

54  
7289d

J. J. CALMON DE PASSOS

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia. Docente-livre da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal da Bahia e Promotor da Justiça do Estado da Bahia (aposentado)

Nº 0090

# DIREITO, PODER, JUSTIÇA E PROCESSO

Julgando os que nos julgam

*David F. ...*

*Assimilado*



EDITORA  
FORENSE

Rio de Janeiro  
2000

BIBLIOTECAS DA PUC MINAS  
BH - CAMPUS II

REGISTRO: 2133436

DATA: 14/01/02

ACERVO: 148370

1ª edição - 1999  
1ª edição - 1999 - 2ª tiragem  
1ª edição - 2000 - 3ª tiragem

© Copyright

J. J. Calmon de Passos

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

P321d

Passos, José Joaquim Calmon de, 1920 -  
Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam/  
J. J. Calmon de Passos. - Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Inclui anexos

1. Direito. 2. Poder (Ciências sociais). 3. Justiça. 4. Poder  
judiciário. I. Título.

98-1597.

CDU 34

## SUMÁRIO

Introdução . . . . .	1
Direito e Cultura . . . . .	7
Direito e Conflito. Relações do Jurídico com o Econômico . . . . .	27
Direito e Poder. A Dimensão Política do Jurídico . . . . .	41
Direito e Justiça. Relações do Jurídico com o Ético . . . . .	53
Direito e Processo . . . . .	67
Direito, Processo e Estado de Direito Democrático . . . . .	81
A Produção do Direito a partir da Ótica do Dever . . . . .	93
A Crise do Poder Judiciário . . . . .	105
Anexos . . . . .	119
• Anexo I . . . . .	121
• Anexo II . . . . .	127
Bibliografia . . . . .	135
Índice Onomástico . . . . .	137

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor, bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela

COMPANHIA EDITORA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299 - 1º, 2º e 7º andares - 20020-000 - Rio de Janeiro - RJ

Tel.: (0XX21) 533-5537 - Fax: (0XX21) 533-4752

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br>

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

## INTRODUÇÃO

I. Este livro não é um trabalho sobre filosofia ou sociologia do Direito, nem o de um técnico do Direito com preocupações dogmáticas. Ele é o produto das reflexões, inquietações e experiências de mais de meio século de vida de um profissional do Direito, desejoso de compará-las com seus colegas mas pretendendo também, e principalmente, ser entendido pelo homem comum, talvez melhor dizendo, pelos não-profissionais do Direito, a ponto de emprestar-lhes lucidez suficiente para tornarem-se críticos das instituições jurídicas de nosso país, capazes de participar positivamente na luta pelas transformações que elas exigem. O que me encorajou para este propósito foi a convicção, em mim cada vez mais robusta, de que o futuro tenderá para uma destas alternativas (com as muitas variáveis que comportam). Ou seremos incapazes de minimizar os efeitos destrutivos do sistema capitalista, o que determinará desagregação e ruptura, ou lograremos recuperar poder político para a sociedade (o espaço do homem comum) com o que se fará possível fixar limites e impor diretivas ao processo econômico e às atividades de governo, colocando-as a serviço dos homens e não obsessivamente voltadas para o lucro, a produtividade e a eficiência. Este resultado somente se logrará se, majoritariamente, os atores sociais adquirirem a capacidade de se posicionarem criticamente diante dos acontecimentos, atitude viável apenas quando se tem competência para decodificar o discurso do poder instituído.

II. Com este objetivo é que me propus a escrever este livro, dando minha modesta parcela de contribuição na área do conhecimento que fiz prioritário em minha vida e ao qual dediquei o melhor de minha inteligência. Espero que meu esforço não resulte em total fracasso, parecendo aos doutos simplório de mais quanto disser e aos leigos, hermético

demais o que tentei lhes comunicar. Considero-me previamente redimido por força do convencimento de que se nos preservarmos demasiadamente, pelo medo de fracassarmos, nada produziremos. Como tenho sempre presente em meu pensamento que se a perfeição é desejo do homem, pretender alcançá-la é propósito insensato, usei publicar esta monografia.

III. Talvez ela pareça a muitos uma injusta e acerba crítica aos magistrados. Os que assim concluírem terão entendido mal o quanto escrevi. Durante quase quatro décadas, como membro do Ministério Público, convivi diariamente com magistrados. A esmagadora maioria deles se tornaram meus amigos pessoais e eu os fiz objeto de meu respeito e de minha admiração. Se citasse nomes, talvez parecesse injusto, pois dificilmente deixaria de esquecer algum que merecia ser lembrado. Apenas para servir de referência lembrarei três, dentre muitos. Cândido Viana de Castro, que me acolheu como um pai, mal iniciava, ainda inexperiente, a minha carreira e me deu um magnífico exemplo de como a autoridade moral de um homem e sua sabedoria de viver representam a virtude maior de quem se atreve a julgar seu semelhante. Osvaldo Nunes Sento Sé, inteligente, corajoso, extremamente hábil no lidar com as pessoas, que me associou a sua desafiadora tarefa de transformar uma comunidade dilacerada e dividida em um espaço humano de mais tolerância e melhor convivência. Clóvis Leone, talentoso, culto, fidalgo, granditicamente forte sem colocar asperezas em seu trato com iguais e subordinados, no qual todos víamos o homem que desejaríamos ser. Refiro-me apenas a estes mortos para não melindrar os vivos, tantos e tão dignos quanto eles. Sou testemunha do heroísmo dos bons juizes que se desgastam quotidianamente na morrinha de enfrentar o desafio de uma avalanche de processos, cuja rápida tramitação se coloca além de suas limitadas energias, tendo ainda que buscar forças para sobreviverem às frustrações do abandono institucional a que são relegados e à falta de reconhecimento público da dimensão do sacrifício a que se submetem. Respeito e admiro os que conseguem, em meio a tantos desafios, manter-se atualizados, cultivar o respeito próprio que os obriga a, pagando alto preço, fazerem-se referências para os operadores do Direito. E é porque os admiro e respeito que sempre fui um inconformado com as distorções institucionais que vêm, progressivamente, entre nós, desen-

corajando e desestimulando os melhores, precisamente estes que eu chamo de heróis do quotidiano, os quais, à semelhança dos soldados desconhecidos, ganham as batalhas e as guerras e deles nem sabemos os nomes, enquanto erigimos estátuas a generais que se auto-condecoraram. E o que me leva quase ao desespero é observar como, em progresso geométrica, este favorecimento do pior tem sido ampliado, tornando-se a atividade dos operadores do Direito a cada dia mais desgastante, aleatória, disfuncionalizada e arbitrária. A vida social pede instituições que inviabilizem ao máximo resultados negativos. Se eles existirem, o que cumpre, como urgência urgentíssima, é repensar as instituições, de modo a torná-los impossíveis de ocorrer. A sábia oração que é o Pai-Nosso tem, já quase ao seu fim, uma frase que deveríamos sempre ter presente em nossa consciência. Depois de com ela se pedir ao Pai a vinda do seu Reino, a efetividade de sua vontade, a satisfação de nossas necessidades e a fraternidade na convivência humana, arremata-se com uma súplica que, se desatendida, tornará inviável tudo quanto pedido antes — *não nos deixeis cair em tentação, mas livrai-nos do mal*. Tudo quanto pedido ficará inalcançado se as tentações, a cada passo, atropelarem os nossos bons propósitos. Nossas forças nunca são bastantes para impedir-nos de ceder a tentações se com elas nos depararmos a cada passo em nosso caminhar. Cumpre, portanto, evitá-las. E o que evita cair em tentação, na vida social, é termos instituições que nos livrem do mal. Se elas inexistirem, cumpre porfiar por que passem a existir. E sabemos que elas não existem quando os bons têm que se fazer heróis para não cair em tentação e os fracos vivem permanentemente sob sua ação nefasta. Quando blateramos contra o modo pelo qual as coisas se passam, hoje, no Brasil, em termos de Poder Judiciário, não estamos enlameando este espaço da atividade pública, fundamental para a saúde democrática de qualquer povo, antes colocamo-la em lugar privilegiado, fazendo-a objeto de nosso cuidado, porque desejamos vê-la livre de cair em tentação e liberta de todo o mal. Amém.

IV. No primeiro capítulo, tento demonstrar inexistir um Direito previamente *dado* ao homem, cuja tarefa seria apenas identificá-lo e aplicá-lo; sim, algo que lhe cumpre *produzir*, pela necessidade de ordenar aquilo que por si mesmo jamais se ordenaria — a convivência social. O Direito é, portanto, o que dele faz o processo de sua produção. Isto nos

adverte de que ele nunca é algo dado, pronto, pré-estabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito e acabado. O Direito, em verdade, é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.

V. No segundo capítulo procuro patentear que o Direito só é indispensável pela necessidade de se encontrar uma solução impositiva para os conflitos individuais e sociais. Se assim é, conhecer o que leva os homens ao conflito é essencial para a compreensão do jurídico. Identificamos como razões do conflito os desejos humanos (que passam a necessidade em sentido estrito) e a incapacidade individual e social de satisfazê-los plenamente, quer pela ineliminável interdependência entre os homens, quer pela escassez de bens apropriáveis ou produtíveis em quantidade e condições que se fazem necessárias para aquele objetivo. Disto resulta o imperativo da institucionalização de um modelo de divisão do trabalho social e da apropriação do produto desse trabalho. De quanto dito retiramos o convencimento da necessária correlação do jurídico com o econômico.

VI. Essa realidade vincula necessariamente o Direito ao poder político e é esta simbiose que procuramos estudar no terceiro capítulo. Nele tentamos evidenciar que o Direito é sempre e necessariamente um *discurso do poder*. Tanto a solução macro quanto a solução micro para os conflitos revestem-se, necessariamente, do caráter de decisões de poder. Juridiciza-se a decisão política e assim se institucionaliza um sistema jurídico cuja ponta terminal é a aplicação ao caso concreto, das regras que o constituem, assegurando-se a coerência necessária entre o *enunciado* como Direito e o que como Direito deve ser aplicado. Inexiste, portanto, um Direito ideal, modelo, arquetipo, em cuja realização estamos empenhados. Há, sim, um sistema jurídico dentro do qual atuamos e em sintonia com o qual atuamos. Todo Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atendendo ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder político, se institucionalizou.

VII. No capítulo quarto procuramos evidenciar que o sistema de dominação que, em última análise, todo ordenamento político institui — só se faz operacional quando logra um mínimo de adesão dos dominados. Esta adesão é construída à base de uma fundamentação legitimadora do poder, o que se dá de modo indireto — via ideologia, entendendo-se como tal uma representação da realidade que justifica o sistema de poder institucionalizado. É a dimensão de justiça do Direito, ou sua dimensão ética. Associando-se esses dados temos que, se é o poder político que cria o Direito, e o faz necessariamente privilegiando um ou alguns segmentos sociais em detrimento dos outros, isto só se mostra funcional quando se dá na justa medida que o equilíbrio das forças socialmente contrapostas possibilita. Destarte, a institucionalização de uma ordem jurídica justa não é tarefa de juristas, mas sim de políticos, ou melhor dizendo, do confronto das forças sociais contrapostas, na procura da satisfação de seus interesses e na moldura das expectativas institucionais. Em suma, inexistente pureza no Direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político, o econômico e o ideológico. Nenhum sistema jurídico, nenhum instituto ou construção jurídica teórica escapa dessa contaminação. Nada, no jurídico, se imuniza em relação a esse comprometimento. Conseqüentemente, a dimensão de justiça de um ordenamento jurídico é a resultante da correlação de forças em confronto no espaço político em que ele foi institucionalizado.

VIII. No quinto capítulo tento demonstrar o ineliminável nexo entre o enunciado do Direito, organizar a função responsável por sua aplicação e o procedimento a adotar-se para este fim. O processo, portanto, não é algo que opera como mero instrumento, sim algo que integra o próprio *ser* do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é apenas uma relação de *meio/fim*, instrumental, como se proclama, porém orgânica, integrativa.

IX. No sexto capítulo refletimos sobre o nexo entre o processo de produção do Direito e o Estado de Direito Democrático. Demonstramos que só é Estado de Direito Democrático aquele em que todo detentor de poder político só pode exercê-lo nos limites de sua competência e em termos de serviço, sujeitando-se a ser funcionalmente desconfirmado e socialmente responsabilizado quando faltar a este dever. E se os órgãos responsáveis pelas funções básicas do Estado são autônomos (ausência

de vínculos hierárquicos) embora submetidos a controles mútuos, jamais podem ser considerados independentes, vale dizer, irresponsáveis perante a sociedade que os legitimou. Isto vale também para o Poder Judiciário, donde ser negação do Estado de Direito Democrático organizar-se a função jurisdicional em desacordo com estas exigências.

X. No capítulo sétimo dirigimos nossa reflexão para a problemática da liberdade e sua conexão com o direito e o dever, buscando demonstrar que se no albor da modernidade justificou-se a ênfase dada ao sujeito, sua autonomia e liberdade, conseqüentemente a seus direitos, nos nossos dias já se impõe um retorno à problemática do dever, como auto-limitação da liberdade em termos de engendrar solidariedade social e segurança para a convivência humana. Procuramos, inclusive, demonstrar como esta preocupação vem assumindo papel predominante no pensamento de juristas, políticos, filósofos e sociólogos de nosso tempo.

XI. No capítulo oitavo tentamos analisar criticamente o modo pelo qual foi institucionalizada a função jurisdicional na Constituição de 1988, ao nosso ver radical negação de quanto exigido para que se possa falar de um processo democrático de produção do Direito. Por fim, oferecemos, sob a epígrafe de Anexos, uma sugestão para reformulação do Capítulo III do Livro IV de nossa Constituição, bem como a enumeração de casos patológicos que produziram suas graves conseqüências negativas em virtude, precisamente, dos vícios de nossa organização judiciária, inviabilizadora da efetiva responsabilização dos magistrados que criminosamente faltam a seus deveres e violentam a legalidade constitucional. Buscou-se, por este meio, tornar mais perceptível e mais impactante quanto foi dito no corpo do trabalho.

## DIREITO E CULTURA

1. Todo saber é *saber do homem* e tem como móvel um *saber sobre o homem*. Explico-me melhor – aquilo sobre que nada sei é algo que necessariamente desconheço. Ignoro como se dá a fissão nuclear, logo, para mim, é como se este conhecimento não existisse. Posso até ser *informado* a respeito, mas esta informação não é conhecimento. Quando se desconhece algo, fica-se submetido a quem possui o conhecimento e sem condições de avaliar a correção ou incorreção de quanto diz ser verdade aquele que o detém. Daí ser correto afirmar-se que *conhecimento é poder*.

O saber não é passível de ser *dado* a alguém. É algo que exige, sempre, sua elaboração pelo próprio sujeito. Somente eu sou capaz de produzir o *meu* saber, mesmo quando para isto me utilize de informações sobre o conhecimento de outros sujeitos. Não há, por conseguinte, um *conhecer* desvinculado do homem que sabe, porque todo saber é mera tentativa humana de compreensão do que pensamos ser e do que pensamos que as coisas sejam. A par disso, o conhecimento é sempre elaborado para atender-se a alguma necessidade experimentada pelo homem. Desarte, inexistente saber neutro, valioso por si próprio, sendo sempre o *saber de alguém e um saber para algo*. A fissão atômica foi um saber perseguido com objetivos que podem ser vistos sob perspectivas diferenciadas. Válido afirmar-se ter sido elaborado com propósitos bélicos, tendo em vista as necessidades dos contendores na segunda guerra mundial, como por igual válido será situar-lhe a motivação na busca de uma nova forma de energia, capaz de atender à crescente demanda do mundo industrializado.

Assim também se dá com todo e qualquer esforço humano no sentido de produzir conhecimento. Daí a afirmativa de que todo saber é *saber do homem* e tem como objetivo um *saber sobre e para o homem*. Nenhum conhecimento é desinteressado, antes se vincula fundamental-

mente a certo propósito. Reduzindo ao máximo o universo desses objetivos, diríamos que oscilam entre o intento de dominação do próprio homem até ao de sua emancipação de tudo quanto o oprime ou limita.<sup>1</sup> Podemos, portanto, como primeira conclusão, afirmar que *nenhum saber é neutro, nenhum saber é definitivo, nenhum saber é absoluto*, pelo que, em seu nome, nada pode ser imposto aos homens, que têm sempre o direito (no sentido de poder de resistir e de exigir) de problematizá-lo, tendo em vista o que lhes for existencialmente mais ou menos valioso ou conveniente. O saber está a serviço do homem e não o homem a serviço do saber.

2. Se quanto afirmado vale para o saber em geral, vale muito mais para aquela dimensão do conhecimento cujo objeto se constitui de tudo quanto só existe por força de um operar do homem. Tentarei ser mais explícito. O Sol, que entre nós surge no horizonte todas as manhãs e se põe no lado oposto todos os crepúsculos, existe e opera não porque o homem o tenha produzido ou criado, mas por força de algo que, para os propósitos aqui perseguidos, podemos dispensar-nos de identificar. Ainda quando seja possível dizer que o Sol, ele próprio, é uma *representação* de minha mente, que se outra fosse a constituição dos órgãos de meus sentidos outra seria a *percepção* e *compreensão* que teria do Sol (por exemplo, se meus olhos tivessem constituição idêntica à de um microscópio com capacidade para aumentar um milhão de vezes a imagem, não veria o Sol que hoje eu vejo e do modo por que o vejo) o certo é que *essa qualquer coisa* vista por mim de modo novo, diferente, ainda existiria não por força de deliberação minha ou de meu operar, sim como algo *dado* aos homens, cujo *criador*, para a finalidade que nos propomos, não precisamos identificar. Diversamente ocorre quando o objeto de nosso conhecimento é aquilo que só existe porque existe o homem e por força de decisão sua e de seu operar. Nesta perspectiva, refletir sobre o próprio homem se faz prioritário, porque, deste ângulo, tudo começa com ele e

tudo para ele se direciona. Fazendo tal afirmativa, não propugnamos nenhum antropocentrismo ingênuo, colocando o homem como soberano do Universo, para quem tudo foi criado e a quem tudo está submetido. Asseveramos apenas estarmos *condenados a agir* sob o imperativo dessa determinação. A nossa objetividade é sempre algo vinculado, também, a nossa subjetividade. E este *determinismo* imprime peculiaridades ao saber do homem sobre aquilo que é fruto de suas opções e de seu operar, peculiaridades que se forem esquecidas, gerarão desvios e disfunionalidades sempre perniciosas. O Direito, um *construído* – algo impensável e irrealizável sem o homem que o produz e aplica, que dele se utiliza e a quem deve servir – situa-se, precisamente, neste segundo grupo de objetos, dando o saber sobre ele reclamar jamais se perca de vista esta particularidade. Sendo assim, nosso ponto de partida será o refletir sobre o homem.

3. Nossa condição humana nos impela a indagar sobre o que as coisas são, por que e para que elas existem. Como frisado por Arcângelo Buzzi,<sup>2</sup> à diferença do animal que *vive no puro aberto, que não vê o espaço e o tempo, o homem vê sempre dentro de uma moldura, define e delimita as coisas*.<sup>3</sup> Quando nos defrontamos com um objeto cuja existência independe de nós, a prioridade é sabermos o que é este algo, porquanto só conhecendo sua natureza e sua função poderemos com ele interagir ou sobre ele atuar. Enquanto o homem não teve, por exemplo, suficiente conhecimento sobre a energia, foi incapaz de utilizá-la de modo proveitoso. Diversamente ocorre quando lidamos com tudo quanto diz respeito à condição humana, ao homem como realidade específica e total e ao que ele produz e acrescenta à Natureza. Aqui, o prioritário é saber o *porquê* e o *para que*, visto como, neste âmbito, o *ente* (objeto) é sempre resultado de um *operar* do homem, carregado de significação e intencionalidade. Nesta dimensão, ele se faz o *criador*, aquele que dá existência a algo para atender a fins a que se propôs, por motivos que se colocou e utilizando os meios que elegeu. Destarte, ocupando-nos do que existe apenas porque o homem lhe deu existência, somente seremos capazes de falar sobre sua natureza se antes tivermos refletido sobre o

2 *Introdução ao pensar*, Ed. Vozes, 1973, p. 73.

3 Jean Landrière, *Ética e pensamento científico*, Ed. Letras e Letras, pp. 29 e seqs.

1 Ver Habermas, *Conhecimento e interesse*, Ed. Guanabara, 1987, Parte III. Acesso mais fácil ao pensamento de Habermas em *Habermas*, Barbara Freitag e Sérgio Paulo Rouanet, org. por Florestan Fernandes, Ed. Ática, 1980, pp. 12-14. Também interessante para se perceber a ambigüidade do saber científico, Edgar Morin, *Ciência com consciência*, Rio de Janeiro, Ed. Bertranbrasil, 1996.

seu *por que* e *para que*. Procurando ser mais claro. Retomemos o Sol, por nós já invocado. Ele existe independente de nosso *querer*, destarte o que sensatamente nos cabe é procurar *saber* o que ele é e *como opera*. Mas se fizermos de uma *casa* o objeto de nossa reflexão, o saber o que ela seja na sua pura materialidade será irrelevante. Conhecê-la *como casa* dependerá necessariamente do que pensamos sobre o *por que* e *para que* ela foi produzida pelo homem. *Casa*, antes de ser matéria, é o significado e o sentido que o homem imprimiu a este objeto, consequentemente a *função* a que deve atender por deliberação humana.

Também refletindo sobre o Direito, antes de indagarmos a respeito de sua onticidade, do que significa enquanto puro fato (se é possível um fato *puro*) devemos perguntar sobre o *por que* e *para que* os homens o elaboram. Só assim teremos resposta satisfatória. Mas o *por que* e o *para que*, por seu turno, só lograrão resposta adequada se previamente já tivermos determinado nossa compreensão sobre quem seja o próprio homem, o *criador* daquilo que desejamos conhecer. Ou tudo isso se integra em nosso pensamento, dando-lhe unidade e coerência (o que não significa fazê-lo verdadeiro em termos absolutos) ou o nosso pensar se traduzirá em algo desconexo, estéril, palavroso, vazio. Daí a necessidade de prioritariamente refletirmos sobre o próprio homem.

4. Fiel a esse entendimento, precederemos nossa reflexão sobre o Direito de um pensar sobre o homem. Para fazê-lo, partimos de uma evidência que de logo se impõe a todos nós - a de que *a existência humana se cumpre de modo diverso do da existência dos demais seres*. A existência das coisas naturais é subordinada às leis que a governam. Por isso mesmo, elas são *determinadas a existir sempre do mesmo modo* - o fogo queima na Pérsia e em Atenas, já foi dito, e poderemos acrescentar que queimava ontem como queima hoje. Nessa dimensão, também se situa o ser humano, enquanto exclusivamente ser biológico. Há, contudo, um modo próprio, exclusivo e original de ser da natureza humana. Ela é *ontologicamente constituída pela temporalidade*. Nós somos, ao mesmo tempo, existência que resvala incessantemente para o passado (imutável, irreformável e inatingível por nossas decisões) e também existência ainda não realizada, que prevê e antecipa seus projetos e impossível de ser por nós inteiramente predeterminada. Daí nosso oscilar entre a existência presente, a passada e aquela ainda a realizar-se.

*A existência humana, portanto, é não-coincidência consigo mesma*. Diversamente do que ocorre com todos os outros entes, está sempre se ultrapassando numa *imagem futura de si*. Seu ser está diante dela, na *perspectiva da realização de sua causa final, que é a primeira na intenção e a última na realização*. Este é o modo de existir do ser humano: natureza consciente, em parte já determinada e em parte ainda não realizada. Sendo *consciente e indeterminada*, esta existência é *livre e responsável por sua construção*.<sup>1</sup>

5. Aprofundando o que vem de ser afirmado, podemos concluir que, dentre os seres existentes, o homem é o único em condições de ter, não apenas sua própria atividade, à semelhança de outros seres vivos, mas a si mesmo como objeto de sua consciência, o que o distingue dos outros animais, incapazes de separarem-se de sua atividade. A atividade do animal não reclama, para que se efetive, qualquer adesão, por parte dele, à objetivos ou fins que se tenha proposto, como lhe é impossível recusá-la ou omitir-se. *Seu dever é uma determinação total*. Onde ser o animal um ente imerso no mundo da necessidade, fechado em si mesmo, vivendo um tempo sem ontem e sem amanhã, todo ele apenas presente, e um presente esmagador e implacável, sem alternativas. Por força de tudo isso, *o mundo é, para o animal, apenas um suporte para o seu viver biológico, um mundo ahistórico, que ele não pode construir nem transformar, sim e unicamente sofrer-lhe a presença e a influência - um lugar para estar, nunca uma provocação para ser*. O homem é diferente. Tem consciência de sua atividade e de suas circunstâncias. *O centro de suas decisões situa-se nele mesmo. O seu agir resulta de finalidades que se propõe ou que lhe são propostas e às quais adere*. O ambiente é algo que dele se destaca, é objeto, não apenas suporte biológico do seu viver, *sim o lugar onde realiza a sua existência, transformando-o e impregnando-o com a sua presença criadora, colocando-o como objeto do seu conhecer e do seu agir*.

6. Com base nessa evidência, em termos muito esquemáticos, pode-se distinguir o *mundo da necessidade do mundo da liberdade*. No primeiro, todo o existente se situa, inclusive o homem, parcialmente. No segundo, apenas o homem desponha, porque somente ele é capaz de se

colocar alternativas e optar por uma delas. *Somente ele pode valorar, prever, decidir, prover e transformar.* Há, por conseguinte, uma dimensão do existente na qual os fenômenos ocorrem com tão elevado índice de probabilidade que se pode afirmar submeterem-se a leis necessárias – determinismo – o que os situa no mundo da causalidade, em que certo fato prévio atua como causa e um fato posterior ocorre como consequência (efeito). Ao lado dela, e por força da presença do homem no Universo, somos obrigados a considerar uma segunda ordem de coisas. Aqui, dado um fato anterior, nenhum fato posterior dele decorrerá necessariamente, reclamando-se, para que haja nexos entre o antecedente e o consequente, a intermediação do homem. *Entre a causa e o efeito se interpõe o homem e sem sua adesão ou participação o efeito não se produzirá.* Cumpre distinguir, portanto, duas dimensões da realidade: numa, o mundo do *ser*, onde as relações se dão em termos de causalidade e a necessidade se apresenta como nota dominante; noutra, o mundo do *dever ser*, em que as relações se processam em termos de imputação e a liberdade (vontade) é a nota dominante. O homem, precisamente porque é consciência de si e consciência do mundo, porque é um corpo consciente, vive uma relação dialética entre seus condicionamentos e sua liberdade. Co-participa, bela, trágica e desafiadoramente, do mundo da necessidade e do mundo da liberdade. Por força disso, está inexoravelmente condenado a assumir a responsabilidade pelo seu existir, o que levou Sartre, no seu ceticismo antropológico, a qualificar de maldição a liberdade. Se maldição ela é, é maldição irremediável. *O homem não é uma criatura que pode querer, ele é, antes de tudo, uma criatura que precisa querer.* Ser livre é estar vivo na condição humana, pois, sem a liberdade, a criatura humana apenas pode sobreviver em nível inferior ao do animal, porque, mutilado em sua humanidade, fica desprovido da força e da segurança do animal, que se apóia na sabedoria inconsciente dos instintos.

7. A liberdade, em sua essência, antes de se traduzir como poder de realizar quanto se quer, é, em verdade, tragicamente, a ausência de suficiente informação biológica do homem a respeito de quanto lhe cumpre fazer. O animal *sabe* o seu agir. O homem *precisa se propor* o seu agir.

Por isso mesmo ele é livre, tanto no momento em que persegue determinados objetivos e os alcança como, por igual, quando os objetivos propostos se frustram no instante de sua realização. Cumpre, pois,

distinguir o *ser livre* e o *viver a liberdade* que se é, porque se somos livres no momento do querer, poderemos ter nossa liberdade obstaculizada no momento do fazer, o que não a elimina, apenas a condiciona. Obstaculizada tanto por limites que nós mesmos lhe impomos, com nossas opções, como por aqueles que a Natureza coloca ou lhe são colocados pelos outros homens. Daí apresentar a liberdade duas dimensões indissociáveis: a que se relaciona com o indivíduo – ser pessoal e único – dizendo de perto com o denominado e tão pouco conhecido e explicado *livre-arbítrio*, e uma segunda, referida às relações de interação do homem com a Natureza, com seus semelhantes e com os obstáculos que tais relações põem a sua liberdade. O cerne de toda a problemática que vem de ser focalizada reside, portanto, na faculdade do homem que denominamos de *liberdade*, à qual se associa, de modo ineliminável, o imperativo da *opção*. O agir do homem é sempre fruto de uma seleção de alternativas, por força da indeterminação que está na origem de seu atuar.

*Agindo, estamos sempre optando, fazendo acontecer o que não seria se não tivéssemos feito acontecer. E isso nos torna responsáveis.* Nenhum ato humano é gratuito, porque a ele sempre se associa (salvo situações patológicas ou excepcionais) uma escolha que vincula o agente ao resultado de sua atividade. Mesmo quando, ceticamente, recusamos qualquer sentido para a Vida e para o Homem, só a mais radical insensatez negará a exigência que lhe é imposta de, agindo, colocar-se alternativas e decidir-se por uma delas. Como dito por Marion (personagem do filme de Wim Wenders *Himmel über Berlin*, que em inglês tomou o título de *Wings of desire* e entre nós denominou-se *Asas do desejo*) como dito por ela, na sua ânsia de definir algo que tenha um sentido universal, para além de certa época e de certo lugar particular: *"Pode não haver destino, mas há por certo decisão"*.<sup>5</sup>

8. Essa exigência posta à atividade do homem, que a distingue da dos outros animais, caracteriza-a como *ação*, um agir à base de opções, a que se associa, necessariamente, o problema da *responsabilidade* do agente. No caso dos fenômenos naturais, encontramos-nos em presença

5 Apud de David Harvey, *Condição pós-moderna*, Ed. Loyola, 1993, p. 277.

de ligações causais. O fenômeno causa precede, no tempo, o fenômeno efeito. Na ação, há também nexos entre um fenômeno que a precede (antecedente) e a situação que a ela se segue (consequência). A ação humana, sem dúvida, nem é desordenada nem caótica, nem simples atividade ou movimento. Ela se realiza em conformidade com *razões*, vale dizer, com *motivações* (ou com *móveis* situados antes da ação) *intencões* (orientação da ação dirigida para o futuro) e *objetivos* (estado de coisas por ela visado). A par disso, possui também *efeitos* visíveis, quando não é uma ação puramente interior. O que importa, contudo, é saber-se a ligação entre as *razões* e os *efeitos* da ação é do mesmo tipo que a ligação causal. Se for possível detectar alguma diferença, ter-se-á demonstrado que há na ação um elemento irreduzível à análise causal, ou seja, a um determinismo puro e simples. A *razão* da ação comanda seu desdobramento até o momento em que o efeito é posto, e isso poderia levar a concluir-se que, de certo modo, há uma implicação do efeito nas *razões* da ação, portanto, um elo necessário entre as *razões* e o efeito. Se a *razão* que me levou a subir numa árvore para colher um fruto foi a fome que experimentava, a fome foi a causa desta minha ação, sem dúvida. Se aprofundarmos, entretanto, nossa análise, descobriremos que *o elo existente entre as razões da ação e seu efeito é de natureza lógica ou conceitual; por conseguinte, não se trata de um elo de natureza causal.*

Uma vez concluída a ação (colhida a fruta e comida) seu resultado e suas razões encontram-se simultaneamente presentes. Assim, podemos dizer que há entre as razões e o resultado uma conexão lógica, visto como não seria lógico pensarmos que, sem mudar sua intenção, o agente poderia agir contrariamente às razões de sua ação. *Se um agente tem certa razão para agir, agirá em conformidade com esta razão. Se age de outra forma, é porque mudou sua intenção durante o percurso. Mas se mudou sua intenção, não são mais as mesmas suas razões de agir.*

9. No exemplo dado, se considero que o risco de cair da árvore supera a minha necessidade de matar a fome e desisto de colher a fruta, fez-se presente uma *razão nova*, que se associa a um *efeito novo* (desisti de subir na árvore, conseqüentemente não colhi a fruta). É impensável que, considerando o risco de cair mais imperioso que a fome, seja compelido a permanecer agindo em conformidade com a primeira opção. *O efeito jamais será consequência de uma razão inicial que se fez*

*necessária, sim, daquela que permanece eficaz por força de minha opção.* Observa-se, portanto, haver certa necessidade afetando a conexão entre as razões da ação e seu efeito, mas esse elo é de natureza puramente lógica, não causal. Na relação causal *dado A será B*, não há bifurcação possível. Se aquecer a água, ela se tornará vapor, necessariamente. A ação humana, ao contrário, só pode intervir no curso do mundo em pontos em que a bifurcação é possível. *O que é próprio do agente humano é que ele é capaz de produzir uma situação que não se produziria sem sua intervenção.* A situação na qual o agente começa a agir é uma situação que comporta uma bifurcação; sem essa intervenção do agente, ela teria levado a uma nova situação *S*; mas a intervenção do agente fá-la evoluir para uma outra situação *S'*. Enquanto na relação causal a causa *C* determina o efeito *E*, necessariamente, na ação, a situação *S* comporta consequências variadas, *C', C'' ou C'''*, e a opção do agente que faz com que uma dentre elas se torne consequência efetiva. No exemplo dado, posso aquecer a água, congelá-la ou bebê-la etc. Ela se fará gelo, vapor ou alimento em função de minha opção. Agindo, portanto, o homem transforma o *poder ser* (conjunto das alternativas que a situação concreta possibilita) em *dever ser* (a alternativa selecionada e que o homem se impõe, ou que lhe é imposta ou que ele impõe aos outros).

10. Essa especificidade da ação põe necessariamente o problema da *responsabilidade*. A partir do momento em que a ação é confrontada com uma situação de indeterminação, na qual alternativas são possíveis, a decisão por uma delas vincula o resultado ao querer do agente. A indeterminação deixou de existir em virtude de iniciativa que só dependeu do agente. O que quer que ele tenha feito, qualquer que seja o critério utilizado em sua decisão, poderemos dizer que se tal efeito se produziu foi porque tal iniciativa foi tomada. Neste sentido, a responsabilidade se relaciona com as ações que já foram realizadas (refere-se ao passado).

Podemos ir mais longe, entretanto, e evocar situações de grande densidade existencial engajando o futuro, *especialmente situações em que de nossa iniciativa depende o que acontecerá a um outro.* Também nessa dimensão se faz presente a responsabilidade. Numa situação dessa natureza, há questionamento de um elo pessoal e questionamento de um certo futuro. A noção de responsabilidade adquire, aqui, particular relevância. Ser ou se sentir responsável significa encontrar-mo-nos numa

situação de responder por algo. Na verdade, só teremos que *responder* por algo diante de alguém. Mas responder por quê? e diante de quem?

Ainda quando problemáticas as respostas a estas perguntas, é inelutável a afirmativa no sentido de que *ou respondemos por nossos atos ou a convivência social se inviabilizará radicalmente*.

