

A DICOTOMIA ENTRE O IMPÉRIO DA TÉCNICA *NO* E *SOBRE* O DIREITO E A BUSCA DA NOÇÃO DE JUSTO NO DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL

André Ricardo Carvalho*
Jorge Luís Mialhe**

SUMÁRIO: Introdução. 1. A técnica e seu império, segundo Jacques Ellul. 2. O impacto da técnica sobre a expressão do pensamento: o engessamento intelectual. 3. A técnica *no* e *sobre* o direito: lei *versus* justiça. 4. Direitos humanos e justiça no Direito Internacional. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo pretende examinar a relação conflituosa que se estabelece entre lei e justiça, para desvelar a necessidade de, no âmbito doméstico e internacional, haver uma busca constante por um direito que se afaste do mero tecnicismo concernente à aplicação fria de textos legislativos e promova a primazia moral da ideia de justiça, critério básico de legitimação do direito. Para atingir tal objetivo, inicialmente será feita uma explanação crítica a respeito da técnica, com vistas a demonstrar suas repercussões *no* e *sobre* o direito.

Palavras-chave: justiça; lei; técnica; legalidade; direito justo.

ABSTRACT: This paper intends to examine the conflicting relationship established between law and justice, to reveal the need for, domestically or internationally, a constant search for a law that moves away from mere technicality concerning the cold application of legislation and promotes the primacy of the moral idea of justice, the basic criterion for the legitimation of law. To achieve this, initially there will be a critical explanation about the technique, in order to demonstrate their impact *in* and *over* the law.

Keywords: justice; law; technique; legality; just law.

INTRODUÇÃO

No contexto do Estado Democrático de Direito, a lei representa, sem dúvida, uma conquista histórica, após terem sido travadas muitas lutas, que, pouco a pouco, foram vencidas com inteligência, suor e sangue. Colocada abaixo da constituição (magna carta), a lei – que deveria ser igual para todos – passou a ser o único elemento restrigente da liberdade individual, concebida como prerrogativa absoluta e indissociável do ser humano.

Esse novo Estado sepultou o império da força que era exercida pelo soberano com poderes absolutos e trouxe, como substituto, a prioridade da lei emanada dos representantes do povo.

Daí porque se afirma que, nos países do Ocidente, a fonte mais importante do direito ainda é constituída, inegavelmente, pelas normas sancionadas pelas autoridades públicas, de forma que os juízes, reconhecendo que estão vinculados obrigatoriamente ao direito positivo, sentem-se impelidos a decidir nos estritos termos das normas editadas (ROSS, 2000, p. 104). Trata-se

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP (Puccamp) e especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina/SC (Unisul). Advogado.

** Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep).

da construção de uma ordem organizada sobre o princípio da legalidade.

O equívoco do magistrado está, porém, não no respeito à lei e no reconhecimento do seu valor para a segurança jurídica das relações que se perfazem no seio da sociedade, mas no desvio ético que se empreende quando, ao invés de compreendê-la como um dos vetores na busca do direito justo, venera-se a legalidade e adota-se uma postura tecnicista e formalista, com aplicação de leis iníquas e desproporcionais.

Ao se fazer assim, a juridicidade é reduzida à legislação, e o direito passa a ser instrumento de dominação e violência. Nesse diapasão, a rigidez dos textos normativos deforma a visão que o jurista tem da realidade, pois ele não ousa descolar-se do que está gravado no papel e examinar o mundo social em toda a sua extensão, captando e transformando sua complexidade. Ocorre-lhe procurar o direito apenas e tão-só nas engrenagens burocráticas do Estado, e não na sociedade (CRUET, 1908, p. 6).

Especialmente em tempos nos quais os Tribunais, como os brasileiros, estão abarrotados de processos, persegue-se maior produtividade e eficiência – não raro – a todo custo, levando a técnica da aplicação cega da lei a ter primazia sobre o conceito de justo.

1. A TÉCNICA E SEU IMPÉRIO, SEGUNDO JACQUES ELLUL

Parece não haver mais dúvidas de que um dos principais riscos gerados no seio de uma sociedade cada dia mais dependente da técnica é a ameaça à própria existência do ser humano e de toda a vida planetária. