulo, Ed. Acadêmica:

STEINBERG, Allen -

1989 - *The Transformation of Criminal Justice*, Philadelphia, 1800-1880. Chapter Hill and London, The University of North Carolina Press.

V - ALTERNATIVAS NÃO ESTATAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: REFLETINDO SOBRE MEDIAÇÃO

*José Alcebíades de Oliveira Júnior**

Este trabalho pretende apontar para a importância da discussão sobre mediação no mundo jurídico, uma vez que o modelo tradicional de direito não consegue dar conta nem dos velhos quanto mais dos ditos novos direitos. Grandes conflitos internacionais de hoje - Bósnia, por exemplo -, têm sido tratados por mediadores com capacidade reconhecida pela ONU.

Diante disso, se faz urgente compreender em toda a sua extensão o que seja um processo mediatário, o que o distingue da justiça tradicional e, sobretudo, o que cientificamente poderia ser feito para a melhor formação dos mediadores. Para tal, descreverá com brevidade a emergência dos ditos novos direitos, procurando mostrar a incapacidade do direito tradicional de dar conta deles, para logo após caracterizar a idéia de mediação, defendendo ao final a importância de uma ampla formação dos mediadores, o que poderá representar uma grande virada paradigmática.

Mediação e novos direitos é uma relação oportuna então, na medida em que ela - a mediação -, pode ser vista a partir de novos pressupostos epistemológicos. Os do direito tradicional estão em crise. O Jusnaturalismo, com suas características básicas de imutabilidade, universalidade e revelação, tornando-se inadequado face à realidade do Estado moderno. O Positivismo Jurídico, sobretudo na versão de Hans Kelsen, ao sustentar a norma jurídica estatal como objeto privilegiado e único da descrição neutra e objetiva do cientista, recebendo forte contraposição de uma realidade globalizada, de um direito regido muito mais por princípios do que por normas legais, e de uma atuação dos operadores, teóricos e práticos do direito, muito mais politizada do que neutra.

Pois é diante desses desarranjos teóricos que renasce, ainda que de modo muito confuso e desarticulado, o debate sobre as condições de possibilidade da Ciência Jurídica. Seria a mediação um interessante canal de discussão de um novo paradigma no Direito? O que seria efetivamente uma alteração paradigmática?

A resposta não é fácil, pois ela teria de considerar, por exemplo, a existência de uma tensão entre uma também denominada crise da modernidade e a emergência do que alguns autores denominam pós-modernidade. Como não se pode falar ainda de uma ruptura entre modernidade e pós-modernidade, a mediação aparece hoje em meio a um contexto que, por um lado ainda é marcado por um direito legal e estatalista,

* Doutor em Direito. Professor titular da UFSC.

e que, por outro, é marcado pela crise desse tipo de direito. Com efeito, tende-se a confundir a mediação com o direito tradicional, enquanto que o que temos de ver efetivamente, são as suas diferenças com esse direito.

De imediato, enquanto o direito tradicional moderno tem por finalidade dar uma solução jurídica - legal - a um conflito, sem nenhuma responsabilidade com a sua extinção, a mediação - num plano sociopsicológico para além do legal -, renasceria com essa pretensão. E isto é essencial aos novos direitos embora não somente. Com efeito, no direito ambiental, por exemplo, não basta dar uma solução jurídica - indenização pecuniária -, é preciso extinguir o conflito, na medida em que a sua permanência pode conduzir a um dano irremediável para a natureza. Mas o que são os novos direitos, dentre os quais se insere o direito ambiental, e como se poderia detectar a crise da Ciência tradicional para dar conta deles?

A idéia nasce da observação de que os direitos evoluem. Sucedem-se em gerações. E que a emergência deles está fortemente marcada pelos avanços científicos e tecnológicos. Norberto Bobbio, em "A Era dos Direitos"[282], falava em três gerações. Em função das revoluções tecnológicas, falamos em cinco, senão vejamos:

1) geração dos direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala Bobbio, esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional[283].

2) geração dos direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e opinião, por exemplo, para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado[284].

3) geração dos direitos transindividuais[285], também chamados direitos coletivos e difusos e que, no geral, compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à proteção do meio ambiente, respectivamente.

4) geração dos direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, sobre cópia de seres humanos, e que requerem uma discussão ética prévia.

5) geração dos direitos da realidade virtual, que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento das fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, p.ex.

No livro "A Era dos Direitos"[286] antes referido, Bobbio mostra como, nos últimos anos, tem-se acelerado o processo de multiplicação dos direitos, e o justifica com base

[282] Cfe. Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho, RJ, Edit. Campus, 1992.

[283] Idem, op.cit. p.2 e 3.

[284] Idem, op.cit. p. 69.

[285] Para maior esclarecimento, consultar Morais, José Luis Bolzan "Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

[286] Idem, op.cit. p. 69.

em três razões principais: primeiro, porque teria havido um aumento de bens a ser tutelados; em segundo, porque teria aumentado o número de sujeitos de direito e, enfim, por terceiro, porque teria havido também uma ampliação dos status dos sujeitos.

O primeiro aspecto significou que dos direitos individuais passou-se a considerar também os direitos sociais, isto é, do indivíduo enquanto membro de um grupo (direitos do trabalhador, etc.). Em segundo lugar, a titularidade de alguns direitos foi estendida dos sujeitos individuais aos grupos, como minorias étnicas, religiosas, humanidade (no caso do meio ambiente), além de ter sido atribuída a sujeitos diferentes do homem, como os animais, a natureza, etc. Por fim, na medida em que o homem não é considerado como sujeito genérico ou homem abstrato, mas sim visto na especificidade ou concretude de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho ou doente, ocorreu uma ampliação dos *status* a serem guarnecidos pelo direito.

Todos esses novos direitos mostram um grande aumento da complexidade social que o direito tem de dar conta, bem como assinalam enormes dificuldades para a Ciência Jurídica de caráter positivista-estatal. E quando dizemos que a Ciência Jurídica atual não está apta para dar conta dos ditos novos direitos é porque ela, por um lado, centrou a problemática jurídica no âmbito dos Estados nações e de suas soberanias, e isto precisa hoje ser relativizado; por outro, porque em nome da democracia e do relativismo valorativo, fundou-se num isolamento disciplinar que hoje não se sustenta, pois os conflitos que o direito tem que dar conta requerem um visão inter ou transdisciplinar. E a mediação parece apresentar-se como uma alternativa a um direito estatal em crise e como uma solução transdisciplinar.

O prof. Wolf Paul, em festejado artigo sobre a "Irresponsabilidade Organizada"[287], mostra as dificuldades da Ciência Jurídica e o paradoxo dos Estados industriais de hoje: por um lado, devem garantir condições para a manutenção da produção industrial e tecnológica de ponta; e, por outro, devem conservar e preservar o meio ambiente.

Utilizando o exemplo da destruição de lobos marinhos no mar do norte da Alemanha, o prof. Wolf analisa certas aberrações processuais que foram tornadas em argumentos principais para a opção do Estado pelos interesses da indústria em detrimento da preservação do meio ambiente. A história é sinteticamente a seguinte: "os lobos marinhos do mar do norte impetraram uma ação contra a RFA para obter a proibição da chamada marinha dos resíduos venenosos - colocar dejetos tóxicos em alto mar", situação autorizada pelo direito positivo alemão, mas que estava eliminando esses lobos. O fundamento, portanto, de dita ação era o de evitar a destruição dessa população. O que sentenciou o Tribunal alemão?

Nos considerandos da sentença, como nos traz o prof. Wolf Paul, pode-se ler dentre outros os seguintes argumentos:

1) "os lobos marinhos como animais selvagens habitam em alto-mar, isto é, fora do território soberano da República Federal da Alemanha e, consequentemente não estão submetidos a sua jurisdição;

2) os lobos marinhos são animais, lobo não possui subjetividade jurídica. Somente as pessoas naturais ou jurídicas possuem capacidade jurídica e, dela derivada, a capacidade de ser parte em juízo. A dogmática pandectística considera os animais como coisas. Onde há coisa, não há pessoa, tampouco demandante e, portanto, também não há juiz;

[287] A "Irresponsabilidade Organizada", In O Novo em Direito e Política, organizado por José Alcebíades de Oliveira Junior. POA, Livraria do Advogado, 1997.

3) os animais que - segundo a ficção jurídica são "coisas" - desprovidos de personalidade jurídica, de fala e de direitos próprios são também incapazes de constituir um representante processual humano;

4) Ainda que se aceite a hipótese de que as associações estejam legitimadas para demandar como objetivo de proteger as águas e animais da contaminação e com a condição inexistente, neste caso, de que elas tenham sido lesadas em seus direitos próprios, mantém-se sem perspectivas a pretensão, visto que na exposição dos fatos da demanda é estabelecida uma relação causal que não foi comprovada de maneira concludente. Não se tem provado plenamente que existe a necessária causalidade entre a contaminação do Mar do Norte pelo despejo de matérias tóxicas e a morte dos Lobos marinhos".

Ora, diante do exposto, conclui o prof. Paul que "o Estado moderno e a Sociedade Industrial configuram uma Comunidade de interesses que realiza o que denomina de Organizada Irresponsabilidade". São muitas as análises e conclusões do referido professor, dentre as quais destaco as seguintes: a) tal destruição sistemática do mar ocorre enquanto aumentam os debates internacionais sobre o tema ecológico, enquanto políticos prometem medidas salvadoras e enquanto são baixadas leis ou contraídos convênios internacionais para proteção do meio ambiente; b) nem argumentos puramente econômicos que provam que a contaminação é uma insensatez econômica, nem argumentos éticos que levam a concluir que a destruição da natureza é um ato imoral e nem ainda estabelecida e provada a causalidade de um círculo danoso que começa e acaba no próprio homem, visto que ele se alimenta da natureza, tem podido deter a iminente catástrofe. Resulta paradoxal que ao mesmo tempo em que a sociedade e o Estado organizam a destruição, sejam arrecadados impostos para saneamento do mar, limpeza das praias e resgates de navios naufragados com matérias tóxicas ou petroleiras. Enfim, segundo o prof. alemão, o direito ambiental apenas atua em sua dimensão simbólica, ao sublimar, se for permitido o termo, a realidade da contaminação[288].

Do exemplo é possível demonstrar de maneira insofismável que conceitos como Estado, soberania, cidadania, sujeito de direito e disciplinaridade científica, precisam ser revistos diante dos problemas hodiernos de sobrevivência. O novo paradigma científico que deve ser erguido dos escombros do positivismo deve considerar um primado que já existia ao tempo do jusnaturalismo e que afirma que a existência deve ser pensada num plano de coexistência. O direito só existe no plano das relações humanas, devendo então ser pensado não como um instrumento que opõe um homem contra o do outro, mas como um instrumento que harmoniza a convivência de ambos. E é esta ampla revolução na mentalidade que ainda está por ser feita, para que a Ciência Jurídica possa dar conta dos novos direitos[289], e que talvez a mediação possa contribuir.

[288] É interessante notar que a preocupação ecológica e ambiental está trazendo consigo o que algumas autores chamam de uma revolução paradigmática: a passagem de uma visão antropocêntrica para uma visão biocêntrica. Porém, existe um problema muito bem detectado por François Ost em seu livro Natureleza y Derecho e que fala de um desconhecimento, por nossa parte, de quais são os nossos reais vínculos e limites ou diferenças com relação a natureza. Desaprendemos qual é o nosso vínculo com a natureza, e por tal razão é que a prefeitura de Los Angeles preferiu plantar árvores de plástico ao invés de árvores verdadeiras. Por outro lado, desaprendemos sobre os limites, diferenças e hierarquias quando se trata de natureza. Assim como se nega irresponsavelmente a condição de sujeito de direito a certos animais, do mesmo modo se atribui de maneira exagerada tal condição em certos casos. É o caso extremo do cachorro que não foi enterrado conforme desejava o seu dono e que motivou uma indenização por parte do administrador do cemitério. Ou então se dar direito de visita a um animal. Enfim, se sabe que existem muitos interesses econômicos por detrás dessas atitudes, porém ...

[289] Tal revolução requer uma visão interdisciplinar da Ciência Jurídica, entendida como a passagem da norma jurídica enquanto objeto dessa ciência, para as relações humanas e sociais, vistas na completude do seu acontecer, o que envolve uma dimensão natural e outra cultural em constante interpenetração.

Sem descer a muitos detalhes, a mediação caracteriza-se, dentre outras coisas, por ser uma solução não adversarial, possuindo também como características a voluntariedade, a rapidez, a economia, a informalidade, a autodeterminação e, principalmente, uma visão de futuro. Não se trata unicamente de uma solução jurídica ascética em relação ao conflito existente, mas uma tentativa de resolução desse mesmo conflito, o que denota sua visão face ao futuro.

Há um exemplo que pode ajudar a compreender o seu caráter sociopsicológico. Quando um vizinho atira uma pedra e quebra a janela do outro, ao direito tradicional interessa isolar esse fato e tratá-lo com o objetivo de responsabilizar e indenizar o prejudicado. Não lhe interessa saber dos motivos (se houve adultério) e muito menos dissolver o problema. Mesmo que exista algum tipo de ódio entre os dois vizinhos que já não lhes permite dialogar senão que partir para a pura agressão, o direito tradicional não está interessado. Com a mediação, ao contrário. Diante desse ódio haveria a tentativa, por parte do mediador, de reconhecimento dos pensamentos e das imagens que consciente ou inconscientemente articulam esses sentimentos de raiva e agressividade, num processo que deveria conduzir a substituição delas. Em última análise, tratar-se-ia do restabelecimento de uma semiótica do diálogo, da linguagem enquanto via de entendimento.

Como se trata de através da linguagem restabelecer o diálogo, argumentos e contra-argumentos com vistas a resolução do conflito, claro está que quanto mais preparado estiver o mediador, maior êxito alcançará. Daí que tal mediador deve ter conhecimento amplo não somente da chamada linguagem verbal e consciente, mas também de linguagens não verbais e inconscientes[290]. A Ontopsicologia ao ter descoberto os denominados Campos Semânticos - que expõem a comunicação base que precede o sentido lógico, verbalizado e consciente entre duas ou mais pessoas - poderia vir a contribuir substancialmente para o êxito dos processos mediatários, quer em relações aos novos direitos, quer em relação a direitos antigos, tais como o Direito de Família[291].

Como conclusão, é importante assinalar que se entendermos o conceito de justiça como proporcionalidade, como por exemplo seria tão necessária no caso de nossa relação com o meio ambiente, tal proporcionalidade não pode ser retirada pura e simplesmente da dogmática jurídica (que se articulou puramente em cima de interesses) e aplicada as partes. Ao lado do direito do Estado, dos juízes e da dogmática jurídica, há um direito inerente a nossa condição de ser humano. A proporcionalidade a que me refiro é relativa sobretudo a essa condição de seres humanos dos sujeitos em litígio, portanto, intrínseca a eles. Com efeito, há, portanto, uma dimensão de subjetividade no conceito de justiça que o direito tradicional não vê ou se recusa a enxergar por estar muito preso aos formalismos e legalismos. O mediador, por não estar tão demasiadamente preso a dogmática jurídica e aos critérios da ciência positivista moderna, talvez possa ver melhor essa proporcionalidade.

[290] No Brasil já existem estudos sobre A Intuição e o Direito, como é o caso do livro de Luiz Antonio Rizzatto Nunes. Belo Horizonte, Edit. Del Rey.

[291] A obra do Professor Antonio Menegbetti é hoje vastíssima. Em relação ao tema específico, trabalharemos a sua obra Campo Semântico. POA, Associação Brasileira de Ontopsicologia, 1993.

VI - NOVAS TUTELAS JURISDICIONAIS*

Joel Dias Figueira Júnior**

1 - INTRODUÇÃO

O tema deste Conclave, centrado na análise do *Direito no Terceiro Milênio,* transforma-nos de certa forma, alquimicamente, de modestos cientistas do Direito em visionários e futurólogos cuja incumbência maior parece ser o tormentoso mapeamento do universo jurídico do ano três mil, enquanto os mistérios do futuro agregados ao conhecimento do passado e ao vivenciamento dos múltiplos conflitos jurídicos e sociológicos hodiernos, dão-nos, pelo menos, alguma convicção no sentido de que a resposta buscada pelos jurisdicionados há de ser sensivelmente diversa daquela verificada, em particular, nas últimas décadas.

Busca-se neste final de século, nos dizeres sempre presentes de Mauro Cappelletti, instigado pela *terceira onda* que o processo civil contemporâneo atravessa, um instrumento que efetivamente venha ao encontro dos consumidores finais do direito, através de uma justiça participativa fundada num *processo coexistencial*, hábil a satisfazer as necessidades de todos aqueles que não conseguem solucionar extrajudicial e pacificamente os seus conflitos de interesses qualificados.

Admitindo como verdadeira a premissa maior de que o processo encontra teleologicamente o seu fim na *pacificação social* e que a sua *instrumentalidade* se funda, portanto, em resultados, resta aos pensadores da ciência jurídica alguma saída para, pelo menos, minimizar a *crise do processo* e da *jurisdição pública,* problemas esses que afloram não apenas no Brasil, mas que têm patologicamente se generalizado e difundido pelos quatro cantos do mundo, atingindo tanto países de origem romano canônica quanto de anglo-saxônica, mais ou menos desenvolvidos economicamente.

Trata-se, portanto, de um fenômeno universal que está recebendo cuidadosa análise da comunidade jurídica internacional, sobretudo na busca de *soluções alternati-*

* . *Conferência proferida na Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, durante o "Seminário Nacional - O Direito no III Milênio", realizado nos dias 12 a 15 de novembro de 1997, em Canoas/RS.*

** . Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela *Università Degli Studi di Milano,* Itália. Professor Universitário. Juiz de Direito em Santa Catarina. Autor de inúmeros artigos e de diversas obras jurídicas, publicadas pela Editora Revista dos Tribunais/SP e Juruá/PR.

vas ou *menos ortodoxas* dos conflitos, e, em sede tradicional, a tentativa de intensificar a socialização, publicização e oralidade do processo civil contemporâneo, sem contar com a participação ativa e sempre crescente das *class actions*, como instrumento hábil à solução das "lides coletivas".

Contudo, não se faz mister que usemos de futurologia ou quiçá de bruxaria para vislumbrar que a virada do milênio nos reserva a confirmação da necessidade cabal de um novo processo civil, mais simples, mais rápido, menos oneroso, mais oral e menos formal.

Portanto, não estaremos a falar de mera conjectura ou simples especulação; trata-se de realidade ou de um futuro que hoje já se faz presente neste final de século e milênio, onde os ventos sopram cada vez mais intensamente para um novo norte que aponta para a simplificação e efetivação do processo tradicional e a privatização da jurisdição estatal em matéria de direitos patrimoniais disponíveis.

2 - A CRISE DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO PÚBLICA

Havemos de reconhecer que o modelo processual tradicional tal como se encontrava posto no sistema, até o advento do último "movimento reformista",[292] cujo êxito na reestruturação do processo civil é digno de nota (sobretudo com as últimas e profundas alterações da legislação - cf. Leis nº 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94, 9.079/95, 9.099/95, 9.139/95 e 9.245/95), pouco atendia as necessidades dos usuários e aplicadores do sistema nomoempírico prescritivo, como também não satisfazia a demanda de justiça dos cidadãos consumidores do direito.

Muito ainda está para ser feito e, como é sabido, a reforma do nosso sistema instrumental civil continua em pleno vigor[293]; dentre os entraves mais graves à prestação da tutela jurisdicional do Estado e à efetiva satisfação da pretensão da parte podemos apontar a "cultura" dos recursos (inclusive, erigida por alguns estudiosos a condição de "princípio de natureza constitucional", tese esta com a qual não comungamos) e o obsoleto processo de execução provisória ou definitiva.

Não foi por menos que já se disse que esta incômoda situação, sobretudo a dos Juízes, e a insatisfação dos jurisdicionados, ofende gravemente a proteção estatal de natureza civil, com referência seja ao critério deste juízo, a norma, seja no modo pelo qual a tutela jurisdicional é assegurada, isto é, ao funcionamento do processo. Na verdade, "o problema da justiça civil e da sua crise, envolve a justiça das normas e a justiça do processo".[294]

É também preocupante o papel desenvolvido pelos magistrados na sociedade atual. Dentro de um esquema mais simplificado, os modelos de juízes podem ser reduzi-

[292] . Sobre o tema A efetividade do processo e a reforma processual, v. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Processo civil (coletânea)*, pp. 229/243 e *Repro*, vol. 78/85.

[293] . Atualmente encontra-se em fase de Anteprojeto de Lei com alterações sugeridas para o CPC, Juizados Especiais Cíveis, execução fiscal e custas na Justiça Federal.

[294] . Carmine Punzi, *Riv. di dir. proc., vol.* XXIX/47. *La giustizia civile: giustizia delle norme e giustizia del processo.* Assinala ainda o Professor da Universidade de Palermo que "Justiça do processo significa, antes de mais nada, assegurar a todos os sujeitos a possibilidade de recorrerem à tutela jurisdicional e de exercitarem de modo livre e completo o direito de defesa, diante de um juiz natural, independente e imparcial. Isto comporta um tríplice empenho, de valor constitucional: a) garantir a independência e autonomia da magistratura; b) assegurar a todos os cidadãos o exercício da ação civil, removendo eventuais obstáculos de caráter econômico, que limitem ou impeçam o livre exercício desta ação; c) garantir o direito de defesa e, assim, o exercício mais pleno do contraditório". (ob. cit., p. 66).

dos a dois: o primeiro, que se define como "administrador", ao tornar concreta a vontade da lei em cada caso, buscando realizar um dos escopos do Estado dentro da clássica tripartição dos poderes; o segundo, que se pode definir como o juiz "garante", à medida que opera por fora e por sobre os outros poderes do Estado, realizando substancialmente uma função de salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão.

O primeiro modelo corresponde historicamente ao rol dos juízes integrantes dos países da *civil law* (ou de derivação românica) e que têm a sua expressão máxima na Europa continental; o segundo, corresponde, ao invés, aos juízes integrantes dos países da *common law* (ou anglo-americanos), nos quais é tradicional a contraposição da magistratura aos outros poderes do Estado, como garantia de corretismo nas suas respectivas funções.[295]

Experimentava-se em sede normativa instrumental uma sensação generalizada de que, se providências emergenciais não fossem tomadas através de uma reforma profunda e séria, tanto do sistema processual civil quanto da postura e formação dos operadores do direito, estaremos nos encaminhando para uma crise institucional ou Judicial, ocasionada por múltiplos fatores de ordem externa e interna.

De outra parte, se formos investigar as causas da chamada crise Judiciária,[296] constataremos, sem maiores dificuldades, que ela se encontra intimamente ligada a fatores de profunda modificação nas órbitas social, política e econômica assim como vinculada à crise jurídica. Queiramos ou não, a questão judiciária é, antes de tudo, uma complexa questão política; aliás, a história nos fala sobre isso, vivamente, com singular eloqüência.[297]

A vida em sociedade, sobretudo a contemporânea, gera conflitos intersubjetivos e de massa, os quais exigem decisões rápidas e eficientes, levando com freqüência, os aplicadores da norma sistematizada a agirem casuística e pragmaticamente, não raras vezes afrontando os demais Poderes.

Seguindo essa linha de raciocínio, podemos dizer que "Apesar dos dispositivos constitucionais relativos a garantias individuais, controles políticos e liberdades públicas, o regime transformou o direito em simples meio de governo. Desse modo, a crescente utilização da legislação dispositiva esvaziou o equilíbrio entre os poderes, a hierarquia das leis, o controle de constitucionalidade, o princípio de legalidade e a segurança jurídica, configurando, no limite, um quadro de 'inutilidade das leis'. Quanto mais a intrincada manipulação de decretos, das portarias, das resoluções e das instruções normativas converteu-se num mecanismo kafkiano capaz de propiciar soluções conjunturais para conflitos estruturais, aprisionando o cidadão comum nas malhas do cipoal legislativo, menos a legislação ordinária e constitucional passou a ser respeitada por parte dos governantes - logo, mais se enfraquecem os tradicionais princípios jurídicos subjacentes ao modelo liberal de organização política e administrativa do Estado."[298]

Se por um lado o processo cada vez mais encontra a sua auto-afirmação como instrumento de realização efetiva das pretensões de direito material dos jurisdicionados, na busca da solução dos seus conflitos qualificados, minimizando-se a chamada "cri-

[295] . Cf. Vittorio Denti, *Riv. di dir. proc.*, vol. 38/586, n. 2. *Crisi della giustizia e crisi della società.*

[296] . A respeito do tema crise no Judiciário, v. o estudo realizado por Ombretta F. Carulli, *Riv. trim.*, vol. XXXVII/628-639. *Il Potere Giudiziario tra crisi e rinnovamento.*

[297] . Cf. Eugênio R. Zaffaroni, *Poder Judiciário, crise, acertos e desacertos*, p. 78. V. também Mauro Cappelletti, *Riv. trim.*, vol. XXXII/1.318. *Appunti per una fenomenologia della giustizia.*

[298] . José Eduardo Faria. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*, p. 33.

se jurídica do processo" - e a tendência é reduzir-se cada vez mais, à medida que o movimento reformista prossegue na consecução de seus escopos de simplificação e efetividade -, por outro, agrava-se sensivelmente o estado patológico e crônico no qual está mergulhado o Poder Judiciário.

A "crise judiciária" não se confunde com a "crise do processo", nada obstante verificar-se entre elas interligação. Ocorre que as causas determinantes dessa última não são as mesmas daquela e os seus sintomas indicam apenas uma parcela do diagnóstico - ainda impreciso - do grave problema.

E essa realidade não é apenas brasileira, porquanto o mesmo fenômeno tem ocorrido em diversos países desenvolvidos, de forma mais ou menos acentuada. Todavia, inquestionável é a circunstância em que se encontra o nosso Poder Judiciário, o qual por inúmeros fatores (conhecidos por todos nós a ponto de dispensar qualquer referência) não consegue reduzir o *tempo* da prestação e efetivação de sua tutela estatal, de forma sintonizada com os valores *segurança* e *justiça da decisão*.

As tentativas de mudança que se têm verificado seja no âmbito do processo tradicional quanto pela instituição de um novo regime arbitral apesar de tardias[299] são positivas e merecem ser bem recepcionada pelos operadores do direito dos mais diversos seguimentos institucionais, tendo em vista que tendem a proporcionar, com o passar do tempo, maior agilização ao Poder Judiciário.

No que tange especificamente a Lei da Arbitragem,[300] que institui uma nova forma de prestar a *jurisdição* - desta feita *privada,* significa antes de tudo um avanço legislativo que vem refletir uma nova mentalidade que, por sua vez, procura se adequar às tendências do processo civil contemporâneo na busca de formas alternativas de solução dos conflitos de interesses.

Assim, enquanto a denominada *litigiosidade contida* de menor expressão econômica, menos complexa e de reduzido potencial ofensivo está sendo gradativamente liberada e satisfeita de forma adequada por intermédio da ampliação do acesso à justiça especializada, na procura cada vez maior pelos Juizados Cíveis e Criminais[301], aquelas questões conflituosas envolvendo valores econômicos de maior expressão, exigindo intricada prova pericial e, não raras vezes, de caráter internacional, poderão, a critério das partes (facultatividade), quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, utilizar-se da *justiça privada,* por intermédio da instituição do *juízo arbitral* previsto na Lei 9.307/96. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismos hábeis à ampliação do *acesso à ordem jurídica justa,* como novo instrumento de democratização da justiça, colocado à disposição dos jurisdicionados.

Não basta, porém a institucionalização da justiça privada. Nós, os operadores do Direito, precisamos adequar as nossas concepções jurídicas aos novos tempos e preparar os instrumentos de solução dos conflitos para enfrentar as necessidades deste final de século e do início do novo milênio que já se avizinha.

[299] Por exemplo, em relação a alguns países europeus, estamos atrasados em termos de legislação arbitral aproximadamente 20 anos (v.g., Bélgica em 1972; França em 1980).

[300] Para uma análise crítica da Lei 9.307/96, v. Joel Dias Figueira Júnior, *Manual da Arbitragem,* RT, 1997. Para uma análise crítica da Lei 9.307/96, v. Joel Dias Figueira Júnior, *Manual da Arbitragem,* RT, 1997.

[301] . Esses Juizados têm origem eminentemente constitucional e vieram dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável litigiosidade contida. Sobre esse tema v. Joel Dias Figueira Júnior & Maurício Antônio Ribeiro Lopes, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.*

Faz-se mister a realização da difícil tarefa de canalização de múltiplos fatores internos e externos em direção a um único quadro de superação da *crise jurídica* e *jurisdicional* que temos vivido nos últimos tempos, na busca de resultados diversificados que se materializem na efetividade e efetivação do processo civil através da rápida e eficiente solução dos conflitos intersubjetivos, coletivos ou difusos dos jurisdicionados. Para que obtenhamos êxito concreto com a nova Lei, nossas mentalidades precisam se adaptar aos novos tempos e às exigências hodiernas, a começar pela revisão do conceito de *jurisdição*.

Não estamos diante apenas de um novo sistema processual, porquanto a Lei 9.307/96 representa muito mais do que isso, ou seja, significa verdadeira revolução em nossa cultura jurídica à medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal com a privada, à escolha do jurisdicionado.

O direito processual civil precisa retomar a sua dimensão social adequando-se historicamente às realidades e necessidades dos novos tempos, a começar pelo rompimento do mito do monopólio estatal da jurisdição e, como diz Carmona, exorcizando o terror da imposição da cláusula arbitral em todo e qualquer contrato, sem que isso importe em enfraquecimento do Judiciário ou na inafastabilidade do controle jurisdicional.[302]

Um dos principais problemas do processo civil moderno talvez resida na superação dos "mitos" criados pela ciência jurídica. Aliás, depois que o processo civil tornou-se ciência, passou, como tal, a construir regras, que, por sua vez, transformam-se em princípios e, estes, em mitos, os quais tendem a eternizar-se, resultando na desatenção para com o direito material e na extrema dificuldade de ajustarem-se instrumentos ultrapassados às necessidades contemporâneas.[303]

A jurisdicionalização da arbitragem já era no sistema antecedente uma realidade reconhecida no próprio Código. Teve agora, através desta nova Lei, a coragem suficiente para liberar o instituto das teias em que se encontrava preso para torná-lo verdadeiramente útil e viável em sede interna, equiparando-se internacionalmente aos modernos europeus, já aprovados com sucesso.[304]

Esse novo modelo - inversamente do que pensam alguns operadores e estudiosos do Direito - em nada afronta a Lei Maior, enfraquece ou desprestigia o Judiciário. Muito pelo contrário, vem para minimizar a crise jurisdicional e permitir ao Estado-juiz que dirija a sua atividade principal à solução dos conflitos que não podem, por questões de ordem pública, ser conhecidos pela justiça privada. Haverá sim - e o tempo há de ser a maior testemunha do que se afirma - o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário perante o povo brasileiro e a reestruturação de nossa cultura jurídica, à medida que se oferecem ao povo mecanismos diversificados, alternativos, de composição de seus conflitos.