11. *Se o ser humano pode experimentar algo como um sentimento de responsabilidade, é porque se descobre a si mesmo, em sua ação, como um ser partilhado, como que cindido interiormente. Num certo sentido, ele já é o que podia ser, de certo modo sendo igual ao que é. Por outro lado, porém, em outro sentido, ele só existe à maneira do devir, ainda não é o que pode ser, aquilo que é chamado a ser, não sendo plenamente o que é.*

Portanto, tudo indica que existe no ser humano uma tensão interior fundamental entre o ser, tal como ele é dado no presente a si mesmo, e o ser tal como ele aparece a si mesmo, como ser futuro. O que é típico dessa tensão, como acentua Jean Ladrière, de cuja obra recolhemos as reflexões precedentes, é que o ser futuro não constitui, relativamente ao ser presente, um ser exterior, pois, de certa forma, já existe no presente, no ser atual, a título de uma exigência. Ora, é justamente isso que fundamenta a responsabilidade. Sentir-se responsável por si mesmo é sentir a exigência do ser futuro, vale dizer, a exigência da realização de si, a exigência de ter que superar essa dualidade em virtude da qual o ser do homem jamais lhe é dado *senão como apelo a si mesmo*. A realização do ser futuro é o advento desse momento em que a espera será satisfeita, em que ele terá respondido ao apelo. *O ser humano é, ao mesmo tempo, um ser atualmente advindo e um ser ainda a vir, apenas prometido a si mesmo. A ação é precisamente a iniciativa que se situa entre esses dois componentes do ser. É aquilo que, progressivamente, preenche o intervalo que os separa.*<sup>6</sup>

12. Tentarei traduzir essa reflexão em termos mais simples. O homem tem perfeita e permanente consciência de um tempo passado, de um tempo presente e de um tempo futuro. Igualmente sabe que o passado é irrecuperável e o futuro incerto. O que aconteceu deixou de ser, sem

6 *Ob. loc. cit.*

retorno. O presente é o agora, mas um instante fugidio, porque, em verdade, o minuto anterior já é passado e o que se seguirá é futuro, carregado de interrogações. O futuro, portanto, apresenta-se a ele não como algo pronto, em direção ao qual pode dirigir-se com segurança, mas este próprio devir estará marcado pelo desafio das muitas opções de que se constituirá. Em verdade o homem é um ser impossibilitado de pensar o presente sem os condicionamentos do passado e sem envolver nessa cogitação o tempo futuro, até porque é sempre futuro, na perspectiva das *razões* que ditaram seu agir, o *efeito* perseguido por sua ação. Não há, pois, um *sujeito* passado, presente e futuro, sim, um único e mesmo sujeito que entrelaça no seu agir o passado, já vivido, o presente, que vive, e o futuro que será comprometido com o seu viver de ontem e de hoje, sobre o qual não tem nenhum poder decisivo. Porque é assim, o homem faz História, refletindo sobre o que foi e tentando prever, pretendendo predeterminar o que será, sempre aberto ao inesperado e ao imprevisível.<sup>7</sup>

E isso que se dá com o homem em suas relações com os acontecimentos, também ocorre na dimensão de sua subjetividade. Somos, hoje, o resultado do que fomos ontem e sabemos que o nosso modo de ser amanhã será em boa parte plasmado pelo que deliberarmos nesse sentido. Daí podermos dizer, como foi expresso antes, que *o ser humano é, ao mesmo tempo, um ser atualmente advindo e um ser ainda a vir, apenas prometido a si mesmo*. Um permanente *estar-se fazendo*, ser inconcluso, processo. Jamais algo pronto e acabado, mas um sujeito que se autoconstroi permanentemente, emprestando sentido ao seu agir e significação a tudo aquilo com que se relaciona, sempre em termos provisórios, incompletos, mutáveis.<sup>8</sup>

13. Direcionemos nossa reflexão, agora, para outra evidência, associada à condição humana. O homem é um ente polarizado entre a exigência de ser sujeito (singularidade) e a necessidade, para sê-lo, da interação com seus semelhantes (pluralidade). Somos, assim, liberdade

7 A respeito, ver Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método, II* - Salamanca, Ed. Sígueme, 1992, pp.133-143.

8 Ricardo Jardim Andrade, *A cultura: o homem como ser no mundo*, em *Fazer filosofia*, Ed. Uapê, 1994, p. 36.

que pede realização porém que, para realizar-se como tal, paradoxalmente, tem que se deixar limitar, possibilitando a realização da liberdade do outro, sob pena de se inviabilizar qualquer liberdade. E isso nos faz socialmente responsáveis. A responsabilidade de cada ser humano para consigo próprio é indissociável, diria mesmo somente cogitável, em face da responsabilidade que ele tem para com outros homens. Trata-se, pelo fato mesmo de cuidar-se de uma solidariedade que o liga com todos os homens, também de uma solidariedade que o vincula à totalidade do mundo, de uma responsabilidade com relação a tudo quanto existe. Tendo-se feito *criador*, obrigado a interagir com o que por ele não foi criado, torna-se responsável pelas repercussões de quanto ele cria em face de todos e de tudo quanto lhe foi *dado*, ou seja, de tudo quanto por ele não foi criado. Nossa responsabilidade, portanto, se dá em face do outro, melhor diria, de todos os *outros*. Corolário disso é a necessidade de se definir a melhor conduta (ação adequada) com o objetivo de ordenar o que por si só não se ordenará — a convivência social. O homem precisa definir qual a melhor conduta individual e também qual a mais indicada em termos sociais, tendo em vista os fins que elegeu. Situamo-nos, aqui, na dimensão *ética* da existência humana, impondo-nos selecionar entre *fins* que se colocam para nós como alternativas. Para isso também se nos impõe selecionar os *meios* mais adequados para o objetivo perseguido, que qualificamos como dimensão *técnica* de nossa atividade. Podemos, portanto, concluir que nós, homens, somos livres e responsáveis, mas, por igual, prisioneiros de um passado imutável, que não podemos fazer diferente, e de um futuro imprevisível, que interrogamos e não nos responde com segurança. Somos livres, mas não absolutamente; somos impotentes, mas não absolutamente. Nisso o drama, e um drama que teremos de representar e do qual somos necessariamente protagonistas, ora improvisando, ora nos mantendo fiéis ao *script* que nos foi confiado.

14. Hannah Arendt,<sup>9</sup> com sua genial acuidade, afirma ser indispensável compreendermos o homem em suas três dimensões, inelimináveis, que convivem e conviverão sempre em nós, ainda que com predominância diferenciada, essas atividades são o *labor*, o *trabalho* e a *ação*, todas

fundamentais, porque a cada uma delas corresponde uma das condições básicas mediante as quais a vida foi dada ao homem na Terra. O *labor* é a atividade que se vincula ao processo biológico do corpo humano e nisso em nada nos distinguimos dos outros animais. A condição humana do *labor* é a própria vida, o nutrir-se e o metabolizar os alimentos para que ao corpo se proporcione o crescimento e a sobrevivência. Mas, enquanto todos os animais permanecem prisioneiros desse ciclo, o homem, o *animal laborans*, escapa a sua difícil situação como prisioneiro do ciclo interminável do processo vital e da eterna sujeição do labor ao consumo.

Isso se dá pela mobilização de uma outra capacidade humana — a *capacidade de fazer, fabricar e produzir*, que é atributo do *homo faber*, o qual, como fazedor de instrumentos, não só atenua as dores e as fadigas do labor, como erige um mundo de durabilidade. A redenção da vida, mantida pelo labor apenas em nível de sobrevivência, se dá pela *mundanidade*, mantida pela fabricação. Ao trabalho do corpo, o homem associa o trabalho de suas mãos, direcionado por sua mente. Fazendo-se *homo faber*, construtor do *Mundo*, mantendo-se inelutavelmente na Natureza, o homem se transforma, contudo, em um destruidor da Natureza. O *animal laborans*, que, com o próprio corpo e a ajuda de animais domésticos, nutre o processo da vida, pode ser o senhor e amo de todas as criaturas vivas, mas ainda é servo da Natureza e da Terra. Só o *homo faber* se comporta como amo e senhor de toda a Terra. Tudo que o homem produz com seu trabalho, ele reifica (materializa algo que inexistia antes como tal). A solidez inerente a todas as coisas, até mesmo às mais frágeis, resulta do material que foi trabalhado; mas esse mesmo material não é simplesmente o dado e disponível, como os frutos dos campos e das árvores, que podemos colher ou deixar em paz, sem que com isso alteremos o reino da Natureza. O *material*, ao contrário, já é um produto das mãos humanas, que o reitor de sua natural localização, seja matando um processo vital, como no caso das árvores que têm que ser destruídas para que se obtenha a madeira, seja interrompendo alguns dos processos mais lentos da natureza, como no caso do ferro, da pedra ou do mármore, arrancados do ventre da terra. Aqui se faz presente um elemento de violência.

15. Não cessa aí, entretanto, a atividade do homem. Projeta-se ela numa terceira dimensão, a mais significativa, que ela denomina de *ação*. Aqui, não é mais a Natureza ou o Mundo, com seus integrantes naturais,

<sup>9</sup> *A condição humana*, Ed. Forense Universitária e outras, 1981, Caps. III a V.

que está em jogo, mas o especificamente humano, o exclusivamente humano — a palavra, o discurso, a comunicação. A pluralidade humana, diz Hannah Arendt, é a condição básica da ação e do discurso e ela, pluralidade, tem o duplo aspecto da igualdade e da diferença. *Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferísse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender.* Com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. Ser diferente, entretanto, não equivale a ser outro — ou seja, não equivale a possuir essa curiosa qualidade, a alteridade, comum a tudo quanto existe. Em sua forma mais abstrata, a alteridade está presente somente na mera multiplicação de objetos inorgânicos, ao passo que toda vida orgânica já exhibe variações e diferenças, inclusive entre indivíduos da mesma espécie. Só o homem, porém, é capaz de exprimir essa diferença e distinguir-se; *só ele é capaz de comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa* — como sede, fome, afeto, hostilidade ou medo. No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, torna-se *singularidade*, e a pluralidade humana é a *paradoxal pluralidade de seres singulares*. A ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas na específica condição de homem, em sua singularidade. Enquanto laboramos, colocamo-nos em igualdade com todos os animais. Enquanto trabalhamos, permanecemos vinculados à Natureza e nela nos inserimos. Mas na ação, no discurso, na palavra e na comunicação, somos exclusivamente humanos, situamo-nos naquela dimensão que nos singulariza na série de todos os entes, marcamos nossa presença específica no existente.

16. Retomando, para aprofundar, o que já foi precedentemente enunciado, recordemos que o homem se relaciona com objetos sob diferentes perspectivas. Alguns são o que são por origem e função, sem que para isto se faça necessária a existência do homem e o operar do homem. São aqueles que subsistiriam sendo, caso o homem desaparecesse da face da Terra. A isto denominamos de Natureza. Um animal,

uma planta, uma montanha, um arroio, tudo isso é e permaneceria sendo, mesmo quando inexistisse o homem. Ele dá nome a esses entes e os percebe, presta-lhes significação, mas não é aquele nome nem esta significação que lhes confere a existência. Sem o homem não haveria árvore, enquanto nome, significação, mas haveria a substância que o homem percebe e nomeia como árvore. Algo existiria, pouco importa que sem nome e sem significação. Ao lado destes, há uma série de objetos que inexistiriam se inexistisse o homem. Operando sobre a Natureza, ele cria objetos que, se mantendo Natureza enquanto substância, têm a significação, o sentido e a função que o homem lhes empresta. Criados que sejam, entretanto, revestem-se de autonomia, o que lhes permite *ser independentemente do homem*, subsistindo como Natureza modificada. Denomino de *produtos* estes objetos, resultado do *trabalho* do homem operando sobre o que a Natureza lhe proporciona. O animal é utilizado como força motriz, a árvore fornece a madeira que possibilita os móveis, o mesmo podendo ocorrer com os minerais e quanto se ofereça ao homem como *matéria ou material*.

A o lado destes, há outros objetos do saber e da reflexão do homem, com repercussão sobre seu agir, que não se revestem do caráter de Natureza (porque sem o homem inexistiriam) nem se apresentam sob a forma de produto de seu trabalho (porque não subsistem sem o homem e apenas são enquanto processados pelo homem). Dizem respeito estes objetos apenas à convivência humana e se fazem necessários em virtude da exigência fundamental que temos de *emprestar sentido e significação ao nosso agir e ao nosso conviver*. Operando sobre o que integra o mundo físico (matéria, material) o homem, pelo trabalho, transforma o *dado* pela Natureza em algo que, sendo *produto*, permanece matéria, vinculada ao ser que lhe foi dado pela Natureza. Matéria revestida de significação, de sentido, cumprindo uma função que lhe é atribuída pelo homem, porém matéria. A árvore de que faço tábuas não existe para isto, mas o homem pode destiná-la para isto. Se a madeira não é a cadeira que com ela se faz, a cadeira, mesmo enquanto *produto*, ainda é madeira (árvore morta) como a árvore (viva) de que proveio; e subsiste como tal, depois de produzida e dissociada do processo de sua produção, porque é matéria.

No operar o homem com o que produz sociedade, as coisas se passam diversamente. Aqui, o agir humano se dá em termos de comunicação, expectativas compartilhadas, inexistindo a *matéria ou o material*

no sentido que se dá ao termo; e se de algum *produto* se pode falar, será ele constituído pelo *sentido compartilhado* (comunicação).

17. Onde situar o Direito, objeto de nosso interesse no momento? Parece-nos incontestável não constituir ele um objeto dado ao homem pela Natureza. Também se mostra evidente que, sendo *produzido* pelo homem, não se reifica, como se dá com os *produtos*, frutos do trabalho do homem.

Situa-se, pois, no universo do *discurso* e da *ação*, somente existindo enquanto discurso e comunicação, linguagem, processo, fazer, operar. Ontologicamente (diria melhor, onticamente) portanto, nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. O jurídico é *sentido* e *significação* que os homens emprestam a determinados atos seus, para ter atendida certa imprescindível e específica necessidade da convivência social. Daí, com manifesto propósito de causar impacto, costumam dizer que o Direito não é sólido, nem líquido, nem gasoso. É desprovido de estrutura atômica ou molecular, incapaz de ser compreendido, portanto, como animal, vegetal ou mineral. Conseqüentemente, não nos é *dado* como Natureza, nem o homem pode criá-lo em termos de *produto*. Isso afirmo para conscientizar as pessoas de que o Direito não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico) *sim elaborado pelo homem, mas incapaz de reificação - tornar-se produto - , só existindo enquanto produzido*. É sempre o *resultado* do agir comunicativo dos homens, um fazer setorial no fazer comunicativo global que é a sociedade, jamais se reificando, jamais se entificando, dissociado do processo de sua produção porque jamais dissociável do querer humano, tanto para ser enunciado quanto para ser aplicado. Ao pensar o *Direito*, ingressamos numa dimensão diferente (nova) da realidade. Antes, o mundo do *ser* - da matéria e da concreção, onde operam o labor e o trabalho; agora, o mundo do *dever ser*, dos valores, da ética, construção do homem, um tecido de *comunicações*, realidade indissociável da *compreensão* e do *querer* humanos, e que somente é enquanto fruto de uma vontade que o concretize, incapaz de ser faticamente e subsistir dissociado do(s) sujeito(s) e de seu *querer*. A cadeira, enquanto madeira, é, sem que sobre isso a vontade do homem tenha qualquer espécie de poder. A função e a estrutura da árvore decorrem de um *querer* (passe o termo) que denominamos de *lei natural*. Quando a madeira é

tornada cadeira, passa a desempenhar função que lhe foi *atribuída* pelo querer humano, indispensável, inclusive, para conservá-la como tal. Dissociada da função que o homem lhe atribuiu, é *madeira*, árvore morta, possível de ser usada como lenha ou simplesmente não ter serventia, ou revestir-se de *significação* e *função* novas que o homem lhe haja atribuído. Só associada ao querer humano, que lhe imputa a função específica, é cadeira. Com o Direito, também *produto* do operar do homem, tudo se passa diferentemente. Aqui, o produto jamais se reifica, adquire autonomia e se dissocia de seu produtor; mais que isto, só existe e dele se pode falar, em termos de efetividade, enquanto associado ao seu produtor e enquanto processo.

18. Para ajudar um pouco a compreensão do que vem de ser afirmado, evoco a música. Ela inexistente como fenômeno, realidade sensível, fora do processo de sua produção. Quando o cantor silencia, quando o *virtuoso* deixa de tocar seu instrumento, tudo cessa. A música não é mais como realidade objetiva. A partitura na qual foram consignadas as notações musicais, que permitem reproduzir a melodia por outrem que não o seu criador ou primitivo executor, *não é melodia, não é som, não é música, nem harmonia, nem acordes*. É inexistência para o ouvido e para a sensibilidade do homem, mera possibilidade, um *nada* sem o homem capaz de fazer ressurgir, desse nada, a melodia *formalizada* mediante notações musicais após sua criação. Cada vez que se reproduzir a melodia, esta reprodução será de algum modo também um ato de *criação*, porque marcado pela personalidade e pela técnica do intérprete. Algo, sem dúvida, semelhante ao que já foi, antes, como produto, não igual, contudo, inclusive passível até mesmo de ser desfigurada pela incompetência do executor. Também o Direito não é o texto escrito, nem a norma que dele formalmente se infere, nem os códigos, nem as consolidações, nem as leis, nem os decretos, nem as portarias, nem os tratados e monografias. Tudo isso é silêncio. Tudo isso são apenas possibilidades e expectativas. O Direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana. No exemplo da cadeira, o trabalho de quem a fabricou foi um instrumento, meio, utilizado para produzi-la, mas que, uma vez produzida a cadeira, se torna de todo prescindível para a *existência* do produto e sua utilização (funcionalidade). Com a música, tudo é diferente. A melodia não é algo

que se *dissocie* do processo de sua produção e do produtor, porque ela só consegue existir, como realidade (*praxis*), associada a um e a outro.

Dizer-se que, nesse contexto, o processo de produção musical é um instrumento, um meio, no mesmo sentido em que isso foi dito com relação às ferramentas, máquinas e procedimentos empregados na fabricação da cadeira, será incorrer-se em erro de graves consequências. *Aqui, o processo é algo que integra o próprio ser do produto, tem com ele uma relação orgânica, não instrumental.* Sem o processo, não há o produto, e só enquanto há processo há produto. A excelência do processo é algo que diz, necessariamente, com a excelência do produto e o produto só adquire entificação enquanto é processo, um querer dirigido para o *criar* o produto e *mantê-lo* sendo. Destarte, se o Direito é apenas depois de produzido, o *produzir* tem caráter integrativo, antes que instrumental e se faz tão substancial quanto o próprio *dizer* o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de sua produção, que sobre ele influi em termos de resultado. *O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito.* Retornaremos a esta reflexão e a aprofundaremos ao longo deste trabalho.

19. Sintetizando e concluindo. Todo saber é um saber do homem e saber para o homem. Objeto deste saber são as coisas com que o homem se relaciona, quer as que lhe foram *dadas*, quer as por ele *produzidas*.

Quando procura saber a respeito do que lhe foi dado, prevalece a indagação sobre o que *é* aquilo que se quer conhecer. Já no âmbito do produzido pelo homem, sobrelevam as perguntas *por que e para que*.

Inexistindo o Direito como algo dado ao homem (não é animal, nem vegetal, nem mineral, não é encontrado no estado sólido, nem no líquido, nem no gasoso, é desprovido de estrutura atômica ou molecular) o saber que dele faça seu objeto deve responder, precipuamente, a indagações sobre o seu *por que e para que*. Nessa linha de preocupação, o que ressalta como evidência é a especificidade da condição humana. O homem é um ser vivo que, ao contrário de todos os demais, tem a si próprio como objeto de sua atividade e do seu conhecimento. Dotado de faculdades que denominamos de razão, consciência, vontade, liberdade, o homem é um ser condenado a optar, isto é, dispor sobre sua própria atividade. Agindo, o homem faz acontecer o que, sem sua ação, jamais teria acontecido. Este dado coloca o problema de sua responsabilidade

que, por força de sua socialidade, leva-o a responder perante seus semelhantes por seus atos. Daí o Direito ser necessário como disciplina da liberdade, para fazê-la possível ao homem convivente, tomado responsável por seu agir em relação a todos quantos com ele convivem.

Evidenciou-se, entretanto, que o Direito, como produto do fazer dos homens, jamais se coloca na classe daqueles objetos criados pelo homem, operando com os materiais que a Natureza lhe proporciona, e que, uma vez criados, se reificam, adquirem autonomia e de certo modo são reincorporados à Natureza. O Direito é produzido pelo homem naquele nível de sua atividade específica, que denominamos de *ação*, mediante a qual atribui significação e dá sentido a quanto existe e com ele se relaciona, inclusive a sua experiência subjetiva e comunicação intersubjetiva. O sentido e a significação jamais se reificam nem adquirem autonomia do produtor e do processo de sua produção. A relação entre o processo de produção do Direito e o que dele resulta como produto, seja sob a forma de enunciado, seja em termos de decisão (dizer o Direito e aplicar o Direito) não é, portanto, de caráter instrumental, meio-fim, como se dá no âmbito dos produtos do trabalho do homem, sim de natureza substancial, orgânica, integrativa, como ocorre necessariamente no âmbito da *ação* especificamente humana. O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isso nos adverte de que o Direito nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito ou acabado. O Direito é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.

## DIREITO E CONFLITO. RELAÇÕES DO JURÍDICO COM O ECONÔMICO

20. Como já foi dito precedentemente, quando refletimos sobre o que existe apenas porque o homem foi seu criador, nosso conhecimento só será possível se previamente identificarmos o *por que* e *para que* foi criado o que colocamos como objeto de nossa reflexão. É conhecido que o Direito não é *dado* ao homem, mas por ele *produzido*, prioritário será para conhecê-lo, indagarmos *por que* e *para que* o homem o produz, sem dele poder prescindir. Partimos, também aqui, de algo que nos parece evidente. *O Direito, em última instância, é sempre decisão de conflitos de interesses.*

Mesmo quando pensável como juízo a respeito de algo, não é como e enquanto juízo que ele cumpre sua função e opera sobre a realidade, no concreto da convivência humana. Ele é relevante quando se reveste da forma de *decisão*, juízo prescritivo dotado de impositividade. Comparta, sem dúvida, análise de outras perspectivas, todas elas, entretanto, para se legitimarem e se fazerem úteis, convergirão necessariamente para o nuclear do jurídico – decisão de conflitos com impositividade.<sup>1</sup>

21. O homem exercita sua capacidade de optar por vários modos e com diversos objetivos. Decidimos para definir a melhor conduta que devemos individualmente seguir. Decidimos para determinar qual o comportamento socialmente adequado em face de situações ou acontecimentos concretos.

Decidimos sobre que meios adotar, tendo em vista o resultado que pretendemos obter. Todas essas decisões, entretanto, embora decisões,

<sup>1</sup> Proveitosa a leitura do trabalho de Luis Diez Picazo, *Experiências jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, 1973, Capítulo I.

situam-se fora do campo do jurídico, estritamente reservado para *decisões que tenham por objetivo a composição de conflitos de interesses, cuja solução se retirou dos que nele estão envolvidos, ou que por meio deles não lograram solução*. Esta é outra evidência que, a meu sentir, contribui para perfeita compreensão do jurídico. *Se inexistissem conflitos na sociedade, o Direito seria de todo descartável*. Fosse a solução dos conflitos deixada sempre a cargo dos próprios protagonistas, também seria dispensável. *O Direito se faz necessário, conatural, mesmo, a toda sociedade humana, porque determinados conflitos que nela se instauram não podem ser resolvidos proveitosamente sem que isso se dê mediante uma solução institucionalizada, para o que se retira dos contendores o poder de compô-los unilateralmente*. Daí se dizer que *o Direito é decisão com impositividade*, isto é, decisão capaz de ser imposta aos contendores, independentemente de estarem eles ou não acordes com ela. Por força disso, antes de ser um específico modo de pensar, é um peculiar modo de dispor, um *dispor prático* sobre a realidade. Enquanto puro pensamento, simples juízo descritivo ou prescritivo, o Direito ainda não é, salvo como *pura idéia*. O Direito concretiza-se no momento em que, sob a forma de decisão, dispõe sobre as relações sociais e logra efetivar as conseqüências desejadas, ou está potencialmente em condições de fazê-lo. Sem dúvida que nem todos os conflitos gerados pela convivência social têm sua solução efetivada mediante o Direito, mas o Direito é sempre prevenção ou composição de conflitos, cuja especificidade, como se apreciará melhor adiante, é a intermediação do poder político institucionalizado. Se não privilegiarmos esta conotação, o jurídico esgarça-se de tal modo que se despre de toda funcionalidade. Vida social e conflito são indissociáveis e o conflito é pressuposto necessário do jurídico.

22. Conflito implica colisão ou confronto de vontades. Em sentido lato, podemos dizer que há conflito sempre que à liberdade do homem se opõe um *obstáculo*. Teoricamente, no exercício de sua liberdade, o homem é capaz de formular-se qualquer objetivo e seu projeto de vida poderia conter quantas opções se propusesse, as quais, em si mesmas, não ofereceriam, para sua formulação, qualquer empecilho. No momento de sua realização, entretanto, esta possibilidade ilimitada se defronta com inúmeros e variados obstáculos. O mundo físico é o primeiro deles. Nada impediria que o homem descesse elevar-se, por exemplo, acima do solo,

como os pássaros, mas este seu querer encontrou um óbice natural no fato de estar biologicamente desprovido dos meios que lhe possibilitariam a realização deste propósito.

*Situações-obstáculo* colocadas pela Natureza, o homem, através dos tempos, tem porfiado por eliminá-las mediante a ciência e a técnica. Buscando discernir como operam os fenômenos físicos, utiliza-se deste saber para contornar ou neutralizar os empecilhos que lhe são postos, alcançando os objetivos que se propôs e seriam inatingíveis sem este conhecimento. O mundo moderno é, neste sentido, um tempo maravilhoso da história humana.

23. Sabemos, entretanto, que nossa liberdade não se realiza em termos exclusivamente pessoais, porquanto outra realidade inafastável, também relevante, é a de que não existe o *homem*, sim o *homem convivente*, a sociedade dos homens, a espécie humana. Se a *liberdade* é a marca eminente de nossa condição individual, a *socialidade* é a de sua humanidade. Destarte, as opções que compõem o projeto de vida de uma pessoa podem ser factíveis em termos naturais, por inexistirem obstáculos físicos que se lhe contraponham, mas, no entanto, depararem-se com impedimentos de outra ordem, como os que resultam do confronto de liberdades que colidem (conduta em interferência intersubjetiva), por inconciliáveis, em vista de seus propósitos. *São as situações-obstáculo derivadas de ato do homem (conflitos de interesses) e que só o homem pode, remover mediante o uso da força ou da persuasão*. Neste espaço é que o Direito opera é nele é que encontra sua justificação.

24. O que leva os homens a colocar obstáculos ao exercício da liberdade de seus semelhantes? A resposta só será encontrada se identificarmos o que motiva a ação humana. A física ensina que, em razão da lei da inércia, todo corpo tende a manter-se estável, enquanto uma força não atua sobre ele.

Que força será a que incide sobre os seres vivos e tira-os da inércia, inviabilizando-lhes o *ser- assim* permanentemente? A força, que compele os seres vivos a agir, recebeu o nome de *necessidade*. Por isso já foi dito que viver é experimentar necessidades: *um estado de carência, de falta insuperável que impulsiona os seres vivos na direção do bem capaz de eliminá-la*. Nos vegetais, uma de suas manifestações é o *tropismo*, que faz a planta inclinar-se na direção da luz, que lhe assegura a vida.

Nos animais, é chamada de *instinto*, que os aparelha com um saber inato e adequado para sua sobrevivência. No homem, este animal que já se disse ter sido abandonado pela Natureza, é tudo quanto informa o imperativo de sua opção, tudo que ele põe como objeto do seu *querer*.<sup>2</sup> Poderíamos simplesmente *necessitar* como ocorre com todos os seres vivos e aprisionarmos nesse exíguo espaço nossa existência. Assim não se dá. Marca-nos o desafio, ou a tragédia, de sermos capazes de criarmos nossas necessidades. A sensibilidade dos poetas já evidenciou esta dramaticidade. Fernando Pessoa deplora: *Ah, como os mais simples dos homens! São doentes e confusos e estúpidos! Ao pé da clara simplicidade del' E. saúde em existir! Das árvores e das plantas!* Também Cecília Meireles nos convida a sermos qualquer coisa serena, isenta, fiel, *onda que se esforça por exercício desinteressado, / igual à pedra detida sustentando seu demorado destino / e à nuvem leve e bela vivendo de nunca chegar a ser, / à cigarra, queimando-se em música, / ao camelo que mastiga sua longa solidão, / ao pássaro que procura o fim do mundo, / ao boi que vai com inocência para a morte*. Conclui, entretanto, cedendo ao inelutável, porque, para sermos assim, reconhece ela, precisaríamos *ser como não são o resto dos homens*. Para nosso bem ou para nosso mal, precisamos fugir dos desafios de viver a liberdade que somos implicar em renunciarmos a nossa própria condição humana.

25. Os estudiosos divergem, em seus posicionamentos, no tocante ao problema das necessidades. Tentaremos aqui uma apertada síntese do problema, valendo-nos, em grande parte, do pensamento de Maria José Añón Roig.<sup>3</sup> As necessidades são estados de dependência ou, em outros termos, expressão da relação de dependência do homem com respeito ao mundo ao qual pertence. O exame do processo de objetivação, como veículo da ação humana, põe em relevo a relação de intercâmbio entre o homem e seu meio, relação que lhe permite realizar certas condições de existência.

2 Descartamos a discussão sobre ser a vontade uma realidade ou uma ilusão. No espaço do saber jurídico ou aceitamos o postulado da vontade como capacidade de opção pelo homem, ou ele se inviabilizará.

3 *Necesidades y derecho - Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, particularmente, pp. 190-193.

Isso significa que a dependência do homem com seu mundo é especificamente humana ou, em outras palavras, *as necessidades remetem a uma atividade especificamente humana, a ação humana, vinculada à ordem das objetivações sociais e culturais*. Por força disso, um conceito de necessidade extrapolado a partir de um modelo organicista (biológico) mostra, imediatamente, diversas insuficiências. Em primeiro lugar, porque *nem a existência de necessidades nem sua satisfação podem ser explicadas de acordo com processos mecanicistas, homeostáticos e instintivos*. Entre outras razões, *porque os estados motivacionais centrais superam em muito suas funções homeostáticas, e precisamente a dissociação dessas duas esferas é o que permite a "autonomia funcional" dos motivos superiores, como motivos capazes de orientar o comportamento*. Em outros termos - o homem é organismo vivo, como tal objeto de estudo da biologia, mas nele inteligência, sentimentos e afeições convivem e não têm resposta satisfatória no estrito campo biológico. *Suas necessidades, portanto, ultrapassam as exigências meramente físicas e fisiológicas que experimenta e para explicá-las precisamos transcender o biológico*. Pode-se, inclusive, questionar se os homens experimentam, efetivamente, necessidades puramente naturais, assim consideradas as vitais, de matriz exclusivamente biológica que compartilhamos com outros animais, *ou se nossas necessidades são, todas elas, marcadas por conotações de natureza cultural*. Na relação refletida, a consciência desempenha papel essencial, razão por que a própria necessidade vital é objeto de condicionamentos culturais e, eventualmente, recriada. Uma necessidade vital, como a de alimentar-se, a civilização torna-a etiqueta, requinte ou, no mínimo, exigência de preparação do alimento, sua apresentação de modo adequado e atendendo às vezes a um ritual revestido de sacralidade. O mesmo ocorre com o vestuário, com a necessidade de morar, sem esquecer que muitas vezes a necessidade vital é sobrepujada pela necessidade de matriz cultural, como se exemplifica com o jejum em termos de protesto ou como prática religiosa, que afronta o instinto de sobrevivência, como o afronta o sacrifício da vida em nome do amor à pátria ou por fidelidade a certos ideais.<sup>4</sup>

4 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Teoria do poder - Sistema de direito político - Estudo juspolítico do poder*, Ed. Rev. dos Tribunais, Livro I, Parte I.

26. A par disso, cabe lembrar que, em relação ao homem, o condicionamento do meio é apenas relativo, já que os seres humanos não são infinitamente maleáveis, visto como, se a natureza humana é *plástica*, não cabe pensar seja possível *incorporar* a ela qualquer coisa. O homem sofre, sem dúvida, a ação do meio em que vive e é por ele condicionado parcialmente, mas pode nele interferir e moldá-lo para atender a suas necessidades. Destarte, se nos adaptamos ao meio, também o adaptamos a nós. O animal ou se adapta ao meio ou perece, inclusive as espécies animais se vinculam a determinado *habitat*. Não há ursos brancos na Amazônia, mas há homens tanto nos trópicos quanto nas zonas glaciais.

Interagimos com o meio ambiente ativamente e o adaptamos para nossa sobrevivência. Outrossim, o modelo do organismo vivo só contém necessidades em sua forma mais elementar, isto é, como expressão de uma carência. Neste sentido, foi evidenciada a inadequação que tem lugar quando se identifica, sem maiores considerações, necessidades e carências. Acrescente-se, ainda, que as necessidades não têm apenas uma origem fisiológica, mas também radicam no fato da socialidade humana, de modo que seu núcleo originário é também psicológico e social. *Como mostram as teorias da motivação, os processos psicológicos geram um conjunto de sensações, nem sempre definidas, que podem não ter significado até que sejam interpretadas através de interações simbólicas; e essas interações permitem observar como o mundo sociocultural adquire prioridade com respeito à ordem biológica, em relação ao comportamento humano.* Por outra parte, as necessidades crescem em complexidade e diferenciação, entre outras coisas, como consequência das modificações que experimentam as formas de reconhecimento dos seres humanos como sujeitos da necessidade. Finalmente, ainda que estas observações não esgotem todas as diferenças, haveria que chamar a atenção sobre o caráter que tem a resposta a uma necessidade humana, já que, por elementar que ela seja, não se detém na esfera impulsiva ou meramente reativa, mas dá lugar a uma ação humana. *As necessidades humanas, por conseguinte, não são produto de um determinismo mecanicista, sob a forma de instintos ou impulsos, antes constituem expressão da capacidade do ser humano de transcender os limites de sua existência e deixar sua marca no mundo exterior, formado de acordo com os fins que elege.*

27. Tentemos tomar mais compreensível quanto afirmado. Poderemos ter como primeira e sólida conclusão a de que se experimentamos necessidades cuja matriz é estritamente biológica (o que é questionável) dizendo mais de perto com o fato de nossa sobrevivência, não são estas necessidades as mais relevantes, sim as carências que os homens experimentam em decorrência de fatores psicológicos e sociais. Daí alguns cientistas do espírito distinguem *necessidade e desejo*, reservando aquele termo para as carências de base biológica, designando o segundo as que têm matriz cultural. Necessidade, em sentido estrito, portanto, seria a carência básica, que diz com a sobrevivência e por nós comparada com outros animais: sede, fome, apetite sexual etc. A par delas, o homem experimentaria, também, *necessidades que ele se põe, como ser capaz de propor-se o seu próprio agir, livre do determinismo decisivo dos instintos – os desejos*. O desejo nasce, disse-o Michel Serres, “além da necessidade, depois do apaziguamento do corpo e dos sentidos”.<sup>5</sup> A psicanálise mais recente, reelaborando o discurso freudiano, faz a mesma distinção entre desejos e necessidades mais vitais. Estas visam objetos imediatos, capazes de satisfazer as tensões de nosso organismo – sede, fome, apetite sexual etc. O desejo, entretanto, busca o *prazer*, não a satisfação; “é um dinamismo insaciável, sempre à procura de *algo mais*, sempre atraído pelo mistério, sempre insatisfeito com o *dado*, como lembra Ricardq Jardim Andrade, afirmando não ser real, mas irreal, o objeto do desejo. Move-se no rêgistro do sonho, da fantasia ou do que Freud denominou de “realidade psíquica”. Há sempre uma incongruência entre o que o desejo demanda e o que ele efetivamente alcança. Daí os deslocamentos incessantes; as infinitas substituições imaginárias e simbólicas, já que o verdadeiro objeto jamais é alcançado. Mas este vazio, esta falta, que é o desejo, longe de ser uma tendência negativa, um tropismo enlouquecido, seria a fonte de nossa cultura, a raiz da função simbólica, sem a qual o homem deixaria de ser homem”.<sup>6</sup>

28. Cumpre advertir, por outra parte, que *as necessidades não podem se identificar com seus modos de satisfação ou com os objetos aos quais se dirigem*, já que as necessidades não constituem uma situação

5 O contrato natural, Ed. Nova Fronteira, 1991, p. 73.

6 Texto mimeografado.

em relação a um objeto, *sim uma mediação entre o objeto e a carência*, através da ação humana. Estas duas esferas devem permanecer separadas, porquanto isso tem importantes consequências na hora de se atentar para o problema do alcance normativo das necessidades. Mas se é possível referirmo-nos à categoria de necessidades com independência dos objetos ou meios de satisfação, *resulta, contudo, extremamente difícil explicar o que seja uma necessidade sem se apelar para a insatisfação que produz esse "estado" que denominamos necessidade*. Como se comprovou, qualquer definição de necessidade que pretenda descrevê-la como elemento diretamente observável em todos os seus extremos defronta-se com numerosas dificuldades, razão pela qual, na prática totalidade dos casos, socorrem-se os que sobre isso refletem da *busca de indícios ou critérios relacionados com uma situação de necessidade*. Para este fim, *tomar-se em consideração certos efeitos negativos dos quais as necessidades seriam expressão, pode ser visto como denominador comum a quase todas as concepções sobre necessidades humanas*. Seja através da forma elementar que define o termo carência, ou a partir do conceito de insatisfação como fator capaz de englobar um amplo leque de situações, tais como patologias, frustrações, mal-estar, angústia, perturbação etc., ou, finalmente, a partir do conceito de dano ou sofrimento, o que se pretende é pôr em relevo uma das dimensões mais importantes das necessidades — *quando falamos de necessidade, ocupamo-nos de uma relação entre um bem e determinado sujeito que experimenta uma carência que será eliminada mediante a apropriação desse bem*. Não pode, portanto, ser identificada a necessidade com a coisa apta para satisfazê-la, nem com o estado de carência experimentado pelo sujeito, *antes é o resultado da conjunção desses dois elementos mediante um vínculo que por muitos é denominado de interesse*, termo com que exprimimos esta capacidade de o homem propôr-se necessidades.

29. *Interesse seria a necessidade que se tornou consciente e cuja satisfação passou a ser desejada (menos a necessidade real que a necessidade sentida)*. Por força dessa dimensão psicológica dos interesses, o ser humano está sempre inclinado a considerar e eleger como interesses todos os tipos de necessidades; vitais ou derivadas, reais ou imaginárias, materiais ou abstratas, racionais ou emocionais. *Em resumo, inexistem limites para os interesses humanos*. Seriam eles projeções

conscientes e não, necessariamente, reproduções fiéis das necessidades que estão às suas raízes, sejam elas vitais ou derivadas. A consciência é tão traçozeira, enfatiza-se, que pode despertar interesses antagônicos às próprias necessidades reais do homem, tanto no plano individual como no coletivo.

Em consequência, não é raro que ele se empenhe por alcançar resultados que, a final, lhe serão prejudiciais. *O interesse não pressuporia, conseqüentemente, o necessitar; sim o querer — a intenção de agir para satisfazê-lo — vinculando-se à vontade*. O necessitar pressupõe o sentir. O interesse, o querer. De matriz individual, evoluiria como interesse coletivo e adquiriria características próprias: passaria a ser um padrão de demanda e de suas expectativas de satisfação.<sup>7</sup>

30. A consideração de que as necessidades são estados que atuam como mediadores entre a esfera interna e externa da personalidade levou, em alguns casos, a sustentar serem elas algo assim como situações patológicas ou de desintegração da personalidade, que se manifestam como tais, em nível pessoal e social, quando insatisfeitas, embora estas situações não tenham uma raiz exclusivamente psicológica mas também sócio-cultural. O conceito de *dano ou sofrimento* com que se conceitaria a noção de necessidade faz referência àquilo que, experimentado por um ser humano, origina uma degeneração permanenté de sua qualidade de vida e de sua integridade física e/ou moral. O conceito de necessidade inclui, portanto, um elemento de necessidade prática derivado de sua vinculação à idéia de dano ou sofrimento, que nos põe, imediatamente, em relação com outra dimensão deste conceito: *a inexistência de alternativas racionais ou práticas para eliminar o dano ou sofrimento experimentado*. Este aspecto é o que permite caracterizar as necessidades como *situações incontornáveis*. Sem embargo, as necessidades, assim entendidas, não estão relacionadas com estados de carência concretos, como também a experiência de sua satisfação não constitui um prazer isolado, *só podendo ser entendidas dentro do complexo de fatores que constituem a conduta humana*. Este último aspecto permite resolvermos o problema de quem são os sujeitos das necessidades. Parece evidente

7 Diogo de F. M. Neto, *ob. loc. cit.*

que eles são os *individuos*, ainda quando este ponto de partida não desaboque numa concepção individualista de necessidades. Por outra parte, sustentar que os sujeitos das necessidades são os indivíduos, não implica aceitar que a satisfação das necessidades possa ter lugar sem o contexto social. *Os seres humanos, enquanto indivíduos, desenvolvem sua consciência sobre as necessidades em um dado meio social e grande parte delas são satisfeitas através desse meio social, mas elas não podem refletir-se ou articular-se senão a partir do indivíduo.* Ou seja, mesmo que falemos em necessidades coletivas, sociais, de interesse público, social ou geral, em verdade só o indivíduo experimenta necessidades e elas só podem ser satisfeitas satisfazendo-se o sujeito que as experimenta.

31. O caráter incontornável das necessidades e a exigência de que sejam avaliadas considerando-se as variáveis que podem nela influir, de modo a que seja possível verificar se, em determinado lapso de tempo, um ser humano virá a sofrer dano irreparável, caso permaneça sem satisfazer à necessidade em questão, situa-nos frente a uma faceta a mais das necessidades e que, por outra parte, contribui para descartar a identificação entre necessidade e simples *pulsão* provocada por uma carência, *dado que resulta imprescindível levar-se em conta, por igual, a dimensão da temporalidade. O tipo de resposta exigida por uma necessidade jamais pode ser mera reação imediata e isolada frente ao aparecimento de certas "sensações"*. Pelo contrário, o tratamento que as necessidades requerem é, portanto, o questionamento realista de alternativas racionais, afeta diretamente a previsão e a realização de condições que permitam articular as necessidades.

32. A conjugação dos elementos anteriores possibilita chegar, finalmente, a um conceito, ainda que nenhum dos mencionados fatores seja capaz, por si só, de explicar o que seja uma necessidade. De acordo com quanto exposto, entende Maria José Anón Roig que *necessidade é uma situação ou estado de dependência, predicado sempre de uma pessoa, que tem um caráter incontornável (insoslayable), visto como experimenta um sofrimento ou um dano grave, e essa situação vai manter-se exatamente nas mesmas condições, por inexistir uma alternativa racional e prática que não seja sua satisfação. realização ou cumprimento. A idéia de sofrimento ou dano concorre, pois, junto com os traços indicados. incontornabilidade e ausência de uma situação*

*alternativa ou impossibilidade de uma situação futura substitutiva de acordo com uma previsão a mais realista possível. Como já assinalado, estes elementos terão que ser ponderados conjuntamente e é sua interseção o que remete à idéia de que estamos em presença de um bem não negociável ou de uma situação em circunstâncias não negociáveis que não apontam para nenhuma outra alternativa real.*<sup>8</sup>

33. Que podemos recolher do precedentemente analisado para favorecer a compreensão do Direito? Em primeiro lugar, o convencimento de que o viver e o conviver dos homens se processam muito mais em função de seus desejos que estritamente em decorrência das necessidades (em sentido estrito) por eles experimentadas e que esses desejos é que os motivam para construir e destruir civilizações. A esta dimensão dos desejos, que podemos denominar de positiva, contrapõe-se uma dimensão são negativa. Dada a ausência de limites naturais a sua sociabilidade e

8

A conclusão de Maria José Roig é precedida de uma longa e minuciosa análise dos posicionamentos mais significativos a respeito do tema das necessidades, com ênfase em Hegel, Marx e Agnes Heller, autores que acentuam a dimensão social das necessidades, transitando para Me Dougall, fundamentador das necessidades em bases biológicas, indo até os marcadamente psicologistas, como Freud, para concluir com Marcuse, Fromm, Murray e Maslow, que privilegiam a dimensão psico-social-cultural das necessidades. Dos primeiros, recolhe a visão das necessidades como relação de dependência do homem com o mundo a que ele pertence, relação dialética em que, mediante os processos de objetivação, o homem modela um mundo que, por sua vez, o modela. Rejeitando qualquer fundamentação exclusivamente organicista, acolhe entretanto a dimensão biológica da necessidade, mas indissociável da *psíqué* e da racionalidade humanas, que permitem ao homem transcender os limites de sua existência e deixar no mundo as marcas de sua determinação e de suas opções. Dá relevo, entretanto, à ineliminável dimensão social das necessidades, reconhecendo que se elas têm os indivíduos como sujeitos, sua satisfação é impensável fora do contexto social e sem sofrer, em sua determinação, a influência do social. Conclui entendendo a necessidade, no que lhe é mais específico, como um sentimento de dano, de sofrimento, de carência e de perda que se distingue, entretanto, dos impulsos e das paixões, porque exige uma dimensão de temporalidade, vale dizer, deve durar, sendo, por outro lado, incontornável, isto é, expressando carências duradouras, a par da impossibilidade de sua satisfação por algo alternativo, presente ou futuro, determinável em termos racionais. Enfim, um bem insuscetível de negociação ou uma situação em circunstâncias inegociáveis que não apontam para nenhuma outra alternativa real.

determinabilidade, operam os desejos em contraposição com a impossibilidade material de satisfazê-los em sua plenitude, tanto no pertinente a cada homem como relativamente a todos os homens. Enquanto é impossível para o homem beber mais água do que a necessária para matar-lhe a sede e seu estômago suporta, porque, ultrapassado este limite, o beber água se torna sofrimento, algo intolerável, o mesmo podendo ser dito no tocante a outras carências básicas, no âmbito dos desejos tudo se passa de modo diferente. *No mundo dos desejos, cada homem é seu próprio limite.* O querer possuir terras, dinheiro, mulheres, roupas, automóveis, badulaques e quinquilharias desconhece um limite natural de saturação. Somos nós que pomos *fronteiras ao país de nossos desejos*, ou os outros é que o limitam, coercitivamente, para assegurar a satisfação de seus próprios desejos. Neste campo, portanto, as limitações são sempre resultado de deliberações do homem, frutos de sua auto-disciplina ou da imposição forçada de sua regulação por parte de outros sujeitos, dotados de poder para isso.

34. Sintetizando e concluindo. Pressuposto necessário do Direito é o conflito. Inexistissem conflitos na convivência social e o Direito seria descartável. Há conflitos porque o móvel da atividade humana — as necessidades experimentadas pelos homens — não logram plena satisfação em virtude dos muitos condicionantes que no particular operam. Não sendo *naturais* todas as necessidades que os homens experimentam mas também, e predominantemente, *culturais*, a Natureza está desaparelhada para satisfazê-las. O homem, contudo, tem condições de operar sobre ela em termos de fazê-la produzir bens ou fornecer-lhe os materiais de que carece para criar produtos destinados à satisfação das necessidades e desejos humanos. Isso ele logra pelo trabalho, utilizando-se de instrumentos e procedimentos que a ciência e a técnica lhe permitem elaborar e produzir. Por si só, entretanto, ele é incapaz para tudo isso, consequentemente, dependem os homens uns dos outros, são necessariamente interdependentes. Não só incapazes, sozinhos, para isso, mas também, mesmo associados, também incapazes de produzir tudo quanto exigido para satisfação das necessidades e desejos de todos os homens. Disso resulta conviverem necessariamente com a *escassez* (pouco importa se relativa ou absoluta), isto é, com um ineliminável déficit de bens em relação às necessidades e desejos experimentados pelos homens, indivi-

dual e socialmente. *A escassez dos bens, a interdependência dos homens, a indeterminação dos desejos e sua insaciabilidade são fatores que se casam para determinar ocorram permanentemente conflitos na convivência social, cuja solução se faz necessária, em nome da própria sobrevivência coletiva.* De um lado, cumpre organizar a produção de bens (divisão do trabalho social), de outro, dada a escassez, imperativo também organizar-se o processo de apropriação do produto do trabalho social. Porque ineliminável o desatendimento dos desejos de alguns, sempre potencialmente ameaçador, pela insatisfação que mobiliza para a resistência, garante-se a efetividade e funcionalidade do processo econômico mediante o uso de instrumentos de persuasão e coerção, dentre os quais o Direito assume papel relevante. Retiramos dessa reflexão o convencimento da necessária correlação do jurídico com o econômico, o que desautoriza sua compreensão em termos estritamente formais, como pura norma ou juízo. O Direito fenomenaliza-se no conflito, associado à solução institucional que lhe é dada, e estrutura-se não como fato estritamente econômico, político, ético ou jurídico, sim como um substrato existencial que exige seja compreendido e vivido necessariamente em *todas essas dimensões.*

## DIREITO E PODER. A DIMENSÃO POLÍTICA DO JURÍDICO

35. Há duas assertivas que, por força do tempo e de sua constante repetição, se tornaram lugares comuns: *o homem é um animal social e o homem é o lobo do próprio homem*. Aparentemente contraditórias, elas na verdade se somam para expressar a condição humana. Somos criaturas incompletas, incapazes de realização pessoal sem a aceitação de nosso semelhante, paradoxalmente vocacionados para sermos *um com os outros* (interação, solidariedade etc.) permanecendo, entretanto, *um em meio aos outros*, sentindo-nos inéditos e irrepetíveis. Este *eu* exige que nos compele-nos a ser *um contra os outros* e impede-nos de ser *um para os outros* de modo pleno e constante, disso resultando carências e conflitos, competições e confrontos. A síntese deste processo dialético é a vida de cada qual de nós e a dos grupamentos humanos, oscilando entre o mais e o menos desses extremos. Em resumo, a realidade é a do necessário *viver convivendo, cooperando e conflitando*. *Nessa inevitável existência de conflitos e na imperiosa exigência de tê-los resolvido com efetividade está a raiz do jurídico*. Mantendo-nos fiéis à sistemática até aqui adotada, retomaremos algumas reflexões anteriores, avançando, em seguida, no que nos propomos – demonstrar o ineliminável condicionamento do Direito ao econômico, político e ideológico.

36. O dado mais imediato que se impõe a nossa consciência é o nosso ser individual, o homem concreto e singular que somos. Experimentarmo-nos como *sujeitos* é exigência da condição humana. Tornar-se adulto é precisamente descobrir-se como *um*. A par disso, nosso corpo é que experimenta o sofrimento, nosso psiquismo é que tece o nosso imaginário, nossa vontade é que nos move para realizações e nossos serão os sonhos e as esperanças que emprestarão sentido ao nosso sobreviver. Como indivíduos é que também morremos, encerrando o *aparecer* de

algo que nos precedeu e nos sucederá inelutavelmente. Só o homem, enquanto indivíduo, tem destino. E somente ele sabe de sua própria morte. Nada se pode tentar compreender, conseqüentemente, enquanto homem e sobre o homem, sem se levar em conta o homem que compreende e aquele a quem se destina a compreensão. O pensar, em qualquer de suas manifestações, como o conhecer e o julgar, são atividades específicas do homem e só compreensíveis a partir dele e se colocadas a seu serviço.

37. Ao lado dessa evidência, entretanto, há uma outra, que, por igual, se impõe - a sociedade. É no espaço social que se realiza nossa condição humana. Hominizamos-nos socializando-nos. A condição humana e a socialidade do homem estão necessariamente entrelaçadas: o *homo sapiens* é sempre, e na mesma medida, o *homo socius*. Como acentuou Hannah Arendt, quando o homem se entrega ao puro pensamento, por qualquer razão que seja e independentemente do assunto, ele vive completamente no singular, ou seja, está completamente só, como se o Homem, e não os homens, habitasse o planeta, mas nossa fé perceptiva - como a designou Marleau-Ponty, nossa certeza de que o que percebemos tem uma existência independente do ato de perceber, depende inteiramente do fato de que o objeto aparece também para os outros e de que por eles é reconhecido. Sem esse reconhecimento tácito dos outros, não seríamos capazes nem mesmo de ter fé no modo pelo qual aparecemos a nós mesmos.<sup>1</sup>

38. A abertura para o mundo que somos, enquanto liberdade (ser individual) cumpre-se, portanto, e inevitavelmente, no contexto fechado que é a ordem social. Duas evidências que se impõem e não podem ser ignoradas: uma dada ordem social precede qualquer desenvolvimento individual orgânico; o que importa o reconhecimento de que a ordem social apropria-se, previamente e sempre, da abertura para o mundo que somos como liberdade, como indivíduo, embora esta abertura, esta liberdade sejam intrínsecas à constituição biológica do homem. Destarte, é possível dizer-se que a abertura para o mundo, biologicamente intrínseca, da existência humana, é sempre, e na verdade deve ser, transfer-

1 A vida do espírito. O pensar, o querer e o agir, Ed. Relumi Dumara, 1991, p. 37.

mada pela ordem social em um relativo fechamento ao mundo, ainda quando este fechamento (enclausuramento) nunca se aproxime do fechamento da existência animal, quando mais não seja, por causa do seu caráter humanamente produzido e, por conseguinte, artificial, o que não impede, entretanto, na maioria das vezes, seja ela capaz de assegurar a direção e a estabilidade para a maior parte da conduta humana.<sup>2</sup>

39. Estas duas evidências suscitam o problema cuja solução é decisiva para todo o nosso pensar sobre o homem. O que precede ou o que deve prevalecer, o indivíduo ou a sociedade? O indivíduo, carregado de destino, marcado pela consciência de ser um dentre os outros? Ou a sociedade que o precede e conforma, se não de modo inelutável, mas sempre em termos significativos, dado que sua humanização só se cumpre sendo ele um com os outros? A procura de predominância ou exclusividade parece constituir tarefa inútil. Indivíduo e sociedade se imbricam dialeticamente e de forma essencial, podendo-se afirmar, com Castoriadis, que nessas relações entre a sociedade instituída, que ultrapassa infinitamente a totalidade dos indivíduos que a compõem (mas que só pode ser efetivamente realizando-se nos indivíduos que ela fabrica) e esses indivíduos, podemos ver um tipo de relação inédito e original, impossível de pensar sob as categorias do todo e das partes, do conjunto e de seus elementos, do universal e do particular etc. Criando-se, a sociedade cria o indivíduo e os indivíduos em e pelos quais somente ela pode ser efetivamente. A partir da psiquê, a sociedade instituída faz a cada vez indivíduos - que como tais não podem fazer mais nada a não ser a sociedade que os faz.<sup>3</sup> Dizendo em termos mais simples - a sociedade nos conforma, sem dúvida, e significativamente, devemos, entretanto, ter sempre presente que ela, sociedade, não é algo dado aos homens, sim um complexo tecido de comunicações por eles engendrado, conseqüentemente também por eles conformável. A sociedade que no presente nos influencia e modela não existiu sempre e necessariamente como ela é hoje e o que é agora foi resultado de muitas opções humanas

2 Peter L. Berger e Thomas Luckmann, *A construção social da realidade*, Ed. Vozes, Cap. II.

3 *O mundo fragmentado - Encruzilhada do labirinto*, Ed. Paz e Terra, 1984, pp. 122-123.

que teceram, ontem, a rede de comunicações que a constitui. Destarte, também a sociedade de amanhã vai depender de nossas opções no presente, pelo que estamos sempre em condições de fazer com que as coisas mudem, sempre aptos para remodelar a sociedade que moldará nossos filhos, e somos responsáveis por isto.

40. A imagem que melhor traduz, para mim, a dialética entre o indivíduo e a sociedade é a do tecido. Ele é algo em si mesmo, dotado de especificidade, impossível de ser identificado com ou equiparado aos fios de que se compõe. Ele é, entretanto, algo necessariamente constituído de *fios*, fios que não perderam sua identidade e sua especificidade por haverem produzido o tecido. É necessário atentarmos, contudo, para o fato de que se colocarmos fios em disposição horizontal, paralelos uns aos outros, *sobre* eles dispendo, verticalmente, outros fios, também paralelos uns aos outros, porque meramente *sobrepostos*, porque não perderam algo de sua individualidade, nada produziram de novo e consistente. Não haverá *tecido*, somente fios superpostos, sem consistência, sem unidade, sem coesão, sem função. Caso procedamos de modo diferente, colocando os fios horizontais, alternativamente, ou *sob* ou *sobre* os fios verticais, eles vão se entrelaçando e dando vida a algo novo, consistente, funcional, mais poderoso que os fios de que foi tecido. Nós, indivíduos, somos os fios. Se simplesmente nos juntarmos, jamais seremos tecido – sociedade. Para sê-lo, será necessário interagirmos, aceitando estarmos ora *sob* e ora *sobre* os outros, mas sempre a serviço do objetivo maior – criar *tecido*, *sociedade*, algo diferente e novo que nos ultrapassa e nos enriquece, que nada seria, entretanto, sem cada qual de nós, como fio, como indivíduo, que como tal permanece, irredutivelmente, em que pese a *novidade* do que foi produzido com nossa interação.

41. O homem apresenta, como já salientado, duas características fundamentais, que devem servir de ponto de partida para tudo quanto lhe diga respeito – a *liberdade* e a *socialidade*. Ele é livre porque tem o poder de optar, colocar-se objetivos, ao invés de tê-los impostos pelo determinismo da espécie. É livre porque não biologicamente programado. A socialidade é consequência da inviabilidade de cumprir-se a condição humana sem o relacionamento com os outros. Todos estamos acordes em que é impossível pensar o homem fora da sociedade. Também é convicção comum a todos nós que a socialidade do homem resulta não

de uma deliberação sua, sim de um imperativo que tem suas raízes na própria condição humana. Há necessidade de associarmos-nos por imposição biológica (a reprodução), por exigências psicológicas (a linguagem, a comunicação, a transmissão do conhecimento) e por condicionamentos materiais (cooperação para atender, num nível mínimo satisfatório, às necessidades que experimentamos – naturais e culturais). A associação dos homens com esses objetivos, por seu turno, dá-se de modo ordenado. Ainda quando diferenciados em termos de complexidade e estrutura, os grupos sociais são sempre um conjunto de indivíduos e de atividades que interagem, configurando o que, em sentido amplo, podemos denominar de *organização*. Estamos, pois, diante de mais uma evidência – os homens se organizam para conviver, não simplesmente se juntam. Organizam-se para que haja mais racional, por conseguinte melhor atendimento de suas necessidades (aspecto positivo) mas, por igual, o fato de se organizarem leva à hierarquização de homens e interesses, institucionalizando-se a desigualdade (aspecto negativo) que reclama coordenação e submissão de vontades, somente possível mediante a *institucionalização do poder político, donde ser impensável a organização sem a existência de um centro de poder*.<sup>4</sup>

42. Reflitamos, agora, sobre este novo dado – o *poder*. É ele fenômeno presente em toda sociedade. Esqueçamos as muitas divergências existentes a respeito do que ele seja. Trabalharemos com o poder entendido como *capacidade, para qualquer instância que seja (pessoal ou im pessoal) de levar alguém (ou vários) a fazer (ou não fazer) o que, entregue a si mesmo, ele não faria necessariamente (ou faria talvez)*.<sup>5</sup> Se a sociedade é pressuposto essencial da condição humana, o poder, devemos também reconhecê-lo, é pressuposto essencial à sociedade. Caso conviver seja um mal, será um mal necessário. O mesmo ocorre com o poder – se ele for um mal, é um mal inevitável. O poder, como adverte Foucault, não é uma substância, algo que se detém, sim uma relação. Também com ele podemos aceitar que o poder se estende a todas

4 Proveitosa a leitura do livro de Bertrand Russel, *O poder*, Zahar Ed., 1979, particularmente os capítulos 11 e 13, que cuidam da biologia das organizações e de suas relações com os indivíduos.

5 Cornelius Castoriadis, *ob. cit.*, p. 21.

as relações sociais, formando uma intrincada rede de micropoderes, mas, como adverte Lebrun, convém perguntar-nos se Foucault, ao enfatizar em seu microscópio os mil pequenos poderes que nos prendem sem o sabermos, não estará se precipitando em depreciar a matriz *ordem/obediência* (eu tenho poder, portanto, você não o tem) fonte do poder político?<sup>6</sup> É deste *macro poder* que cuidaremos aqui e é ele que interage com o Direito. É ele *poder político*, enquanto organizador da coerção, que assegura, em última instância, a efetividade da ordem (social) de dominação (ou controle) instituída. É *poder econômico*, ao institucionalizar determinado modelo de divisão do trabalho social e de apropriação do produto desse trabalho, o que proporciona ao poder político seus pressupostos materiais. É *poder ideológico* ao promover o consenso, procurando legitimar-se (justificação) aos olhos dos dominados. A interação dos três é necessária para a existência da ordem social, operando o Direito como instrumento que lhe empresta segurança em face dos possíveis riscos de desconformação individual ou social do modelo institucionalizado.

43. O poder tem a antiguidade do homem, reconhecem todos quantos dele se ocupam, manifestando-se de modo abrangente e sob várias modalidades. Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>7</sup> aponta-lhe os seguintes sentidos: a) No *antropológico*, origina-se num diferencial de capacidade, sempre presente, dada a natural desigualdade entre cada ser humano, diferencial que a vontade pode utilizar para produzir efeitos que não ocorreriam espontaneamente. Sua etiologia prende-se, portanto, à teoria das necessidades e se interpenetra na psicologia, com a teoria das atitudes. b) No *sociológico*, o poder é o princípio motor da instituição, o acréscimo energético, o *quantum* que faz do costume uma instituição, tornando-a impositiva para organizar o meio social segundo uma idéia. c) No *político*, é um elemento diferenciador caracterizado pela relação *comando/obediência*, a energia que move os indivíduos e as instituições e que, uma vez concentrado como *poder estatal*, passa a constituir a energia suprema que o Estado retira da sociedade nacional, para empregar na consecução de seus fins. d) No *jurídico*, finalmente, o poder é a

6

O que é o poder?, Ed. Brasiliense, p. 21.

7

Ob. loc. Cit.

própria energia criadora do Direito, que contém, em si, a promessa da realização da idéia social que o representa. Acrescentaríamos e) o *ideológico*, como o que, mediante mecanismos de convencimento, legitima o próprio poder, em todas as suas manifestações.

44. A par desses vários sentidos em que podemos analisá-lo, cumpre ressaltar que se o poder é conatural ao homem e nele tem a sua fonte e sede original, apresenta-se, contudo, de modo distinto de pessoa para pessoa, quantitativa e qualitativamente. Não existem duas pessoas rigorosamente iguais e com maior razão infinitamente diversas apresentam-se as relações de poder. *Dada uma relação interpessoal qualquer, aí estará sempre presente um certo grau de poder. Porque impossível existir identidade de poderes em cada pólo da relação social, resulta que uma das pessoas relacionadas terá sempre um diferencial de poder a seu favor. Conseqüentemente, em termos de poder, nenhuma relação é absolutamente equilibrada.* Em outras palavras, numa relação interpessoal, o poder assenta no diferencial de capacidade que, acionada por uma vontade, possibilita a produção de efeitos desejados pela parte dominante. Sejam quais forem, absolutamente considerados, os poderes individuais relacionados, o poder só se manifesta e só se exprime no diferencial existente.<sup>8</sup>

45. Opera, às vezes, um diferencial biológico (força, rapidez, acuidade, destreza) e em outras oportunidades diferenciais psicológicos (experiência, persuasão, medo, raciocínio, temor reverencial, conhecimento). O poder que se tem depende, conseqüentemente, muito mais desses tipos de vantagens relativas de que disponha o agente, do que de um diferencial físico. Finalmente, a consciência relacional se expande a todo o contexto do grupo, dando origem aos diferenciais sociológicos, tais como a influência, a liderança, os laços familiares e, ao cabo do processo, a todas as modalidades de autoridade institucionalizada. *O poder passa, então, a depender das vantagens relativas decorrentes dos vários papéis desempenhados pelo agente na sociedade.* Estes diferenciais sociológicos, por sua própria natureza os mais complexos, conotados que estão ao universo das situações institucionais, podem ainda

sub-diferenciar-se, para efeitos de sistematização, em *diferenciais econômicos* – que resultam de disponibilidade de riquezas na sociedade, capacitando alguns, por compra ou escambo, a obter bens e serviços de outros – e *diferenciais políticos*, que derivam da disposição institucional do poder de decisão sobre o grupo, capacitando alguns a obter, suasórias ou coercitivamente, certas prestações ou sujeições de outros.<sup>9</sup>

46. Em qualquer dessas manifestações, acentue-se, é da essência mesma do poder a exigência de sua efetividade, sem o que deixaria de existir como poder. Ele se traduz sempre em *ato* e é de absoluta irrelevância enquanto mero juízo ou enunciado, como é de todo inadequado cogitar-se da existência de poder desprovido de meios asseguradores de sua efetividade, desparelhado do diferencial que faz prevalecer a vontade do agente. Daí caber a indagação de se uma idéia pode ser dotada de poder. Será admissível falar-se em força (poder) de uma norma? O que ocorre no caso, esclarece Diogo de Figueiredo, é que se confunde poder com valor. O poder é instrumental em relação ao valor. Quando dizemos que uma idéia *tem poder*, queremos dizer que seu *valor* tem condições de aglutinar *poder*. Trata-se de uma expressão metafórica. Se nos concentrarmos na característica da efetividade – essencial ao poder – tudo se esclarece ainda mais – uma idéia, como uma norma ou qualquer valor *per se*, não são capazes de efetividade. Tudo dependerá do homem que os acolhe em sua vida concreta, emprestando-lhe sua *vontade* e dotando-os de uma energia social capaz de levá-los a prevalecer no grupo. Daí falarem muitos autores, tratando da efetividade das prescrições jurídicas, em *vontade de Constituição, vontade de legalidade* etc. como a reconhecer que, segundo já enfatizado precedentemente, enquanto puro juízo, a norma é um quase nada jurídico, mera partitura à espera do intérprete e executor que a recupere como melodia e dos que se propõem a ouvi-la e com ela interagir, simples potencialidade enquanto não *atualizado* o que meramente enunciou. Esta reflexão é fundamental para compreendermos o jurídico, curando-nos da fantasia de falarmos em Direito antes de sua produção e aplicação e fora do processo de sua produção e aplicação, como se lidássemos com objetos materiais ou produtos da atividade do homem suscetíveis de reificação.

9 Diogo de F. M. Neto, *ob. e loc. cit.*

47. Outro dado decisivo para nossa reflexão é conscientizarmos-nos de que, em termos naturais, biológicos, a criatura humana não é previamente programada para desempenhar determinado papel ou função social. Nenhum determinismo biológico ou metafísico, por conseguinte, nos investe previamente na condição de dominador ou dominado, militar ou civil, sacerdote ou leigo etc. Conseqüentemente, o poder que desfrutamos e nos permite impor aos outros determinados comportamentos jamais assenta em determinismos biológicos. Só temos poder sobre o outro em virtude do modo como com ele nos relacionamos, individual ou socialmente. Corolário disso é a evidência de que só temos poder sobre o outro na medida em que lhe *subtraímos* algum espaço de sua liberdade e dele nos apropriamos, precisamente porque o dominado entendeu vantajosa esta perda, ou dela não se apercebeu ou lhe foi impossível evitá-la. Daí a chamada *soma zero* do poder, porquanto ter poder sobre alguém significa poder subtraído deste outro e somado ao do dominador. Se tenho + 2 de poder é porque eliminei uma parcela do poder do outro, que ficou com - 2 de poder, atingido, assim, em sua liberdade. Isto, que se afigura à primeira vista negativo, é, contudo, inelutável. Há absoluta impossibilidade de conviverem liberdades sem que limitações sejam postas ao seu exercício. Como salientado por Zigmunt Baumann, a limitação e a liberdade estão casadas uma com a outra, para o bem e para o mal e o seu conúbio só seria dissolvido se fosse concebível um retorno à primeira e inocente unidade entre o homem e a sua condição (tornando a natureza novamente *não problemática*).<sup>10</sup> Inexiste, portanto, convivência humana livre de relações de poder, nem há relação de poder em que se mostre ausente a desigualdade dos que dela participam, nem há relação de poder a salvo dos binômios dominador/dominado, controlador/controlado, comando/obediência. O problema, conseqüentemente, não é a eliminação do poder nas relações humanas, nem torná-las o que elas não podem ser, sim o de domesticar o poder, como se expressa Bertrand Russel,<sup>11</sup> funcionalizá-lo do modo mais adequado possível, minimizando o negativo da pura dominação e fazendo excelente a sua dimensão de integração e solidariedade.

10 *Por uma sociologia crítica*, Zahar Ed., 1977, p. 110.

11 *Ob. cit.*, pp. 170 e segs.

48. Como já salientado, diante da *escassez* (insuficiência de bens para satisfação de todas as necessidades e desejos de todos os homens) torna-se imperioso definir quem ficará com o quê, na partilha de quanto socialmente produzido e está disponível. Por outro lado, coexistindo interdependência e escassez, impõe-se a organização da convivência social, evitando-se a irracionalidade do espontaneísmo.