Foi preciso repensar o processo em seu todo, como instrumento que serve à realização das pretensões resistidas ou insatisfeitas de direito material, sem se deixar de considerar as "grandes" e as "pequenas causas" a ponto de adaptá-lo às necessidades diversificadas do jurisdicionado, o que se verifica pela utilização das técnicas de *tutela jurisdicional diferenciada*.

Isso porque não é suficiente a ampliação do acesso à justiça. Torna-se imprescindível que tenhamos, acima de tudo, uma *justiça de resultados*, a ser alcançada atra-

[302] . Cf. Carlos A. Carmona, ob. cit., p. 136, n. 5.4.

[303] . Cf. Ovídio A. Baptista da Silva, em conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, realizado em Brasília, em junho de 1995.

[304] . Cf. Carlos A. Carmona, *Participação e processo (coletânea)*, p. 306, n. 13.

vés da *socialização do processo*. Aliás, outra não é a realidade que se tem verificado como inclinação natural dos últimos tempos, sobretudo nos países de origem legislativa romano-canônica, de se formarem "núcleos de convergência" para três pontos essenciais: *publicização, oralidade e socialização do processo.*[305] De maneira não muito diversa, verifica-se o mesmo nos países do sistema da *common law,*[306] em particular nos Estados Unidos, cuja tendência é pelo abandono do chamado *adversary system*,[307] em prol de ritos mais simplificados e céleres, tipo inquisitorial (*inquisitory system*)[308] e administrativo, sobretudo para afrontar questões de natureza eminentemente social,[309] inclusive a utilização cada vez mais intensa do juízo arbitral.

Hoje, o instituto da arbitragem está colocado à disposição dos jurisdicionados mais ou menos abastados e para a solução de questões de maior ou menor complexidade. Esse instrumento *alternativo* de solução dos conflitos é encontrado não só nessa norma específica, como também na Lei 9.099/95 (art. 24/26).

Mas o alerta que lançamos alhures pode ser perfeitamente reafirmado nesta nova sede. Dizíamos nós que não podemos imaginar, e seria leda ingenuidade, que o complexo problema em que se encontra mergulhado o Judiciário, resolver-se-á com a edição de uma nova lei. Aliás, talvez seja esse um dos nossos males, quedado pelo raciocínio lusitano e agravado pela cultura brasileira, de que os problemas cotidianos podem ser solucionados pela edição de novas, boas e não raramente milagrosas leis.[310]

> *"A realidade social pujante em que vivemos não se contenta mais com o modelo individualista das soluções judiciais de antanho. Desde o final do século passado, vem-se construindo um novo perfil, alicerçado na prevalência do interesse social sobre o individual. Daí exigir-se um Judiciário mais participativo e ativista, na busca de uma sociedade mais justa, humana e solidária, contando para isso com instrumentos processuais mais eficientes, a exemplo da ação civil pública, das ações coletivas, dos juizados especiais, do mandado de segurança, das ações de controle da constitucionalidade. Mecanismos hábeis e eficazes que*

[305] Carlos Alberto Nogueira, La Justicia entre dos épocas. *Las transformaciones del proceso civil*, p. 24.

[306] Sobre a *European common law* v. Guido Pini, *Riv. trim.*, Vol. 48/949. V. também John Baldwin, *Riv. trim.*, vol. 44/991. *L' erosione del sistema accusatorio in Inghilterra.*

[307] V. Elisabetta Silvestri, *Riv. trim.*, vol. 42/257. *'Adversary' e 'Inquisitorial System' nella prospettiva di 'common law': un problema aperto.*

[308] Essa tendência em reverter a prevalência dos sistemas Norte-americanos de um tipo de processo antagonístico (*adversary system*) para o tipo processual dirigido pelo juiz, como é em geral o modelo europeu continental (*inquisitory system*), já se estende por mais de quatro décadas. A esse respeito. v. Angelo Piero Sereni, *El proceso civil en los Estados Unidos*, trad. esp. S.S. Melendo, pp. 15/16.

[309] A esse respeito, v. Michele Taruffo, *Riv. dir. proc.*, vol. XXXII/596-634, *La ricerca della verità nell' adversary system angro-americano*. Diz ainda o Mestre italiano que "isso implica uma forte redução do campo de aplicação do *adversary system* tradicional, que apresenta índices de insatisfação, com tendência a privilegiar um modo diverso de oferecimento de justiça, como alternativa às regras e às estruturas processuais ordinárias." (ob. cit., p. 602). V. também: A. Giuliane, *Riv. di dir. proc.*, vol. 48/954. *Dalla "litis contestatio" al "pleading-system" (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*; Carlos A. Carmona, *RePro.*, vol. 56/91. *A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias.*

[310] Exemplificávamos através do então denominado "procedimento sumaríssimo", agora denominado de "sumário", que ao ser idealizado pelo legislador de 73, tinha previsão para ser concluído em 90 dias. Na prática, o malsinado rito não prosperou e as demandas que por ele tramitavam comumente levavam tanto ou até mais tempo do que as de rito ordinário. Passou então a ser chamado, curiosamente, de procedimento "ordinaríssimo", por ser o mais "ordinário", isto é, o pior, dentre todos. Nada obstante, em que pese algumas críticas terem procedência, o cerne da problemática não residia na deficiência da norma, mas sim na inadequação das leis de organização judiciária dos Estados e na carência sempre notória e cada vez maior, de Magistrados e serventuários da justiça, assim como na precariedade do aparelhamento da máquina administrativa.

suplementem a atividade estatal, priorizando o social. Se assim é, não há também porque excluir desses mecanismos a arbitragem, em atenção aos interesses de importantes segmentos sociais, aos quais a Justiça oficial não tem dado abrigo satisfatório."[311]

Somente assim, com uma visão ampla e voltada para o futuro, o qual já se faz presente, com a virada para o terceiro milênio, é que poderão emergir deste novo contexto experiências e resultados absolutamente positivos, ao encontro dos interesses dos consumidores do direito, além de fazer renascer a crença no Judiciário e no ideal de justiça, o que se coaduna perfeitamente com a prestação de tutela por intermédio da *jurisdição privada*.

3 - AS TENDÊNCIAS UNIVERSAIS PARA O PROCESSO DO TERCEIRO MILÊNIO E AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Sabemos que a história do processo civil é pródiga, desde a primeira fase do direito romano, na busca de formas diferenciadas de tutela inclusive através da privatização da justiça. O tema ora enfocado está intimamente ligado com outros três assuntos não menos relevantes para o processo civil moderno: *o pleno acesso à ordem jurídica justa, a efetividade do processo e a pacificação dos conflitos.*

Os estudiosos do direito processual têm procurado nas últimas décadas *formas ou métodos alternativos* para a solução dos litígios individuais ou de massa (os que envolvem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) e concomitantemente hábeis a produzir efeitos mais rápidos sem descurar dos valores *segurança* e *justiça* na solução da lide, capazes de gerar o menor reflexo negativo possível de insatisfação entre as partes.

Os métodos alternativos[312] de solução dos conflitos são melhores compreendidos quando enquadrados no movimento universal de acesso à justiça, à medida que aparecem como novos caminhos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios, de forma diferenciada dos moldes tradicionais da prestação de tutela oferecida pelo Estado-juiz.

A expressão *Alternative Dispute Resolution* (*ADR*) tem sido comumente concebida no sentido apenas técnico e relativo, sobretudo nos expedientes *não judiciais* destinados à resolução de conflitos. Todavia, como bem observa Mauro Cappelletti, esse não é o único sentido que deve emergir dessa terceira fase ou "terceira onda" (por ele e Bryant Garth assim denominada) do "movimento de acesso à justiça", porquanto visa ocupar-se não só desses meios em sede extrajudicial como também judicial, donde exsurgem como *alternativas* aos tipos *ordinários* ou *tradicionais* de procedimento.[313]

[311] . Sálvio de Figueiredo Teixeira, Conferência proferida no seminário *"A arbitragem e o Brasil - uma perspectiva múltipla". A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo, 13 de novembro de 1996.

[312] . Não confundir a expressão "método alternativo" com o malsinado "direito alternativo" ou "justiça alternativa" ou, ainda, "escola do direito livre", concepção que não comungamos, por se tratar de verdadeira subversão do estado democrático de direito, à medida que apregoa a inobservância do direito legitimamente constituído em nome de uma pseudojustiça aplicável ao caso concreto. Assim entendemos porque a "verdade hermenêutica" pode ser buscada através de técnicas disponíveis existentes no próprio sistema, capazes de levar o intérprete a encontrar os fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

[313] . Cf. Mauro Cappelletti, *Repro*, vol. 74/82. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça.*

Ampliam-se, portanto, não só o espectro de acesso aos tribunais (seja pela legitimidade ativa ou através da colocação à disposição dos interessados de novos mecanismos de pacificação social) como também as formas de solução e composição das lides. É nesse contexto social, político e jurídico que aparecem a institucionalização da *mediação extrajudicial* (ou *juízos meramente conciliatórios*)[314], o incremento processual das *audiências preliminares de tentativa de composição amigável (conciliação ou transação)*[315], a *privatização dos interesses pelas instituições de classe* e o desenvolvimento dos *juízos arbitrais*, além das buscas incansáveis de *técnicas diferenciadas de tutela jurisdicional e sumarização das formas*[316].

A verdade é que as exigências do mundo contemporâneo não são mais as dos nossos avós e muito menos as da Roma antiga, donde a justificativa de buscar-se incessantemente mecanismos diversificados e hábeis à solução dos conflitos fora do sistema judicial tradicional, rompendo-se definitivamente com a quebra do monopólio estatal da jurisdição. Vários são os países integrantes do mundo desenvolvido (*v.g.* Estados Unidos, França, Alemanha, Bélgica) que assimilaram, aprovaram e difundiram as chamadas *ADRs*, cuja tendência é o aparecimento de novos instrumentos capazes de oferecer mais uma opção de solução e composição das lides sociológicas, como o *rent-a-judge*[317], *mock-jury, mini-trial, basebal arbitration*.[318]

O aparecimento desses fenômenos é ótimo indicativo da tendência acentuada de ampliação de formas extrajudiciais de solução de conflitos, como instrumentos legais à disposição daqueles interessados em evitar a intervenção estatal no campo da realização da justiça. Já se observou, inclusive, que as Cortes Norte-Americanas de Justiça estão apoiando e encorajando as *ADR* em demandas de natureza civil.[319]

[314] *V. g.*, a Associação Brasileira de Mediadores, que tem por objetivo principal a congregação de profissionais mediadores, formação e aperfeiçoamento, bem como a implantação em nosso País da técnica da mediação (extrajudicial) destinada à solução pacífica de conflitos, hoje utilizada com sucesso em vários países, tais como Argentina, Estados Unidos, China, Japão, Inglaterra etc. Segundo Roger Fisher e Willian Ury, "uma mediação sensata define-se como aquela que atende aos interesses legítimos das partes, na medida do possível; o acordo, se houver, resolve imparcialmente os interesses conflitantes, é duradouro e leva em conta os interesses da comunidade." (*apud* Áureo Simões Jr. Conferência sobre *"A mediação", proferida no I Workshop relativo aos Juizados Especiais, realizado em Florianópolis*, em 31 de outubro de 1996).

[315] Lembramos que a Lei 8.952/94, seguindo os reclamos desse "movimento", introduziu o inc. IV no art. 125 do CPCb, que autoriza o juiz, a qualquer tempo, a tentar conciliar as partes, além da criação de um momento processual específico destinado à realização de audiência conciliatória, nas causas que versarem sobre direitos disponíveis, nos termos da nova redação do art. 331.

[316] Busca-se através dessas técnicas, melhor adequar a ação de direito material à ação de direito processual.

[317] A expressão "juiz de aluguel" não deve ser considerada em sentido pejorativo, em que pese tender a tal significação. Trata-se de "juiz particular" (muitas vezes magistrados aposentados) que prestam seus serviços profissionais exercendo a função de mediadores ou árbitros. Sobre o tema, v. José R. Gomes Cruz, *AJURIS*, vol. 44/107-110. *Juiz particular (rent-a-judge): nova tendência do juízo arbitral?*

[318] Sobre essa forma alternativa observa Pedro Martins que através dela as partes declaram o valor que entendem efetivamente devido, obrigando, assim, o árbitro, quando da decisão, a tomar um dos valores apresentados por eles e fixá-lo como indenização cabível. Nesses casos, o "árbitro" não pode decidir por valor alternativo, devendo ater-se a um dos que foram declarados como devido pelas partes (*RF*, vol. 332/138, nota de rodapé n. 35. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de lei do senado n. 78/92). Ressaltamos que apesar do citado Articulista fazer menção à figura do "árbitro" para resolução da questão exemplificada, estamos diante do instituto do arbitramento (onde aparece o arbitrador) e não da arbitragem propriamente dita, onde se verifica um contencioso extrajudicial que é processado e julgado por árbitro ou tribunal arbitral. Peter Schlosser menciona ainda o surgimento de outras formas alternativas de disputa, tais como *mediatio-arbitratio; special master; fact-finding; summary jury trial; early neutral evaluation; lemon law procedure; compulsory arbitration* (cf. *Riv. di dir. proc.* vol. 44/1005-1006. *Alternative dispute resolution (uno stimolo alla riforma per l'Europa?).*

[319] Pedro Martins, *idem, ibidem*. V. também Brunella Brunelli, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 41/1015. *L'arbitrato commerciale negli Stati Uniti e i metodi di risoluzione alternativa delle controversie; idem, Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 42/235. *L'arbitrato commerciale negli Stati Uniti e i metodi di risoluzione alternativa delle controversie (parte seconda);* A. Giuliane, *Riv. di dir. proc., vol. 48/954. Dalla "litis contestatio" al "pleading-system" (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo).*

Trata-se de um verdadeiro movimento americano, como observa Peter Schlosser, que já se estabelece há mais de duas décadas, em busca das *alternative dispute resolution*, na esperança de encontrar melhores e diferentes métodos de resolução das controvérsias em relação àquele antigo prestado pelo Estado-juiz, sendo a *jurisdição arbitral* (*arbitragem*) a forma alternativa mais tradicional.[320]

Mas para se atingir esses escopos de *socialização do processo* e de *justiça participativa* faz-se mister que tenhamos uma mudança da postura e da mentalidade dos operadores (Advogados, Magistrados, Ministério Público e Serventuários) e dos consumidores do direito (os destinatários das normas = jurisdicionados), arraigada aos nossos costumes, especialmente nos últimos dois séculos, onde a civilização ocidental tanto glorificou o ideal da *luta pelos direitos* de cada um, cujo axioma pode ser retirado da famosa obra de Rudolf Von Jhering (*Kampf ums Recht*).