Tanto uma coisa quanto outra implicam no tratamento desigual dos integrantes do mesmo grupo, o que só se torna possível mediante disciplina coercitiva das relações sociais, único meio capaz de assegurar, no mínimo necessário, a efetividade do modelo predominante de produção, fruição e apropriação dos bens disponíveis. A institucionalização do uso legítimo da força se dá pelos que, no grupo, detêm suficiente poder para fazê-lo, com o que, inelutavelmente, privilegiam-se desse poder. Dado o fato de ser impossível obter-se a ordem desejada à base exclusiva da efetiva e concreta coerção, o consentimento da maioria, tanto quanto necessário à estabilidade, é obtido mediante a introdução de crenças e valores que legitimam a dominação, o que denominamos de poder ideológico. O Direito é a técnica pela qual se dá a integração entre esses três poderes, de modo a se lograr segurança para a convivência social, em termos de expectativas compartilhadas para a convivência social, conflitos que nela vierem a se configurar. O Direito não pode ser visto como uma instância à parte, super ou infra-estruturalmente relacionado com os poderes referidos, sim uma técnica por meio da qual se dá segurança e operacionalidade à ordem social impositivamente implementável. Conseqüentemente, não se deve pedir ao Direito mais do que ele pode proporcionar. E apenas lhe é possível emprestar alguma segurança e previsibilidade à convivência social, mediante a decisão de conflitos por um processo previamente institucionalizado, dentro de expectativas compartilhadas pelo grupo social, com o que contribui para consolidar e operacionalizar um sistema de produção e uma organização política que o precedem e lhe ditam a fisionomia e o destino.

49. Parece-me fundamental, portanto, entendermos bem as várias dimensões do político. Compelidos os homens a institucionalizar opções que se mostrem as mais indicadas socialmente (da ótica daqueles investidos do efetivo poder de optar), esta atividade indispensável e indispensável da convivência social é atividade política. Por meio dela,

definimos os  *fins*  (objetivos) a serem coletivamente perseguidos e os  *valores*  que lhe são correlatos. Nesta tarefa, todos estamos empenhados, porque a todos ela diz respeito. Há, entretanto, ao lado desta, outra exigência – assegurar-se a efetividade das opções institucionalizadas no espaço concreto das relações sociais. Para isto se faz indispensável institucionalizar um poder que monopolize a coerção e possa fazer uso legítimo da força, sem o que inexistiria ordem social e careceriam de sentido aquelas primeiras opções institucionalizadas. A decisão a nível  *macro*  pede sua efetividade a nível  *micro* . Esta segunda atividade é também política, mas dependente e derivada da primeira, que é predominante. Assim, em seu sentido lato, a atividade política inclui a definição das opções sociais em termos  *macros*  e, em sentido estrito, a conquista e organização do poder para assegurar, coercitivamente, a efetividade daquelas opções. Se nesta última atividade os atores são integrantes de segmentos específicos da sociedade, nem por isto a luta pela conquista e manutenção do poder deixa de ser algo por que todos somos  *co-responsáveis* , de tal modo ela está implicada com as  *macro-opções*  de interesse de toda a coletividade. O Direito se faz presente e necessário em ambas, com elas interagindo, delas sofrendo condicionamentos, cumprindo a função de lhes dar forma, previsibilidade e segurança, particularmente definindo as regras do jogo na luta pela obtenção do poder político e de seu exercício.

50. Sintetizando e concluindo. A ordenação da convivência humana não tem sua matriz no Direito, sim na dinâmica dos confrontos políticos em sua interação com os fatos econômicos. Ao Direito cabe apenas vinculá-los, explicitar a face do poder organizado e assegurar, nas situações de conflito, o quanto de satisfação das necessidades se fizer viável, nos termos e nos limites de quanto institucionalizado.  *O Direito, conseqüentemente, antes de ser um agente conformador ou transformador da convivência social, é, quase que exclusivamente, um instrumento assegurador de determinado modelo dessa convivência, o que só alcança em virtude de sua impositividade que, por sua vez, o vincula necessariamente ao poder político institucionalizado. Sem poder não há impositividade e sem impositividade não há Direito. Correto, pois, afirmar-se que Direito e poder político são indissociáveis. Matriz do Direito é o poder e sua destinação é resolver conflitos impositivamente, vale dizer,*

com segurança. A segurança, contudo (no sentido de uma ordem social com estabilidade e alguma previsibilidade), não pode prescindir de um mínimo de aquiescência dos dominados e da redução, ao máximo, da possibilidade de sua resistência. *Donde se buscar a solução do conflito com certo grau de satisfação do dominado – um grau mínimo que seja de satisfação capaz de possibilitar a paz social.* Conclui-se, portanto, que a própria condição humana impõe a vida em sociedade que, por seu turno, exige a organização da vida social, pelo que se faz presente, de modo necessário, o fenômeno do poder político, indispensável em virtude da imperiosa necessidade de disciplinar-se impositivamente a divisão do trabalho social e a apropriação do produto dele resultante. Refletir sobre o homem sem considerar a sociedade é um contra-senso. Pensar a sociedade sem considerar a organização, um despropósito. Refletir sobre a organização abstraindo o poder, um despautério. Pensar o poder dissociado de sua principal consequência – a desigualdade na divisão do trabalho social e na apropriação dos bens produzidos, alienação injustificável. Consequência necessária – não há um Direito ideal, modelo, arquétipo, em cuja realização estamos empenhados. *Há um sistema jurídico dentro do qual atuamos e em sintonia com o qual atuamos.*

*Todo Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionalizou.*

## DIREITO E JUSTIÇA. RELAÇÕES DO JURÍDICO COM O ÉTICO

51. Considerando quanto já foi exposto precedentemente, podemos concluir que nós, homens, somos liberdade necessitada de afirmação que, entretanto, para se objetivar, paradoxalmente, por força de nossa socialidade, tem que se deixar limitar, sob pena de se inviabilizar como liberdade. Deste fato e da responsabilidade que nos acarreta, decorre também o imperativo do qual não nos podemos libertar – termos que definir, para agirmos, qual a melhor conduta (ação adequada) no caso concreto, com o objetivo de ordenar o que por si só não se ordenará necessariamente. Isso nos põe o **problema ético** (em sentido amplo). O homem precisa definir objetivos e, em função desses fins, fixar qual a **melhor conduta individual e social** a seguir no seu viver e conviver. Analisamos, também, o problema das necessidades (e desejos) como energia propulsora da atividade humana, suas matrizes biológica, psicológica e cultural e a inviabilidade tanto de serem atendidas mediante o simples agir individual, quanto em sua totalidade, postos os problemas da interdependência dos homens e da escassez dos bens. Essas evidências, por seu turno, impuseram a institucionalização de um sistema de divisão do trabalho social, objetivando produzir o individual e socialmente necessário, acoplado a um modelo de apropriação desse produto. Daí partimos para refletir sobre a inelutabilidade da institucionalização do poder político, o qual, em íntima associação com os poderes econômico e ideológico, organiza a convivência humana e lhe dá certa feição que o Direito reveste de segurança e previsibilidade. Deste conjunto de observações, pôde-se concluir que o Direito relaciona os homens desiguando-os, atribuindo certos bens da vida a determinados sujeitos, excluindo de sua posse e fruição todos os demais. *Conseqüentemente,*

queiramos ou não, a ordem jurídica, qualquer que ela seja, é instituidora de privilégios. Por outro lado, definindo limites ao ilimitado da liberdade individual, igualmente assegura, no mínimo que seja, a liberdade de muitos que a teriam ameaçado caso inexistisse a ordem jurídica. Esta é a sua dimensão de Justiça.

52. Cumpre lembrar, entretanto, que a vida social é dinâmica. Ela não se cristaliza sob certa forma em nenhum momento de seu fluir, sofrendo no tempo as transformações que as interações humanas acarretam. Há permanente tensão entre a exigência de cooperação, necessária para um conviver viável, e a forte instância de termos satisfeitos todos os nossos desejos, confrontados com a impossibilidade prática de sua plena realização. Isso gera conflitos envolvendo os que carecem (por terem necessidades desatendidas) lutando, por isso mesmo, por mudanças que eliminem suas carências, e os que, por já terem suas necessidades (e desejos) satisfeitas, resistem às pressões para mudanças. Se isso, em dimensão macro, pode ser posto em termos de luta de classes, de grupos, de corporações e de segmentos sociais, de confronto entre governantes (os que mandam) e governados (os que obedecem), privilegiados (os que têm além do necessário) e desprivilegiados (os que carecem às vezes até do necessário) a verdade é que, também, numa dimensão micro, o fenômeno está presente no cotidiano de toda convivência social e no interior de todo grupamento humano, por mais singelo que seja, se não na quase totalidade das relações sociais. A esse estado de coisas vincula-se o Direito. Sofre-lhe a influência e sobre ele influencia, seja ao formalizar previamente modelos e estruturas de consenso necessárias à estabilidade da ordem social instituída, seja ao efetivá-los decidindo conflitos. Evidente, portanto, a correlação entre o Direito e a realidade sócio-político-econômica sobre que ele incide. Nestes termos, correto dizer-se que o Direito, como Janus, tem duas faces. Do prisma dos governados, é sempre a procura desesperada de um meio para realização do máximo de igualdade material, de melhor acesso aos bens da vida e de maior participação nas decisões. Na perspectiva dos governantes, a partir dos que desfrutam de situações privilegiadas, ele é instrumento de controle, propiciador de segurança para a manutenção do *status quo*, do espaço político já definido, com o que põem obstáculos à maior participação dos governados no produto do trabalho social, delimita-lhes um mínimo de participação nas decisões, a par de um mínimo de informa-

ções e de representatividade. A resultante dessa tensão dialética é a dimensão da justiça realizável em certo espaço político e num determinado momento histórico.<sup>1</sup>

53. O poder político institucionalizado, cumpre ter sempre presente, não luta pela igualdade possível, sim pela desigualdade tolerável. Leva sua força de dominação até ao limite máximo e só cede quando alcança o ponto de ruptura. O Poder, seja ele qual for, não concede, não renuncia, não negocia, não liberaliza. O Poder submete, justamente porque é poder. E isso é evidente não só nos dias atuais, nem apenas no sistema capitalista, mas ontem e amanhã, sob toda e qualquer forma de organização política e econômica e em qualquer tempo ou espaço, pouco importando quem o detenha. Todo poder é dominador se entregue seu exercício a sua dinâmica natural. Irrelevante mande a classe burguesa ou os trabalhadores, civis ou militares, leigos ou clérigos. Se governarem, oprimirão, salvo se outros poderes socialmente institucionalizados lhes puserem limites e forem capazes de responsabilizá-los. Como diz Alain, não existe nenhum homem no mundo que podendo realizar tudo e sem nenhum controle, não sacrifique a justiça a suas paixões.<sup>2</sup> Relevante não é saber quem governa, sim como governa. O problema fundamental é, pois, o da organização do poder, com institucionalização de meios de controle de seu exercício pelos governados, o que se faz impossível sem crescente representatividade, informação e participação. O proclamado papel positivo do poder é, em verdade, algo que não lhe é inerente, sim o resultado do modo pelo qual é exercido, reclamando, por conseguinte, para existir, atuação de um poder em sentido contrário que ponha obstáculo aos excessos a que tende por natureza. Entregue a sua vocação intrínseca, todo poder é opressor, excludente, apropriador e desigualizador, somente deixando de ter essa fisionomia na medida em que outro poder a ele se contraponha e lhe diminua o espaço da dominação, da apropriação, da exclusão e da desigualização. *Donde concluir que a justiça socialmente possível é sempre o resultado do confronto dessas duas forças - o poder dos que comandam e o não-poder dos que obedecem, o que gera sempre um equilíbrio instável, só capaz de*

1 Ver Maurice Duverger, *Introducción a la política*, Ed. Ariel, 1990, pp. 11-17.

2 *Apud* Maurice Duverger, *ob. cit.*, p. 22.

manter-se mediante um agir permanente e eficaz tanto de dominadores quanto de dominados. Relembramos a soma zero da equação do poder. Os segmentos hegemônicos desfrutarão sempre e somente do poder que logram subtrair dos demais segmentos sociais. Podem ampliá-lo ou vê-lo reduzido. O que jamais se logrou nem se logrará, contudo, é o equilíbrio do poder, em que a soma zero não seria o resultado de todo o poder para um e nenhum poder para o outro, mas a rigorosa igualdade de poderes, o que neutralizaria o próprio poder. Conclui-se, portanto, que o problema ético do Direito é também, e acima de tudo, um problema político, visto como a ordem jurídica outra coisa não é senão o discurso do poder, quer enquanto enunciado, quer, e principalmente, no momento de sua aplicação, com a conotação e o alcance que a efetiva correlação de forças existentes no grupo, em determinado momento histórico, possibilita.

54. O homem não tem certeza de sua fidelidade a sua natureza. Por força disso, como já visto, sofre o determinismo da necessidade de optar, propondo-se o seu próprio agir, individual e coletivamente. Faz-se responsável por sua própria construção e pela da sociedade que por sua vez o modela, como já precedentemente focalizado. Em razão disto, foi exigência de todos os tempos a permanente procura de um fundamento para a opção no caso concreto. Os estóicos buscaram-no na Natureza. Se ela é inelutável em sua existência, o fundamento da opção será submeterno-nos a suas leis - *volentibus fata ducunt*. Os cristãos, de certo modo, conservaram esta perspectiva, porém numa dimensão diferente. Para eles, a Natureza é obra de Deus, revela-nos Deus, como se expressa S. Paulo em uma de suas Epístolas. Assim sendo, é a vontade de Deus que se manifesta na criação. Submeter-se à Natureza é submeter-se à vontade de Deus. Sendo a vontade de Deus imperscrutável, ela só pode ser conhecida pelos homens através da Revelação, da qual única portadora legítima era a Igreja de Roma. Identifica-se, destarte, a ética com a ética cristã, mais precisamente, com a da Igreja Católica, que se afirma portadora exclusiva da Revelação e a única autorizada a transmiti-la aos homens, através da Hierarquia. A modernidade contestou uma e outra coisa, deslocando para a razão o núcleo do ético. Esta foi, por sua vez, problematizada. Suficiente lembrar-se Walter Benjamin, Marcuse e Adorno. No próprio terreno das ciências exatas, a física mecanicista de Newton sofreu o impacto da relatividade de Einstein e da revolução do pensamento de Heisenberg e Plank com a teoria quântica, a que foi

acrescida, em nossos dias, a teoria do caos. Conseqüência disso foi o nihilismo dos estruturalistas, cuja justificação biofísica centrou-se na obra de Jacques Monod: - *O acaso e a necessidade*. Inevitável reflexo dessa compreensão foi o atribuir-se o homem o direito de, diante da Natureza, também jogar os seus dados. Não sendo um deus, considerou-se, no mínimo, um demiurgo que também podia fazer suas apostas. Esta mudança de paradigma conduziria, obviamente, a um repensar no campo da ética.

Dispensada a explicação religiosa, destronada a Igreja Católica do seu poder de influir decisivamente sobre o comportamento individual e social, cumpria construir-se um alicerce novo para a filosofia moral da ilustração. Esta moral nova revelou-se cognitivista, individualista e universalista, como bem posto por Sérgio Paulo Rouanet. *Cognitivista*, na medida em que se laicizava, passando a ser uma ética construída a partir da razão, tomando desnecessária a fundamentação religiosa. O conhecimento do mundo moral, afirmou-se, é tão possível quanto o do mundo empírico. Que bases foram buscadas para esta ética sem transcendência? A primeira justificativa foi a que lhe deu o *jusnaturalismo* rousseauiano. Há uma lei da Natureza gravada no coração do homem, uma razão natural universal, em condições de aparelhá-lo para discernir entre o bem e o mal. Ao lado desta fundamentação, houve a do *empirismo* de D' Alembert. O homem é um animal que se relaciona com o mundo através de sensações; o fundamento da ética (das opções humanas) seriam as sensações de prazer e desprazer, agradável e desagradável. Por último, a justificação kantiana do *imperativo categórico*, com que se buscava assentar a ética na própria estrutura da razão humana, sem referi-la à Natureza, nem retirá-la para a sede das sensações. Foi, também, *individualista*. Não mais a ênfase no dever, como nas velhas éticas, sim no indivíduo, instância soberana, e no seu direito. Operou-se o descentramento do sujeito em relação a normas incorporadas por sua comunidade, tornando-se ele instância soberana, legitimado para criticá-las, deixando de ser a sociedade a detentora dos critérios de julgamento, sim o indivíduo. O objetivo precípuo consistiria na busca da felicidade, como auto-realização. Finalmente, ela foi *universalista*.

Os homens, em todos os tempos e em todas as latitudes, têm as mesmas disposições racionais, a mesma organização passional, são movidos pelos mesmos desejos e interesses. Existiriam princípios morais universais, construíveis em que pese a evidente relatividade dos costumes e historicidade dos valores. Para esta compatibilidade distinguu-se

*natureza de costume*. O reino dos costumes seria o da diversidade empírica, mas limitada por um núcleo de normas invariáveis que constituiriam o espaço da natureza.<sup>3</sup>

55. Como se encontra o problema em nossos dias? Desnecessário e impossível recapitular-se, aqui, a severa crítica a que foi submetido o racionalismo cognitivista da ilustração. De quanto foi verdade, ontem, pode-se dizer que já não resta de pé quase nada. Freud, Marx, Hockheimer, Marcuse, Foucault e tantos outros, desnudaram a racionalidade de todas as fantasias e máscaras que lhe ocultavam o corpo e a face e chegamos ao extremo do ceticismo irracionalista do dissenso de Lyotard, da fragmentação de Deleuze e do desconstrucionismo de Derrida. Já não é só a religião que está destronada, também a razão. Aqui, entretanto, mais que a morte de Deus, tão proclamada, a consequência foi a morte do próprio homem, tornado abstração ou mero ponto de interseção, uma rede neural, de um lado, e uma rede lingüística, do outro, na bastante econômica colocação de Rorty.<sup>4</sup> A reação teria que vir, necessariamente. E ela, como acentua Sérgio Paulo Rouanet,<sup>5</sup> não deve ser no sentido de retrocedermos, voltando aos velhos mitos, submissões e medos. Na procura de saída para este problema, que é vital para o homem, nada se me afigura mais promissor nem capaz de oferecer maior oportunidade de resposta que o deslocamento que se tenta fazer na busca de um fundamento novo para a ética. Nem a transcendência – servidão do homem a outros homens em nome de um Deus que, a existir, seria acessível a todos os homens e atuante em todos eles. Nem a imanência – servidão a uma Natureza que, de tão desmaterializada, se fez sobre-natureza. Nem a uma razão abstrata, transcendente ou transcendental. Sim à ética intersubjetivamente elaborada, posta como tarefa dos próprios homens interagindo comunicativamente. Porque insatisfatórias as antigas respostas buscadas olhando-se para o alto (transcendente) ou para nós próprios (imane) que se tente encontrá-la intersubjetivamente, olhando-nos uns aos outros, dialogando com veracidade.

3 Sérgio Paulo Rouanet. *Dilemas da moral iluminista*, em *Ética*, 1992, Ed. Companhia das Letras, pp. 149 e segs.

4 *L'homme spéculaire*, Seuil, 1990, pp. 85 e segs. Também Felix Guattari, *As três ecologias*, Papirus Ed., 1991, pp. 17 e segs.

5 *Ob. loc. cit.*

56. Na convivência humana têm origem todas as coisas que dizem respeito à condição humana e para ela deve convergir quanto diz respeito ao homem, inclusive enquanto indivíduo, ser inédito, irrepetível, biográfico. Também nela e por ela devem ser buscadas as soluções. A justificação pela transcendência é insusceptível de universalização, por pressupor uma fé comum e, inclusive, nem mesmo é conatural à fé, porquanto crer na transcendência é perfeitamente compatível com a descrença na existência de uma "lei divina" direcionadora de nosso agir prático, passível de ser intuída pelos homens e projetar-se proficuamente como disciplinadora de suas vidas pessoais e de sua convivência. A visão racional-individualista, no seu desdobramento inelutável – relativismo e subjetivismo – finda por negar-se a si mesma e transmutar-se em porta aberta para o arbítrio em nome da razão. Os valores – conaturais à ética – têm que ser pensados, portanto, pelos homens e em função de suas necessidades, revestindo-se de objetividade mediante sua validação intersubjetiva. A transcendência do justo (relação homem-Deus) foi incapaz de responder concretamente às exigências humanas. A imanência do justo (relação homem-sua consciência) revelou-se sujeita a distorções cruéis, a ponto de desembocar na ideologia tecnocrática, a mais perversa das formulações de modelo de convivência social. A intersubjetividade do justo (relação homem-homem, sócio-política) apresenta-se como a saída possível e desejável. A transcendência do justo convive com o dogma, que exclui a fundamentação e desemboca na dominação absoluta. A imanência do justo associa-se ao formalismo lógico, que desvora o justo da riqueza do seu conteúdo existencial com a aparente objetividade de que se reveste. A intersubjetividade do justo (o diálogo, a ação comunicativa, a participação) revela-se a solução possível e desejável. Recuperaremos, assim, em nossos dias, a dimensão política da convivência humana, tão bem percebida e praticada na Grécia clássica, por nós perdida em virtude de todo um processo histórico que, agora, esperamos esteja a completar seu ciclo.<sup>6</sup>

6 Nessa perspectiva, quero ressaltar o nome que me parece o mais representativo no esforço pela superação da crise da racionalidade, da desqualificação do político e reconstrução de um Mundo habitável pelo homem – Habermas. Não por ser irrelutável o seu pensamento, nem apresentar pontos vulneráveis, mas pelo muito de sugestivo, provocante e motivador que contém. Enfatizando a intersubjetividade da ética, recuando para a sua dimensão política e crítica, fundamentais e tão relegadas há tanto tempo.

57. A ordem natural é insuscetível de *valoração*, conseqüentemente, carece de sentido pensá-la justa ou injusta. Os fatos são o que são, sem que possam deixar de ser o que são. Pensar-se o justo é aceitável apenas quando pensar a liberdade seja também possível. Conseqüentemente, porque só em relação ao homem se põe a liberdade, o *problema da justiça é um problema especificamente humano e só pelo homem pode ser pensado e apenas por intermédio dele será resolvido, quer em sua dimensão individual, quer em termos sociais*. Inviável, por outro lado, pensar-se o justo sem que o agir do homem seja referido ao agir de outro homem. Ser injusto é ter privado o outro de algo que lhe não podia ser negado, por isso mesmo nenhum sentido tem falar-se do justo quando inexistente interferência de condutas, isto é, enquanto não conflitam os interesses dos sujeitos da relação, por convergirem para um mesmo bem, de que não podem ou não querem compartilhar, para satisfação da necessidade ou do desejo que experimentam. O sentimento de injustiça nasce no homem a partir do desconforto que experimenta em face de alguma falta ou privação cuja causa é a ação de um outro homem. Sentir-se injustiçado é experimentar carência de algo de que se necessita e de que se foi privado.<sup>7</sup> As regras da justiça assentam nessa premissa e por isso mesmo precisam, forçosamente, ser referidas aos sistemas de necessidades. Somente quando se põe para o homem o desafio de responder à indagação de como agir quando há um conflito de interesses é que adquire relevo o problema da Justiça. Definir quem perde e quem ganha e em que extensão isso se dá, quem se priva e quem será satisfeito,

7 Há duas anedotas antológicas a respeito do que vimos de afirmar. A do homem feliz, cuja camisa poderia salvar a vida do rei e isso não foi possível porque ele jamais tivera uma camisa. Sua felicidade derivava do fato de, na sua perspectiva individual, não experimentar carências, pelo que não tinha necessidades insatisfeitas. A outra é a atribuída a Diógenes, o filósofo. Procurado por Alexandre, o Grande, que desejava homenageá-lo, dada sua grande admiração pelo sábio, e indagado pelo poderoso conquistador sobre o que desejava, para que ele pudesse satisfazê-lo, respondeu simplesmente: "Peço-lhe que se afaste um pouco, para não impedir, com sua sombra, que continue me aquecendo à luz do Sol". O soberbo, que acreditava poder dar a Diógenes o que desejasse, estava precisamente privando o filósofo do único bem de que necessitava realmente, naquele momento e na perspectiva das carências que poderiam infelicitá-lo.

quem desfrutará de uma situação de vantagem e quem sofrerá as conseqüências da desvantagem corresponsável é problema de justiça. Neste crucial momento da convivência humana é que ele se apresenta e para solucioná-lo buscam-se respostas de natureza ética. Neste espaço também opera o Direito.

58. Perelman, em obra precisamente intitulada de *Ética e Direito*,<sup>8</sup> refletindo sobre a justiça, acentua que de todas as noções prestigiosas, a de justiça parece uma das mais eminentes e a mais irremediavelmente confusa, pela forte carga emocional que sempre carrega consigo. Buscando escapar a essa contingência, ou reduzi-la ao máximo, começa por analisar as concepções mais correntes de justiça e demonstra como são inconciliáveis e carecedoras de operacionalidade. Alinha as seguintes: a) a cada qual a mesma coisa; b) a cada qual segundo os seus méritos; c) a cada qual segundo suas obras; d) a cada qual segundo suas necessidades; e) a cada qual segundo sua posição; f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Demonstra, a seguir, como são inconciliáveis e incapazes de nos servir em termos de atuação prática. Se dermos a todos a mesma coisa, seremos injustos para os que têm como correto, precisamente, um tratamento diferenciado, como se desprende de todas as subseqüentes posições, sem esquecer que a mesma coisa não proporcionaria a todos os homens a mesma satisfação. Se tivermos que levar em consideração as diferenças e elegermos, por exemplo, o mérito de cada um como fundamento, por que modo definir este mérito e que critérios devem ser levados em conta para sua determinação? Adotando-se a regra de atribuir a cada qual o que for devido segundo suas obras, além da dificuldade de se definir a escala de valor capaz de medir estas obras, as mais diversificadas que seriam, ainda estaríamos diante de um critério que não é moral, pois deixa de levar em conta a intenção e os sacrifícios realizados, considerando unicamente o resultado da ação. Escolher-se a regra de dar a cada qual segundo suas necessidades coloca-nos diante do óbice de termos que definir essas necessidades, para o que seríamos forçados a adotar critérios meramente formais, porquanto as divergências a respeito

ocasionariam inúmeras variantes da mesma fórmula. Menos defensável o admitir-se como regra de justiça dar a cada qual segundo sua posição, fórmula aristocrática, privilegiadora e necessariamente desigualizadora. A última regra, dar a cada um o que a lei lhe atribui resultaria, necessariamente, em transferir, de modo absoluto, o poder de definir o justo para quem investido do poder de ditar a lei. Ante tal estado de coisas, três atitudes são possíveis, diz Perelman. A primeira consistiria em declarar que essas diversas concepções de justiça não têm absolutamente nada em comum e não estão unidas por nenhum vínculo conceitual, donde o dilema de termos que rejeitar todas, em nome da justiça, ou termos que eleger uma dentre elas, e esta escolha já se demonstrou ser insatisfatória e não operacional. Evitar este dilema é o que leva Perelman a tentar uma terceira solução.

59. Afirma Perelman ser possível superar o impasse procurando-se pesquisar o que há de comum nas diferentes concepções de justiça precedentemente referidas. Conclui por encontrar esse elo na idéia de *igualdade*, subjacente a todas as posições precedentemente analisadas. A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a idéia de certa igualdade. Mas a igualdade perfeita, todo o mundo o percebe imediatamente, é irrealizável e constitui apenas um ideal para o qual se pode tender, um limite do qual podemos tentar aproximar-nos na medida do possível. Menciona Aristóteles, que já observara ser necessário existir certa semelhança entre os seres aos quais se aplica a justiça, e também Tissot, ao afirmar que, inclusive, inexistindo uma medida comum, isto é, não havendo identidade, a questão da realização da justiça nem sequer tem de ser colocada. Não se pode falar de justiça, por exemplo, nas relações entre homens e vegetais. E se hoje reivindicamos tratamento justo para todos os homens, é porque o homem reconheceu semelhança em todos os outros homens, é porque a noção de humanidade foi ficando pouco a pouco evidente. O certo, contudo, é que esta igualdade essencial dos homens está emoldurada por inúmeras e complexas diferenças. Daí o dilema – devemos tratar a todos da mesma forma ou devem existir formas diferenciadas de tratamento, para assegurar, precisamente, o igual tratamento que se deseja? E se formas diferenciadas forem necessárias, o que se deverá levar em conta para tomar justo o tratamento diferenciado? Reçaimos, então, nas divergências e inconciliabilidades antes referidas.

Mas é possível superar este impasse, diz ele. Observa Perelman que em todas as concepções de justiça há uma atitude comum – tratar-se igualmente os iguais. Quem pretende leve-se em conta o mérito para igual tratamento para os que têm *igual* mérito, valendo o mesmo para necessidades, posição social etc. Seja qual for a divergência sobre outros pontos, todos estão de acordo sobre o fato de ser justo tratar da mesma forma os seres que são iguais de certo ponto de vista, que possuem uma característica comum, *a única que se deve levar em conta na administração da justiça*. Propõe-se esta característica qualificada de *essencial* e os que a tiverem em comum pertencem a uma mesma categoria, à mesma categoria essencial. Portanto, pode-se definir a justiça formal ou abstrata como *um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria devem ser tratados da mesma forma*. Abandonamos, de uma vez por todas, a impropícia procura da *justiça material* como algo suscetível de prévia determinação. Conclui, portanto, que *o único meio que temos de dizer sobre a justiça ou injustiça de um ato consiste na igualdade de tratamento que reserva a todos os membros de uma mesma categoria essencial*. Esta igualdade resulta, por sua vez, da regularidade do ato, do fato de que coincide com a consequência de determinada regra de justiça.

A partir daí, pode-se definir a noção de *equidade* como técnica de superação das antinomias da justiça, decorrentes do desejo de se aplicar simultaneamente várias regras de justiça incompatíveis.

60. É infinitamente mais delicado, acrescenta, dizer quando uma regra é justa. A única exigência que se pode formular acerca da regra é de que não seja arbitrária, sim suscetível de justificativa que decorra de um sistema normativo. Todo sistema normativo, entretanto, seja ele qual for, contém sempre um elemento arbitrário, o valor afirmado por seus princípios fundamentais que, eles, princípios fundamentais, não são justificados. Esta última arbitrariedade é logicamente impossível de ser evitada. A única pretensão que se pode ter, em face deste inelutável, é a da eliminação de toda arbitrariedade que não seja a implicada pela afirmação dos valores que se encontram na base do sistema. E porque a arbitrariedade desse sistema normativo sanciona desigualdades naturais, que tampouco são suscetíveis de justificação, disso resulta, e por essa dupla razão, inexistir justiça perfeita e necessária, um *justo absoluto*,

atemporal, ahistórico, ponto de referência a ser necessariamente considerado para a definição do justo no caso concreto. Disso se deduz a indispensabilidade de sua elaboração pelos homens, como tarefa jamais acabada a pedir concreção a cada momento e em cada espaço da convivência humana organizada. Essa imperfeição de todo sistema de justiça, a parte inevitável de arbitrariedade que contém, deve sempre estar presente no pensamento de quem quiser aplicar suas mais extremas conseqüências. Só em nome de uma justiça perfeita seria moral afirmar *percat mundus, fiat justitia*. Todo sistema normativo, porque imperfeito, para ser moralmente irrepreensível, deveria aquecer-se no contato de valores mais imediatos e espontâneos. Todo sistema de justiça não deve perder de vista sua própria imperfeição e disso concluir que uma justiça imperfeita, sem caridade, não é justiça.

61. Se, de uma perspectiva formal, o pensamento de Perelman nos oferece diretrizes que me parecem fundamentais, permanece irresolvido o problema de como reduzir o espaço da arbitrariedade na definição dos princípios fundamentais de todo sistema jurídico. Creio que se a igualdade formal foi ali relevante, aqui se faz relevante a igualdade material. O caráter social da divisão do trabalho e da apropriação do seu produto impõe, como critério de legitimação do sistema, em termos de justiça material, a determinação e hierarquização das necessidades, com igual tratamento, em termos de satisfação, das que se colocarem na mesma categoria essencial, para mantermos paralelismo com a terminologia antes adotada. E porque nenhum determinismo preside este processo, nem dispõem os homens de critérios válidos *a priori*, seja em termos de racionalidade pura, seja sob a forma de mandamentos divinos, a tarefa da definição e hierarquização das necessidades, com garantia de tutela jurídica para sua satisfação, vincula-se ao materialmente possível, por que social e politicamente institucionalizado num determinado momento histórico, mediante um processo de decisão formalizado e assegurado em sua efetividade pelo poder político institucionalizado. Isso nos permite concluir que a justiça é, em última análise, problema político e o político se revela, também aqui, prioritário. Político, aqui, no sentido de que, impondo a convivência humana a organização social, reclamando esta a presença do poder institucionalizado, é do interesse de todos, sem exclusão de ninguém, decidir sobre como organizar este poder e para que

fins cumpre organizá-lo, impondo-se limites ao exercício da liberdade dos indivíduos ou dos grupos, bem como ao do poder dos que governam. Destarte, se é exato que só pela ordem jurídica se assegura, em última instância (com impositividade) a justiça relativa, contingente, possível em determinado momento histórico e em certo espaço político, isso implica o problema da legitimidade desta ordem jurídica, sempre em permanente questionamento.

Toda ordem jurídica é tão mais legítima quanto mais amplamente possibilita a explicitação das necessidades pelos indivíduos e grupos que sob seu império se colocam, a par de viabilizar-lhes a organização para tê-las atendidas. De um modo talvez exageradamente simplificador, poderemos dizer que é mais justo o ordenamento que menos necessidades deixa insatisfeitas e mais injusto o que maior número de necessidades deixa desatendidas. Arrematando, pode-se afirmar haver um *telos* que motiva os homens para a consecução de uma justiça ideal, absoluta, apenas mentalizada por eles porém de realização histórica impossível. À semelhança do horizonte, é algo que parece existir e, entretanto, jamais poder ser alcançado, porque se coloca sempre em nossa frente, como percepção, jamais se deixando atingir como objetivo. É ele, entretanto, que nos faz ir ao encontro do futuro, sem temor de que, em algum ponto adiante, não mais exista caminho e o abismo nos trague. Viver é, em verdade, navegar com a certeza de que é possível a circunavegação e viável elegermos algum porto como fim de nossa viagem, embora jamais a viagem, em si mesma, tenha um destino necessário. O Direito é, portanto, e sempre, uma forma possível de realização histórica e social da justiça, não de uma justiça absoluta, nem necessariamente a mais perfeita. Ele apenas formaliza e busca implementar o projeto de justiça possível nos limites da contingência que lhe dita e lhe põe a correlação real das forças operantes na sociedade. Pode-se, pois, dizer que toda ordem jurídica realiza alguma justiça e que ela será tanto mais quanto menos necessidades deixar insatisfeitas e menos expectativas desatendidas instituir. E tanto mais injusta quanto mais desigual, privilegiando, com o que agrava o número dos excluídos e dos insatisfeitos. Paradoxalmente, portanto, a medida da justiça ou injustiça de uma ordem jurídica se afere pelo maior ou menor grau de coerção que o poder político institucionalizado precisa exercer para assegurar a paz social, ou em outros termos - paradoxalmente, o Direito é tão mais necessário quanto mais injustiças determina a ordem social existente, donde as sociedades

mais perfeitas serem aquelas menos necessitadas da coerção do Direito e, conseqüentemente, dos juristas.

62. Sintetizando e concluindo. Inexiste *pureza* no Direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político, o econômico e o ideológico.

Toda teoria jurídica tem motivações ideológicas, inclusive a que se pretende *teoria pura* do Direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, dito estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também, e principalmente ele, está carregado de intenções políticas e tem múltiplas implicações econômicas e mil disfarces ideológicos.

Não se trata de um problema de super ou infra-estrutura, assegurada a prioridade do econômico ou do político. Há sinergia, à semelhança do que acontece com o ser humano. Vários sistemas, nervoso, respiratório, digestivo, circulatório, muscular etc. Há comandos provindos do cérebro que incidem nos órgãos e funcionamento dos outros sistemas, mas ele próprio se coloca sob a influência dos sentidos e sofre o impacto da fisiologia e da patologia dos órgãos integrantes dos outros sistemas. O somático e o psíquico interagem, mutuamente se influenciando. Em resumo: *o que existe é uma pluralidade convergindo para uma única realidade essencial: o homem.*

Impõe-se, destarte, a compreensão do Direito integrando-o no universo da condição humana. Não só a do Direito, mas a de qualquer fenômeno. O homem fragmenta o todo e analisa o que dele foi dissociado para crescer em *conhecimento*, mas só adquire *sabedoria*, que é a *compreensão* em sua plenitude, quando reintegra no todo a parte analisada e passa a conhecê-la em função desse todo.<sup>9</sup> Não alimentemos a pretensão estulta de estarmos *fora* ou *acima* do Todo. Apenas tragicamente fomos destinados a ser a consciência desse Todo. Por isso Teilhard de Chardin, sugestivamente, define o homem como a Evolução consciente de si mesma.

9 Leitura sugestiva sobre o tema é a do capítulo sobre *A ciência problema*, em *Ciência com consciência*, de Edgar Morin, Bertrand Brasil, 1996.

## DIREITO E PROCESSO

63. Gostaríamos de retomar em parte nossa reflexão inicial. Todo saber é saber do homem e é um saber sobre o homem e para o homem. Destarte, ainda quando necessário enquanto formulação teórica, é na *praxis* que o saber se qualifica, fenomenaliza-se.

Saber inútil desmerece o nome de *saber*. Se isto é válido para o saber que opera com objetos materiais, mensuráveis, suscetíveis de experimentação e controle da contraprova empírica, muito mais válido e fundamental se torna quando lidamos com o saber cujo objeto é de natureza cultural, radicalizando-se na hipótese de ser este objeto daqueles que jamais se reificam, adquirem autonomia em relação ao produtor e ao processo de sua produção.

Precisamente nessa última dimensão é que se situa o Direito, como precedentemente demonstrado. Daí parecer-me não incidir em exagero ou sofisma afirmando que o Direito, enquanto apenas formulação teórica, enunciado normativo, proposição ou juízo, *ainda* não é o Direito. Nessa dimensão, é impotente para determinar qualquer conseqüência, como é de todo impossível assegurar-se previamente a unidade e uniformidade das conseqüências que venham a derivar de sua aplicação. Fatores os mais diversos, de ordem pessoal, vinculados aos operadores jurídicos, de ordem social, relacionados com as instituições políticas e econômicas, de natureza axiológica, por sua conexão com os valores socialmente operantes, podem levar a aplicação do mesmo enunciado formal ou da mesma formulação teórica a determinar conseqüências fáticas as mais diferenciadas. Quando se afirma que o metal aquecido dilata-se, isto vale universalmente, presentes que estejam os pressupostos estruturadores da *causa* e seja adotada a técnica adequada para o êxito da experimentação. Se dissermos, entretanto, que ao possuidor de boa-fé está assegurado o direito de não indenizar as benfeitorias realizadas no bem cuja devolução lhe é imposta, a aplicação desta singela norma está sujeita

a interferências impossíveis de prévia e necessária determinação e de efetivo controle posterior. Tudo é fluido, flexível, polissêmico, até mesmo aquilo que parece imune a estes riscos. O que esta norma significa em termos práticos, que efeitos lhe podem ser associados no caso concreto, só o saberemos, em termos de certeza, com a decisão. Isto evidencia a inocuidade, senão o crime, de enfatizarmos o teórico e o formal no jurídico, como se eles fossem o fundamental do Direito, esquecidos ou descuidados do processo de produção das decisões jurídicas e controle do arbítrio dos decisores, dimensões, estas, sim, fundamentais, mas de natureza predominantemente política. Daí havermos afirmado antes o que agora reiteramos. A relação entre o processo de produção do Direito e o direito produzido, seja como enunciado, seja como decisão (dizer o Direito e aplicar o Direito) não é de caráter instrumental, meio-fim, sim de natureza substancial, integrativa. O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isto nos adverte de que nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja aplicação é possível, mediante simples utilização de determinadas técnicas e instrumentos, com segura previsão das conseqüências. O Direito, em verdade, é produzido a cada ato de sua produção, concretiza-se com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.

64. Se o Direito é apenas depois de produzido, o *produzir* tem caráter integrativo, antes que instrumental e faz-se tão essencial quanto o próprio *dizer* o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de produção, que sobre ele influi em termos de resultado. O *produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitiva-mente feito*. O processo, no âmbito do jurídico, não é, portanto, algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação *meio/fim*, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial.

Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a *tutela jurídica*, sendo o processo (prestação da atividade jurisdicional) o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de todo incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política. Se o Direito é *produzido* socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se,

como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, atenda a regras cogentes e prévias, respeitadas os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do *devido processo legal*, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional.

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, *sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir*. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões)<sup>2</sup> a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer).

1 Ouvi de um eminente mestre da USP, em palestra proferida na cidade de Campinas, que precisamos, em nosso país, libertarmos-nos do *fetiche* do devido processo legal, que às vezes opera negativamente em confronto com o valor maior da efetividade e da celeridade processual, vale dizer, da tutela jurídica. Afirmativa desta natureza preocupa duplamente. Ela faz suspeitar haver identidade entre a garantia do devido processo legal e o formalismo jurídico em detrimento da segurança jurídica, o que é manifestamente falso, sem esquecer que aponta, em verdade, para o endosseamento do arbítrio judicial.

2 A possibilidade de liminar sem audiência da parte contrária é exceção só admissível quando, nos precisos termos do instituído pelo sistema e atendido o princípio da proporcionalidade, o atendimento imediato do princípio da bilateralidade significaria o sacrifício do princípio também de matriz constitucional, da efetividade da tutela (ver art. 804 do CPC). Porque *provisória* a eliminação do contraditório, enquanto seria *definitiva* a ineficácia da tutela, este prevalece.

Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar.

65. Outra reflexão a ser recuperada é a que foi feita sobre o nexó ineliminável entre Direito e poder político. Direito impotente para efetivar decisões de conflitos de interesses é impensável. Solução de conflitos sem impositividade do que for decidido será atividade desenvolvida para nada. Conseqüentemente, toda decisão de conflito é um ato de poder e de poder político. Disto resulta a consequência inocultável de que o magistrado, aquele a quem se defere o poder de decidir os micro-conflitos de interesses socialmente configurados é, como o legislador e o administrador, um agente do poder político institucionalizado. Admitir-se haja um discurso (ou ideologia) do poder para o Legislativo, outro para o Executivo e outro para o Judiciário é incidir em ingenuidade primária ou em despistamento ideológico criminoso. O modelo de divisão do trabalho social e de apropriação do seu produto é necessariamente assegurado em sua permanência e invulnerabilidade, no essencial, por todos os agentes do poder político. Contradição entre eles, salvo sobre filigranas, é denunciadora de crise de governabilidade, de instabilidade ou de mudança de paradigma. Situação, por conseguinte, transitória, desestabilizadora cuja superação se fará, necessariamente, a qualquer custo.<sup>3</sup> Esta evidência exige se veja a categoria processo, na dogmática jurídica, sob enfoque bem diverso do que tem sido adotado entre nós, com particular ênfase nos últimos vinte anos, se a efetividade de um Estado democrático é verdadeiramente nosso objetivo.

66. O ganho civilizatório que é o Estado de Direito Democrático impõe seja pensado o processo de produção do Direito em consonância com ele. Sendo seu postulado básico o da igualdade de todos os homens, pelo que a ninguém é reconhecido poder sobre outro homem que tenha

3 Leitura proveitosa sobre o assunto é o livro de Manoel Alcântara Saez, *Governabilidade, crisis y cambio*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

sua fonte de legitimação na vontade divina, em qualidades pessoais ou condição social do dominador, só em termos de serviço é aceitável o exercício do poder político numa democracia, pelo que se impõe sua utilização nos limites da competência definida para isto e nos termos postos pelos detentores da única e verdadeira soberania — os integrantes do grupo social politicamente organizado. Não nos interessa, no momento, discutir a efetividade desta assertiva, ou se ela traduz apenas mais uma manipulação ideológica engendrada a serviço do capitalismo. Partimos do dado de que, *institucionalmente*, isso está dito e deve ser exigido em termos de efetividade, enquanto dispuserem os integrantes da sociedade de poder para tanto. Se desprovidos desse poder, democracia inexistirá. Disso decorre, necessária e complementarmente, a inclusão, entre os elementos substanciais do jurídico, também a organização política adequada.

Enunciar o Direito democraticamente reclama o prévio de sua produção mediante um processo (legislativo) democraticamente estruturado, o que exige organização política (democraticamente) adequada. Aplicar o direito, por seu turno, impõe não só a *organização política democrática adequada da função jurisdicional*, mas igualmente o *processo jurisdicional (democrático) adequado*, entendendo-se como tal todo aquele que satisfaz às exigências de um Estado de Direito Democrático. Destarte, é inaceitável admitir-se como bem enunciado o Direito, se não se institucionaliza bem a organização política e não se proporciona um procedimento adequado. Faltando essa integração ou sinergia, sem dúvida que haverá Direito produzido pelo Estado e dotado de efetividade, mas não será democrática a organização política que o produzir, nem o processo de sua enunciação e aplicação. Falar-se do processo como elemento integrativo do Direito torna inviável descartar-se a importância da organização que o produz, vista, precisamente, como administração institucionalizada dos fatores cuja combinação se faz indispensável para ser obtido o produto desejado. Direito é decisão, destarte a participação no processo decisório, em todos os seus pressupostos e fases, revela-se um elemento constitutivo da dimensão democrática do Estado de Direito, uma garantia para o cidadão e um espaço real de liberdade e de efetiva autodeterminação, indispensáveis para haver real cidadania. Digo mais, é a única forma de realizar os direitos fundamentais, bem como os que deles decorrem como seus desdobramentos, tirando-os do mundo do *faz de conta*

dos enunciados bombásticos para colocá-los no mundo real dos acontecimentos. Esquecer tudo isso e proclamar, com palavras retumbantes, a necessidade de efetividade, de celeridade, de deformalização, de defrença da tutela, é, em verdade, atrair-se com a isca tentadora da carne fresca o pobre animalzinho para a armadilha. A democracia é mais que discurso, é compromisso, é permanente auto-disciplina e exigência de respeito à dignidade própria e à dignidade do outro, principalmente do outro, porque no cuidar de nós mesmos somos todos por demais diligentes.

67. Não estamos nos referindo aqui ao que muitos juristas chamam de *efetividade*, distinguindo-a de *eficácia*. Sempre é possível a existência de obstáculos externos capazes de inviabilizar a concreção do decidido ou desfuncionalizá-lo, frustrando-o de produzir os efeitos perseguidos. Não estamos nos referindo aqui ao que muitos juristas denominam de *efetividade*, distinguindo-a de *eficácia*. A primeira, *real* produção dos efeitos pretendidos com a decisão, o que transcenderia ao jurídico; a segunda, aptidão meramente formal de produzir efeitos, especificamente jurídica e indissociável de toda decisão válida, o de que cuidamos aqui é da *efetividade* da vontade política expressa na norma de caráter geral, que cumpre seja fielmente *atuada* no caso concreto, o que exige a organização política do Estado de modo a que o agente público dotado do poder de decidir jamais tenha a possibilidade de exercitá-lo disfuncionalmente, desconfirmando o direito enunciado previamente em termos de expectativas compartilhadas. Este risco, entretanto, estará sempre presente se o exercício do poder legitimar-se, ou legalizar-se, para dizer melhor, apenas porque satisfeito quanto formalmente se prevê para a investidura do decisor, como se fosse possível assegurar aquele resultado com a simples exigência da regularidade da investidura e da competência para decidir no caso concreto. Eliminar riscos dessa natureza reclama, necessariamente, dimensionar-se o procedimento de modo adequado, atendida a conexão entre o agir de quem postula a aplicação do direito previamente enunciado ao caso concreto e o proceder do agente da organização estatal com poder de decidir. Não um procedimento qualquer, mas aquele que satisfaz à exigência de participação no tratamento e obtenção das informações que preparam a tomada da decisão, assegurado o controle social e político de toda essa atividade e a possibilidade de desconfirmção de qualquer comportamento desqualificador do di-

reito enunciado. Nesta perspectiva, é perfeitamente adequado falar-se num devido processo legislativo, administrativo e jurisdicional, indispensáveis para que se tenha como institucionalizado um Estado de Direito Democrático. Destarte, a validade ou invalidade da decisão, em termos de referência a esses cânones básicos, antes de ser um mero exercício saneador do magistrado, ou de quem legitimado para decidir, mera triagem pragmática que ele opera, em termos de economia processual, é um juízo de legalidade constitucional devido a todo e qualquer sujeito de direito, para que se expurgue o arbítrio do agente do poder público, seja ele legislador, administrador ou juiz. Todos eles, inclusive e principalmente os magistrados, são servidores, jamais senhores, seres mortais como todos os outros, seres precários, em permanente aprendizado e aperfeiçoamento, não criaturas perfeitas e acabadas. Se são *eleitos* eles o são por vontade dos homens, não por predestinação divina, biológica, psicológica ou social, e eleitos (escolhidos) para servir, obrigados a submeterem-se aos que os escolheram e devem por eles ser servidos. E se a investidura se der sem eleição, é imprescindível um processo democrático de recrutamento e seleção, submetidos todos os investidos a controle social no exercício das competências que lhes forem atribuídas, viabilizando-se a deslegitimação e responsabilização dos que, meros gestores, porque não mandatários, agirem em detrimento daqueles aos quais devia servir, zelando por seus interesses, e não o faz.

68. Há uma assertiva que se tornou fundamental, a partir da positivação do Direito, e de cuja exatidão ainda não se conscientizaram suficientemente todos os juristas, nem dela foram retiradas todas as consequências necessárias — *nada é jurídico ou antijurídico com anterioridade ao sentido constitutivo que lhe confere o operar do sistema jurídico*. Enquanto se acreditou haver algo *prévio e externo*, transcendente (a divindade) ou imanente (a razão cognitiva) a impor juridicidade ao comportamento humano, foi possível dizer-se e tentar fazer acreditar haver *Direito* antes de ser *produzido*. Em nossos dias, afirmativa desta natureza carece de comprovação prática e de justificação teórica aceitável. Destronada a divindade e problematizada a razão cognitiva, impõe-se rever o pensamento tradicional. O que se mostra evidente, hoje, é que, ontologicamente (onticamente) nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. O jurídico é *sentido e significação* que se empresta a determinados atos

do homem, para que seja atendida certa função socialmente imprescindível. Daí insistir, com propósito de causar impacto, na necessidade de jamais esquecermos de que o Direito não nos é dado como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico). Não é animal, nem vegetal, nem mineral, carece de estrutura atômica ou molecular, é incapaz de assumir o estado sólido, líquido ou gasoso, pelo que só existe depois de *produzido e enquanto produzido*, consistindo sempre no resultado do *agir comunitativo* dos homens, um que fazer setorial no fazer comunicativo global que é a sociedade. Em razão disso é que afirmo *inexistir* o Direito sem o prévio processo de sua produção e dissociado dele, porque o *sentido* é algo que não adere nem se integra à coisa, nem à conduta, em sua estrita materialidade, pelo que só tem faticidade enquanto mantido, confirmado, internalizado, o que, de certo modo, é *produzi-lo*.

69. O processo, portanto, não é algo que opera como mero instrumento, sim algo que integra o próprio *ser* do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é apenas uma relação de *meio/fim*, instrumental, como se proclama, porém orgânica, integrativa. É com a matéria-prima do social, em suas dimensões econômica, política e ideológica, que se produz o Direito. Ele é, contudo, algo específico, nesse todo e reclama operadores habilitados e um processo adequado, que influem na sua *qualidade*. Destarte, o Direito, como produto, seja em termos de norma geral (lei em sentido lato) seja sob a forma de decisão para o caso concreto (norma particular), coloca-se na mais absoluta dependência da organização do poder político, do saber e da probidade de seus operadores e aplicadores, e da possibilidade de serem responsabilizados por seus abusos e desvios, colocando-se em segundo plano, ainda que não irrelevante, a disciplina do procedimento previsto para o atuar desses operadores. Reflexão necessária e esclarecedora, que a esta altura se impõe, é a que nos lembra haver *instrumentos e instrumentos*, jamais se devendo perder de vista o fato de o mesmo vocábulo dizer respeito a coisas essencialmente diversificadas.

Utilizo, aqui, imagem que formulei em palestra a magistrados do trabalho, em São Paulo. Tomemos um melão e dividamo-lo em duas partes iguais. Levemos uma delas à mansão de algum nababo e em sua cozinha ampla, pródiga em metais nobres e mármore, utilizemos um liqüidificador de determinada marca, nele coloquemos uma das metades

do melão e mandemos algum cientista genial acioná-lo, para obtermos suco de melão. Coloquemos o suco num copo. Em seguida, levemos o mesmo liqüidificador e a segunda metade do melão para a favela da Rocinha, na cidade do Rio de Janeiro, e no barraco mais miserável ou naquele em que more o mais perigoso marginal coloquemos, no seu simulacro de cozinha, em algum tamborete mambembe, o liqüidificador e mandemos acioná-lo o mais bronco dentre os pobres diabos da Rocinha. Coloquemos num copo, idêntico ao primeiro, o suco obtido. Levemos ambos os copos a algum lugar onde estejam pessoas que ignoram tudo quanto se passou e nada testemunharam a respeito. Colocando os copos um ao lado do outro, solicitemos a qualquer dos presentes indicar qual o suco obtido na mansão e qual o suco obtido na Rocinha. Só por mero acaso se dará resposta exata, porque os sucos são rigorosamente iguais e nada objetivo permite a distinção. Neste episódio, o *instrumento*, liqüidificador, e a técnica utilizada possuem uma *neutralidade* e uma capacidade de se impor ao operador que se tornam irrelevantes tanto os predicados do operador como o ambiente.

70. Formulemos, agora, um outro exemplo. Peguemos um *instrumento*, suscetível, à semelhança do liqüidificador, de ser definido como um meio para alcançar-se determinado fim, mas funcionalmente bem distinto — um violino. Aqui, o produto perseguido, a melodia, e sua *qualidade*, dependerão quase que exclusivamente do operador e de sua qualificação, pouco importando as circunstâncias em que a operação se processará. Se for incompetente o operador haverá ruído e desafinação tanto na Rocinha quanto na mansão do nababo. Se competente ele for teremos o enlevo da melodia num ou noutro lugar. Nem valem muito os compêndios de teoria musical e a excelência do violino, porque se ambas estas coisas favorecem, não solucionam, visto como tudo se condiciona, fundamentalmente, ao virtuosismo de quem utilizar o instrumento e seu domínio da técnica musical.

Acreditar-se que o processo jurisdicional é um liqüidificador, *data venia*, é auto-ilusão, perigosa pelo potencial de risco que envolve para os demais, ou manipulação ideológica, criminoso, pelo mal que determina socialmente. Ele é violino e partitura. Sem o *virtuose*, só obteremos ruídos. E esta especificidade nem pode ser descartada quando se trata da organização política da função jurisdicional, bem como deve estar pre-

sente e ser predominante no definir procedimentos, tendo em vista a decidibilidade dos conflitos pelos órgãos da função jurisdicional. Parec-me, portanto, empobrecimento tecnicamente incorreto e politicamente perigoso deixar-se na sombra, quase como se não existisse, o que é decisivo e fundamental.

71. Os juristas, em sua maioria, ainda mantêm o vizo de associar o termo *processo* ao processo jurisdicional, um proceder perante um magistrado, para solução de um conflito. Cumpre, entretanto, relacionar *processo* ao fenômeno da produção de normas jurídicas, técnica de elaboração do Direito, que isto é o que parece que ele seja. Lamentavelmente, a renovação do pensamento jurídico, ocorrida, neste século, a partir dos sociólogos do Direito, ainda não gerou, na dogmática, as conseqüências que se impõem, e os processualistas, marcadamente os brasileiros, permanecem alcançando velhos estandartes maltratados, empunhados nos embates de antanho, levantados do chão, agora, para que valham, ainda, como símbolos incentivadores de novas pelejas a serem travadas.

Falam, enfaticamente, em instrumentalidade do processo, efetividade do processo, deformalização e diferenciação da tutela, como sendo, tudo isto, armas mortíferas, capazes de eliminar os perigos de hoje, quando são, na verdade, velhos trabucos, pesados canhões e bandeiras dilaceradas, impotentes para assegurar vitórias no presente, meras relíquias recolhidas das batalhas de ontem, hoje, entretanto, inadequadas para assegurar triunfos, e perigosamente perniciosas, por favorecerem a dominação, transformada a produção do Direito não num acontecer político mas numa nova outorga das tábuas da lei, por este novo Deus que seria o magistrado *moderno*.<sup>4</sup>

72. Foi na década de 70, na Alemanha, que Häberle afirmou a existência de um *status activus processualis*, vendo neste *status* a dimensão procedimental dos direitos e liberdades. Estigmatizado por uns, aplaudido por outros, obrigou a reflexão dos juristas a caminhar nesta

4 Dois episódios são bem representativos do sentimento experimentado, hoje, em nosso país, pelos operadores do Direito. Falando a juízes recém-empossados, um integrante de um de nossos Tribunais Regionais Federais disse-lhes que eram *semi-deuses*. Em contrapartida, os advogados, nos corredores, sarcasticamente, proclamam que no Brasil se faz concurso para juiz e se é empossado no cargo de Deus.

nova direção e já na década de 80 se reconhecia que a imbricação entre direitos fundamentais, organização e procedimento deixara de ser um simples "movimento da moda" e tomara-se postura ineliminável do pensar jurídico. Canotilho, de quem recolhemos o que foi dito, em tópicos de um Curso de Mestrado sobre direitos fundamentais, ministrado em 1990, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, justamente sobre *Direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, assevera que o impulso decisivo para o *procedimento* e a *organização* abandonarem o estatuto de *estrangeiros na cidade constitucional* foi dado por Konrad Hesse, em trabalho que apresentou, em 1978, na IV Conferência de Tribunais Constitucionais da Europa, ao escrever, "no seu peculiar estilo, plástico e incisivo: *Para os direitos fundamentais poderem desempenhar a sua função na realidade social, eles necessitam, não apenas de uma normação intrinsecamente densificadora, mas também de formas de organização e regulamentação procedimental apropriadas. Por sua vez, os direitos fundamentais influem no direito da organização e no direito de procedimento. Esta influência verifica-se não apenas nos direitos especificamente procedimentais, mas também nos direitos materiais. Lembra ainda Canotilho que, num primeiro momento, a preocupação foi com enunciar os direitos fundamentais *garantísticos-judiciais* e *garantísticos-processuais*, mas os problemas da *organização* e do *procedimento* ganharam, progressivamente, o caráter de direito público material e normativamente plasmados no direito constitucional. Que se houvesse, antes, expulso as dimensões organizatória e procedimental do âmbito da proteção dos direitos, liberdades e garantias (exceto quando se tratasse de *direitos processuais* clássicos), só se pode explicar pela incomunicabilidade que um setor da doutrina pretendeu estabelecer entre *parte orgânica* e *parte subjetivo-relacional* da Constituição, entre um *direito constitucional material*, ao qual pertenciam os direitos fundamentais, e o *direito adjetivo organizatório*, dentro do qual se inseriam os direitos procedimentais, concebidos como integrando o direito constitucional organizatório ou direito administrativo. Esta *instalação* foi superada e a idéia de procedimento tornou-se determinante na evolução do direito público na última década, e a participação procedimental passou, ela mesma, a ser um direito fundamental. A idéia de procedimento faz-se indissociável dos direitos funda-*

mentais, mas a participação *no e através do* procedimento já não é tanto um instrumento funcional da democratização, *mas uma dimensão intrinsecamente complementadora, integradora e garantidora do direito material*. O direito procedimental/processual não é apenas um meio adequado de realização de um direito subjetivo material preexistente, pois a relação entre direito processual/procedimental não se reduz a uma relação de meio/fim, antes se reconduz a uma relação de integração.<sup>5</sup> Como nos parece, hoje, cristalino esse entendimento. E como me sinto gratificado por ter advertido, logo após a promulgação da Constituição de 1988, que ela incidira em um pecado capital, contradizendo-se substancialmente, por haver enunciado generosamente direitos fundamentais, sem haver organizado o Estado em consonância com esta proclamação, nem disciplinado adequadamente a dimensão procedimental dos direitos fundamentais, tirando aqui o que, ilusoriamente, concedera ali. Por isso somos apenas titulares de uma cidadania tutelada, como proclamei,<sup>6</sup> ou de uma cidadania de papel, como também já foi dito. Sem esquecer o *pecado capital* de termos tentado organizar, politicamente, um *país inexistente*, não o Brasil real.<sup>7</sup>

73. Nós, juristas, operamos com dois conceitos: o de processo e o de procedimento. Ainda não se harmonizaram os estudiosos em torno do assunto, subsistindo renitente divergência mais verbal, no particular, que substancial. Para muitos, procedimento seria a categoria básica e geral, desdobrada em tipos de processo, como modos de proceder em cada espécie de procedimento. Para outros, a categoria básica é o processo e o procedimento diria respeito ao modo de proceder em cada processo. Ali, um pensamento de matriz kelseniana, aqui, um pensamento influenciado talvez pelo procedimentalismo luhmanniano. Em termos de consequências práticas, irrelevante a polêmica. Inclino-me, entretanto, pela

versão kelseniana, porque me parece a adequada em face de nossa Constituição. Refere-se ela a *processo legislativo* (Seção VIII do Título IV) e a *processo administrativo* (art. 5º, inciso LV), e quando cuida da disciplina do modo de proceder em cada tipo de processo utiliza o termo procedimento, a exemplo do que faz dispondo sobre a competência concorrente dos Estados para legislar sobre procedimentos, reservando à União a competência para disciplinar o processo (art. 24, inciso XI). Como já frisado, entretanto, da divergência meramente *nominal* nada de substancial decorre, visto que tudo quanto ponderado antes vale para qualquer das duas posições.

74. O fundamental é compreender-se haver uma categoria geral (denominêmo-la de processo ou de procedimento) que se desdobra, na sua aplicação, em modos de atuar distintos (chamêmo-los de processo ou procedimento), diferenciadas a dimensão integrativa-substancial (constitucional) e a dimensão meramente pragmática do modo de agir, distinção, esta sim, essencial. Em outros termos - há uma técnica de produção de normas de caráter geral (denominêmo-la de processo ou procedimento, pouco importa) e outra de redução dessas normas gerais a normas particulares (denominêmo-la de processo ou procedimento). Fundamental é a primeira, indissociável da garantia do devido processo legal, cabendo à segunda desdobrar, sem deturpar, quanto disciplinado pela primeira. Se aquela é que é processo ou processo é esta, se aquela é procedimento ou procedimento é esta, é algo de todo irrelevante, se é posta a distinção de modo explícito e respeitada sua vinculação constitucional. Podemos, portanto, conceituar o processo como atividade, vista na sua totalidade, por meio da qual se produz uma norma jurídica, mediante a formulação de uma decisão de autoridade, entendido o termo *procedimento* como referido ao complexo dos atos juridicamente ordenados de tratamento e obtenção de informações, que se estrutura e se desenvolve sob a responsabilidade de titulares de poderes públicos, e serve para a preparação da tomada de decisões, sejam legislativas, administrativas ou jurisdicionais. Os procedimentos constituem, assim, um *sistema de interações* entre os poderes públicos e os cidadãos, ou entre unidades organizatórias públicas, como sugerido por Canotilho. E acrescentamos: não qualquer procedimento, mas o procedimento ade-

5 *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, em Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra y LXVI, 1990, pp. 151 e segs.

6 *Cidadania tutelada*, Estudos Jurídicos, v. 7, pp. 90 e segs.

7 No Direito Administrativo, Sabino Cassese, prosseguindo no magistério de Giannini, acentua o estreito nexo entre funções, organização e procedimento. Cf. *Las bases del derecho administrativo*, Ed. MAP, Madri, 1994.

quadamente disciplinado, vale dizer, em harmonia com as exigências básicas do Estado de Direito Democrático.<sup>8</sup>

75. Sintetizando e concluindo. Apesar de podermos ser acusados de redundantes, queremos reiterar o que vem sendo afirmado ao longo dos capítulos anteriores e do que foi neste capítulo exposto.

O Direito, enquanto apenas *enunciado*, *norma geral*, *juízo* é de todo impotente e sua realização só se dá em termos de decisão no caso concreto, que reclama, para sua fidelidade ao previamente enunciado, adequada integração entre *enunciação/organização/processo/procedimento*, com submissão dos envolvidos, no seu operar, aos postulados básicos do Estado de Direito Democrático. Creio não ser difícil fundamentar esta conclusão, com respaldo, igualmente, em todo o precedentemente exposto. Nenhum de nós tem dúvida de que o Direito é indissociável do poder. Direito é decisão, mas decisão que necessariamente deve revestir-se de impositividade. Apto para *dizer* o Direito é o poder político institucionalizado. Este *dizer* o Direito pelo poder político é algo, portanto, que integra o próprio "ser" do Direito. Destarte, se for possível ao poder político dizer o Direito (e o juiz é um integrante desse poder) arbitrária ou despoticamente, isso importa em eliminar do Direito ou nele minimizar sua dimensão de *garantia* do indivíduo, hipertrofiando-se sua função de controle e de dominação, o que produz servos, não cidadãos. Vê-se, pois, que o perfil da organização estatal não é algo estranho ao Direito, algo que lhe seja indiferente ou externo, sim elemento que integra sua estrutura. Exige-se, conseqüentemente, para que se possa falar de Direito em termos democráticos, que o Estado de tal modo esteja estruturado que se torne impossível a qualquer agente público, com poder de decisão em nível de concreção, desconfirmar o direito enunciado, que por sua vez reclama, para sua validade, o respaldo da legitimação constitucional de sua produção. O perfil da organização política deixa de ser algo indiferente ou estranho ao ser do Direito, passando a integrá-lo e afeiçoá-lo.

8 Sabino Cassese, no livro na nota 4, propugna, no âmbito do direito administrativo, a diferença entre processo e procedimento na linha de que haveria procedimento sempre que se cuidasse de formalização unilateral da vontade da AP, estando-se em face de um processo se em jogo também interesse de terceiro, quando muitos dos princípios próprios do processo, devidamente adaptados às exigências do interesse público sempre presente no atuar da AP, seriam aplicáveis. (pp. 249 e segs.)

## DIREITO, PROCESSO E ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

76. Das reflexões precedentes e como suporte para o que vai ser dito adiante, arrolarei as conclusões que delas retiramos.

1. A primeira, a convicção de que o Direito é *produzido* pelos homens, inexistindo um Direito previamente *dado* por forças externas ou circunstâncias inelutáveis que aos homens se imponham, apenas lhes cumprindo identificá-las e submeterem-se ao seu império. Esta *produção* do Direito se dá socialmente, sempre como resultado do efetivo confronto e cooperação dos agentes sociais (indivíduos, grupos, instituições), mediante o processo político institucionalizado. O Direito posto, por conseguinte, traduz, sempre e necessariamente, o resultado desse confronto e dessa cooperação. Assim sendo, não lhe é possível, por impotência e por inadequação, conformar a convivência social, predeterminando-a, sim emprestar-lhe, no máximo possível, previsibilidade, estabilidade e segurança. Esta destinação ou função do Direito resulta do fato de ter sua justificativa alicerçada exclusivamente na necessidade de serem solucionados, autoritativamente, os conflitos de interesses que se configurem na vida social e não logrem solução por outros meios socialmente institucionalizados.

2. A estabilidade da ordem social reclama, entretanto, e por acréscimo, sejam colocados parâmetros à solução dos conflitos, cumprindo ao Direito formalizar modelos decisórios como expectativas a serem compartilhadas pelos integrantes do grupo, funcionando, também, como limite ao arbtrio do decisor. Disso resulta que a composição dos conflitos de interesses não atende a postulados ou pressupostos *deduzíveis* de uma idéia de *justiça* ou *constelação de valores absolutos* previamente dados e capazes de ser intuídos pelos homens ou que a eles se imponha, sim de quanto for politicamente definido e regulado, vale dizer, de tudo quanto se fizer possível em termos contingentes e históricos. Destarte,

as decisões que dizem respeito aos macro-conflitos são sempre formuladas previamente em termos de dever ser genericamente posto e têm natureza predominantemente política, com o que se limita e condiciona a solução jurídica dos micro-conflitos, que se busca, progressivamente, tanto quanto possível, tornar imune a todo subjetivismo e arbitrariedade.

3. Por fim, vimos que o fator decisivo e determinante de conflitos na convivência social é a procura pelos homens da satisfação de suas necessidades e desejos, que se defronta com a impossibilidade de alcançá-la sem que se institucionalize um modelo de divisão do trabalho social (necessário em face da impossibilidade de serem atendidos os desejos e necessidades de qualquer homem mediante sua exclusiva atividade (o que determina a *interdependência*) a par de um outro modelo relativo à apropriação do produto desse trabalho social (também indescartável, por força da *escassez* dos bens disponíveis para satisfação das necessidades e desejos experimentados por todos os homens).

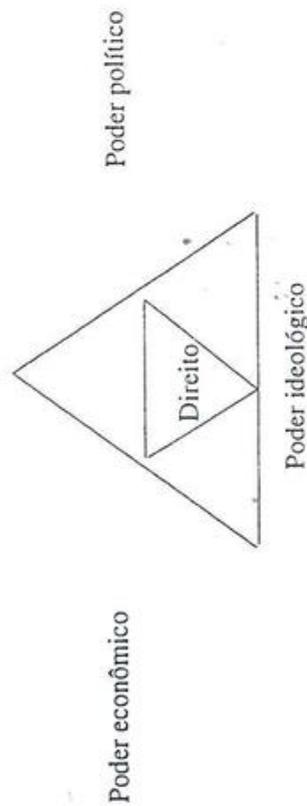
4. Esse inelutável estado de coisas impõe a institucionalização do poder político, com o monopólio do uso legítimo da força, o que somente é factível pelo(s) segmento(s) que esteja(m) em condições de levar a cabo esta tarefa, isto é, disponha(m) dos meios que lhe(s) possibilite(m) lograr obediência, em termos não ocasionais, de tantos que se inviabilize sua desconformação como poder.