Por isso, afirma Mauro Cappelletti, no sentido de que conviria admitir, em certos setores, que pode ser preferível e mais apto para assegurar o acesso à Justiça, atribuir um enfoque diferente de *Justiça coexistencial*,[321] a ser alcançada através da implementação de *métodos alternativos de solução dos conflitos*.[322]

4 - NOVAS FORMAS DE TUTELAS JURISDICIONAIS ESTATAIS

As formas de tutela jurisdicional estão umbilicalmente conectadas às pretensões - sempre fundadas no direito substantivo - articuladas pelos interessados perante o Estado-juiz com escopo voltado à satisfação de suas necessidades no plano material. Busca-se, em outros termos, a adequação da *ação de direito material* (= remédio jurídico) à *ação processual* (= efetivo exercício de um direito subjetivo público de obtenção de tutela) que se realiza por intermédio de uma ponte imaginária que é o *processo*, como instrumento hábil de obtenção e realização dessas pretensões.

Antes de chegarmos ao que denominamos de "novas formas de tutelas estatais" havemos de revisitar, mesmo que *en passant*, as denominadas "classificações das ações" no plano do processo cognitivo que, segundo a doutrina mais ortodoxa, dividem-se em *declaratórias*, *constitutivas* e *condenatórias*, enquanto que para os defensores da classificação quinária (corrente liderada por Pontes de Miranda e difundida veementemente por Ovídio Baptista da Silva, a qual nos filiamos), são acrescidas as *mandamentais* e *executivas*.

[320] Cf. Peter Schlosser, *Riv. di dir. proc.*, vol. 44/1005. *Alternative dispute resolution (uno stimolo alla riforma per l'Europa?)*.

[321] Cf. *Repro*, vol. 74/88. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento de acesso à justiça*.

[322] Em geral, para maior aprofundamento sobre as diversas formas e novas tendências de participação e prestação da justiça v.: Vittorio Denti, Participação e processo (coletânea). *Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti*, pp. 11/23; Alessandro Pizzorusso, *idem. Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale*, pp. 24/36; Giuseppe Tarzia, *idem. Legittimazione e partecipazione delle associazioni di categoria ai processi civili con rilevanza collettiva*, pp. 51/80; Adolfo Bidart, *idem. Conciliación y proceso*, pp. 253/261; Ada P. Grinover, *idem. A conciliação extrajudicial no quadro participativo*, pp. 277/295; Carlos A. Carmona, *idem. Arbitragem e jurisdição*, pp. 296/307 e *Repro, vol. 56/91. A crise do processo e os meios alternativos para solução de controvérsias*; Waldemar Mariz de Oliveira Jr., *Participação e Processo, Do juízo arbitral*, pp. 308/332; Athos G. Carneiro, *idem, Juizado de pequenas causas*, pp. 333/345. Especificamente sobre o instituto da arbitragem no direito italiano v. a nova Lei n. 25, de 5/2/94, comentada por Andrea Lugo (*Manuale di diritto processuale civile, II Addenda. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'abitrato internazionale*, pp. 3/15).

Em plano classificatório diverso fundado nas relações fáticas e jurídicas que serão colocadas para exame judicial e, portanto, no direito subjetivo lesado ou ameaçado, que irão compor a causa de pedir próxima e remota, parece-nos que seria de bom alvitre que concebêssemos as "ações" como *declaratórias, constitutivas, recuperatórias, vindicatórias, ressarcitórias, inibitórias, acautelatórias e executivas.*

Há de se fazer também referência às *tutelas diferenciadas* que exsurgem no cenário do processo civil deste final de milênio não como uma verdadeira novidade, mas como busca da efetividade do processo através de remédios jurídicos mais apropriados e de medidas que atenuem o indesejável fenômeno do retardamento da prestação jurisdicional do Estado.

Nos dizeres de Donaldo Armelin, "Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo de prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade".[323]

Mas no que consistiria essa *proteção diferenciada* e qual o critério a ser tomado para considerá-la como tal? A esse respeito, aduz o festejado Professor paulista: "A diversidade há de ser buscada em outro plano, ou seja, na qualidade que se empresta a esses efeitos. Mais especificamente na projeção, durabilidade ou perenidade destes no tempo, afetando a temporalidade da atuação jurisdicional ou a permanência e atuação destes no espaço jurídico, com a sua imunização frente a prestações idênticas, geradas em instrumento processual decorrente de ação também idêntica." E salienta ainda: "Mais do que outras técnicas de diferenciação de tutela, a antecipação de seus efeitos é talvez a que melhor se harmoniza com o atual sistema processual, na medida em que pode ser adotada sem maiores transformações na sua estrutura."[324]

Portanto, tutelas jurisdicionais diferenciadas são aquelas adequadas às diversas pretensões de direito material, visando a permitir o ajustamento da ação processual à ação de direito material. "É que, levando-se em conta a pretensão de direito material, torna-se possível concluir, através da adequação da cognição que lhe é própria, qual a forma de tutela que lhe é mais compatível.[325]

Fez-se mister com a nova realidade do mundo contemporâneo que o Direito e os remédios judiciais refletissem as necessidades, os problemas, as aspirações atuais da

[323] *O processo civil contemporâneo (coletânea). Tutela jurisdicional diferenciada*, pp.103. Explica o culto Professor paulista que não se pode tomar como critério a tutela em si mesma, ou seja, o objeto da pretensão articulada pelo autor da demanda, porque não significaria uma nova forma diversificada de proteção, cingindo-se a possíveis formas e efeitos de tipos já existentes. Rechaça também o seu enquadramento pelo prisma de sua cronologia no "inter" procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos. Também não se estaria engendrando um tipo novo, se considerássemos o ato ou atos jurisdicionais mediante os quais se atende a pretensão da parte, porquanto declaração, constituição, condenação, comandos judicias e atos de satisfação ou asseguramento são resultados da prestação jurisdicional, que não comportam, em regra, considerando-se sua abrangência, efeitos parelhos diferenciados (p. 105). Ressalta também que somente a tutela prestada em processo de conhecimento propicia uma imutabilidade panprocessual, capaz de permitir uma degradação na sua eficácia, considerando-se as necessidades de flexibilização da prestação jurisdicional (p. 106). Para aprofundamento a respeito do tema tutela diferenciada, v. também Luiz Marinoni, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, pp. 106/107; Joel Dias Figueira Jr., *Jur. Cat.* vol. 74; *Jur. Bras.*, vol. 176; *Revista Ajuris* vol. 65. *Reflexões em torno da tutela antecipatória genérica diferenciada satisfativa. A questão de sua aplicabilidade aos procedimentos especiais;* Carlos S. Noronha, *Processo Civil (coletânea). Apontamentos históricos da tutela diferenciada*, pp. 57/75; C. Vocino, *Intorno al nuovo verbo 'tutela giurisdizionale differenziata', in Studi in onore di T. Carnacini*, vol. I, pp. 763 e seg; Proto Pisani, *Riv. Dir. Proc.* vol. XXXIV. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, pp. 536/537; Federico Carpi, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1980. *'Flashes' sulla tutela giurisdizionale differenziata.*

[324] *Idem*, pp. 105/106 e p. 112, respectivamente.

[325] Luiz Guilherme Marinoni, *RePro.*, vol. 69/105. *Novidades sobre a tutela antecipatória.*

sociedade civil.[326] Dentre essas necessidades "... estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente."[327]

Assim como a nível processual verificamos várias técnicas legislativas de tutela sumária empregadas para garantir a efetividade da proteção jurisdicional contra os obstáculos naturalmente envolvidos com a duração temporal do feito em vias de cognição plena ou execucional, encontramos paralelamente e com escopo convergente à adequação da demanda instrumental à pretensão deduzida em juízo (ação de direito material) as diferenciações e diversificações de técnicas procedimentais.

Historicamente, inclusive nas diversas fases evolutivas do direito romano, nunca se deixou de considerar certas relações substanciais que se revestem de algumas peculiaridades no mundo fático e jurídico, exigindo procedimentalização especial, isto é, *diferenciada* da regra geral da ordinariedade.

Diz muito bem Ovídio A. Baptista da Silva que nos tempos atuais, "... a maior novidade científica, no campo do processo civil, passou a ser, justamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de *tutela diferenciada*, que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo o direito corresponde, ou deve corresponder, uma *ação* (adequada) que efetivamente o 'assegure', proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente 'instrumental' do processo."[328]

Assim, o Código passou a regular separadamente vários tipos de processo cognitivo, merecedores cada um deles de um rito especializado, inclusive, em alguns casos, diante da necessidade caracterizada por circunstâncias diversas, admitindo a *tutela sumária antecipatória*, com carga de satisfatividade no plano fatual, ou seja, *antecipação do objeto imediato da demanda* (o *petitum*), no próprio processo principal, onde por exemplo, se enquadram as ações possessórias.

No processo individualista ou tradicional, a novidade em termos de liminar antecipatória repousa na inclusão da possibilidade jurídica de antecipação da tutela perseguida, total ou parcial, ou da garantia da futura execução, no bojo do próprio processo cognitivo (de rito ordinário ou sumário, cf. art. 272, CPC), nos termos do que preceitua o art. 273, bem como a tutela específica prevista para as ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, segundo o art. 461, ambos com a redação conferida pela Lei 8.952/94.

Trata-se de uma tentativa de minimização dos efeitos daquilo que podemos chamar de *collo de botiglia*, representado pelo anacronismo em que se encontra mergulhado o nosso Poder Judiciário, em todos os foros e instâncias, combinado com o fantasma mitológico da ordinariedade e os reflexos negativos por ele originados.[329]

[326] Após o advento da "Revolução Industrial" deparamo-nos com o fenômeno dos conflitos de massa, levando a necessidade de readaptação das concepções doutrinárias e formação legislativa do processo civil à nova realidade social.

[327] Mauro Cappelletti, *RePro*, vol. 74/97. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à Justiça.*

[328] *Curso*, vol. I, p. 98.

[329] . A esse respeito, v. a nossa obra intitulada *Liminares nas ações possessórias*, onde no item 3.2, pp. 85/92, analisamos com mais profundidade a questão das *tutelas de urgência e sua função social* e, no item 6, a *tipologia das tutelas de urgência*, pp. 133/150.

Além dessas formas diferenciadas de obtenção da tutela jurisdicional do Estado, havemos de ressaltar ainda a feliz inclusão da técnica *monitória* dentre os processos cognitivos de rito especial, nos termos da Lei 9.079/95 e da incorporação ao sistema instrumental civil de um procedimento efetivamente sumaríssimo, hábil a encerrar em seu bojo um processo especialíssimo de natureza constitucional, isto é, os *Juizados Especiais Cíveis,* que tem por norte o princípio da oralidade em grau máximo, donde derivam os demais subprincípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, assinalados no art. 2º da Lei 9.099/95.[330]

Mas ainda estamos engatinhando em termos de efetivação do processo, à medida que deve corresponder à satisfação do jurisdicionado no plano material das necessidades e interesses perseguidos em juízo, realidade factível somente por intermédio de um novo processo executivo que atenda de fato a pretensão insatisfeita dos exeqüentes e, preferencialmente, não dissociado da relação processual cognitiva.

Nada obstante a distância abismal que ainda se verifica entre a realidade e o desejável, em sede de *execução provisória*, já existe Anteprojeto de Lei tramitando no parlamento com o escopo, dentre outros, de modificar substancialmente o art. 588 do CPC, a fim de permitir a *prática de atos que importem alienação do domínio ou dos atos dos quais possa resultar grave dano ao executado*, desde que prestada caução, facultada a sua dispensa ao prudente critério do juiz, sempre que assim entenda justificável pelas circunstâncias.[331]

Seguindo a esteira da nova redação conferida ao art. 282 do Código de Processo Civil italiano, através da reforma de 1º de janeiro de 1993, o nosso Anteprojeto modifica o art. 520 para introduzir o princípio da imediata e automática executividade da sentença de primeiro grau.

Em termos de *class actions* muito evoluímos no plano das demandas voltadas à tutela dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Nos últimos doze anos saltamos vertiginosamente do *processo individualista* regido pelo anacrônico CPC de 1973 para o chamado *processo coletivo*, matizado por institutos jurídicos revistos e readaptados à melhor solução dos *conflitos de massa* que caraterizam os novos tempos, através da *ação civil pública,* do *mandado de segurança coletivo* e do processo específico para atender as lides decorrentes de *relações de consumo.*

[330] . Sobre o tema, v. os nossos *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais* (em co-autoria de Maurício Lopes).

[331] . É o seguinte o teor do art. 588 do Anteprojeto, *in verbis: "A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I - corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga a reparar os danos que o executado venha a sofrer; II - não permite, sem prestação de caução, o levantamento de depósito em dinheiro ou a prática de atos que importem alienação do domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado; III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que reforme, modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV - eventuais danos, excedentes ao valor da caução, serão liquidados no mesmo processo.*

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada no caso de tutela antecipada para atender a estado de necessidade causado por ato ilícito, ou sempre que o juiz entenda plenamente justificável a dispensa."

5 - A JURISDIÇÃO PRIVADA E A NOVA LEI DA ARBITRAGEM (N. 9.307/96). NATUREZA JURÍDICA, ESCOPOS, E IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM NOS CENÁRIOS JURÍDICOS NACIONAL E INTERNACIONAL.[332]

A questão da natureza dos fenômenos, institutos ou instituições jurídicas é muito mais complexa do que aparentemente se possa imaginar, assim como não se confunde com as denominadas "classificações", que não passam de simples ordenações sistemáticas baseadas em determinados critérios previamente estabelecidos e que decorrem logicamente da fixação preliminar da *natureza jurídica* do objeto analisado.

Assim, a *natureza jurídica* deve refletir a verdadeira expressão ontológica da matéria em estudo, levando-se em consideração os seus elementos constitutivos; qualquer esboço classificatório dependerá sempre da prévia e antecedente fixação da natureza jurídica do fenômeno, instituto ou instituição jurídica analisada.

No que tange especificamente à natureza jurídica do instituto da arbitragem, constatamos que as doutrinas nacional e alienígena têm sido pródigas ao longo das décadas em desenvolver e defender fundamentalmente duas correntes antagônicas. De um lado, encontra-se a teoria *privatista* (ou *contratual*) de outro, a *publicista* (ou jurisdicional).

Nada obstante, a doutrina mais moderna já procurava conciliar as duas tendências referidas, e, de forma eclética, considerar o instituto da arbitragem como portador de uma natureza *sui generis*, porquanto nasce da vontade das partes (caráter obrigacional = privado) e concomitantemente regula determinada relação de direito processual (caráter público). "Assim, a convenção arbitral seria, na verdade, contrato privado que disciplina matéria de Direito Público, que interessa à ordem pública, nacional ou internacional, à medida que se destina a compor controvérsia que, mesmo entre particulares, afeta essa ordem pública. Essa doutrina é, atualmente, defendida sobretudo por Pierre Lalive e Philippe Fouchard e contou com o prestígio do Instituto de Direito Internacional, representado pelo Prof. Sauser-Hall."[333]

Se no passado, ainda que próximo, justificavam-se o confronto e as polêmicas acirradas que se formavam entre as duas teorias,[334] hoje em dia, em face do novo regime estatuído através da Lei 9.307/96, essas questões passaram a adquirir outras conotações e reflexos, à medida que o legislador deixou transparecer com nitidez a sua verdadeira intenção, mormente insculpida nos Capítulos V e VI.

[332] Sobre esse tema, v. Joel Dias Figueira Jr., *Manual da Arbitragem*, RT, 1997.

[333] José Carlos de Magalhães, *RDP*, vol. 71/164, n. 4. *Do Estado na arbitragem privada*. Frisa ainda o citado Professor que a importância da averiguação da natureza jurídica da arbitragem assume maior importância quando se defronta com a participação do Estado na arbitragem privada, com as respectivas conseqüências que disso advêm (*idem, ibidem*).

[334] A respeito das mencionadas teorias v.: Lodovico Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile. La conciliazione - Il compromesso - Il procedimento di dichiarazione in prima istanza*, vol. III; Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II; Adolfo Armando Rivas, *Repro*, vol. 45/73-74, n. 2. *El arbitraje según el derecho argentino*; Carlos A. Carmona, *A arbitragem no processo civil brasileiro*, pp. 29/37; *idem, Participação e processo (coletânea), Arbitragem e jurisdição*. pp. 296-307, n. 11; Pontes de Miranda, *Comentários*, vol. XV/232-234, n. 7; Guilherme G. Strenger, *RT*, vol. 607/32-33, n. 4.1. *Do juízo arbitral*; Selma M. Ferreira Lemes, *RT*, vol. 686/75-77. *Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado;* Pedro A. B. Martins, *RF*, vol. 332/134-139. *Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de lei do senado n. 78/92*; José C. de Magalhães e Luiz Olavo Baptista, *Arbitragem comercial*, pp. 20/21; Paulo Furtado, *Rev. dir. civil*, vol. 72/92-93. *Juízo arbitral.*

Em outros termos, se antes do advento da referida norma o juízo arbitral significava um julgamento que só se aperfeiçoava quando recebia a força e autoridade do Estado por intermédio da homologação do laudo, e, portanto, não era considerado atividade jurisdicional[335], hoje assim deixou de ser.[336]

Qualquer uma das posições assumidas estarão na dependência das premissas admitidas como verdadeiras para o desenvolvimento da tese desejada, isto é, no que se constitui a *função jurisdicional*. Analisando essa questão no Direito italiano, observa Giovanni Verde que se para alguns essa função somente pode ser exercida apenas por juízes togados, aos quais o ordenamento confere o necessário *imperium*, somente esses poderão exprimir-se com atos nos quais esteja ínsita a necessária potestade de comando.

Outros, ao invés, sustentam que a função jurisdicional pode ser exercida também por intermédio de privados, desde que se lhes reconheça a possibilidade de emanar atos capazes de fazer compor o conflito existente entre as partes litigantes, ou seja, de excluir definitivamente a discussão a respeito da matéria controversa.[337] Segundo Gerard Cornu e Jean Foyer, a justiça estatal e a justiça arbitral são dois modos distintos de jurisdição e, portanto, de composição dos conflitos. Magistrados e árbitros, são todos os dois juízes; apenas um é um juiz público, nomeado pelo Estado, enquanto o outro um juiz privado, escolhido pelas partes. Idênticas as suas funções, sendo que a do árbitro decorre de investidura contratual. Justiça arbitral e justiça estatal distinguem-se apenas pelos órgãos que as exercem.[338]

Para os defensores dessa última tese, o monopólio dos juízes togados se reduz a uma área residual, qual seja, àquela em cujo âmbito, para obter os resultados desejados da decisão judicial, é necessário o uso da força (condenação, mandamento e execução). Teria então o legislador reconhecido aos árbitros a possibilidade de exercitar *funções jurisdicionais*, realizando-se, por assim dizer, uma verdadeira *jurisdicionalização* da arbitragem. Por outro lado, para os adeptos do entendimento contrário, a legislação simplesmente estaria adequando o procedimento arbitral às regras do processo, e, desta maneira, realizando uma nítida *processualização* do instituto.[339]

Como já dissemos, se no regime anterior da arbitragem, que se processava nos moldes do Código Instrumental Civil a controvérsia merecia maior atenção dos estudiosos e aplicadores do direito, parece-nos que os termos claros e precisos utilizados pelo legislador no sistema da Lei, objeto destes Comentários, colocaram pá-de-cal sobre a questão.

A começar pela terminologia e técnica legislativa empregadas, infere-se da própria denominação dos Capítulos V e VI que o ato decisório final de composição da lide e proferido pelo árbitro ou colégio arbitral é uma *sentença* e não apenas um *laudo*. Poderiam então os mais cépticos indagar: mas estamos ontologicamente diante de uma *sentença* ou de um simples *laudo arbitral* que o legislador resolveu inovar e denominar de sentença?

[335] Cf. Alfredo Buzaid, *RT*, vol. 271/10, n. 9. *Do juízo arbitral.*

[336] Aliás, antes mesmo do advento da Lei 9.307/86, já era essa a tese que prevalecia entre os nossos juristas mais lúcidos.

[337] *Profili del processo civile. Parte generale*, p. 66. V. também Elio Fazzalari, *Riv. di dir. proc.*, vol. 45/377. *Lodo e sentenza (ancora sulla "natura" negoziale del lodo)*; L. Rovelli, *Riv. di dir. proc.*, vol. 49/671. *Arbitrato e figure affini (sulla natura dell`arbitrato irrituale).*

[338] Cf. *Thémis Droit Privé. Procédure civile*, pp. 58/59, n. 10 e p. 749, n. 195.

[339] Giovanni Verde, ob. cit., p. 67.

Além dos requisitos de fundo e forma a serem observados durante a confecção da peça conclusiva do processo (arts. 26, 27, 28, 29 e 32) a *sentença arbitral* é ato exclusivo do juiz privado que traz em seu bojo a autoridade de *solucionar definitivamente a lide* que lhe foi submetida a exame, com *eficácia vinculante prescindível da homologação judicial*. Em outros termos, é o que dispõe o art. 31, *in verbis:* "A sentença arbitral produz , entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos Órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo."[340]

A esse respeito, assinala muito bem Elio Fazzalari ao comentar o art. 823 do CPCi e, em particular, sobre o *lodo rituale*, no sentido de que tão logo proferida a decisão, torna-se a mesma vinculante entre as partes, prescindindo da sucessiva homologação, tratando-se de modernização de amplos efeitos: internamente, porque fixa um novo tipo de "laudo", capaz de adquirir eficácia sem homologação; no plano internacional, porque consente a volição do árbitro de ser assumida - porquanto vinculante às partes e a prescindir de homologação - como verdadeira *sentença arbitral*, além de desenvolver relativa eficácia no âmbito das Convenções Internacionais de Nova Iorque e Genebra.[341]

Vê-se, com meridiana clareza, que o legislador aproximou ou melhor, equiparou a sentença arbitral à sentença proferida pelo Estado-juiz, como ato de autoridade que decide o conflito e vincula as partes litigantes ao cumprimento da declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução exarada pelo juiz ou tribunal privado, gerando todos os efeitos decorrentes da *coisa julgada.*

O que o árbitro ou tribunal arbitral não detêm é o poder de *imperium* ou a força para ordenar esta ou aquela medida, seja provisória ou definitiva. Nesse particular, seus poderes são limitados e não se comparam aos dos juízes togados. Tanto é que as medidas coercitivas ou cautelares que se fizerem necessárias, serão solicitadas pelo órgão julgador privado ao Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa (art. 22, §§ 2º e 4º), assim como a execução forçada da sentença arbitral constitui título executivo judicial (art. 41, que confere nova redação ao art. 584, III, do CPC).[342]

[340] Comparativamente, v. art. 823 c/c 825 do CPCi, com a nova redação conferida pela Lei n. 25, de 5 de janeiro de 1994, que além de inserir diversas modificações sobre o tema, disciplinou também a arbitragem internacional. Sobre a eficácia vinculante da decisão arbitral v. Edoardo F. Ricci, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 48/809. *L' "efficacia vincolante" del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994.* Aliás, esse foi o tema central da reforma ocorrida através da Lei n. 28, de 9 de fevereiro de 1983 (introduziu o último parágrafo do art. 823, com a seguinte redação: "O laudo tem eficácia vinculante entre as partes a partir da data da sua última subscrição."), destinada sobretudo à adequação da disciplina arbitral às novas exigências decorrentes das relações comerciais transnacionais. A citada disposição veio favorecer o cumprimento espontâneo da decisão, além de obter o reconhecimento e execução do laudo no exterior, sem a prévia obtenção do exequatur do Pretor, em conformidade com a Convenção de Nova Iorque, de 10/6/58, que condiciona a execução do laudo não nacional à sua simples eficácia vinculante - binding obligation. (cf. Nicola Picardi, *Codice di procedura civile*, art. 823, p. 2051/2052, n. 3).

[341] *Istituzioni di diritto processuale*, pp. 504/505. V. também Edoardo Ricci, *Riv. dir. proc.*, vol. 38/635. *Sull'efficacia dell lodo rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28;* Girolamo Monteleone. *Riv. dir. proc.*, vol. 40/552. *Il nuovo regime giuridico dei lodi arbitrali rituali*; Carmine Punzi, *Riv. dir. proc.* vol. 40/268. *L'efficacia del lodo arbitrale nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno*; Giuseppe Tarzia, *Riv. di dir. proc.*, vol. 42/14. *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'orbita rituale e irrituale*; Federico Carpi, *Riv. di dir. proc.*, vol. 43/386. *L'esecutorietà della sentenza arbitrale secondo la convenzione di New York;* P. Schlesinger, *Riv. dir. proc.*, vol. 43/751. *L'esecuzione del lodo arbitrale rituale*; G. Ruffini, *Riv. di dir. proc.*, vol. 43/856. *Sui lodi arbitrali non definitivi.*

[342] O art. 41 da Lei 9.307/96 altera e adapta ao novo sistema diversos dispositivos do CPC. No que tange ao art. 584 do CPC que dispõe a respeito dos títulos executivos judiciais, o inc. III passou a ter a seguinte redação: "III - a sentença arbitral e a sentença homologatória da transação ou de conciliação;". A redação anterior era a seguinte: "III - a sentença homologatória de laudo arbitral, de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse questão posta em juízo;".

Diferentemente do juiz togado, falta ao árbitro jurisdição ancorada em *imperium*, ou seja, aquela representada pelo poder de dizer, ordenar e fazer exercer compulsoriamente o direito afirmado.[343] No mais, seus poderes se equivalem, inclusive nos efeitos decorrentes da coisa julgada.[344]

Em face desses articulados podemos afirmar categoricamente que o juízo arbitral instituído pela Lei 9.307/96 apresenta *natureza jurisdicional contratual*. Está-se, portanto, diante de verdadeira *jurisdição de caráter privado*. Aliás, o novo microssistema que contempla o juízo arbitral não permite, ao nosso entender, outra conclusão.[345]

Isso porque inexiste qualquer óbice para que o Estado delegue aos juízes privados parcela do poder que detém para dirimir conflitos, ressalvadas as hipóteses vedadas por lei, seja de ordem pública, tendo em consideração a natureza da lide ou a qualidade das pessoas (art. 1º), ou por ausência de vontade e convenção das partes litigantes (art. 4º). "E ainda que as partes renunciem à tutela jurisdicional estatal, não estão livres para resolver seus litígios de qualquer maneira: a liberdade de dispor sobre o juízo arbitral, desde sua composição até a prolação do laudo, encontra alguns limites fixados na lei."[346]

Não resta a menor dúvida que o "... Estado é sumamente cuidadoso no uso da força, como elemento indispensável à manutenção da tranqüilidade geral; de tal maneira, delega a *iudicium* com todas as suas implicações, exceto as que possam significar a utilização daquela. Assim, se confere aos árbitros o elemento jurisdicional essencial, mas não o que pode significar o uso concreto ou possível da violência ou seus substitutivos, fator que, na realidade, não é necessário para dizer o direito e resolver o conflito."[347]

Tanto é assim, que os juízes togados não mais revisam ou homologam a sentença ou decisão dos árbitros, mas apenas verificam seus aspectos de adequação externa ou formal,[348] segundo se infere das diversas hipóteses de nulidade previstas pelo legislador no art. 32.

Ademais, no que tange ao socorro a ser buscado porventura pelos litigantes ou árbitros através do Poder de *imperium* conferido pela jurisdição estatal, há de significar - sobretudo com referência à execução forçada - em nossa prática e nova fase desse instituto jurídico uma exceção, tendo em vista que os litigantes que vão buscar essa forma alternativa de solução de seus conflitos, inclinam-se naturalmente a cumprir de maneira espontânea a decisão proferida pelo árbitro ou colégio arbitral - e tal já se verificou nos países que se utilizam de semelhante sistema de arbitragem.

A verdade é que os métodos alternativos de solução de conflitos vêm adquirindo prestígio e importância cada vez maior no mundo contemporâneo, onde a arbitragem tem despontado, sobretudo nas últimas duas décadas, como instrumento hábil a atingir os objetivos para os quais tem sido idealizada pela ciência jurídica.

[343] Nesse particular, não comungamos o entendimento esposado pelo eminente Professor paulista, Carlos Alberto Carmona, quando aponta, nesse caso, para a falta de competência funcional do árbitro para executar suas próprias decisões (cf. *JB*, vol. 145/25, n. 11. *Arbitragem e jurisdição*).

[344] Cf. Edoardo Garbagnati, *Riv. di dir. proc.* Vol. 40/425. *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale.*

[345] Em sentido contrário, defendendo a tese de que o novo instituto da arbitragem prevê a figura de juiz privado, sem jurisdição, v. Luís Melíbio Uiraçaba Machado. *Palestra proferida na UFRGS, em 31/10/96. Internet*, http://www.ufrgs.br/mestredir/artigos/arbitro.htm. *Juízo arbitral - Comentários sobre a Lei 9.307/96.*

[346] Carlos A. Carmona, *idem, ibidem.*

[347] Adolfo Armando Rivas, *Repro*, vol. 45/74, n. 2. *El arbitraje según El derecho argentino.*

[348] *Idem, ibidem.*

Como instrumento de prestação de tutela jurisdicional, o instituto jurídico da arbitragem tem por escopo principal a solução dos conflitos que lhe são apresentados por litigantes, seja no plano nacional ou no internacional,[349] de maneira sensivelmente diferenciada da jurisdição tradicional prestada pelo Estado-juiz.

Assim como se verifica na justiça estatal, na arbitragem as partes litigantes vão buscar proteção e solução para os seus conflitos, razão pela qual objetiva também, em nível metajurídico, a pacificação social.