5. Porque é inviável a estabilidade social alicerçada apenas na pura dominação, e porque é do interesse de todos o sobreviver com o mínimo de segurança no presente e alguma previsibilidade do futuro, elabora a consciência coletiva determinado imaginário, que podemos denominar de *ideologia*, justificador do sistema de dominação institucionalizado.

6. Essa complexa interação de fatores (econômicos, políticos, ideológicos) configura o espaço no *interior* do qual opera o Direito, cuja função é a de emprestar o máximo de racionalidade, segurança e previsibilidade às opções sócio-político-econômicas institucionalizadas pelo grupo social.

77. Se a representação gráfica do pensamento ajuda a compreensão de quanto por nós foi dito, seria adequada para isso a imagem de um triângulo em que a linha correspondente ao poder econômico se encontraria, no vértice superior, com a linha representativa do poder político.

Na base, fechando o triângulo, a linha relativa ao poder ideológico. No interior deste triângulo, um outro nele inscrito, em posição invertida. Um dos seus vértices assentaria na linha do poder ideológico e dele partiriam os lados direcionados para as linhas do poder econômico e do poder político. Fechando este triângulo inscrito, o terceiro lado, paralelo ao lado do primeiro triângulo correspondente ao poder ideológico. Este triângulo inscrito é o Direito, que mais não pode senão *interligar*, tanto quanto possível, de forma sistemática e coerente, os poderes circunscritos (econômico, político e ideológico) emprestando-lhes a racionalidade de que, por si mesmos, são insuficientemente providos, otimizando-lhes a operacionalidade.



A convivência humana exige e conduz necessariamente à institucionalização de papéis e de atores sociais que interagem em termos de confronto e cooperação. Este o espaço da atividade política em seu sentido mais lato, no qual fatores de diversas naturezas influenciam tanto os termos do confronto como da integração e impõem e afeioam o poder político como uma organização estruturada e hierarquizada.<sup>1</sup> Para que o Direito fosse conformador da convivência social, ele precisaria decorrer de algo com suficiente poder de incidência sobre as motivações humanas fundamentais e isso é indemonstrável e insuscetível de fundamentação acreditável. Destarte, antes de ser *fator determinante*, ele é *resultante* do

<sup>1</sup> Ver *Introducción a la política*, Maurice Duverger Barcelona, Ariel/Ciència Política, 1990.

antagonismo e da integração que decorrem dos fatores biológicos, psicológicos, demográficos, geográficos, socioeconômicos e culturais que ditam os marcos, as organizações, as armas, as estratégias políticas e os limites da contenda e as exigências de cooperação.<sup>2</sup> Sua função é colocar, nesse universo complexo e dinâmico, e no espaço estrito da solução dos conflitos, certa perspectiva de ordem e previsibilidade, que gerem segurança, suficientes para emprestar ao poder político institucionalizado a legitimidade de sua aceitação.

78. Necessário aprofundar mais um pouco a reflexão que acabamos de fazer. Com este objetivo, valer-nos-emos do pensamento de Luhmann, particularmente esclarecedor, em que pesem as críticas feitas ao conjunto de sua teoria. Falar de sociedade, diz ele, é falar de sistema, de ordem social. E como a ordem social é possível? Para ele, o problema, que é a origem da gênese e da manutenção da ordem social, se configura sob a égide de dois conceitos estreitamente ligados: *complexidade e dupla contingência*. Por *complexidade* se compreende o conjunto de todos os acontecimentos possíveis. Desenha-se, assim, o campo ilimitado dos *mundos possíveis*. Essa complexidade remete a duas idéias. De um lado, um mundo de possibilidades, que não é um mundo real e para o qual se fez necessário que o *acaso* permitisse a decantação de um desses mundos possíveis, para transformá-lo em mundo real. Por outro lado, o campo ilimitado das possibilidades que se denomina *complexidade*, concebe-se, conceitualmente, como *caos* e não como *cosmos*. Quando se faz possível uma certa ordem nessa infinidade, reduz-se a complexidade e a sociedade começa a existir. É nessa idéia de *redução da complexidade*, como processo social permanente, que Luhmann situa o motor da evolução dos sistemas sociais.

Complexidade, entretanto, não significa apenas evolução, ela está presente no começo de toda ordem, na origem de toda interação social.

Se pensamos uma situação originária de contato entre dois indivíduos, sobre o pano de fundo dessa complexidade não reduzida ainda de alguma maneira, isto é, na ausência da sociedade, o problema toma a forma de uma *dúpla contingência*. *Contingente* é o que não é necessário

2 Duverger, ob. cit.

nem impossível, mas simplesmente possível. Quando dois indivíduos entram em contato nesse quadro, cada qual deles perceberá essa contingência, que diz respeito tanto a ele quanto ao outro. Isto não serve a nenhum deles para orientar-lhes a conduta, pois é impossível a qualquer deles conhecer as *expectativas* do outro. Nada é previsível ou, de todo é possível. Nestes termos não há expectativas, não há comunicação. Da desordem não rompida só pode decorrer desordem.

79. A introdução da ordem, a redução primeira da complexidade originária, a ruptura da dúpla contingência, não são algo que um demiurgo possa trazer do exterior desta relação, ainda impossível. Isto não é senão a transformação do impossível em possível, da paralisante possibilidade genérica, que é a complexidade não reduzida, em possibilidade concreta. Mas é necessário, e é suficiente, que um dos indivíduos faça qualquer coisa. O ato, qualquer que ele seja, de um indivíduo, equivale a uma primeira referência nesse espaço, define uma distinção que põe fim à indeterminação do indiferenciado. Assim agindo, o indivíduo realizou sua primeira escolha: optou por uma de suas possibilidades de agir. Uma tal seleção contém implicitamente uma primeira oferta à outra parte – a de aderir ou não à mesma escolha, à mesma regra, cumprindo à outra aceitá-la ou rejeitá-la. Produziu-se, conseqüentemente, uma primeira estruturação no horizonte do possível, que se torna pela primeira vez acessível, segundo uma dicotomia: *aceitar* ou *recusar*. Qualquer que seja a resposta, opera ela, por sua vez, como seleção, de tal maneira que a outra parte pode, por seu turno, comportar-se do mesmo modo. Alguma coisa surgiu, indefectivelmente: comunicação, *order from noise*. O caráter fundador do que é social, que possui este agir comunicativo do que atua, apóia-se sobre seu valor de conexão, vínculo que se estabelece entre o emissor e o receptor, em termos de compreensão (aprensão do sentido da mensagem produzida pelo emissor) que permite ao outro agir, e assim por diante. Desse modo é que se pode engendrar o componente central de toda estrutura social – *expectativas compartilhadas*.<sup>3</sup>

3 Valemo-nos, para a síntese do pensamento de Luhmann, do trabalho de Juan Antonio Garcia Amado, *La société et le droit chez Luhmann*, inscrito na coletânea *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, 1993.

80. De maneira mais acessível e menos técnica, diria que o homem, como liberdade, em cada momento de seu agir, coloca-se diante de um leque de alternativas de comportamento (condutas possíveis, *possibilidades de ser*) a pedir redução de sua complexidade, enquanto *poder ser*, o que só se faz viável mediante a seleção de uma dentre todas as alternativas possíveis, tornando-se *dever ser* o que foi objeto da opção. Utilizemos um exemplo bem simplório. Estou sentado à minha mesa de trabalho. Qual será o meu ato imediato? Impossível predizer-se. Tudo dependerá da opção que venha a fazer. Posso levantar-me e ir ao banheiro, ou dirigir-me para a rua, ou para uma cadeira em que repousarei um pouco etc. Desenha-se, enfim, um campo indeterminado de possibilidades diante de mim. Se não transformar essas inúmeras *possibilidades de ser* em um *dever ser* preciso, a imobilidade será absoluta. Decidindo-me por uma das alternativas possíveis, ir ao banheiro, por exemplo, reduzi a complexidade inicial e tornei viável o meu agir. Na seleção individual de alternativas, ao próprio sujeito cabe a escolha. Nas relações sociais, minha escolha pede *objetivação*, traduzindo-se em mensagem que, na qualidade de emissor, dirijo ao receptor, livre para aderir a ela ou rejeitá-la, dando origem a um novo processo comunicativo em que ele se faz emissor e me coloca na condição de receptor, assim prosseguindo a *comunicação* até que se dê o consenso, harmonizadas as vontades, ou a sujeição, submetido um dos interlocutores à opção dotada de impositividade suficiente, ou se instale ou perdure a *desordem*. Em termos sociais, as inúmeras *possibilidades de ser* do agir humano têm a mesma eficácia paralisante que determinam para a atividade individual e traduzem aquele caos referido por Luhmann, a reclamar sua transmutação em *dever ser*, mediante o mesmo processo de seleção de uma dentre as várias alternativas possíveis, que se revestirá de impositividade. Se no agir individual a vontade de determinado sujeito aparece como fator decisivo para a impositividade da opção, falar-se em *vontade social* é um eufemismo. A denominada vontade social que reduz a complexidade das situações coletivas é sempre, e em verdade, uma *opção dos que detêm suficiente poder para torná-la impositiva*. No decorrer da história, de muitos modos esta vontade foi institucionalizada. Para nossa reflexão de agora, só nos interessa identificar como deve ela operar num Estado de Direito Democrático, já que assim é rotulada a sociedade política em que convivemos.

81. O processo de produção do Direito pelo poder político democraticamente institucionalizado realiza-se mediante os seguintes procedimentos redutores de complexidade: a) A definição prévia de expectativas compartilháveis, expressas em termos gerais, como primeira redução de complexidade, com o que se viabiliza um mínimo de previsibilidade de como serão compostos os conflitos que vierem a se instaurar na convivência social (o denominado direito material). b) A subsequente disciplina do procedimento a ser adotado pelos interessados e pelos agentes públicos, quando atuarem para prevenir ou solucionar os conflitos de interesses não compostos ou insuscetíveis de ser compostos pelos próprios interessados (o denominado direito processual). c) Por fim, para lograr esses objetivos, a organização da função e definição das competências dos agentes que se farão responsáveis pela composição dos conflitos que vierem a se configurar nas relações sociais (normas de organização). Nesta perspectiva, distingue-se o *processo legislativo* de produção do Direito do *processo jurisdicional* de produção do Direito, delimitada a função de cada qual deles no espaço amplo da disciplina da solução dos conflitos, específica do jurídico, aos quais, na modernidade, e em decorrência da institucionalização do Estado de Direito Democrático, se acresceu o *processo administrativo* de produção do Direito. Há, por conseguinte, no processo global de produção do Direito, uma primeira redução de complexidade, *de natureza predominante, mas não exclusivamente política*, para determinação de um universo de *dever ser* formalizados em termos genéricos, a par de uma segunda redução de complexidade, *de natureza predominante, mas não exclusivamente técnica*, a partir daquela, para concreção do que foi definido genericamente, tendo em vista sua aplicação a casos concretos. O processo político-legislativo disciplina e conforma a primeira função; os processos político-administrativo e político-jurisdicional disciplinam e conformam a segunda função. Tudo isso com atendimento aos preceitos constitucionais.

82. Correndo o risco de parecer redundante, gostaria de retomar, em outro nível e por outra forma, as reflexões precedentemente realizadas. Acredito que ajudaria a percepção de quanto afirmado se adicionasse alguns esclarecimentos. A convivência social põe para o indivíduo, ou para os indivíduos, em cada situação concreta em que se situem, um complexo de alternativas de comportamento. Figuremos um exemplo. Deseja-se solução para o problema (social) do desemprego. Não há, para

ele, uma *via única*, inelutável, impositiva. Inúmeras podem ser pensadas. Reduzir essa indeterminação, de modo a se emprestar previsibilidade e possibilitar a exigibilidade de certo comportamento, com segurança de sua efetividade, reclama seja definida, no universo de *possibilidades de ser* que a situação em foco admite, alguma(s) que se revista(m) do caráter de *dever ser* institucionalmente em condições de obrigar e ordenar concretamente o comportamento individual e social.

Essa primeira opção é de natureza predominantemente política e deve ser formalizada juridicamente pelos órgãos legitimados para o exercício dessa função, denominada de legislativa. Muitas outras situações similares poderiam ser invocadas, como o problema da terra, da moradia, da saúde, da educação etc. Esse *dever ser enunciado* genérico e previamente, porque linguagem, discurso, jamais será capaz de impor *uma única e necessária* interpretação, isto é, assegurar uma *decisão uniforme* para todos os casos concretos semelhantes ou análogos, eliminando qualquer risco de *opções* subsequentes desfuncionalizadoras do pretendido com a primeira redução de complexidade. Porque incapaz de conduzir, sempre, em toda e qualquer situação concreta, a um só *tipo* de solução, perdura certa complexidade a pedir, também, sua redução. Impõe-se, destarte, a necessidade de uma *segunda redução de complexidade*, colocada, agora, a cargo dos agentes públicos e dos sujeitos privados destinatários da norma geral.

Configurando-se algum conflito, ou mostrando-se potencialmente possível, a tarefa de redução da complexidade é transferida para os órgãos da função jurisdicional, autorizados a formular o entendimento redutor dessa complexidade residual, eliminando-a no caso concreto.

83. Esta redução última de complexidade, quando transferida ao julgador, não pode ser nem arbitrária nem discricionária, visto como se negaria, assim, o princípio que informou a primeira redução de complexidade, que seria tornada inócua e nenhuma, bem como o postulado básico do Estado de Direito Democrático — a submissão de todos à lei. Por outro lado, cumprindo-se essa atividade num sistema democrático, tanto esta redução de complexidade quanto as precedentes só se legitimam havendo adequação do seu operar ao devido processo legal constitucional. Por via de consequência, e conclusão necessária, se inexistirem no sistema político instrumentos mediante os quais se empreste, no máximo possível, segurança e coerência a cada redução de

complexidade, para o que devem ser institucionalizados eficientes controles políticos e sociais, que minimizem os riscos de desconformação, pelo agente do poder, de quanto tenha sido política e juridicamente definido com precedência (indispensável para que haja o mínimo de *previsibilidade* no tocante às consequências imputáveis aos comportamentos individuais) se inexistirem essas condições, ter-se-á um sistema jurídico, porquanto assim deve ser entendido todo aquele em condições de assegurar sua *efetividade*, mas não será ele sistema jurídico de um Estado de Direito Democrático.

84. O Estado contemporâneo, por força de seu intervencionismo e em decorrência da crescente juridicização da convivência humana, pretendeu tomar-se, também, regulador de ampla área da vida social, máxime em sua dimensão econômica. Chegou-se a falar em direito promocional e sanções premiais, pelo que a função de solução de conflitos quase se deixaria superar por esta outra, dirigente e direcionadora do comportamento social, mediante estímulos antes que de imposições. Assim, ao lado da função de solução de conflitos, teria também o Direito a de implementação de decisões políticas, a pedir regras cogentes, disciplinadoras de comportamentos sociais, cada vez mais numerosas e mais abrangentes. Razões ponderáveis sempre me levaram a descartar esse entendimento,<sup>4</sup> mas ainda quando admitido, em nada alcançaria o que foi dito precedentemente. Permanece válido o princípio de que a função política se cumpre precipuamente mediante sua juridicização pelo processo legislativo, a ela cabendo positar princípios, valores, diretrizes e regras gerais, e formular planos a que se submetem à atividade dos sujeitos privados e dos agentes públicos, presente a distinção clássica de que a ordem jurídica democrática autoriza ao sujeito privado quanto não lhe está vetado ou congentemente imposto (princípio da liberdade) enquanto ao agente público apenas se permite o que a lei lhe confere ou atribui (princípio da competência).

4 Enquanto puro estímulo, qualquer prescrição carece de juridicidade. Em verdade incentivos e prêmios só se juridicizam quando as promessas dos formuladores da política podem ser coercitivamente efetivadas, compelidos os promitentes a cumpri-las. Aqui reaparece a sanção e sua indeclinabilidade para configuração do jurídico, como acentuado pelo próprio Bobbio, paradoxalmente o nome mais prestigioso dentre os propugnadores das denominadas *sanções premiais* como afeiçãoadoras do Direito em um espaço diverso do da dominação e controle.

85. O alargamento que se deu à atividade do Estado não importou em alteração substancial da função de julgar, voltada ainda e exclusivamente para a solução dos micro-conflitos, apenas enriquecido este universo com os novos conflitos entre os sujeitos de direito em geral e os agentes públicos, também estes limitados, agora, pela lei, por conseguinte suscetíveis de serem questionados perante os órgãos da função jurisdicional.

Não se institucionalizou, por força disso, uma função que às demais se sobrepos, porque também a função jurisdicional se coloca sob o império da lei e sujeita-se à deslegitimação pelos agentes das demais funções básicas do Estado, como mandatários do povo soberano, e pelo próprio povo, diretamente. Nem lhe foram atribuídas funções políticas, inaceitáveis sem a legitimação específica constitucionalmente reclamada para isso. Nenhuma limitação, por conseguinte, em termos de definição política, sofreu a função legislativa, que permanece como a única legitimada para a formalização da vontade geral, democraticamente expressa e institucionalizada, só modificável pelo processo político, jamais por outra via. Novidade foi sua atribuição, com maior ênfase, a agentes executivos e judiciários, em dimensão diversa da anterior e com alcance diferenciado.

86. Aos agentes executivos se deferiu função legislativa excepcional e sempre submetida ao controle e ratificação final do Parlamento ou do próprio povo, de que são exemplos os decretos-leis e as medidas provisórias, os referendos e os plebiscitos, para apenas se mencionar o que foi tipificado e disciplinado expressamente entre nós. Com os agentes do Judiciário, o mesmo ocorreu, indiretamente, em decorrência da necessidade, cada vez mais imperiosa, da edição de normas estruturadas com conceitos indeterminados, a par da crescente exigência de enunciação de princípios e fixação de valores com incidência no comportamento social, público e privado, tudo isso necessitado de preenchimento quando de sua aplicação aos casos concretos. Este fenômeno, entretanto, não alterou a antiga correlação funcional, ou seja, a de que há uma *primeira redução de complexidade, de natureza predominante, mas não exclusivamente política*, para definição do básico, em termos de generalidade, e uma *segunda redução de complexidade, a partir daquela, de natureza predominante, mas não exclusivamente técnica*, tendo em vista a necessidade de particularização do que foi definido em termos gerais, quando de sua aplicação no caso concreto.

Nem se eximiu nenhum agente da função política da necessidade de sua prévia e adequada legitimação para desempenhá-la, nem do imperativo de ser responsabilizável todo e qualquer agente público, dada a incompatibilidade, num sistema democrático, de outorgar-se poder sem se fazer possível a responsabilização do outorgado.

87. Os agentes políticos e o processo político permanecem como únicos autorizados a formalizar decisões de natureza política fundamental. Os agentes administrativos e jurisdicionais, bem como o processo administrativo e o jurisdicional carecem de legitimidade e adequação para formalizar decisões políticas básicas, só lhes cabendo as tarefas implicadas com aquela segunda redução de complexidade antes referida. Nenhuma das três, entretanto, e em nenhuma hipótese, é livre e soberana, autorizada a sobrepor-se à única soberania reconhecível num sistema democrático — a vontade popular, exercitável segundo o processo político constitucionalmente instituído.

Conseqüentemente, a validade das decisões dos agentes das funções enumeradas só ocorre se forem produto de um devido processo constitucionalmente institucionalizado, seja do devido processo legal legislativo, seja do devido processo legal administrativo ou jurisdicional. Democracia e arbítrio são incompatíveis e a própria discricionariedade se faz cada vez mais prisioneira de pressupostos legais.

88. Seria ingenuidade ou desinformação negar a crescente politização do jurídico e juridicização do político, fruto de um peculiar estado de coisas maximizado no segundo pós-guerra. Dispensamo-nos de avaliá-lo este fato, analisando o que envolve em termos de desvirtuamento do próprio processo democrático. Aceitá-lo como realidade inelutável, entretanto, não nos dispensa de refletir sobre a funcionalidade das instituições com perfil tradicional para assumir as novas tarefas. Esta exigência foi que me fez sempre estar na contramão, em face de meus colegas processualistas, em tudo quanto diz respeito às chamadas ações coletivas para tutela dos interesses ditos difusos, coletivos e homogêneos. Tenho a firme convicção de que, para manter coerência com os postulados básicos do Estado de Direito Democrático, é aceitável institucionalizarem-se soluções jurisdicionais para conflitos que, ultrapassando os limites do conflito individual em sua dimensão estrita, não se revestem da significação macro dos que só comportam soluções políticas, mas isto

só deve ser admissível se também forem atendidas duas exigências: a) a incidência do prescrito num universo predeterminado e bem definido, e b) que haja legitimação política dos órgãos incumbidos da solução jurisdicional desses conflitos em termos de composição e responsabilidade. Permitir-se que decisões, ditas jurisdicionais, tenham a ampla incidência das normas de caráter geral, que reclamam um processo político, sem se atender a quanto fundamental para o processo legislativo num Estado de Direito Democrático será vestir-se com a pele de cordeiro democrática o lobo voraz do autoritarismo e da arbitrariedade. Pouco importa que os novos "césares" ou os novos lobos tenham o nome e envergurem as roupas reservadas aos magistrados. Magistrados jamais o serão, em termos de estrita legitimidade democrática.

89. Sintetizando e concluindo. Poderemos dizer que se está na moda (ou estava, quando alcançou seu auge a crítica marxista ao Estado de Direito Democrático) emprestar-se tal primazia ao coletivo e ao social a ponto de quase se asfixiar o pessoal e o individual, sobrevive como postulado essencial ao Estado de Direito Democrático a eliminação de todo e qualquer senhor e o impedir-se a concentração de poder num só indivíduo ou indivíduos, seja no espaço privado, seja no setor público. Conseqüência disso é também o postulado da divisão das funções, vetada toda e qualquer forma de unificação de poder, submetidas essas várias funções a controle e legitimação pela sociedade, diretamente ou por intermédio de suas instituições representativas, sem prejuízo de um sistema de freios e contrapesos que inviabilize a possibilidade de se desconfirmarem entre si.

Em palavras mais simples — só é Estado de Direito Democrático aquele em que todo e qualquer detentor de poder político só pode exercitá-lo nos limites de sua competência, sujeitando-se à responsabilidade social quando faltar a esse dever. Outrossim, só é Estado de Direito Democrático aquele em que as entidades e órgãos responsáveis pelo exercício do poder político, nos limites de sua competência, submetem-se a recíprocos controles, com vistas à atuação tanto quanto possível harmônica, sem prejuízo de sua autonomia (ausência de vínculos hierárquicos) nunca independência (ausência de responsabilidade), o que também vale para o Judiciário, não apenas para o Legislativo e para o Executivo. Donde ser negação do Estado de Direito Democrático toda organização da função jurisdicional que se mostre em desacordo com essas exigências fundamentais.

## A PRODUÇÃO DO DIREITO A PARTIR DA ÓTICA DO DEVER

90. Temos reiterado, ao longo deste nosso trabalho, a convicção de que o Direito é impotente para conformar a vida social, só lhe cumprindo a função de compor os conflitos que nela se configurarem, quando irresolvidos por outros meios socialmente institucionalizados e admissíveis. Porque assim é, relaciona-se necessariamente a determinada organização política da convivência humana, se não for mais exato dizer-se que esta é que lhe define o conteúdo, resultado do efetivo confronto das forças sociais que nesse grupo organizado operam.

O processo de produção do Direito, por conseguinte, é sempre dependente da realidade social que busca ordenar e a ela funcionalmente se vincula, objetivando emprestar-lhe segurança, mediante a predeterminação e institucionalização de modelos ou esquemas de solução de conflitos coercitivamente aplicáveis aos casos concretos. A produção do Direito, portanto, sempre foi reservada, e sempre o será, aos que, no grupo, se mostram aptos a monopolizar o uso legítimo da força. Tenham sido eles os chefes de família gregos ou romanos, o patriciado ou a aristocracia, a burguesia ou os estamentos burocráticos dos partidos únicos, se hegemônicos, monopolizarão o processo de produção do Direito.

91. O reconhecimento do que vem de ser afirmado não implica aceitar-se a possibilidade de produzir-se o Direito arbitrariamente. Nenhum poder jamais foi tão incontestável que se revelou capaz de eliminar, nos dominados, qualquer parcela de contra-poder que, por mínimo que seja, opera sempre como limite ao arbítrio absoluto. Os dominados, portanto, são protagonistas necessários e ativos neste acontecimento político que é a produção do Direito. Nem podem ser esquecidos os condicionamentos derivados do próprio contexto sócio-político-econômico em que se realiza o processo de produção do Direito, bem

como de uma possível e saudável coexistência de setores hegemônicos que se auto-limitam reciprocamente. A par disso, cumpre ter presente que em nenhum momento o poder político pôde ser exercido de modo duradouro sem se legitimar ideologicamente em face dos governados, dos quais necessita obter adesão viabilizadora da eficácia e efetividade que asseguram a estabilidade do sistema de dominação institucionalizado.

Todo sistema político-econômico-jurídico nutre-se, portanto, da ideologia que elabora e consegue introjetar, com êxito, no imaginário coletivo. E dura enquanto o consegue. De quanto dito, resulta claro que a produção do Direito, antes de ser uma tarefa de técnicos é, fundamentalmente, produto de uma atividade política.

92. Em outra reflexão que foi feita, procurou-se demonstrar ser da essência do Direito relacionar os homens desigualando-os. Sem que se entenda haver algo *devido* necessariamente por alguém em proveito de outrem, que a isso faz *jus*, é impensável o Direito e desnecessário. Somente na hipótese de reter alguém em seu patrimônio ou a ele pretender acrescentar o que, *por justiça*, é de outrem, é que deve sofrer a perda, *desvantagem*, que lhe é imposta e aceitar a *vantagem* deferida ao oponente. Enquanto este desequilíbrio não se configura inexistente conflito, do que decorre a prescindibilidade do Direito. Determinar o que, *por justiça*, deve ser atribuído a alguém e às custas de quem só é necessário quando sobre isso discordam os figurantes da relação inter-subjetiva. Nesta circunstância é que *funciona* o Direito. Definir-se, entretanto, o que é o *justo* nas situações de conflito, seja ele macro ou micro-conflito, é tarefa política, como já precedentemente demonstrado, e toda decisão neste âmbito, também como já evidenciado, é um ato de poder e de poder político, relativo e contingente como todo ato desta natureza. Em suma, a justiça, queiramos ou não, também ela tem dimensão política. Assim é porque, para determinar o justo, carecemos de métodos ou meios capazes de emprestar à decisão tomada o caráter de *verdadeira*, no sentido de *única possível* ou *única aceitável*, *dado que insusceptível de desconfirmação*. Diante disso, só resta a alternativa de determinar-se o justo a partir de critérios que tenham logrado o máximo de consenso em determinado espaço da convivência social. E este

figura a trama social, somente objetivável através da positividade do jurídico, seja como norma geral, seja como norma particular.

93. Acreditamos oportuno relebrar ainda algo já também referido. Os homens são *necessária e fundamentalmente desiguais*. Nenhuma relação social vincula sujeitos iguais, pois todos carregamos conosco, enquanto vivemos, nosso *diferencial*. Sem pretender incidir na levandade de manipular palavras, penso que devemos distinguir a *humanização*, que nos diferenciou na escala animal, fazendo-nos integrantes da *espécie homem*, do que chamo de *humanização*, palavra com que procuro traduzir o esforço do animal homem para transcender sua pura animalidade. Um desses combates é o que vimos realizando, há séculos, no sentido de tornarmo-nos *iguais*. A proclamada igualdade dos homens, sua igual dignidade como pessoa etc. traduz uma *intenção*, um objetivo a ser alcançado, jamais um dado da realidade. Para se tornar precariamente realidade, reclama empenho permanente, permanente combate travado com nós mesmos e entre nós, individual e socialmente, no sentido de minimizar, sem o aniquilamento de nossa identidade pessoal, os efeitos dissociadores do que nos diferencia.

É algo, portanto, também a ser *construído* pelo homem, porque não lhe foi *dado* com a condição de animal-homem. E é nessa desigualdade natural, em confronto com a exigência civilizadora da institucionalização da igualdade social, desejada por nossa humanização, que deve assentar a noção de *dever*, da qual se inferirá, por *contraposição*, a de *direito*. Em verdade, se quisermos colocar à vista as raízes, o direito, enquanto associado a poder, é co-natural ao animal homem, no sentido de que lhe está assegurada, por natureza, a utilização de seu *diferencial* até ao limite de sua conveniência, necessidade e possibilidade. O que a humanização precisou construir foi a idéia de *dever*, o imperativo posto ao beneficiário do diferencial de poder de não utilizá-lo, na situação concreta, sem considerar também o interesse e a necessidade daquele com quem interage e se encontra em situação de inferioridade. Para se ter *direito*, basta a força. Para se ter *dever*, a ética é imprescindível.

Dissociar-se o direito do mero exercício da força de que se dispõe só é possível se este direito for pensado em função do dever (limite, regramento) imposto ao direito natural do outro de exercitar o diferencial de poder de que dispõe. Esta, creio, é uma reflexão que se perdeu em

94. Acredito seja de fácil fundamentação o que vimos de concluir. Quando dois indivíduos entram em relação e um deles pretende do outro um dar, fazer ou não fazer alguma coisa, inexistindo acordo, a solução concreta fica na absoluta dependência do poder de dominação que um dos sujeitos tenha sobre o outro. Se o vigor físico for o diferencial, o mais forte imporá ao mais fraco uma de duas soluções — desistir de *pretender*, dada a recusa do mais forte em aquiescer ao que dele pretendem; ou submeter-se o mais fraco ao que dele *pretender* o mais forte. Pouco importa nessa relação que o *diferencial* seja heterônomo, isto é, que aquele que seria dominado na relação direta goze da proteção ou tutela de um terceiro mais poderoso, capaz de modificar a relação de dominação originária. Assim agindo, institui uma nova relação de dominação. Se o mais fraco deixa de ser dominado na relação originária e direta, passa à condição de dominado e dependente na relação derivada e indireta, mesmo quando aparentemente beneficiado, como também passa à condição de *não-livre* aquele que, naturalmente, seria o dominador.

Essa realidade inelutável e imodificável torna evidente só restar aos homens, no seu processo de humanização, que podemos chamar de processo civilizatório, lograr a institucionalização de deveres que operem, com coerção progressivamente decrescente, a compensação da desigualdade que resulta do diferencial sempre presente em toda relação social. Quanto mais débil este sentimento, mais forte a coerção externa exigida para a efetividade da ordem social, mais dominação se produz a pretexto de compensar desvantagens pessoais e sociais. De tudo isso se recolhe o convencimento da imperiosa necessidade de persistirem os homens na tarefa de introjeção do dever como alicerce da harmonia social e democratização do poder.

95. Desigualando os sujeitos da relação de conflito, pelo imperativo de solucioná-lo, atribuindo necessariamente a um, em detrimento do outro, certa vantagem, o Direito sempre contrapôs o *ius* ao *debitum*, mas a ênfase era dada ao dever. Fácil entender-se por que.

Na antiguidade oriental e na civilização greco-romana, a faculdade da vontade, como algo inerente à condição humana, jamais foi identificada, entendendo-se a liberdade como vinculada não ao *querer*, sim associada à condição social de não-escravo ou daquele que era senhor de seus movimentos.

Os filósofos gregos deixaram à margem de suas reflexões o problema da liberdade e da vontade livre, faltando inclusive, na língua grega, termos correspondentes a uma e a outra. Para Aristóteles, era voluntário o ato não causal, mas desempenhado por um agente em plena posse de sua força espiritual e física, revestindo-se a liberdade apenas de conteúdo político, trazendo a condição do homem não-escravo ou da capacidade meramente física factual — a de um homem saudável cujo corpo não estivesse paralisado e fosse capaz de obedecer ao espírito.<sup>1</sup> Destarte, fixar, nesse contexto, o que *por justiça* seria de cada um encontrava seu referencial não no sujeito pretensor ou em alguma de suas faculdades, nem tinha fundamento na valiosidade da condição humana. Sua justificativa era buscada em um referencial externo e superior ao indivíduo. O preceito que definia o que era de cada um, na pré-modernidade, radicava-se na tradição (Roma) ou nas leis da Natureza (Grécia) ou no mandamento divino (Idade Média) direito natural, conseqüentemente, antes que direito positivo, direito objetivo, sem dúvida, jamais direito subjetivo. Conseqüência necessária a de que se centrava no *dever* toda a tessitura da construção jurídica, e num *dever imposto*, antes que assumido em relação ao semelhante, *dever* em face de algo superior, também, e mais poderoso.

96. Analisemos duas definições de Direito muito nossas conhecidas. O *suum cuique tribuendi* — dar a cada um o que é seu. O que era de cada um? A resposta tinha matriz no que devia ser segundo a tradição ou segundo os imperativos da Natureza ou da vontade divina. Uma outra bem expressiva — *ars bonum et equum*. O que entender-se como justo e equitativo a ser atribuído com sabedoria (*ars*)? O referencial era aquele mesmo já mencionado precedentemente, algo externo, superior e anterior ao indivíduo a quem se assegurava indiretamente uma situação de vantagem, não porque a ela tivesse direito, mas por ter sido dela privado pelo descumprimento do dever de quem obrigado em face da *ordem natural* (ou divina) das coisas. Acredito que me expressaria melhor se utilizasse outra palavra que não *vantagem*, impensável no contexto referido. *Restabelecia-se*, em verdade, a ordem natural das coisas, sem se colocar em foco a efetivação da tutela do interesse de alguém. Tenho

1 Hannah Arendt, *A vida do espírito, o pensar, o querer, o julgar*, Relume-Dumará, Ed. UFRJ, p. 191.

como igualmente expressivo lembrarmos, por exemplo, como foram formulados os mandamentos do decálogo judaico.

Antes de se mencionar o *direito* à vida, enfatizava-se o *dever* de não matar. Antes de se realçar o direito de propriedade, acentuava-se o dever de não cobiçar as coisas alheias e de não furtar. Sempre a contração no dever, cujo fundamento não se situava em algo inerente ou referível aos homens, como portadores de "dignidade" que os legitimaria a pretender algo em face de seu semelhante, sim imputado ao que era superior e transcendente ao pretensor e ao obrigado, ambos a este poder maior submetidos, como também submetido estava aquele a quem coubesse dizer o justo no caso concreto.

97. A modernidade libertou o homem dessas amarras e colocou-o como sua própria medida - fê-lo senhor de si mesmo. Deu-lhe como parâmetro a razão e a partir dela buscou institucionalizar o dever. Daí para o subjetivismo, o individualismo e o relativismo foi um passo curto. Se eu sou a medida de mim mesmo, é a partir dessa minha autarquia que a melhor conduta deve ser institucionalizada. Estava dado o passo para o utilitarismo, o pragmatismo e pensamentos afins que se maximizariam com o absolutismo da razão instrumental e da ideologia tecnocrática.