Contudo, para atingir esse patamar de diferenciação e não terminar no mesmo lugar-comum em que se encontra a jurisdição pública, os seus mecanismos são na grande maioria ontologicamente distintos daqueles tradicionais, a começar pela livre escolha conferida às partes na indicação dos seus "juízes particulares", os quais não necessitam de formação jurídica para a composição da lide, com possibilidade de serem autorizados a decidir tão-somente por eqüidade, em processo, via de regra, mais sigiloso, rápido, simples e econômico em relação ao sistema ordinário.[350]

A arbitragem apresenta-se importante no cenário mundial porque traz em seu bojo vantagens práticas e jurídicas, sendo a primária e autêntica solução dos conflitos, nos dizeres de Adolfo Alvarado Velloso, que retira ainda da Exposição de Motivos da Lei espanhola de 1953, relativa ao tema a seguinte lição: "Diante a necessidade de ordenar igualmente esses conflitos de interesses, o Direito, antes de chegar ao puro mecanismo coativo da intervenção inapelável do Poder Público, idealiza uma série de meios de conciliação que tratam de restabelecer, na medida do possível, a interrompida ordem da convivência social.

"Tal é, precisamente, o papel que assume a arbitragem dentro do sistema geral das instituições jurídicas. Quando já não é possível uma conciliação direta de uma eventual contenda, porém restam zonas de harmonia acessível a terceiros, sem necessidade de acorrer a força do Estado, que tenha de obter-se *ex officio judicis*, uma experiência secular consagrou a eficácia de dar entrada, no quadro das figuras jurídicas conhecidas, a esta obra pacificadora de terceiros que, gozando da confiança dos contendores, podem receber deles a autoridade necessária para os impor uma decisão satisfatória. Deste modo, não se desconhece nem se menospreza o labor augusto do juiz, como órgão da soberania do Estado, sorte que precisamente por essa excelsitude de seu caráter, reserva-se para aqueles casos em que, desgraçadamente, um tratamento amistoso não é possível nem sequer por esta via indireta, e se faz necessária a intervenção do império estatal."[351]

[349] Sobre a arbitragem como forma de solução de conflitos no plano internacional v.: Piero Bernardini, *L'arbitrato internazionale*; Giuseppe Franchi, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, vol. 39/328. *La convenzione arbitrale secondo le convenzioni internazionali*; Sergio La China, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 40/1003. *L' arbitrato interno ed internazionale*; Walther J. Habscheid, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 40/1197. *Il concordato svizzero sull'arbitrato e l'arbitrato internazionale;* Gerhard Walter, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 43/517. *L' arbitrato internazionale in Svizzera*; Sergio La China, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 46/345. *L'arbitrato interno ed internazionale; idem, Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 47/357. *L'arbitrato interno e internazionale; idem*, vol. 48/339. *L'arbitrato interno e internazionale*; Isabelle Hautot, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 48/613. *L'arbitrato come strumento al servizio del commercio internazionale*; Carmine Punzi, *Riv. dir. proc.*, vol. 40/268. *L'efficacia del lodo arbitrale nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno;* W. Habscheid, *Riv. di dir. proc.*, vol. 44/738. *Il nuovo diritto dell'arbitrato internazionale in Svizzera*; H. Prütting, *Riv. di dir. proc.*, vol. 47/550. *L'arbitrato internazionale nel diritto tedesco (note introduttive)*; Francis Delpérré, *La cour d'arbitrage.*

[350] Segundo Cretella Jr., a arbitragem é "o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida." (*Rev. de inf. leg.*, vol. 98/137).

[351] *Repro*, vol. 45/95-96. *El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses.*

Por conseguinte, a importância da arbitragem reside em ser *mais um* instrumento institucionalmente legítimo colocado no sistema à disposição dos jurisdicionados para a busca da solução de seus múltiplos conflitos de ordem interna ou externa (notadamente nos dias de hoje com a formação de grandes blocos econômicos, com o fenômeno denominado de "globalização" e do incremento das relações comerciais internacionais),[352] que serão conhecidos por profissionais especializados técnica ou cientificamente na matéria, objeto da controvérsia.[353]

Em que pese a arbitragem prestar-se adequadamente à solução de conflitos de natureza diversa, adquire foro preferencial e finalidade específica em questões decorrentes de relações comerciais e, em particular, as internacionais,[354] onde há necessidade de conhecimentos específicos tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio. O custo, nessas hipóteses, é bem mais suportável, e as vantagens decorrentes da solução arbitral são mais visíveis.[355]

Equivocam-se os que pensam que a importância da arbitragem está em desafogar o Judiciário ou em oferecer mecanismos mais céleres, econômicos e secretos de solução de controvérsias.[356] Em algumas situações essa idéia pode corresponder a uma

[352] Tal assertiva vem sendo comprovada na Comunidade Européia, NAFTA e já começa a ganhar espaço também no MERCOSUL. Especificamente sobre a solução de conflitos entre particulares ou Estados integrantes do MERCOSUL e a instituição de juízo arbitral, v. o chamado Protocolo de Brasília, firmado em 17/12/91, até a entrada em vigor do Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum - cf. item 3, anexo III, do Tratado de Assunção. A respeito da utilidade da arbitragem para dirimir esses conflitos v. o estudo de Guido F. S. Soares, *MERCOSUL - Das negociações à implantação. As instituições do Mercosul e as soluções de litígio no seu âmbito. Sugestões de 'lege ferenda'*, pp. 262/319 (todo o capítulo XI da monografia citada) e o artigo de Luiz R. Wambier, *JB*, vol. 171/54-56, *A arbitragem internacional e o MERCOSUL*. V. também Hermes Marcelo Huck, *RT*, vol. 593/26-30, *Deficiências da arbitragem comercial internacional*. Note-se, contudo, que muitos dos "pontos críticos" relativos à arbitragem levantados pelo citado articulista já foram superados através do novo sistema arbitral previsto na Lei 9.307/96. Sobre os Regulamentos de Arbitragem das Instituições Arbitrais e aplicação do princípio do contraditório e da igualdade entre as partes (CCI, LCIA, AAA, CCBC e CIMG) v. Selma M. Ferreira Lemes, *RT*, vol. 686/82. *Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado*. Ainda sobre a importância da arbitragem internacional, v. Carlos A. Carmona, *RF*, vol. 329/25-39; Luiz Alberto Americano, *Rev. dir. trib.*, vol. 4/81-83. O julgamento das questões oriundas dos contratos celebrados pelo Brasil com entidades estrangeiras ou internacionais.

[353] Assim também entende Carlos Carmona, acrescentando ainda a vantagem nas relações conflituosas internacionais de natureza comercial em que a neutralidade dos árbitros poderá ser aumentada com a escolha de pessoas de nacionalidade diversa daquela dos contratantes, se assim for convencionado, com a aplicação da lei que a vontade das partes estabelecer. Não deixa ainda de observar o eminente Professor da Universidade do Largo São Francisco, que se deve estar atento ao que diz respeito à aplicação da lei determinada pela vontade dos contratantes, porquanto não pode ser admitida a autonomia de modo absoluto, essa autonomia que poderia levar a extremos indesejáveis. Arremata com a lição de Amilcar de Castro (*Direito internacional privado*, p. 421) no sentido de que "As partes não fazem direito como e quando queiram, nem podem escolher direito a capricho: na esfera do direito primário, ou na esfera do direito internacional privado, estão sempre à mercê do direito independentemente de sua vontade efetiva, sem ou contra esta." E acrescenta: "O certo é dizer que, em matéria de obrigações, a vontade das partes tem a liberdade de pássaro na gaiola: pode mover-se em certos limites, mas em qualquer direção encontra barreira intransponível." (ob. cit., pp. 16/17 e nota de rodapé n. 6). V. também Demócrito Ramos Reinaldo Filho, *A arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos. Internet*, http://www.teiajuridica.com/arbitral.htm.

[354] Sobre o tema v. Irineu Strenger, *Arbitragem comercial internacional;* José C. de Magalhães e Luiz O. Baptista, *Arbitragem comercial*; Rubens Bittencourt, *Instituições de direito econômico*, pp. 74/79; Luiz. O. Baptista, *Mercosul (coletânea de estudos), As soluções de divergência no Mercosul*, pp. 91/115; Werter R. Faria, *Mercosul (coletânea de estudos), Métodos de harmonização aplicáveis no Mercosul e incorporação das normas correspondentes nas ordem jurídicas internas*, pp. 77/88. Sobre *contratos internacionais do comércio*, v. a monografia de Maristela Basso, assim intitulada.

[355] Cf. Carlos A. Carmona, *JB*, VOL. 145/125, n. 12. *Arbitragem e jurisdição (idem, Participação e processo - coletânea -*, pp. 296/307). A importância da arbitragem no comércio internacional também é ressaltada por Cretella Jr., ao assinalar que é nesta sede que o instituto aparece com toda a sua pujança, afirmando sua indispensabilidade (*Rev. de inf.* leg., vol. 98/131).

[356] Nesse sentido também o entendimento do festejado Carmona ao observar que a arbitragem não tem esse condão. Em algumas hipóteses, "a arbitragem pode ser bastante demorada em causas complexas e que exijam produção de prova pericial; deixa de garantir segredo em todos os países que exigem a homologação do laudo arbitral ou de todas as hipóteses em que o laudo, condenatório, não é voluntariamente cumprido e tem de ser levado ao juiz togado para execução forçada; e por fim, o custo deste meio de solução de controvérsias pode ser igual ou superior ao do processo estatal (consulte-se, por exemplo, a tabela de tarifas da 'Chambre de Comerce Internacional')." (*idem, ibidem*).

verdade parcial e a redução da sobrecarga do Judiciário ocorrerá de forma lenta e paulatina, à exata medida que o jurisdicionado for absorvendo e adquirindo a cultura dos meios alternativos de composição de seus conflitos.

Por isso não temos dúvida ao afirmar que a importância preponderante da arbitragem reside em ser mais uma forma alternativa colocada à disposição dos jurisdicionados para buscarem a solução de seus conflitos. A eles caberá sopesar os prós e os contras entre a justiça estatal e a privada e, finalmente, optar pela que lhes for mais conveniente para resolver o caso conflituoso concreto.[357] Não objetiva a arbitragem substituir a jurisdição estatal ou concorrer com ela; a base desse instituto é a "manifestação da vontade das partes em litígio, que, ao conferir a um terceiro a solução da lide, estão, em primeiro lugar, dispondo sobre direitos que a lei considera disponíveis e que, portanto, não necessitam da intervenção obrigatória de fiscais da lei".[358]

Registra-se a criação de uma nova instituição arbitral internacional, qual seja, a *Wipo* (*Word Intellectual Property Organisation*) *Arbitration Center*, com sede em Genebra. Esse *Centro* coloca à disposição os seus serviços, regulados pela *Wipo Mediation Rules* e *Wipo Arbitration Rules*, para controvérsias internacionais entre privados relativas à propriedade intelectual.[359]

6 - CONCLUSÃO

As necessidades dos jurisdicionados no mundo contemporâneo, matizado neste final de século pelo fenômeno denominado de "globalização" está a exigir dos cientistas do Direito um norte para a solução dos conflitos intersubjetivos individuais ou coletivos originados de relações fáticas ou jurídicas que comumente deixam de se adequar às formas ortodoxas de prestação de tutela e jurisdição estatal.

Para tanto, as reformas do processo civil tradicional já estão sendo implementadas, nada obstante as resistências encontradas algumas vezes no Parlamento como conseqüência do trabalho de lobistas das mais diversas áreas e outras tantas nas concepções ainda retrógradas de operadores do Direito, que se esquecem de que a finalidade única do instrumento é servir à realização e efetivação do direito material, conferindo a satisfação no plano substantivo aos jurisdicionados litigantes vencedores.

O instituto da antecipação da tutela genérica e específica no processo cognitivo de rito comum já é uma realidade digna dos maiores louvores, em que pese restar ainda a viabilização de um regime executional que efetivamente satisfaça o autor beneficiado com a medida.

Em outros termos, havemos de assimilar e aceitar com serenidade a fusão harmoniosa marcada pela incorporação da executividade ao processo de conhecimento, através

[357] V., p. ex. o caso conflituoso bem resolvido através da arbitragem e relatado pelos árbitros Luiz Gastão Paes de Barros Leães, José Carlos Magalhães e Alcides Jorge Costa, publicado na *RT*, vol. 652/222-227, *Juizo arbitral*.

[358] Guido Soares, *RT*, vol. 641/30. *Arbitragens comerciais internacionais no Brasil - vicissitudes*.

[359] Cf. Gerhard Walter, *Riv. trim.*, vol. 4/1174, n. 11. *Aspetti internazionali del diritto processuale*, 1996. Com referência à já consagrada *Cour d'arbitrage*, instalada em 1º de outubro de 1984, na Bélgica, v. Francis Delpéreé e outros, *La Cour d'arbitrage*. No âmbito do Mercosul, sobre a preocupação de instituir órgãos supranacionais para decidir os conflitos internacionais civis e econômicos, podemos citar o 5º Encontro de Presidentes das Cortes Supremas do Cone Sul, realizado de 19 a 21 de setembro de 1996, em Ouro Preto/MG, onde estiveram presentes além do Min. Sepúlveda Pertence (presidente do evento), também os presidentes das Supremas Cortes da Argentina, Uruguai, Paraguai, Chile e Bolívia. Ainda com referência ao Mercosul, ressaltamos que foi instituída a Federação Latino-americana de Magistrados (FLAM).

da efetividade no plano satisfativo das decisões interlocutórias de mérito fundadas em juízo de verossimilhança. Por outro lado, o Livro II do Código de Processo Civil que trata das Execuções há também de ser revisto e simplificado com urgência, em que pese já se acenar com um Anteprojeto (ainda que tímido) de alteração do art. 588 do aludido Diploma, dentre outras modificações.

Por sua vez, a difusão e consolidação cada vez mais perenes das ações coletivas como variação do processo civil ortodoxo individualista, apropriadas a deflagração de processos destinados à solução dos conflitos de natureza difusa, coletiva e individual homogênea, têm servido adequadamente aos escopos traçados pelo legislador e, certamente, continuará servindo aos jurisdicionados neste final de século e início de milênio.

Alternativamente, encontram-se postos à disposição dos jurisdicionados os Juizados Especiais Cíveis para atender as demandas de menor complexidade probatória e valor limitado a quarenta salários-mínimos (ressalvadas raríssimas exceções), que aparecem no cenário jurídico norteados pelo princípio da oralidade em grau máximo e, por conseguinte, caracterizados pela simplicidade, celeridade, imediatidade, informalidade e gratuidade.

Como já tivemos oportunidade de escrever em outros estudos, o microssistema da Lei 9.099/95 é em seu contexto técnico bastante satisfatório e se não atende melhor as necessidades da conjuntura forense hodierna é porque, em sua maioria, os administradores sobretudo do Poder Judiciário Estadual, não perceberam o alcance social deste novo processo, terminando por tratá-lo sem qualquer relevância ou simplesmente como mais um procedimento, desta feita sumaríssimo (ou quiçá "ordinaríssimo"), sem que uma efetiva estrutura de pessoal, funcional e material fosse colocada nessas Unidades a serviço da comunidade.

Paralelamente, surgem e paulatinamente se afirmam de maneira sempre mais acentuada as formas ou técnicas alternativas de composição dos conflitos, sendo hoje uma realidade tanto nos países de origem legislativa de *common law* como de *civil law*. Assim, o princípio do *amplo acesso à justiça* não se restringe à jurisdição estatal, mas se estende também à jurisdição privada, sendo que a Lei 9.307/96 instituiu terminantemente a *jurisdicionalização da arbitragem* no Brasil, à medida que lhe atribuiu natureza *jurisdicional contratual* decorrente do seu caráter volitivo privado, não se vislumbrando neste sistema em qualquer de seus aspectos, o mínimo *fumus* de inconstitucionalidade.