A ética da modernidade revelou-se cognitivista e individualista, passando a ser uma ética construída a partir da razão, deslocando-se seu fundamento do dever para o indivíduo, instância soberana, e para o seu direito, expressão desta soberania. Conseqüência necessária desta radical mudança de paradigma foi a hipertrofia do sujeito e de sua afirmação, do reconhecimento do *direito* de plena realização pessoal de cada indivíduo e de objetivar e otimizar todas as suas potencialidades, o que implica a ênfase na liberdade em detrimento da responsabilidade e da competição em desfavor da solidariedade. Contraditoriamente, mas inelutavelmente, a construção da ordem social centrada nos *direitos do indivíduo* teve como contraposição necessária uma *organização política centrada numa crescente regulação da vida individual*, configurando-se o paradoxo da convivência de um discurso libertário com uma realidade de dominação e dependência. Daí este nosso mundo de hoje, em que entoamos hoesanas à liberdade, mas temos correntes nos pés. Mundo em que se sucedem fulgurantes proclamações formais ratificadoras da soberania das liberdades, enquanto a realidade do quotidiano é de progressiva insegurança, alimentada pela progressiva conflituosidade de uma

convivência social de homens que perderam toda referência do *outro*, somente recuperável com a intuição do dever como valor.

Assim descomprometidos com o dever e dele desvinculados, fizeram de si mesmos, da sua solidão sem solidariedade, o valor supremo. Ilharam-se mentalmente enquanto materialmente se estruturava um mundo de sufocante interdependência.

98. Prosseguir nessa direção é uma das alternativas que vislumbro para o futuro. Se isso ocorrer, o Direito será amanhã apenas a exacerbação do que hoje ele é. E o desfecho talvez seja a irônica e trágica alegoria idealizada por Robert Kurz, o espetáculo do último capitalista no mundo (imagem substituível pela do *último poderoso - chefeão*, ou do *último titular de direitos fundamentais*) na varanda de sua rica mansão, protegido por uma máscara contra a poluição atmosférica, bebendo o último gole de água potável existente na Terra. A outra perspectiva será deslocarmos novamente a ênfase para o dever. Não restabelecendo a antiga servidão aos deuses, na pessoa de seus intérpretes, ou à tradição imobilizadora, sim pela compreensão de que se tudo falhou ontem, quando olhamos para o alto, e buscamos na transcendência a estrela guia, se a boa vida humana da multidão, tão desejada e necessária, foi impossível de obter-se quando olhamos para nós mesmos, que seja tentada a terceira via, a de edificarmos a cidade dos homens olhando-nos uns aos outros, buscando na descoberta da dignidade do semelhante a revelação e o reconhecimento de nossa própria dignidade. Esta direção promissora parece estar sendo redescoberta e repensada em nossos dias. Ela está presente na reflexão de Perelman sobre a ética e o direito, na genial construção habermasiana da ação comunicativa, na institucionalização ainda um tanto anárquica e intuitiva das organizações não governamentais, no ainda mal entrevisto universo da comunicação via ciber-espaço. E sinal significativo desse mudar de rumo foi o Congresso que, no ano passado, entre 4 e 6 de setembro, realizou-se em Praga.

Nele estiveram presentes figuras representativas do mundo de hoje, dentre os quais destacamos Vaclav Ravel, presidente da Tchecoslováquia, Elie Wiesel, prêmio nobel da paz, Helmut Schmidt, ex-premier da Alemanha, Shimon Peres, ex-premier de Israel, o físico Fritjof Capra, o filósofo Castoriadis, o sociólogo Dahendorf e o Dalai Lama. Deste Congresso saiu a primeira declaração universal das responsabilidades dos homens, comprometendo-se todos os signatários por lutar em

favor de um modelo econômico que não privilegie o crescimento como um fim em si mesmo, pelo retorno à dimensão espiritual da vida humana e em favor de uma sociedade internacional que não obedeça cegamente à lógica da globalização, nas expressões do budista Sivaraska, uma nova religião demoníaca que, sob o controle das grandes corporações, está nos arrastando para o Macmundo infernal do *fast food* e do consumismo desenfreado. Nessa direção é que vislumbro a semente da utopia proporcionadora às gerações futuras da energia e do otimismo que hoje nos faltam e precisam ser recuperados, permitindo-nos perseverar na santa loucura de crer possível a fraternidade humana.

99. Falando aos bacharéis em Direito da Universidade Federal da Bahia, concluintes no segundo semestre de 1997, convoquei-os a repensar o legado recebido nesta nova perspectiva e o fiz nos seguintes termos. *Mergulhem fundo no acontecido ontem, para detectar onde o rumo foi perdido e o descaminho teve início. Mas desse mergulho no passado vocês não podem recolher nenhuma fidelidade ao que foi pensado e com o que foi compreendido. Outro é o mundo em que vivem, outra a paisagem, outros os caminhos. Cumpra sobrepor a Adorno e Marcuse, geniais decodificadores da ideologia tecnocrática, a visão positiva da cibercultura, entrevista por Pierre Levi, capaz de nos levar a uma nova universalidade sem totalidade. Ao dissenso do irracionalismo radical de Lyotard, respondam com a energia motivadora da ação comunicativa de Habermas, que nos acena para a recuperação de nossas bases éticas. Ao fundamentalismo marxista de tantos, devem contrapor a desconstrução crítica de Robert Kurz, que se mantendo fiel à crítica do capitalismo antes empreendida, demonstra, contudo, lucidamente, a impossibilidade de superá-lo a partir de fora e nos convoca a tornarmos-nos peças de resistência à energia que o nutre – a reprodução ampliada que nosso consumismo neurótico nutre quotidianamente. Oponham ao nihilismo de Jacques Monod a leitura motivadora de Prigogine, que tenta reincorporar à física do probabilismo um sentido cósmico justificador dos desafios da aventura humana. Os gigantes de ontem só nos são úteis se permitirem que, subindo em seus ombros, possamos ver além do que eles foram capazes de vislumbrar. Assim fazendo, nem os traímos nem os esquecemos, antes permitimos que sobrevivam conosco como alícerces sobre que assentamos nosso mirante mais elevado. Acrescento a estas uma outra referência, recolhida da leitura de um artigo de Bruno Latour*

sobre o pensamento do sociólogo alemão Ulrich Beck,<sup>2</sup> que afirma importar o fato da crise ecológica na necessidade de repensar não só as relações do mundo social com a "natureza", mas também, de cima a baixo, a teoria sociológica, concitando-nos à tarefa da "reinvenção da política", com o objetivo de transferir o dogmatismo do modo de vida e produção industrial (grafia do original) para a autolimitação reflex-tida (*idlem*), dos modos de vida e produção pós-industrial. Vislumbro neste seu modo de pensar também um deslocamento da reflexão para a ética do dever.

100. Nós, juristas, incidimos em outro erro, talvez até de mais nefastas conseqüências. Esquecemo-nos de que o Direito é medicamento com que procuramos restabelecer a saúde da convivência social. Ele não evidencia nenhuma excelência, antes, em ordem diretamente proporcional a sua importância e institucionalização, atesta um fracasso social. É a impotência dos homens, mediante suas instituições não-estatais, para prevenir e solucionar os conflitos oriundos de sua convivência, que impõe a utilização dos mecanismos jurídicos de que a tutela jurisdicional é a última e mais representativa expressão. A presença do jurista – doutrinador, postulador ou julgador – denuncia a vitória da doença no corpo social, como a do médico que comunica a vitória da doença no corpo biológico. Feliz a sociedade que precisa pouco de médicos. Feliz a sociedade que precisa pouco de juristas. O que ocorreu em nossos dias, entretanto, foi o oposto. A nossa perda de perspectiva nos levou à apologia da doença e do doutor, ao invés de cuidarmos da sua profixaxia e prevenção.

É dessa ótica que vejo o espetáculo montado para levar ao grande público a opereta dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, civis, políticos e sociais, protegidos por cláusulas pétreas, para que todos saibam que eles têm a resistência milenar das pirâmides e das esfinges, ou dos mandamentos de ontem, outorgados pelos deuses ou pelo Deus único, no Monte Sinai, ao intermediário privilegiado – Moisés. Somente agora, nem mesmo são mais os deuses que dizem a palavra suprema, sim alguns humanos que se atribuem virtudes e poderes que os tornam iluminados. Conveniente relembrarmos pouco importarem os mandamentos dos deuses para os que não têm fé, como de nada valem as proclamações de direitos para os que não têm a consciência do dever.

podendo contra este inelutável o nosso discurso conservador ou emancipador. Este convencimento não traduz nenhuma visão economicista ou materialista radical da existência e da convivência humanas. Nem pretende excluir da construção social da realidade os complexos e vários fatores que nela se fazem presentes e atuantes. O que se tenta asseverar é que a força decisiva da interdependência dos homens, da labilidade dos desejos que geram necessidades não naturais, mas predominantemente culturais, a par da escassez de bens e de meios para a plena satisfação de todos, colocam, como nuclear, o problema da divisão do trabalho social e da apropriação do produto que desse trabalho resulta, problema, por sua vez, derivado da irrecusável desigualdade dos homens e da impossibilidade material e prática de determinar referenciais seguros, capazes de eliminar as desigualdades intrínsecas. Da opção fundamental que seja feita nesse contexto é que derivam todas as demais conseqüências. Devemos lembrar-nos, entretanto, que ela é fruto do agir humano e reclama, para efetivar-se e durar, nossa permanente adesão, pelo que tanto pode ser por nós confirmada como desconfirmada, o que possibilita transformações as mais variadas e permite, diria até mesmo nos impõe, comprometermo-nos com a tarefa de aperfeiçoá-la até ao limite historicamente possível.

103. Sintetizando e concluindo. Infelizmente, a ausência de criação do Direito, expatriado do mundo das realidades materiais, situado fora do âmbito do saber controlável pela contraprova empírica, adejando perigosamente na dimensão comunicativa do homem, em que o discurso e a palavra possibilitam delírios em termos de prognósticos e fantasias em termos de diagnóstico, infelizmente, e por tudo isso, o Direito colocá todos nós, juristas, permanentemente sob o risco do descrédito científico e de sermos vistos como manipuladores de palavras e de valores éticos.

Desses males só poderemos nos imunizar mediante severa disciplina metódica, rigor lógico e transparência na fundamentação de nossas conclusões, a par de permanente compromisso com a faticidade do social. Pretendermos, como juristas, vislumbrar algo do amanhã, colocando-nos apenas sobre o pedestal do exclusivamente jurídico, será querer estultamente enxergar o que existe além de um muro de muitos metros colocando-nos simplesmente na ponta de nossos pés. Sem estarem definidos os rumos econômicos e políticos do futuro, nada do jurídico será previsível. Destarte, refletir sobre o Direito de amanhã

101. Não se veja nesta colocação uma atitude de menosprezo ou menoscabo no tocante aos direitos humanos e sua proclamação universal. Quisemos acentuar, sim, a falácia dessas proclamações quando desassistidas da vontade pessoal, social e política que efetivamente as institucionaliza e esta vontade não pode ser imposta ou surgir por força de prescrições jurídicas. Ela é fruto do esforço incessante, individual e social, de introjeção de valores que domesticam nossos ímpetos e nos dão a consciência de que se perdendo algo em favor de alguns se lucra muito em benefício de todos. Só enfatizando o dever colocamos o *outro* na esfera de nossa responsabilidade e mobilizamos-nos para a solidariedade. Dar relevo ao direito, inversamente, nos contrapõe ao outro, traz para o primeiro plano o que em face dele nos faz o adversário e oponente.

A *sabedoria da solidariedade*, contudo, é indissociável de um compromisso coletivo que reclama permanente empenho, convencimento e vigilância, inicialmente moldados no ambiente familiar, depois ampliados e consolidados em outros setores da convivência social. Só ao fim desse longo percurso chega ao espaço político institucionalizado de modo eficaz. O caminho inverso jamais foi feito na história. Nem o será em nossos tempos nem em nosso país.

102. A reflexão centrada estritamente no jurídico é sempre estéril. O Direito marcha na direção em que a sociedade caminha e anda com ela e não à frente dela. A par disso, o Direito não é raiz. Se raízes podem ser identificadas, elas são o econômico e o político, "revestidos" pelo ideológico. Todo pensamento jurídico, toda construção jurídica, portanto, tem pressupostos e determinantes de natureza ideológica, que por sua vez assentam no subsolo do econômico e do político.

Conseqüentemente, pensamos e atuamos sempre comprometidos ideologicamente, quer privilegiemos o *status quo*, quer centremo-nos no compromisso com a transformação social. Na prática, a dinâmica inerente ao próprio Direito aproximará a todos, de tal modo que, a rigor, só poderemos afirmar que caminhamos em margens diferentes, mas ao longo do mesmo rio — a via caudalosa da necessidade de emprestar segurança e previsibilidade à solução dos conflitos que se instalam na vida social, o que somente é factível se em harmonia com a efetiva correlação de forças socialmente contrapostas. Donde a afirmativa de que o econômico e o político precedem o jurídico e o conformam, pouco

reclamaria de todos nós refletir, antes, sobre como serão institucionalizados o mundo das necessidades e o mundo do poder. Não será, entretanto, pela via do jurídico que lograremos esse resultado. A solução terá matriz na deliberação dos homens de organizar sua convivência tendo em vista o atendimento de suas necessidades (economia) e a correlata exigência de organizar-se a divisão do trabalho social e a apropriação do seu produto (política) sob o impacto da crença de que alcançamos um limite de alto risco, no qual, ou renunciaremos (dever) ou seremos privados de qualquer benefício (direito). E isso só será possível mediante a obtenção de um consenso significativo, cujo alicerce é necessariamente a consciência individual lúcida e comprometida com os objetivos assumidos. Esta é uma nova utopia que nos proporcionará suficiente energia para mobilizarmos-nos para a luta, e suficiente esperança para nela perseverarmos, buscando aproximar o mais possível do sonho e realidade de nosso despertar.

## A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

104. As reflexões até aqui feitas tiveram o objetivo de fundamentar quanto se dirá neste capítulo sobre como foi institucionalizada, entre nós, a função jurisdicional e os prejuízos que disso resultaram.

Podendo parecer, à primeira vista, acerbamente negativo tudo quanto vamos dizer, em verdade a preocupação que nos moveu foi o desejo de colaborar para entendermos todos, profissionais do Direito ou não, o fenômeno jurídico, suas implicações de natureza política e como as instituições jurídicas estão operando em nosso país. Desejávamos, assim agindo, oferecer aos cidadãos elementos e referências capazes de habilitá-los a compreender melhor o que em princípio lhes parece hermético, um tanto misterioso e para alguns até cabalístico – a Justiça. Não o valor Justiça, sim o operar das instituições que se propõem traduzir este valor em termos de decisões que interferem na liberdade e no patrimônio das pessoas.

Cuida-se, a meu ver, de algo de interesse geral prioritário, visto como civilizar-se é colocar-se imune ao arbítrio e isto só é possível quando deixamos de nos submeter ao governo dos homens e passamos a obedecer a um conjunto de regras. Alcançar este objetivo requer um tipo especial de organização do poder político dotada de instituições que assegurem, num primeiro momento, a juridicização das opções políticas e, subsequentemente, sua efetividade, quando tiverem que ser traduzidas em decisões disciplinadoras de casos concretos, comandos a exigir obediência e impor sujeição. Precisamente este é o espaço em que atuam quantos estão envolvidos com a função jurisdicional, nele se destacando os magistrados. Se não forem também governados por um conjunto de regras antes que por homens, ou se não forem inviabilizados de pretendem se tornar os que governam no lugar das regras, teremos, em verdade, a pretensão de eliminar tiranias, apenas institucionalizado novos

minados agentes públicos, o que importa em negação mesma do sistema democrático de governo, e incentivo à tentação de dominação, presente sempre em todo detentor de poder.

106. Sempre me pareceu uma das mais graves deficiências de nosso tempo seu desinteresse pela atividade política e sua má compreensão do que ela seja. De tal modo se dissociou a sociedade do Estado, o econômico do político e o individual do social que findamos por entender a atividade política como algo específico de um segmento da sociedade profissionalizado para isto. Disparamos de químicos, arquitetos, médicos, juristas e também de políticos. Cada qual deles com suas funções específicas e devendo à sociedade bons serviços. Se alguma postura é equivocada e tem acarretado sérias perdas para a vida social é esta da compreensão mofina e profissionalizante da atividade política. A desvalia do político entre nós, inclusive, foi particularmente acentuada nas últimas décadas. O autoritarismo militar, pérfida e intencionalmente enquanto fazia política e só fazia isto, criminalizava a atuação política dos outros segmentos sociais e desqualificava a formação política dos brasileiros. Ser político tornou-se quase sinônimo de marginalidade social e este foi o maior desserviço da ditadura militar, talvez mais perverso que o próprio interregno de insanidade da repressão pós-67. A desqualificação do político leva à desqualificação do indivíduo como cidadão, acentuando no Direito sua face de pura dominação, antes que seu caráter de resultante da livre interação dos segmentos sociais por meio da ação de seus atores. Por força disso, faz-se predominante uma vontade perversa, atuando de cima para baixo, que obstrui os canais de participação e reprime as divergências, na insensata crença de que dominação não consentida, ou melhor dizendo, não pactuada, tem possibilidade de gerar duradouramente divididos. Foi essa apatia que produziu o paradoxo de termos uma Constituição poeticamente democrática, enquanto discurso sobre direitos, mas perversamente autoritária e corporativa quando cuida da estruturação e funcionamento do que ainda se denomina entre nós, de modo subliminarmente expressivo, de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

107. Como tem demonstrado a história em mais de uma oportunidade, quase sempre a reação a determinado estado de coisas leva a posturas radicais no sentido contrário. A intensa e prolongada pressão

déspotas, o que é preocupante, se recordarmos que os novos dominadores se pretendem legitimados sem o respaldo da vontade popular e a cavaleiro de qualquer controle social.

105. Este risco torna transparente, ao mesmo tempo, tanto a importância do Direito e particularmente da magistratura para a democracia, quanto a necessidade de imunizar-se a sociedade contra a tentação diabólica de transformar-se os produtores do Direito em novos tiranos, se é que de novos podem ser chamados os que apenas diferem dos antigos nas vestes com que buscam simbolizar o papel social que desempenham. Daí sempre haver sustentado revelarem-se exigências correlatas e indissociáveis a prestigiar-se a independência da magistratura em sua interação com os demais agentes estatais, a par da que se mostra imprescindível à saúde democrática de um povo — institucionalizar-se um sistema de responsabilização dos magistrados e de controle social sobre eles, para inviabilizar-se a possibilidade de virem a reprodurir o déspota que se buscou eliminar. A independência de que precisam desfrutar os juízes em face dos agentes das demais funções do Estado é diretamente proporcional a sua responsabilidade sócio-política, vale dizer, a sua submissão a controles sociais institucionalizados, capazes de coibir-lhes os abusos e os desvios deslegitimadores.

Conseqüentemente, somar poderes ao magistrado sem lhes acrescer, também, a responsabilidade é deslegitimá-lo democraticamente. Como bem posto por Przerworski,<sup>1</sup> a característica dos sistemas autoritários é que alguém tem a capacidade efetiva de evitar conseqüências políticas contrárias a seus interesses. Este alguém pode ser uma pessoa (o líder) uma organização (as forças armadas, por exemplo; ou os magistrados, acrescentamos) a polícia, o partido, a burocracia ou mesmo algo menos facilmente identificável, como uma "panelinha" de grupos e indivíduos". Para que tal não ocorra, é fundamental a existência de algum foro perante o qual seja possível processar-se a desconformação dos que, investidos de poder para servir, passam a servir-se do poder, e este foro jamais pode ser o da própria instituição ou órgão em que se integra aquele cuja responsabilidade se pretende efetivar. Permitir-se que esta distorção ocorra equivale a eliminar-se a possibilidade de efetiva apuração da responsabilidade de deter-

1 *Ama a incerteza e serás democrático*, em *Novos estudos CEBRAP*, n.º 9, p. 36.

exercida sobre a sociedade brasileira, por mais de vinte anos, levou à explosão da Constituição de outubro de 1988, irrealista, ingênua, sem coerência interna e sem compromisso maior com a realidade, tanto nacional quanto internacional, que pretendia ordenar. No ano de 1990, em Congresso realizado na cidade do Rio de Janeiro, já acentuava este fato, sendo objeto de severas críticas, sem contar o desencanto dos que não entendiam como um batalhador de primeira linha na luta pela redemocratização formulava objurgatórias contra a Constituição Cidadã.

O futuro deu-me ganho de causa, porquanto vivemos, hoje, o clímax da crise de nosso irrealismo constitucional. Não constitui objetivo deste trabalho a avaliação crítica de nosso pacto básico. Nem afirmo que apenas no particular da disciplina da função jurisdicional pecaram gravemente os constituintes de 1988. A crise é do Estado, como um todo, do modo como foi institucionalizado, mas nossa análise limitar-se-á aos aspectos pertinentes à função jurisdicional, campo de nosso específico interesse, sem pretendermos com isso atribuir apenas ao Poder Judiciário a pecha de sua insatisfatória institucionalização democrática. A meu ver, e isto tentaremos fundamentar a seguir, um amontoado de equívocos nos levou à grave conjuntura com que nos deparamos, contribuindo para o descrédito dos magistrados, agravando a crise de governabilidade existente, tornando ainda a atividade dos operadores do Direito algo decepcionante e desgastante para os que a ela se dedicam com fidelidade ao que realmente deve ser, porém com largo proveito para todos os que se nutrem da litigiosidade, que estimulam como os corvos precisam da carniça dos mortos para subsistirem, e deleite de quantos necessitam se engrandecer às custas do arbítrio e da exibição.

108. O primeiro e fundamental reparo diz respeito ao defeituoso tratamento que foi dado ao Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988. Disciplinou-a o Capítulo III de seu Título IV, que se estende do art. 92 ao 135, tendo-lhe dado tratamento casuístico que o torna quase uma lei orgânica da magistratura. Nada mais inadequado e disfuncional, entretanto. O que é constitucionalizado enrijece-se, tornando-se de difícil adaptação e custosa modificação, e isso se fez com superabundância no particular do Poder Judiciário, quando a crise por que passa o Estado contemporâneo, universalmente proclamada, pedia justamente o contrário — a constitucionalização apenas do essencial, deixando-se livre a senda dos ajustamentos que se fizessem pragmaticamente necessários e

sabíamos inevitáveis. As Constituições dos países desenvolvidos são sábias no particular, reservando para o legislador constitucional apenas o que se mostra essencial à função. Nem precisamos ir tão longe. As Constituições da Argentina e do Uruguai, nossos parceiros no Mercosul e nossos fronteirinhos podem ser invocadas. Nós, inversamente, chegamos até ao ridículo de constitucionalizar a obrigação do juiz residir na comarca (sem nenhum resultado prático), centralizamos demasiados poderes nos tribunais em detrimento dos juízes do primeiro grau, desfigurando a própria independência da magistratura, essencial para todos e não prerrogativa de alguns. Daí porque afirmo, sem nenhum receio de incidir em engano, que sem a modificação radical deste Capítulo de nossa Constituição qualquer melhoria no tocante à prestação da atividade jurisdicional entre nós será inviável. Enquanto insistirmos em legislar tendo em vista interesses corporativos, colocados os interesses da Nação em segundo plano, se é que são considerados em algum momento, nenhuma esperança de melhora poderemos alimentar.<sup>2</sup>

2

Quando dos trabalhos da Constituinte, fui convidado a falar aos integrantes da Comissão responsável pela disciplina a ser dada ao Poder Judiciário. No intervalo para almoço, dirigi-me ao restaurante do Congresso em companhia de ilustre deputado paulista, homem com antiga e relevante militância em partidos de esquerda. No percurso, ele comentou comigo, melancólico: "Está vendo, Calmon, você aqui se depara com dezenas de *lobbies*, das forças armadas, do funcionalismo público, das polícias militares, do Ministério Público, do Judiciário, dos banqueiros, dos meios de comunicação e assim por diante. Só um *lobby* se fez ausente nesta oportunidade — o do povo brasileiro". Comentei com ele, em resposta a sua ponderação: "E isso já nos diz para quem vai sobrar". E realmente sobrou. Nossa Constituição é um festival de autonomias. Exacerbamos a do Ministério Público, constitucionalizamos os direitos dos servidores públicos, chegamos ao requinte de constitucionalizar garantias para os servidores militares, preservando inclusive esta coisa velha e cheirando a coronelismo que são as polícias militares independentes e dissociadas da polícia civil, em tais e tão escandalosos termos que assitimos, entre envergonhados e temerosos, nosso Legislativo se curvar diante dos arreganhos dos coronéis-comandantes quando os escândalos televisados imobilizaram os brios da sociedade brasileira. Nossa fragilidade política dá pena e isto gera um Congresso ainda à procura do momento para assumir seu real papel na vida política nacional. As polícias militares, com muito menos títulos que os demais titulares de "autonomias" são bastiões intraspionáveis.

109. Além de ridiculamente casuístico, o Capítulo III do Livro IV é um magnífico atestado de anti-democracia. Instituiu uma magistratura que, apelidada de representativa de um dos poderes da república, está integrada, na sua esmagadora maioria e mais significativo segmento — os juízes do primeiro grau, pelos mais desprotegidos e tutelados dos servidores públicos deste país. Fácil demonstrar-se a correção desta afirmativa. Os juízes de primeiro grau, ou primeira instância, justamente aqueles que em toda democracia são os mais importantes em termos de boa prestação da atividade jurisdicional, foram transformados em *fetos de magistrado*, como costume denominá-los. Explico porque. Aos tribunais foram alocadas as atribuições de recrutamento, seleção, nomeação, aperfeiçoamento, apuração de merecimento dos magistrados de primeira instância, inclusive poder disciplinar sobre eles e até orientação coercitiva de natureza técnica. Nenhuma independência ou autoridade tem o juiz de primeiro grau em face de seus *superiores*, os eminentes desembargadores que integram os tribunais de apelação nos Estados e os juízes dos tribunais regionais, na área da Justiça Federal e do Trabalho, para só aludirmos aos principais. São os tribunais que realizam os concursos para ingresso na carreira constituindo as comissões julgadoras (com maioria de membros dos tribunais) e definindo o conteúdo programático que entendem desejável. São eles que detêm o poder de investidura dos magistrados nos cargos e decidem sobre sua carreira, atendendo a critérios jamais revelados, mediante deliberação secreta, desmotivada e totalmente arbitrária, em que pese o mandamento constitucional no sentido da necessidade de motivação de todo e qualquer ato, inclusive administrativo. Destarte, a carreira de um juiz depende de sua subserviência aos tribunais e qualquer manifestação de independência soa como rebeldia. Deixa ela de revestir-se do caráter de estímulo pessoal e reconhecimento de mérito aferido por critérios objetivos, tornando-se, comumente, mero conchavo alinhavado no recinto fechado dos colegiados superiores. Os males que tal sistema inconstitucional e moralmente inaceitável tem causado nós estamos colhendo com a crescente crise que desgasta e desmoraliza o Judiciário.

110. Outro imperdoável deslize foi a previsão constitucional de um só tipo de magistrado, o togado, estruturado em carreira, com ascensão garantida pelo tempo de sua sobrevivência (merecimento biológico), pouco importando sua qualificação técnica e profissional, absolutamente irrele-

vantes para o constituinte. Outrossim, foram distribuídos numa organização que a Carta de 88 já traçou com a estulta pretensão de ser a melhor e ser definitiva. Parte-se do falso e superado pressuposto de que a solução dos conflitos, sejam eles quais forem, deve ser confiada a juízes togados, quando a experiência social aponta para soluções diversificadas, isto é, para conveniência de também ser confiada esta tarefa a outros atores sociais preservando-se, apenas, o controle togado em favor da efetividade das garantias constitucionais. A única exceção, molina e que jamais deveria ser definida constitucionalmente em sua abrangência, como o foi, é a da faculdade de criação de uma justiça de paz. Conseqüência desta insensatez foi termos transformado o desempenho da função jurisdicional numa tarefa que envolve altos custos e convida à ostentação e à suntuosidade, com prioridade precisamente no segmento menos fundamental, vale dizer, os tribunais. Eles são casas que se assemelham a palácios, mas há juizados que bem poderemos aproximar de cafuás, e sempre planejados de modo a que jamais exista espaço para o público, e tudo se possa desenrolar sob a proteção de tabiques e paredes. Inexistem critérios objetivos, que disciplinem a criação e classificação das Comarcas, donde termos em nosso país o triste espetáculo de existirem Comarcas paupérrimas, desprovidas de movimento sequer incipiente, servidas por mais de um juiz de Direito que nem mesmo pelas podem ou precisam morar, tão deficientes são seus equipamentos urbanos ou tão próximas se encontram de centros urbanos desenvolvidos. São as Comarcas reservadas para o que a ironia dos impotentes chama de *quinto consangüíneo*. Some-se, a isto, a sobrecarga da necessidade de também serem nomeados membros do Ministério Público, auxiliares e serventuários da Justiça e oficiais do Registro Público. Insensatez imperdoável a que nos damos o luxo, quando carecemos de tudo. O elenco de irracionalidades e disfuncionalidades, se pretendesse esgotá-lo, levaria este Capítulo a uma extensão intolerável.

Acredito que o quanto mencionado basta, visto como se um sistema possibilita alguma distorção grave é porque algo nele deixa a desejar e só isso bastaria para justificar a reflexão sobre como evitá-la. Sem receio de errar afirmo que estou ainda longe de cobrir tudo o que de disfuncional hoje esclerose e asfixia a atuação do Judiciário entre nós e que é impossível de ser sanado sem uma radical reforma constitucional. O dito, entretanto, já se me afigura suficiente.

111. Nem é só. Os julgamentos do primeiro grau estão desmoralizados por força de um sistema de recursos engendrado para fortalecer a posição dos tribunais, permissivo de liminares deferidas por relatores ou presidentes de tribunais suspendendo a eficácia de decisões do primeiro grau, muitas vezes, elas sim, configurando flagrantes ilegalidades e comumente despojadas da fundamentação séria que a gravidade do ato estava a exigir. Estes males foram exacerbados com a infeliz e pernicioso reforma recente do agravo de instrumento, que apenas serviu para exacerbar a desqualificação do juiz do primeiro grau, desfigurar o processo e torná-lo mais burocratizado.<sup>3</sup> A apelação, recurso das decisões finais proferidas pelos magistrados, na sua quase totalidade, é dotada de efeito suspensivo, vale dizer, impede a efetivação daquilo que pelo juiz da causa foi decidido, quando o inverso é que se impõe. Isto, entretanto, para ser adotado sem agravar o risco do

3 Mesmo para um leigo será fácil perceber o que vamos dizer. O juiz, no curso do processo, é obrigado a proferir decisões que ainda não se revestem do caráter de decisão final, aquela que vai dizer quem tem ou não tem o direito que pleiteia. Nós as denominamos de interlocutórias. Estas decisões jamais deveriam ser recorríveis, salvo situações excepcionais. E assim é nos sistemas jurídicos de boa qualidade. Inclusive ocorre entre nós na Justiça do Trabalho. Isso, entretanto, pede, corretamente, se institucionalize a responsabilização efetiva do magistrado em casos de incidir em ilegalidade ou abuso de poder. Pois bem, no Brasil, ao invés de tornarmos as interlocutórias irrecorríveis, reforçando a autoridade do juiz do primeiro grau e evitando delongas processuais, a recente reforma do Código de Processo Civil, em nome da modernização, manteve a recorribilidade de todas as interlocutórias e o que é profundamente inexplicável e escandaloso, transferiu o agravo para os tribunais, que deles conhecem originariamente, atribuindo ao relator do recurso o poder de suspender os efeitos da decisão do primeiro grau. Retardou-se o andamento do processo, criando-se novos embaraços e novas tentações e meios de procrastiná-lo, dando-se a um juiz constitucionalmente dotado do mesmo poder que o outro, a discricionariedade de tripudiar sobre a autoridade do seu colega, deixando-o em situação vexatória em face daquele que por ele vai ser julgado, desqualificado em sua autoridade e desmerecido perante o jurisdicionado. Hoje, advogar, de certo modo, é ter um bom relacionamento nos tribunais e deles obter as *soluções de emergência* que a cada dia mais desmoralizam o Poder Judiciário e enfraquecem a credibilidade na justiça. Ao invés de marcharmos para instituir juízes realmente independentes mas efetivamente responsáveis, preferimos ter juízes irresponsáveis (que não podem ser efetivamente responsabilizados) que pagam o preço alto de sua nenhuma autoridade. No apurar das contas, perde o cidadão, perde o Brasil, ganham as corporações. Sobrou para o povo brasileiro.

arbitrio e do abuso de poder pelos magistrados, pede um sistema em que os julgadores sejam efetivamente suscetíveis de responsabilização, coisa contra a qual a corporação resiste desesperadamente. A par disso, a apelação é admitida com efeito suspensivo, sem que maiores exigências sejam feitas para tanto, legitimado o recorrente apenas pelo fato de ter sucumbido, nenhuma exigência havendo no sentido de coibir o abuso do direito de recorrer e a chicana.

Daf o dizer comum a todos os advogados de que o importante é obter celeremente a decisão do primeiro grau, seja ela qual for, *porque em verdade quem decide a causa é o tribunal*. O que isto representa de descrédito e fragilização do julgador mais importante para a sociedade e de agravamento do custo temporal do processo a prática o está demonstrando. Triste e lamentável estado de coisas. O mais preocupante é que, em vez de se propugnar a institucionalização de um sistema racional e democrático de recursos, os tribunais se empenham no sentido contrário, nisso investindo todo seu prestígio, propugnando eliminação de recursos e criação de embaraços que empobrecem as garantias dos jurisdicionados e favorecem o arbítrio do julgador, dando-se sempre prioridade à necessidade de aliviar os tribunais de sua intolerável carga de trabalho, mesmo que as soluções propostas sejam politicamente indesejáveis e manifestamente inconstitucionais.

112. Outros males se somam. Nenhum poder disciplinar têm os juízes do primeiro grau sobre seus subordinados, porquanto qualquer de seus atos reveste-se de precariedade e sério risco de desconformação, o que os desmoralizará definitivamente perante aqueles que deveria chefiar. São os Tribunais que nomeiam, lotam, promovem, punem os auxiliares e servidores da justiça, ainda lhes ditando normas de comportamento.

Desse estado de coisas resulta algo muito grave. Total desinteresse do magistrado para exercer poderes administrativos e velar pela racionalidade e produtividade dos serviços sob seu comando aparente, desestímulo crescente dos bons magistrados e estímulo crescente dos que dão prioridade ao descumprimento do dever e eticamente deixam muito a desejar. Inexistem estímulos e prêmios para os bons enquanto se esbanja impunidade para os transgressores. O pior é que os maus poderão tudo se gozarem dos favores dos tribunais, enquanto os bons estarão permanentemente sob a ameaça de desqualificação, tendo que administrar suas frustrações ou terminar por ceder, pagando o alto preço do desgaste psicológico que isto representa.

funções, porquanto o que se quer ver bem sabido para ser bem aplicado é o direito positivo vigente em determinado espaço político, e ele não é um para os magistrados e outro para membros do Ministério Público e advogados.

Infelizmente, em nosso país, ainda não conseguimos nos libertar da vocação atávica do desejo de sermos donos de alguma capitania hereditária ou feudo, e ninguém quer abrir mão de sua susceania.