Dentre as principais inovações trazidas pela nova Lei podemos salientar três: a primeira e mais relevante de todas as modificações diz respeito ao rompimento do mito secular do monopólio absoluto da jurisdição estatal para a cognição e solução de conflitos fundados em direitos patrimoniais disponíveis, através do oferecimento de mecanismo hábil, seguro e comprometido constitucionalmente com o *due process of law*; a segunda pertine à vinculação obrigacional de instituição do juízo arbitral criada pelas partes por intermédio da cláusula arbitral, que, neste particular, equipara-se em seus efeitos ao compromisso arbitral, trazendo para o novo microssistema uma concepção atual e unificada de *convenção de arbitragem;* e a terceira põe termo à absurda exigência ao que se denominou de *dupla homologação* das sentenças arbitrais estrangeiras.

Salientamos a intensificação das técnicas de busca da autocomposição, seja no processo civil tradicional ou no alternativo, pelos métodos da mediação, conciliação ou transação, donde exsurge a importância da instituição das Câmaras de Mediação e Arbitragem.

Registra-se, por derradeiro, o pensamento de Max Planck, extraído de sua autobiografia escrita no início deste século: "*Uma nova verdade científica não triunfa em razão do convencimento de seus opositores e de seu vislumbre da luz, mas sim porque esses oponentes morrerão um dia e uma nova geração, familiarizada com a verdade, os substituirá.*"

VII - A RENOVAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Carlos Alberto Carmona*

1. Os denominados meios alternativos de solução de controvérsias - *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, nos países de *common law* - abarcam todos os mecanismos que criam uma forma diversificada (dentro ou fora da estrutura organizacional estatal) de resolver controvérsias. Em outras palavras, a expressão designa os meios autocompositivos e heterocompositivos de solução de litígios que podem ser empregados como alternativa ao mecanismo processual ordinário (ou seja, comum) oferecido pelo Estado para a solução de conflitos.

Dentre estes mecanismos destacam-se a conciliação e a mediação (com ou sem o patrocínio do Poder Judiciário), os juizados especiais e a arbitragem.

2. Na medida em que todos os países perceberam que a solução dos conflitos não pode seguir sempre um modelo estratificado de *due process of law*, é natural que busquem alternativas para a sobrecarga dos órgãos judiciários. E as soluções, entre tantas escolhas possíveis, podem vir através de duas vertentes: *deformalização* do processo, com a criação de sistemas diferenciados de solução de controvérsias, utilizando diretamente as estruturas fornecidas pelo Estado [360], ou então por meio de incentivo à expansão de mecanismos extraprocessuais de solução de litígios, nos quais o Estado terá participação apenas marginal [361].

3. Diante da tão propalada crise do Poder Judiciário, e da natural limitação dos juízes para resolver determinados tipos de controvérsias (em especial as de maior complexidade, onde é comum a aplicação de direito estrangeiro ou de usos e costumes internacionais), assiste-se hoje ao seguinte fenômeno: ao lado do fortalecimento de esquemas judiciais diferenciados de solução de litígios, estimula o Estado a implantação de outros meios para resolver controvérsias, como a arbitragem, sendo certo que especialmente na América Latina muitos países renovaram recentemente sua legislação sobre o tema, como ocorreu com o Brasil (1996), Peru (1993), México (1993), Paraguai (1988, através da alteração do *Código Procesal Civil*), Uruguai (1988, através da alteração do *Código General del Proceso Civil*). Esta revitalização da arbitragem também empolgou os países europeus: a Grã-Bretanha editou nova lei sobre arbitragem em 1996, a Holanda em 1986 (alteração do Código de Processo Civil), a

* Doutor em Direito. Professor da USP.

[360] Nesta linha foram criados os Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei 7.244/84), substituídos depois pelos uizados Especiais Cíveis e Criminais.

[361] Os Juizados Informais de Conciliação criaram-se à sombra do Estado, limitando-se o juiz togado a homologar os ventuais acordos obtidos pelos conciliadores; na arbitragem, eventualmente o Estado é chamado a prestar auxílio ao bitro ou a executar as sentenças arbitrais quando o vencido opõe resistência à satisfação do direito do vencedor.

Itália em 1994 (alteração do *Codice di Procedura Civile*), Portugal em 1986, e a Espanha em 1988.

4. Isto mostra uma tendência que pode ser tida como universal: dão-se conta os mais diversos legisladores que, por melhor que possa ser a estrutura de seus respectivos tribunais, há controvérsias que exigem solução urgente e diferenciada, e há controvérsias que exigem especial grau de conhecimento técnico, para as quais o Poder Judiciário nunca estará aparelhado. As primeiras comportam tratamento nos Juizados Especiais e nos órgãos que se espelham no modelo das *Small Claims Courts*; as segundas, na arbitragem. Os Juizados Especiais fornecem os meios ágeis e rápidos, informados pelo princípio da oralidade, para resolver questões de maior simplicidade, enquanto a arbitragem fornece aos litigantes os meios para resolver as causas de grande complexidade, normalmente envolvendo o comércio nacional e internacional (neste último com a aplicação concomitante de leis de vários ordenamentos - que o juiz estatal não tem obrigação alguma de conhecer - ou que dizem respeito a questões técnicas de alta sofisticação, para as quais dificilmente algum juiz estará capacitado). Nos dois casos, procura dar-se aos contendentes o julgador apropriado, com os meios apropriados, com a velocidade apropriada e com o conhecimento técnico apropriado. Em última análise, procura-se efetivamente **fazer justiça,** a tempo e hora, e com qualidade.

5. Arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial[362].

6. A técnica em questão apresenta três vantagens (ditas clássicas) sobre a solução processual patrocinada pelo Estado, vantagens estas ligadas à celeridade, ao sigilo e à relação entre custo e benefício.

Quanto à celeridade, é natural que a arbitragem possibilite uma solução mais rápida para os litígios, pois as partes em conflito podem escolher diretamente o procedimento que desejam ver adotado pelos julgadores por elas eleitos. Estabelecerão os antagonistas o prazo dentro do qual querem ver proferida a decisão arbitral, podendo limitar as instrução probatória (seja quanto ao tempo, seja quanto aos meios), facilitando em tudo a tarefa dos árbitros. Para que se possa avaliar a vantagem que a arbitragem pode apresentar em comparação com o processo estatal, basta pensar que o árbitro, querendo ouvir testemunha residente fora da sede do tribunal arbitral, pode realizar as diligências que julgar necessárias (deslocando-se, delegando a oitiva da testemunha a um dos membros do colégio arbitral) sem a necessidade de enfrentar a burocracia quase intransponível para o cumprimento das cartas rogatórias. Por outro lado, nos órgãos arbitrais institucionais é provável que as respectivas secretarias estejam muito melhor equipadas para o trabalho de apoio aos julgadores. Em resumo, o procedimento poderá beneficiar-se - a critério das partes - de considerável sumarização, com redução de prazos, eliminação de atos desnecessários e formalismos típicos do processo estatal. Impera a liberdade de contratação, a autonomia da vontade, a criatividade: podem as partes estabelecer o procedimento que quiserem, adotar um procedimento preexistente (nacional ou estrangeiro, já que não vigora na arbitragem o princípio da *lex fori* quanto às regras de procedimento) ou determinar ao

[362] JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, buscando o conceito categorial da arbitragem, enunciou esta definição (que apesar de anterior à lei 9.307/96, continua atual), segundo a qual aquela seria "o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executiva reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida" ("Da arbitragem e seu conceito categorial", *in* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, nº 98, 1988, pág. 127-138, esp. pág. 137).

árbitro que faça processar a demanda arbitral de acordo com as regras de um determinado órgão institucional. Podem, por fim, delegar ao árbitro a tarefa de escolher o procedimento que julgue mais apropriado para o processamento da causa (e, segundo a nova lei de arbitragem, se as partes nada dispuserem sobre o procedimento a ser adotado, deve-se entender que delegaram ao árbitro o poder de discipliná-lo) [363].

A autonomia concedida às partes, de qualquer forma, não é ilimitada, eis que devem ser preservados os princípios que garantem o *due process of law*, e que são enunciados de forma resumida no art. 21, § 2º da nova lei: contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento.

A segunda das vantagens clássicas enunciadas fica por conta do sigilo: todo o procedimento arbitral é confidencial, podendo as partes determinar na convenção de arbitragem, que o árbitro guarde absoluto sigilo a respeito de tudo o que se passar durante o processo arbitral. Não é por outro motivo que o art. 13, § 6º da nova lei de 1996 determina que, no desempenho de sua função, deve o árbitro proceder com discrição.

Este tratamento discreto da causa - em oposição à publicidade do processo estatal (garantida constitucionalmente pelos artigos 5º, LX e 93, IX da Carta Magna e, em nível legal, pelo art. 155 do Código de Processo Civil) - favorece a solução de questões que poderiam levar à ruína os litigantes se tornado público seu dissenso: as lides societárias, para ficar num só exemplo, encontrarão na arbitragem um foro propício ao seu tratamento, sem que o desacordo dos sócios cause danos irreparáveis ao patrimônio comum.

Relevante ainda, neste tema do sigilo proporcionado pela arbitragem, lembrar que muitas vezes os litigantes não têm interesse de revelar ao público em geral - e ao Estado em particular - os seus negócios, eis que podem sujeitar-se a intermináveis discussões com os órgãos estatais sobre a eventual prática de ato sujeito a tributação. A simples possibilidade de tributação, ou a perspectiva de sujeitar-se a uma discussão com o Fisco pode ser fator poderoso de dissuasão para a parte que quer fazer valer seus direitos. Em outros termos, a mera possibilidade de o acesso ao Poder Judiciário causar mal maior que o dano causado pelo adversário que não cumpre obrigações contratuais é, muitas vezes, suficiente para que se renuncie a uma pretensão. Submetendo-se as partes à arbitragem, que a critério delas pode ser sigilosa, evidentemente o problema não se coloca [364].

Por derradeiro, o custo da arbitragem - embora não seja necessariamente menor que o do processo estatal[365] - pode ser conveniente em relação ao benefício que as partes auferirão do trabalho dos árbitros. De fato, considerando-se que o árbitro será nomeado pelas partes para resolver especialmente uma causa, com prazo determinado para

[363] Não se pode, porém, exagerar as expectativas quanto à celeridade do processo arbitral: como todo processo, este também requer um procedimento que supõe um transcurso mais ou menos demorado. Pode-se afirmar, isso sim, que o processo estatal, estruturado em diversas instâncias, e cercado de rígidas garantias tendentes a corrigir erros (reais ou supostos) tende a ser excessivamente demorado, ao contrário do que ocorre, em regra, com o processo arbitral.

[364] PIERO CALAMANDREI, em inspirado e jocoso artigo publicado sob o título "O processo civil sob o pesadelo fiscal" (*in Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. VIII, parte I, ano 1931, pág. 51-76), chama a atenção para esta questão, explicando que muitas vezes os tributos que recaem sobre os negócios, ou que tenham com ele ligação, podem aterrorizar os litigantes, eis que a propositura da demanda pode revelar ao fisco a falta de seu pagamento; e em tais casos, o contribuinte corre o risco de ser atingido pelas sanções estatais pela falta do recolhimento de tributos, sanções às quais até então conseguira furtar-se - legal ou ilegalmente, admita-se com franqueza.

[365] Tomando em consideração as tabelas divulgadas por alguns órgãos arbitrais institucionais, verifica-se que há uma sensível preocupação em evitar oneração excessiva para os litigantes. A Associação Brasileira de Arbitragem, por exemplo, fixa os honorários do árbitro no percentual de dois por cento sobre o valor da causa, mas estabelece o patamar mínimo de R$ 300,00 e o máximo de R$ 5.000,00. A Câmara de Mediação e Arbitragem de S. Paulo adota critério diferente, preferindo estabelecer os honorários dos árbitros à base horária (R$ 100,00 a R$ 300,00). Nestas duas câmaras arbitrais, como é usual, as partes devem efetuar um depósito a título de taxa de administração ou de registro. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Associação Comercial da Bahia optou por editar uma tabela escalonada de honorários dos árbitros (mínimo de R$ 1.000,00, máximo de R$ 14.000,00), fixando a taxa administrativa em um percentual sobre os honorários dos árbitros.

decidir, e só aceitará o encargo se puder atender os litigantes na forma e no tempo por estes fixado, somando-se ainda a este fato a especialização técnica do árbitro escolhido, é de esperar uma decisão de melhor qualidade em relação àquela que poderia advir do Poder Judiciário. Note-se bem: não estou afirmando que as decisões dos juízes togados não sejam de boa qualidade, mas sim ressaltando que as dos árbitros normalmente serão, eis que o árbitro é escolhido pelas partes, o juiz togado não; o juiz, **eventualmente**, poderá ser um bom conhecedor da matéria em discussão, enquanto o árbitro **provavelmente** será um especialista (ou, pelo menos, alguém em cujo senso de justiça as partes confiam). Para além disso, considerem-se os serviços auxiliares que os órgãos institucionais podem oferecer (secretaria, aparelhagem de comunicação e impressão, assessoria técnia, etc.) e evidentemente ter-se-á a nítida sensação de que a arbitragem pode custar mais que o processo estatal, mas em compensação oferecerá um serviço mais conveniente às partes, que querem agilidade e competência.

Por fim, nada impedirá que entidades de classe (conselhos, ordens, associações, sindicatos) instituam, como mais um serviço colocado à disposição de seus membros, órgãos arbitrais para dirimir conflitos entre seus associados.

7. Somando-se às vantagens clássicas da arbitragem acima enunciadas a especialização técnica do árbitro e a sua neutralidade (o árbitro internacional pode ser escolhido entre especialistas que não sejam co-nacionais dos litigantes), é de se perguntar por que este meio alternativo de solução de controvérsias permaneceu subdesenvolvido em nosso país durante este século, enquanto na Europa e nos Estados Unidos a arbitragem floresceu.

Parafraseando conhecido autor espanhol[366], a legislação brasileira (refiro-me aos códigos de processo civil pré-unitários e aos de 1939 e 1973) funcionou como verdadeiro **freio** para o desenvolvimento da arbitragem, sendo clara a antipatia do legislador em relação ao instituto.

Podem ser identificados pelo menos **três entraves** básicos que impediam a plena utilização da arbitragem no Brasil: o primeiro referia-se à cláusula compromissória (promessa de resolver através de árbitros uma controvérsia futura e eventual), que entre nós não produzia praticamente efeito algum; o segundo dizia respeito à necessidade (fixada até então no art. 1.097 do Código de Processo Civil) de homologar o laudo arbitral para que a decisão produzisse os mesmos efeitos da sentença estatal; e o derradeiro entrave repousava na orientação pacífica do Supremo Tribunal Federal quanto à obrigatoriedade de homologar-se o laudo estrangeiro no país de origem, submetendo à Magna Corte, para homologação, não o laudo, mas sim a sentença estrangeira que o homologara (critério da dupla homologação).

8. Diante destes percalços, os possíveis usuários da arbitragem acabavam optando por recorrer à tutela processual estatal, eis que, mesmo diante da existência de uma cláusula compromissória, era comum a atitude da parte de simplesmente ignorar a promessa de fazer arbitrar a controvérsia, sem que o adversário pudesse fazer valer a exceção no Poder Judiciário: vale lembrar que a dicção do art. 301, IX, do Código de Processo Civil referia-se - antes da reforma introduzida pela lei 9.307/96 - apenas ao compromisso (e não à cláusula) como pressuposto processual negativo a ser alegado pelo réu em sua contestação com o objetivo de extinguir-se o processo sem julgamento de mérito.

Cristalizou-se entre os operadores do direito, enquanto vigeram os artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil, a impressão de que a cláusula compromissória era um verdadeiro *pactum nudum*, que não produzia efeito algum[367], mal servindo para

[366] BERNARDO CREMADES, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975, pág. 19.

[367] Dizia VICENTE GRECO FILHO: "A doutrina e a jurisprudência têm entendido que a cláusula compromissória não obriga, havendo necessidade posterior de se firmar o compromisso, interpretação, aliás, que também desencoraja a utilização do instituto" (Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 3, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1985, pág. 258).

ensejar uma improvável execução específica de obrigação de fazer. Ao conformar-se a doutrina com a qualificação da cláusula como verdadeiro pré-contrato de compromisso, condenou aquela convenção (e com ela a arbitragem) ao ostracismo em nosso país.

9. A necessidade de homologação do laudo arbitral, por sua vez, destruía as vantagens da arbitragem acima apregoadas: o custo do processo arbitral acabava acrescido das despesas carreadas com a demanda de oficialização do laudo perante o Poder Judiciário; a celeridade esperada para a solução do litígio ficava totalmente comprometida, já que - apesar da aparente simplicidade do procedimento homologatório - a sentença proferida pelo juiz togado, homologando ou não o laudo arbitral, desafiava recurso de apelação que, por sua vez, poderia abrir as portas a eventual recurso especial e(ou) extraordinário; o sigilo, por fim, que estimula a escolha da via arbitral pelos contendentes, ficava completamente prejudicado, pois a publicidade do processo estatal expunha à curiosidade pública a controvérsia que as partes queriam ver resolvida com discrição.

10. O critério da dupla homologação imposto pelo Supremo Tribunal Federal aos laudos estrangeiros completava o cerco à arbitragem: uma decisão arbitral proferida fora do país deveria ser necessariamente ali homologada, trazendo a parte interessada em fazer cumprir a decisão no Brasil aquela sentença estatal (e não o laudo) para homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Este sistema criava alguns problemas insolúveis, já que diversos países aboliram, nas décadas de 1970 e 1980 a homologação de laudos arbitrais em seus respectivos sistemas. isto aconteceu com Portugal (1986) e com a Espanha (1988), sendo certo que na França (1980 e 1981) o sistema homologatório foi mitigado para determinar a necessidade da homologação apenas para a execução de laudos condenatórios franceses no território francês. Em outras palavras, tornava-se cada vez mais difícil cumprir a exigência da Corte Suprema diante da radical modificação dos sistemas legislativos, especialmente os europeus, francamente favoráveis ao desenvolvimento da arbitragem.

Seja como for, a postura de nossa Corte Constitucional não favorecia o florescimento da arbitragem no Brasil: o controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal acabava por criar circunstâncias favoráveis ao reconhecimento de nulidades (ligadas, por exemplo, à forma de citação para o processo homologatório do laudo arbitral) que soavam protetivas aos ouvidos dos litigantes estrangeiros. A este fato, adicionava-se mais um: o Brasil não aderiu à Convenção de Nova York de 1958, talvez o mais importante tratado internacional sobre arbitragem (cento e cinco países já aderiram ao pacto), ficando, neste aspecto, cada vez mais isolado sob o prisma do comércio internacional, que exige um meio rápido de solução de controvérsias[368].

11. Por força de todos estes desajustes, a lei 9.307/96 instituiu uma nova estrutura para o juízo arbitral, tentando revitalizá-lo: fortaleceu a cláusula arbitral (que agora é capaz, por si só, de afastar a competência do juiz togado), estabeleceu que o laudo arbitral (que a nova lei, não por acaso, denomina de **sentença arbitral**) passa a ter a mesma eficácia da sentença estatal, e ainda determinou que os laudos arbitrais estrangeiros podem ser levados diretamente à homologação do Supremo Tribunal Federal, independentemente de qualquer outra providência.

12. A nova lei prestigia sobremaneira a autonomia da vontade das partes, permitindo não só que elas regulem integralmente o procedimento arbitral como também que estabeleçam o direito material que o árbitro haverá de empregar, superando-se assim (de certa forma e com limites) a barreira estabelecida pelo art. 9º da Lei de

[368] Vale notar, de qualquer modo, que a lei 9.307/96, em seu capítulo VI (Do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras) acabou por incorporar ao direito interno diversos dos dispositivos constantes da Convenção de Nova York.

Introdução ao Código Civil. Nada impede, ademais, que as partes determinem que o árbitro julgue por equidade, ou então que aplique as regras corporativas escolhidas pelos litigantes, bem como princípios de direito ou até a *lex mercatoria*.

13. Havendo resistência de uma das partes quanto à instauração do juízo arbitral (e, segundo o art. 19 da lei 9.307/96, a arbitragem estará instituída assim que os árbitros aceitarem o encargo), poderá ser necessária a intervenção do Poder Judiciário: através de procedimento ágil e simplificado (art. 7º da lei) a parte interessada pleiteará ao juiz togado a instituição forçada da arbitragem (instituição judicial da arbitragem), convocando-se o adversário para comparecer em juízo e, ali, completar o pacto arbitral. Não havendo acordo sobre a controvérsia (o juiz tentará conciliar as partes, evitando o processo arbitral) e não chegando as partes a bom termo acerca da instituição do juízo arbitral, decidirá o magistrado sobre a composição do tribunal arbitral, substituindo sua sentença a vontade das partes, respeitando, dentro do possível, a vontade dos litigantes acerca da composição e funcionamento do tribunal arbitral (ou do árbitro único, se for o caso).

Note-se que a instituição judicial da arbitragem somente será necessária na hipótese de terem as partes firmado cláusula compromissória "vazia", ou seja, cláusula onde não se estabeleça previamente pelo menos a forma de nomeação dos árbitros. Se as partes forem previdentes - e deverão sê-lo! - tomarão o cuidado de estipular na cláusula arbitral o mecanismo que deverá ser desencadeado para a hipótese de um dos contendentes deixar de indicar árbitro. Assim, poderão convencionar que, na ausência de acordo sobre a nomeação de árbitro único, deverá resolverá o litígio Tício, e, em sua ausência, Caio; ou então que caberá a um determinado amigo comum das partes nomear o árbitro único; ou ainda, que o árbitro será indicado pelo presidente ou secretário de um órgão arbitral institucional, cujas regras as partes desde logo incorporam em sua cláusula. As possibilidades são quase infinitas, estimulando-se a criatividade dos contratantes. É certo, porém, que a cláusula arbitral deve conter claramente a "regra do jogo", de tal sorte que, resistindo uma das partes à instituição do juízo arbitral, possa ser desencadeado o mecanismo substitutivo, sem necessidade de recorrer-se ao auxílio do Poder Judiciário.

14. Embora exerça poder verdadeiramente jurisdicional, o árbitro tem competência limitada, não podendo praticar atos que impliquem o uso da força. Assim, sempre que tiver de conduzir testemunha renitente, deverá dirigir-se ao juiz estatal, com cuja ajuda contará para o exercício de seu mister. E o mesmo pode-se dizer com relação às medidas cautelares que decretar ou quando eventualmente antecipar tutela: a execução (*rectius*, cumprimento) de tais medidas será solicitada pelo árbitro ao juiz estatal.

É preciso compreender corretamente o fenômeno que estabelece a divisão de competências entre árbitros e juízes[869]: no processo arbitral, cabe aos primeiros decidir, e aos segundos tornar efetivas tais decisões, quando necessário. Em outros termos, se o árbitro determina o seqüestro do bem litigioso e a parte em face de quem se determina a medida recusa-se a cumpri-la, impõe-se a intervenção do juiz togado, que se dará apenas no plano do **cumprimento** da decisão, sem que o magistrado possa reapreciar (quanto ao *fumus boni iuris* ou ao *periculum in mora*, no exemplo sob análise) a decisão do árbitro. É claro que o juiz estatal deverá assegurar-se de que a decisão formalmente está em ordem, antes de dar-lhe comprimento, mas a verificação, insisto, é apenas formal.

15. O árbitro não precisa ser advogado ou bacharel: será ele o juiz de fato e de direito, proferindo a decisão que terá a mesma eficácia da sentença estatal.

[869] Vide, sobre o tema, artigo que publiquei na Revista do Advogado, vol. 51, págs. 17-24 sob o título "Das boas relações entre os juízes e os árbitros" (Associação dos Advogados de S. Paulo, outubro de 1997).

O fato de não haver obrigatoriedade de ser o árbitro advogado, bem como a inexigibilidade da participação de tal profissional na defesa dos interesses dos litigantes não significa que o advogado tenha sido alijado do processo arbitral. Bem pelo contrário, abre-se-lhe campo excepcional de trabalho, sob duas óticas diferentes: em primeiro, tratando a arbitragem normalmente de casos complexos e intrincados, dificilmente se aventurará a parte a defender seus interesses sem assistência técnica adequada; por outro lado, será muitas vezes conveniente ter no painel de árbitros pelo menos um advogado, que poderá orientar os demais julgadores sobre as questões eminentemente jurídicas que tiverem de enfrentar. Para além disso, não é despiciendo lembrar que muitos órgãos arbitrais institucionais estarão aparelhados para fornecer aos árbitros consultoria jurídica específica, para a solução de questões de direito que influenciarão a decisão (e esta consultoria, desnecessário dizer, será prestada por advogados altamente especializados, como ocorre hoje na Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris, França).

16. A sentença arbitral foi equiparada, por obra da lei 9.307/96, à sentença do juiz togado, de tal sorte que preocupou-se o novo diploma em dotar a decisão dos árbitros dos mesmos elementos necessários à sentença proferida pelo juiz estatal, permitindo inclusive o manejo dos embargos de declaração em casos de contradição, omissão ou obscuridade. A sentença arbitral, por outro lado, constitui título executivo judicial, na dicção atualizada do art. 584, III, do Código de Processo Civil.

A decisão arbitral será impugnável através de ação própria, que poderá ser promovida pela parte interessada dentro do prazo decadencial de noventa dias contados da sua notificação às partes.

As hipóteses que permitem o manejo da demanda de anulação são típicas, e todas elas dizem respeito apenas e tão somente a vícios de forma, nunca de fundo. Percebe-se portanto que o art. 32 da lei arrola oito hipóteses de vícios, todos ligados à convenção de arbitragem, ao processo arbitral ou à decisão dos árbitros. Em síntese, o árbitro é soberano quanto ao mérito, não cabendo recurso contra a decisão que vier a proferir, de tal sorte que as partes, ao escolherem o profissional que há de julgar a causa, devem estar atentos a esta característica da arbitragem. A necessidade de cautela é redobrada quando os árbitros são autorizados a julgar por equidade, ou com a aplicação de princípios gerais de direito [370].

Percebe-se que o legislador de 1996 não vetou o controle das decisões arbitrais pelo Poder Judiciário - quanto ao seu aspecto formal - limitando-se a inverter o critério que vigorou durante anos em nosso país: ao invés de determinar ao árbitro que, proferida a decisão, a levasse à homologação estatal, agora determina que a parte interessada em fazer valer determinada nulidade tenha o ônus de promover demanda de impugnação.

17. Estas considerações sobre a arbitragem no Brasil, ainda que superficiais, são suficientes para que se perceba o grande avanço representado pela nova lei editada em 23 de setembro de 1996 e que completa um ano de vigência neste mes de novembro de 1997.

Mas uma boa lei não é suficiente para solidificar a confiança que o instituto há de inspirar na população em geral, nos operadores do comércio em especial, e nos advogados de modo particular. Percebe-se, por enquanto, apenas uma movimentação sensível da sociedade civil para a organização de diversos órgãos arbitrais institucionais setorizados, todos preparados para implementar a arbitragem.

Não se tem ainda estatística alguma sobre os casos submetidos à arbitragem após a promulgação da nova lei, mas tudo indica que estamos todos à espera da decisão

[370] Os casos do art. 32 da lei esgotam o rol de motivos que podem levar o Poder Judiciário a rescindir a sentença arbitral. Isto significa que não cabe o manejo da ação rescisória.

que será tomada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da nova lei[371], eis que está em curso perante a Corte Suprema demanda onde, incidentalmente, está sendo examinada a questão, não tendo sido ainda concluído o julgamento[372].

De qualquer maneira, um grande passo foi dado para colocar o Brasil no caminho da modernidade. A nova lei, inspirada nos conceitos modernos preconizados pela Lei Modelo da Uncitral, ancorada no que há de melhor em termos doutrinários, e tendo sido cunhada em sintonia com as mais recentes leis européias sobre o assunto, está dotada dos requisitos necessários para que o instituto possa desenvolver-se a contento.

Pela primeira vez neste século temos uma lei **de** arbitragem e não **contra** ela. É preciso aproveitar a oportunidade!

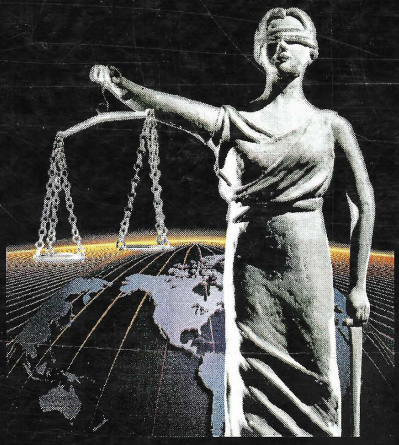
[371] Para uma visão - correta - sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem, vide JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR, Manual da Arbitragem, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1997, págs. 97-103, bem como bibliografia citada a pág. 101 (nota 110).

[372] A questão da constitucionalidade de alguns dispositivos da lei 9.307/96 foi levantada no julgamento do agravo regimental nº 5.206-8/246, sendo agravante MBV Commercial and Export Management Establisment e agravada Resil Ind. e Com. Ltda. O eminente Procurador Geral da República manifestou-se em 17 de março de 1997 pela inexistência de qualquer inconstitucionalidade na lei; o Min. Sepúlveda Pertence, porém, entendeu haver inconstitucionalidade nos artigos 6º, § único e 7º da lei, e de outros dispositivos que destes derivam (e que alteram o Código de Processo Civil nos artigos 267, VII, 301, IX, e 520, VI).

Resultado de análises e discussões jurídicas geradas a partir do ***Seminário Nacional Direito no III Milênio***, promovido pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), esta publicação revela, com total fidelidade, as idéias e conseqüentes reflexões de grandes pensadores do direito brasileiro.

São temas que alcançam a lucidez necessária ao entendimento e atualização das questões que envolvem o acesso à Justiça e as alternativas frente ao novo ordenamento jurídico.

É o produto de questionamentos. Logo, de incentivo ao debate, de estímulo ao conhecimento.



EDITORA DA ULBRA

ISBN 8585692-89-8

9 788585 692896