Continuamos, até hoje, partindo e repartindo o Brasil, pouco importando que assim agindo estejamos, em verdade, esquartejando a Nação. Se isso vem ocorrendo há mais de 400 anos e temos sobrevivido, fica sempre a esperança de que haverá sobrevivência.

115. Problema que não pode ser descurado, porquanto tem implicações de natureza política da maior relevância, é o do tratamento que damos ao controle da constitucionalidade das leis. Por força de nossa velha e ainda não superada incapacidade ou desmotivação para buscarmos, por nós mesmos, respostas e soluções para nossos problemas, preferindo delectar-nos com o que pensamos *os outros* que no momento colocamos em nosso altar-mor, que já foram os do Reino, depois os franceses, em seguida os ingleses e agora os norte-americanos, com variantes de coloração européia, e também a depender de onde nos pós-graduamos, resolvemos, por força dessa nossa velha e ainda não superada inapacidade, transplantar para nossa realidade cabocla o controle difuso de constitucionalidade institucionalizado pelos Estados Unidos da América. Ocorre que neste a solução tinha raízes culturais e históricas, buscou atender a exigências de natureza política peculiares e poderosas.

Entre nós, ele foi apenas um transplante cultural, sempre sujeito a alto índice de rejeição, por ausência precisamente de raízes que lhe permitam florescer no novo solo. Ou fenece ou se descaracteriza. Depois, sempre na ânsia de copiar, somamos o controle centralizado de inspeção européia ao controle difuso. Por fim, a Constituição de 1988, para não fugir ao seu perfil anômalo, resolveu instituir entre nós uma Corte Constitucional, dela retirando a responsabilidade de velar pela vigência, validade e uniforme aplicação da lei federal, que se atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça por ela instituído. Em verdade, criava-se não uma Corte Constitucional, sim mantinha-se o antigo Supremo com menos atribuições. O antigo Supremo e os antigos Ministros. Seria realmente

114. Tão defeituoso e pernicioso quanto o que vem de ser dito é o sistema de recrutamento e aperfeiçoamento de nossa magistratura, no particular um mal que é extensível a todos os operadores do Direito, vale dizer, também aos advogados e aos membros do Ministério Público. Permittimos que jovens mal saídos de faculdades que lhes dão formação mais que deficiente logo se habilitem aos cargos de magistrados, promotores, procuradores ou exerçam a advocacia e isso com a maior liberalidade e sem qualquer restrição. Sabemos todos da absoluta falta de seriedade desse sistema de recrutamento e formação. Foi ele que permitiu o escândalo de termos pessoas com quatro anos de formada já com assento em tribunais se fazem parte do *quinto consanguíneo*. A este quinto o humor negro das vítimas contrapõe o *quinto dos infernos*, constituído pelos magistrados que ainda tentam se manter eretos e têm que amargar todos os dissabores até que sua saúde lhes permita alcançar, por antiguidade, o final de suas carreiras. E estes profissionais verdoengos são legitimados amplamente para os atos da profissão, considerados portadores de um saber enciclopédico, podendo atuar em todos os ramos do Direito e, se advogados, em todas as instâncias, sem esquecer, no tocante aos magistrados, o formidando poder de decretar inconstitucionalidades, deferir liminares e antecipar tutelas fulminantes. Tudo sem risco nem perigo, salvo o do puxão de orelha dos seus superiores, os desembargadores, que também podem conceder liminares desconfirativas de liminares de seus subordinados. Ou prejuízo para a advocacia, cada dia mais próxima de algo tão aleatório que se avizinha do exercício do jogo e da aposta.

114. Nem são estes os únicos males. A Constituição de 1988 instituiu o modismo das Escolas Superiores. Temos mais Escolas Superiores no Brasil do que brotoeja em bebê exposto ao sol. Escolas Superiores de Advocacia, não uma, de caráter nacional, mas em cada Seccional e acreditado que até em alguma Subseção mais alentada. Temos Escolas Superiores do Ministério Público Federal, do Trabalho e dos Estados, inúmeras delas, uma constelação lucilante. E as Escolas Superiores da Magistratura, inúmeras, brotando a cada passo. Da Justiça Federal, de Justiça do Trabalho, em cada Estado, em cada Região. E em todas elas justificando de mestres pessoas escolhidas sem qualquer disciplina legal ou atendimento a pressupostos que emprestem confiabilidade e segurança aos objetivos perseguidos. Nos países sérios há uma Escola Nacional, que forma profissionais do Direito para suas várias

desejar demais acreditar que estávamos dando melhor fisionomia ao sistema. Simplesmente se constituiu esta Corte com juízes vitalícios, escolhidos à moda americana mas sem o controle social existente nos Estados Unidos, incluída na estrutura do Poder Judiciário, não fora e acima dele, e o que é pior, atribuíram a esta Corte, que ia ser asfixiada pela pletera de arguições de inconstitucionalidade, consequência necessária de uma Carta que constitucionalizou até a função de respirar dos brasileiros, competências crescentes como a de processar e julgar autoridades, *habeas corpus* etc., mantido o controle difuso, o que fragilizou a Corte Constitucional e dilatou no tempo a solução de um problema que requer a máxima urgência em sua efetivação — as arguições de inconstitucionalidade.

116. Problema também a pedir solução, além de sua desconstitucionalização, é o pertinente à Justiça Eleitoral. A experiência de confiar seu desempenho aos juízes da justiça comum tem sido desastrosa. Constitui alienação perniciososa acreditar que atribuir a magistrados os poderes que eles hoje têm no tocante à disciplina do processo eleitoral não desserve a todos é cegueira inaceitável. A luta política é, acima de tudo, paixão. E ela envolve também os magistrados, comprometendo-os, por extensão, no exercício de sua judicatura ordinária. Por outro lado, a influência dos magistrados na condução do processo eleitoral e os poderes de que dispõem para isso criam nos parlamentares uma condição de dependência, que fragiliza o Congresso em sua missão fundamental de fiscalizador de todos os Poderes, inclusive do Judiciário. Além do mais, regular-se demasiadamente o embate político, aprisionando-o inclusive em quanto disposto em Resoluções que escapam ao controle de outro qualquer Poder é, em verdade, criar um obstáculo ao amadurecimento político do povo brasileiro, que só ocorrerá às custas de suas próprias experiências. A interferência do Judiciário no processo político só deveria ocorrer como se dá em todas as outras situações, vale dizer, em face de conflito no qual estivessem em jogo princípios e preceitos fundamentais do processo eleitoral, previamente definidos em lei.

Os melhores disciplinadores do processo político são os próprios partidos, se forem institucionalizados controles em que eles desempenhem papel ativo, em condições democráticas de igualdade. Manter o atual modelo de jurisdição eleitoral será deservir ao amadurecimento

político do país e também ao Poder Judiciário, que finda por se politizar além do tolerável, tendo em vista a específica função constitucional que lhe incumbe.

117. Haveria muito mais para dizer. Acreditamos seja suficiente quanto dito para o fim a que nos propusemos. Uma só das distorções apontadas já seria preocupante. As muitas analisadas agravam sensivelmente esta preocupação. Estamos diante de um grave problema que diz respeito a algo de fundamental importância para todos nós. Impossível democracia sem a existência de uma magistratura bem preparada para o desempenho da função, independente e responsável. Esquecermo-nos disto e não porfiarmos por que este objetivo seja alcançado será pormos em risco o nosso futuro como Nação em que vivam homens livres, cidadãos. A ameaça à cidadania vem do poder não submetido a efetivos controles sociais, e isso não diz respeito apenas ao Executivo, à Administração Pública, mas a todas as funções do Estado e aos que as desempenham, incluídos, portanto, o legislador e o julgador.

Quem não é cidadão em face de quem o julga carece de cidadania em termos absolutos. Infelizmente nós, brasileiros, assim nos sentimos diante de nossos magistrados, vítimas, também eles, de um sistema que primou por dizer-se democrático e institucionalizar-se de modo excludente e autoritário. Este meu trabalho só teve o objetivo de alertar para o problema, sem a veleidade de ter oferecido a melhor análise e sugerido a melhor solução. É o depoimento sincero de quem viveu e vive a paixão pelo Direito, alimentando a forte crença de que só através dele, se democraticamente produzido e aplicado, somos capazes de, concretamente, em nosso quotidiano, ser e sentirmo-nos homens livres.

## ANEXOS

Desejamos complementar nosso trabalho com duas contribuições que nos pareceram necessárias. A primeira, sugestão de reforma do Capítulo III do Livro IV de nossa Constituição. A segunda, a referência a casos concretos que documentam quanto por nós afirmado no tocante à natureza insatisfatória por que foi institucionalizado o Poder Judiciário e vem funcionando. Eles ocorreram em vários Estados da Federação, pelo que não nos valemos de uma casuística estritamente baiana. Outros-sim, não são os únicos de que tenho notícia e a respeito dos quais detenho informações fidedignas. Escolhi-os dentre muitos de igual gravidade, porque seria demasiado referir-me a todos.

Acredito que se apenas um dentre eles fosse possível, o fato de ter ocorrido sem que as vítimas dispusessem de meios efetivos para res-ponsabilizar os culpados justificaria quanto foi dito neste trabalho, mobilizando-nos para sanar este mal. Se eles são centenas e ocorrem diariamente nos nossos mais de oito milhões de quilômetros quadrados, esta necessidade ainda se torna mais urgente e mais exigente.

## ANEXO I

Darei prioridade à proposta de reforma constitucional, porque este me parece o problema fundamental. Sem solucioná-lo nenhuma melhora será possível. Quando dos trabalhos da Constituinte, tivemos oportunidade de encaminhar, por intermédio do então Deputado, hoje eminente magistrado, Jorge Hage Sobrinho, uma proposta de redação para o Capítulo referente ao Poder Judiciário. A experiência dos últimos dez anos levou-me a modificá-la em parte. À guisa de ilustração, vou reproduzi-la a seguir, com as alterações que me parecem necessárias e pelas razões já apontadas. Não tivemos a velocidade de realizar um trabalho perfeito e considerá-lo a melhor solução. Representa apenas uma sugestão para que, sobre ela, e até para contraditá-la, se realize o que é fundamental — desengessar-se o país.

### Título IV Da Organização dos Poderes

#### Capítulo III Do Poder Judiciário

Art. ... A Justiça é administrada, em nome do povo, pelos seguintes órgãos:

- I — Supremo Tribunal Federal
- II — Superior Tribunal de Justiça
- III — Tribunais e juízes federais e estaduais.

Parágrafo único. Lei Complementar, denominada Lei Orgânica da Magistratura, estabelecerá normas gerais disciplinadoras da organização, funcionamento, direitos, deveres e disciplina da magistratura.

Art. ... O exercício da função jurisdicional, para garantia de seus usuários, atende às seguintes prescrições:

- I - previsão de duplo grau para controle interno da validade e justiça das decisões, atendidos os pressupostos definidos em lei;
- II - exigência de fundamentação substancial para todas as decisões, sob pena de nulidade absoluta;
- III - publicidade de todos os atos decisórios, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar esta publicidade às partes e aos advogados;
- IV - os autos dos processos findos são considerados documentos de interesse público aos quais deve ser assegurado o acesso para fins de estudo e pesquisa;
- V - juízes e tribunais, sob pena de responsabilidade, devem publicar, nos períodos fixados na Lei Orgânica da Magistratura, os dados relativos aos feitos sob sua responsabilidade.

Art. ... Para garantia dos jurisdicionados, deferem-se aos juízes os seguintes direitos:

- I - inamovibilidade, somente podendo ser dispensados ou punidos por decisão do Conselho de Justiça respectivo, mediante processo em que lhes sejam asseguradas as garantias do devido processo legal;
- II - irredutibilidade de vencimentos, não podendo tê-los reduzidos, salvo medida de caráter geral que alcance a todos os Poderes, não lhes sendo atribuíveis vantagens que sejam exclusivas, nem merecer qualquer tratamento privilegiado, ficando sujeitos aos impostos, taxas e contribuições que incidam sobre suas atividades, em paridade com os demais contribuintes.

Art. ... É vedado aos juízes, sob pena de perda do cargo:

- I - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função ou ocupar cargo ou emprego público ou privado, salvo um cargo ou emprego, público ou privado, de magistério, de caráter não administrativo;
- II - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, vantagens ou custas nos processos sujeitos ao seu despacho ou julgamento;
- III - exercer atividade político-partidária ou fazer declarações que desse caráter se revistam.

Art. ... Sob pena de responsabilidade, os agentes da administração pública, civis ou militares, são obrigados a cumprir as decisões judiciais e prestar aos magistrados a colaboração requerida em razão de suas funções.

## Seção II

### Do Supremo Tribunal Federal

Art. ... O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital do País, é composto de nove Ministros escolhidos, um terço de seus membros, pelo Presidente da República e um terço eleito pelo Congresso Nacional, dentre professores de Direito, advogados ou Membros do Ministério Público com mais de quinze anos de profissão, constituindo-se o terço restante com magistrados eleitos pelos integrantes dos tribunais federais e estaduais.

Parágrafo único. O mandato é de seis anos, admitida uma reeleição ou recondução.

Art. ... Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente;
- b) a prejudicial de inconstitucionalidade suscitada em pleito da competência dos juízes e tribunais federais e estaduais, quando nele se argua a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou a invalidade de ato do governo local contestado em face desta Constituição;
- c) outras causas que lhe sejam deferidas por Lei Complementar.

§ 1º A ação direta de inconstitucionalidade pode ser proposta por qualquer cidadão.

§ 2º Suscitada num pleito a prejudicial de inconstitucionalidade será ela de imediato afetada para julgamento ao Supremo Tribunal Federal, atendido o procedimento fixado em seu Regimento Interno.

Art. ... As decisões do Supremo Tribunal Federal em ações diretas ou objeto de súmula editada com aprovação da maioria absoluta de seus membros têm eficácia *erga omnes* e vinculam todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

Art. ... O Supremo Tribunal Federal pode estabelecer em seu Regimento Interno pressupostos definidores da relevância da questão constitucional, aplicando-os sempre em decisão fundamentada com aprovação da maioria absoluta de seus membros.

### Seção III Dos Conselhos Nacional e Estaduais de Justiça

Art. ... O Conselho Nacional de Justiça é composto de seis membros, sendo um terço indicado pelo Presidente da República, dentre servidores públicos ocupantes de cargos vinculados à área jurídica, um terço eleito pelo Legislativo dentre advogados e professores de Direito, e um terço eleito pelos integrantes dos tribunais federais dentre seus membros, todos com mandato de quatro anos, admitida uma única reeleição ou recondução.

Art. ... O Conselho é presidido pelo Ministro da Justiça e nele terá assento o Procurador Geral da República.

Art. ... Compete ao Conselho Nacional de Justiça:

- I - a seleção, indicação para provimento, aperfeiçoamento, movimentação e promoção dos magistrados federais;
- II - processar e julgar as representações que lhes sejam encaminhadas por quem, sendo parte em processo, tenha sido vítima de procedimentos ilegais ou abusivos de autoridades judiciárias ou membros do Ministério Público.

Parágrafo único. Os processos atenderão às garantias do devido processo legal, exigida a publicidade e fundamentação de todas as decisões.

Art. ... Os Conselhos Estaduais de Justiça têm composição e competência idênticas à do Conselho Nacional, exercendo, no âmbito do Estado-Membro em que se integre, as atribuições deferidas ao Conselho Nacional de Justiça, sendo presididos pelo respectivo Secretário de Justiça, neles tendo assento o Procurador Geral da Justiça.

### Seção IV Do Superior Tribunal de Justiça

Art. ... O Superior Tribunal de Justiça, com sede na capital do país, tem sua composição definida em lei.

Art. ... Ao Superior Tribunal de Justiça, sem prejuízo de outras competências que lhe sejam atribuídas em lei, compete julgar, em grau de recurso especial, as causas decididas em última ou única instância quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência;
- b) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Art. ... A lei pode estabelecer pressupostos definidores da relevância da questão federal para fins de admissibilidade do recurso especial, exigindo-se sempre julgamento fundamentado e proferido pela maioria absoluta dos julgadores.

### Seção V Dos Tribunais e Juízes Federais e Estaduais

Art. ... Os tribunais e juízes federais e estaduais têm a composição e competência definidas nas leis de organização respectivas.

Art. ... As leis de organização judiciária podem criar juízes monocráticos ou colegiados, togados ou leigos, inclusive com funções de conciliação, não estruturados em carreira, de modo a especializar, descentralizar, diversificar e tornar mais rápida e econômica a prestação da atividade jurisdicional, com vistas ao dever de atender à demanda dos jurisdicionados e às exigências do interesse público, inclusive criando juízes com competência exclusivamente municipal.

### Seção VI Do Ministério Público

Art. ... O Ministério Público é órgão com autonomia administrativa, cabendo-lhe, sem prejuízo das funções atribuídas a outros órgãos, pro-

mover a defesa da legalidade e dos interesses indisponíveis definidos em lei.

Art. ... Lei complementar disporá sobre o estatuto orgânico do Ministério Público, assegurada sua chefia a um membro da instituição eleito pelos seus pares, segundo o processo nela disciplinado.

Art. ... Aos membros do Ministério Público são assegurados os mesmos direitos e impostas as mesmas limitações previstas para os magistrados.

## ANEXO II

Os casos abaixo relatados foram objeto de meu conhecimento pessoal, sobre eles me manifestei e a respeito deles tenho documentação que comprova a verdade de quanto relatado.

*Caso nº 1* – Na condição de Presidente da Seccional da Bahia da Ordem dos Advogados do Brasil, recebi de determinada Comarca de meu Estado uma representação, firmada por todos os partidos políticos, todas as igrejas, clubes de serviço, sindicatos, associações locais e ainda pelo dono de um bar contra a pessoa do juiz de Direito, acusado de embriaguez habitual, violência, desregramento sexual e outros fatos que, no dizer dos representantes, tornavam-no indigno para a função. Encaminhei a representação ao Tribunal, sem merecer nenhuma resposta até o fim de meu mandato. Eleito Conselheiro Federal, continuei o silêncio e com ele a falta de providências. Tendo cessado minha atividade na OAB, desligando-me completamente da militância política na instituição, deliberou o Tribunal colocar o juiz em disponibilidade, estando ele, até hoje, com o privilégio de continuar sua vida desregada, devidamente financiado pelo contribuinte baiano. Tive, inclusive, o desgosto de ver este magistrado dizer que eu o beneficiara, porquanto, antes, precisava fazer malabarismos para levar suas prostitutas à praia em Salvador e agora isto ele podia fazer livre de todo e qualquer temor.

*Caso nº 2* – Em determinado Estado da Federação foi proposta ação contra uma sociedade de economia mista federal, nela sendo formulado um único pedido – o de que se certificasse continuar em vigor o contrato originariamente firmado para acompanhamento técnico das obras da represa X, que se entendia abranger também a represa Y, obstada a empresa de licitar a respeito, assegurando-se, portanto, à autora continuar cumprindo sua prestação inserida no objeto do contrato original

*celebrado com a empresa, até o final das obras da nova represa Y, sem poder reslir unilateralmente o contrato, salvo ocorrendo justa causa.* Concedeu-se liminar em cautelar, assegurando à autora a continuação da prestação de seus serviços. No curso da demanda principal, a empresa privada, autora, ajuizou uma cautelar que denominou de ampliativa, na qual pede que se estenda a tutela a uma nova represa que iria ser construída, que denominaremos de Z, além de postular fosse compelida (condenada) a estatal a desembolsar uma quantia de vulto, que se dizia devida pelos serviços já prestados. Ambos os pedidos foram deferidos liminarmente e o presidente da estatal, sob ameaça de prisão, teve que autorizar o pagamento do que era exigido na cautelar e tinha sido deferido liminarmente, confirmada a decisão pelo Tribunal em que, curiosamente, todos os incidentes do processo e a própria apelação final sempre foram distribuídos para a mesma Câmara participando um desembargador que liderava todos os *procedimentos* favoráveis à autora. Esta ação, irrecusavelmente declaratória, em cujo pedido jamais apareceu a palavra *condenar*, salvo em custas e honorários, e no aleijão da *cautelar ampliativa*, foi considerada título executivo judicial que comportava liquidação por cálculo da própria exequente, deferindo-se esta imoralidade sem nenhuma hesitação. E o que é mais grave, determinando-se bloqueio nas contas da estatal, recusando-se a efetivação da penhora em bens de outra natureza que não dinheiro. Os responsáveis jamais foram punidos nem se dispõe de meios que possibilitem efetivamente responsabilizá-los.

*Caso nº 3* - Num outro Estado da Federação ajuizou-se ação de indenização por danos morais contra um banco. A história é bem simples. Humilde empregada de uma loja de departamentos tinha aberto uma conta no banco X. A certa altura, foi apresentado a este banco um cheque com modesta importância, devolvido por falta de fundos. Este cheque tinha sido emitido para pessoa das relações de um grupo que já vinha atuando profissionalmente no setor, engendrando casos dessa natureza. A emitente julgou-se moralmente atingida, porque, segundo arguiu, por seus advogados (jamais ela foi vista ou depôs em juízo, inclusive mudou-se para outro Estado, depois de outorgar a seus procuradores todos os poderes imagináveis) sua assinatura tinha sido falsificada e o banco não se dera conta deste pormenor. Assim, pediu e obteve, com julgamento antecipado e sem citação regular do banco, indenização

superior a um milhão de reais, de logo se promovendo a execução. Com sacrifício e valendo-se de uma ação rescisória, com pedido de cautelar suspendendo a execução, conseguiu o banco negociar a dívida pelo quinto de seu valor. Nenhum dos responsáveis pelo episódio foi punido, nem havia como puni-los.

*Caso nº 4* - Em algum outro lugar deste país, um locador propôs ação de despejo por falta de pagamento dos aluguéis do apartamento locado a uma senhora cujo amante firmara o contrato de locação como fiador. O inadimplemento resultara do fato de ter havido rompimento de relações entre os amantes. O desinteresse de ambos fez com que a ação de despejo tramitasse rapidamente (menos de um ano). Transitada em julgado a sentença favorável ao autor, determinou o magistrado a expedição do mandado de despejo. Estando para ser cumprido, o advogado do locador foi procurado pelo amante-fiador, dizendo haver restabelecido suas relações com a locatária, donde seu interesse em manter a locação, propondo um acordo a respeito do pagamento dos aluguéis vencidos e não pagos.

O locador recusou-se a abrir mão do seu direito de reaver o imóvel e o amante-fiador, com visível ar de deboche e superioridade, disse-lhe e ao seu advogado que estavam incidindo em grave erro, porquanto ele gozava de prestígio na esfera do Judiciário e tinha condições de desqualificar tudo quanto se decidira. Dúvidou-se que tamanho absurdo fosse possível e o acordo não foi feito. Com surpresa, menos de 48 horas depois, era deferida liminar em mandado de segurança impetrado contra o ato do juiz do primeiro grau, sustando-se a execução do mandado de despejo. Diante do inominável absurdo que esta decisão representava, o advogado procurou quem a proferira, chamando sua atenção para o efeito da coisa julgada e da absoluta correção do processo, tendo dele ouvido a declaração de que tivesse paciência, porquanto estava sendo pressionado por um poderoso colega, ocupante de um dos cargos da Mesa do Tribunal, a quem não podia deixar de atender. Assumiu entretanto o compromisso de que, logo este seu colega deixasse o cargo que ocupava, julgaria o mandado de segurança, denegando-o, possibilitando a consumação do despejo. Assim foi dito e assim ocorreu. Dois anos depois, cessado o impedimento (?) denegou-se a segurança. Não se apurou a responsabilidade de ninguém, nem seria apurável.

*Caso n.º 5* – Porque separada de fato, dado que o marido abandonou o lar e passou a conviver com outra mulher, a esposa requereu alimentos, pedindo a fixação dos provisionais. O juiz do primeiro grau deferiu o pedido e fixou-lhes o valor. A esposa, por seu advogado, inconformada, agravou de instrumento, pedindo majoração. A lei permite que o Relator *suspenda* os efeitos da decisão agravada, mas não o autoriza a modificar, monocraticamente, o decidido. Neste caso, entretanto, o Relator majorou sensivelmente o valor dos alimentos.

Ofereceu-se agravo regimental contra esta decisão arbitrária que pena dolorosamente, sem conseguir ser julgado, como não se consegue julgar o agravo de instrumento. Nada foi apurado nem seria apurável. Este fato ocorreu também no Brasil.

*Caso n.º 6* – Empresa que contratara com o Estado, por ter sido vencedora em licitação, tomou-se credora de apreciável soma. Sem conseguir receber administrativamente o que lhe era devido, ajuizou demanda para obter a condenação do Estado. Citado, o réu contestou. Houve sancador e foram determinadas provas, devidamente produzidas. Já em alegações finais, o Estado pediu o indeferimento da inicial por inepta. O magistrado, sem tugar nem mugir, decretou a inépcia. Ocorre que a inicial estava firmada por um dos mais respeitáveis nomes de nosso mundo jurídico, inclusive internacionalmente respeitado. O magistrado autor da proeza poucos meses depois era promovido ao Tribunal. Nada se apurou nem seria apurável. Caso também ocorrido no Brasil.

*Caso n.º 7* – Empresa A, interessada em instalar uma fábrica de celulose, durante quatro anos despendeu soma considerável em estudos, obtendo laudos favoráveis tanto de técnicos nacionais quanto estrangeiros. Realizou duas audiências públicas e obteve o apoio do Poder Legislativo e do Poder Executivo do Município interessado, além de decisão favorável do órgão estadual responsável pela política de meio ambiente. Empresa B, integrante de um grupo econômico em sérias dificuldades financeiras, propôs à empresa A venda de um terreno de sua propriedade (duvidosa) para instalação da fábrica, pedindo preço bem elevado, sob a ameaça de criar embaraços ao empreendimento. A Empresa A negou aquiescência e então a Empresa B, valendo-se, como testa de ferro, de uma Fundação que o grupo econômico instituíra, anos antes,

to, ajuizou ação civil pública pedindo se impedisse a instalação da fábrica. A inicial foi, vergonhosamente, desacompanhada de qualquer documento. Arguiu-se a agressão ao meio ambiente e pedia-se a interdição do empreendimento. O juiz concedeu liminar sem audiência da parte contrária. Com tempo recorde, foi julgada antecipadamente a lide e deferido o pedido. Apelou-se e a Turma do Tribunal confirmou por unanimidade a decisão do primeiro grau. Destarte, sem que no processo a autora tivesse produzido qualquer prova e com desprezo à farta documentação anexada pela ré, sem audiência do órgão estatal que deferira a implantação da fábrica, sem a realização de qualquer perícia, deu-se pela procedência da demanda. Nada foi apurado nem era passível de apuração.

*Caso n.º 8* – Advogada que vinha prestando serviços profissionais há alguns anos a certa empresa, porque denunciado o contrato, entrou em juízo pedindo a condenação da locatária de seus serviços, por ter unilateralmente pretendido se desvincular, sem que ocorresse justa causa. Fez acompanhar sua inicial, e a ré citada também o fez com sua contestação, de cópias de todos os contratos, nos quais se previa expressamente a possibilidade de sua denúncia mediante aviso prévio de trinta dias. Também neles se dizia que os créditos da empresa remetidos à advogada para cobrança seriam relacionados em duas vias, devidamente assinadas, inclusive pela advogada.

Pediu-se distribuição do feito por dependência para determinada Vara, alegando-se que anos antes (quatro anos, precisamente) a advogada nela ajuizara uma execução da empresa contra terceiro. O magistrado aceitou sua competência. Insurgindo-se o réu, excepcionou e de pronto e de plano sendo recusada a incompetência, agravou, obtendo a suspensão da decisão agravada, vale dizer, obstado o magistrado de praticar qualquer ato no processo. Em que pese isto, dada a proximidade das férias forenses, e porque o magistrado estava só transitoriamente à frente da Vara, ele, em poucos dias, saneou o processo, disse que era caso de julgamento antecipado e proferiu sentença condenando a empresa em quantia de vulto, líquida e certa. Não disse uma só palavra sobre como chegou, em que pese a impugnação da ré, ao astronômico valor fixado. É bom ressaltar que, além dos contratos (suficientes por si sós para assegurar a improcedência do pleito) só existiam nos autos relações de nomes de pessoas com o respectivo CPF e um valor que se dizia devido,

sem se saber a quem devido, todos eles desprovidos de qualquer assinatura e impressos a partir de relações que não se sabe em que tiveram origem. A apelação oferecida pela empresa foi considerada intempestiva e de imediato a advogada entrou com a execução, tendo o juiz recusado a nomeação de bem outro que não dinheiro, determinando imediatamente o bloqueio nas contas bancárias da empresa, até alcançar a fabulosa soma de mais de cinco milhões de reais. O mais escandaloso é que nesta execução o magistrado (já um outro, não o primeiro, sim o titular da Vara) antecipou a tutela. A antecipação da tutela consistiu em nomear administrador para intervir na empresa e recolher nos caixas de seus estabelecimentos, diariamente, um percentual da receita, depositando-o em juízo, até plena satisfação da credora. Entendeu o magistrado que havia abuso de defesa por parte da ré. Não se sabe como em execução de sentença, sem que se tenha ainda proporcionado ao executado embargar, sem que a segurança do juízo tivesse se completado, pendente inclusive ação rescisória (única e deses- perado recurso vislumbrado pela empresa para escapar à chantagem a que estava sendo submetida, inclusive com pressão de poderosos) na qual, em cautelar incidente, se pediu e obteve a suspensão da execução, foi possível procedimento tão ilegal, abusivo, criminoso, corretamente qualificável de banditismo judicial. Não se apurou responsabilidade de ninguém, nem seria apurável.

*Caso nº 9* – Seis pessoas ajuizaram uma ação de reintegração de posse em cuja inicial dizem que são possuidores de cerca de 25.000 hectares de terra cuja delimitação física não precisam, indicando referências insuscetíveis de determinação material. Só para exemplificar: dizem que a área possuída vai desde certo ponto nas divisas do Estado da Bahia com o Piauí até certo ponto da divisa da Bahia com Goiás etc. Acrescentam que em dia que não podem precisar, mas que data de menos de um ano, foram esbulhados pela Empresa X, que os expulsou da terra. Esta empresa é uma importante empresa agrícola, com considerável produção de soja, detendo área de mais de 40.000 hectares na qual implantou agro-vilas, hospital, escolas, silos gigantescos, centenas de quilômetros de estrada asfaltada, represa etc. O juiz, liminarmente, e sem justificção prévia, concedeu a reintegração. A Empresa resistiu e inclusive a dimensão do empreendimento é de tal vulto que a própria reintegração se tornou difícil, dada a imprecisão da área em que devia se efetivar.

Sobre a matéria pendente ação rescisória, a aguardar solução. Nada se apurou nem seria apurável, ainda quando o juiz ostentasse na Comarca uma caminhonete importada, de custo elevado, que não se sabe como, a par de outros bens de vulto, pôde adquirir com seus vencimentos.

*Caso nº 10* – Determinado banco constituiu-se credor da empresa X, elevando-se o seu crédito a cerca de vinte milhões de reais. Os devedores haviam prestado garantia real, incidindo sobre bens imóveis da empresa e de terceiros. Tendo iniciado procedimentos administrativos com vistas à execução da dívida, foi surpreendido com o comparecimento em seu estabelecimento de um oficial de justiça, comunicando que o juiz de determinada Vara deferira, em ação ordinária promovida pela empresa X, antecipação de tutela, com o objetivo de liberar todos os bens da empresa e de terceiros dados em garantia ao banco. Este mandado lacônico não se fez acompanhar da inicial da demanda promovida pela empresa X, ou seja, submetia-se o banco a este inominável constrangimento, sem ao menos ele saber as razões que o ditavam. Procurando o advogado do banco inteirar-se da pretensão da empresa, foi informado de que o magistrado retinha os autos em sua casa. Desesperado, o banco ajuizou um protesto, para evitar arguição de boa-fé de alguém que pretendesse adquirir os bens dados em garantia, ou co-participar de algum ato fraudulento da empresa. Com surpresa, soube que se tinha aberto vista para a empresa falar, em que pese o disposto no art. 871 do CPC. Na demanda principal, em que o contraditório é sagrado, suprimiu-se o contraditório, pois era direito do banco. No protesto, que inadmitte contraditório, foi imposto, para beneficiar a empresa. Curioso. A empresa, a título de falar no protesto, levou os autos da ação principal. E assim nós temos um curioso processo que transcorre em segredo de justiça para o réu, proibido seu acesso aos autos, por qualquer maneira. Nada se irá apurar, porque é de todo impossível apurar alguma coisa com seriedade.

Ficaremos apenas nesses dez casos. Eles nos degradam, como advogados. Eles nos aterrorizam, como jurisdicionados. Eles nos envergonham como brasileiros. O que agrava o meu pânico é a verificação segura de que a certeza da impunidade, cada dia mais presente na consciência dos maus magistrados, tem permitido que eles excedam todos os limites imagináveis. Se a isso não se puser um fim, e com urgência urgentíssima, o futuro não nos perdoará.

## BIBLIOGRAFIA

- AMADO, Juan Antonio Garcia. "La societé et le droit chez Luhman", em *Niklas Luhman, observateur du droit*, Paris, LGDJ, 1993.
- ANDRADE, Ricardo Jardim de. "O homem como ser no mundo", em *Fazer filosofia*, Rio de Janeiro, Ed. Uapê, 1994.
- ARENDT, Hannah. *A vida do espírito. O pensar, o querer e o agir*, Rio de Janeiro, Ed. Relumi Dumara, 1991.
- \_\_\_\_\_. *A condição humana*, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária e outras, 1981.
- BAUMANN, Zigmunt. *Por uma sociologia crítica*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1977.
- BERGER, Peter L. e THOMAS, Luckmann. *A construção social da realidade*, Petrópolis, Ed. Vozes, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*, Madri, Ed. Debate, 1993.
- BUZZI, Arcângelo. *Introdução ao pensar*, Petrópolis, Ed. Vozes, 1973.
- \_\_\_\_\_. *As ideologias e o poder em crise*, Ed. Universidade de Brasília, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Tópicos de um Curso de Mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXVI, 1990.
- CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*, Madri, Ed. MAP, 1994.
- CASTORIADIS, Cornelius. *O mundo fragmentado - Enxurilhada do labirinto*, São Paulo, Ed. Paz e Terra, 1984.
- \_\_\_\_\_. *A instituição imaginária do social*, São Paulo, Ed. Paz e Terra, 1986.
- DUVERGER, Maurice. *Introducción a la política*, Barcelona, Ed. Ariel, 1990.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1997.
- FREITAG, Barbara e ROUANET, Sérgio Paulo. *Habermas*, São Paulo, Ed. Ática, 1980.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y metodo*, Salamanca, Ed. Sígueme, 1992.
- GUATARRI, Felix. *As três ecologias*, Campinas - São Paulo, Papirus Ed., 1991.
- HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*, Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1987.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*, São Paulo, Ed. Loyola, 1993.
- LANDRIÈRE, Jean. *Ética e pensamento científico*, Ed. Letras e Letras.
- LEBRUM, Gerard. *O que é o poder?*, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1984.
- LUCKMAN, Thomas e BERGER, Peter L. *A construção social da realidade*, Petrópolis, Ed. Vozes, 1990.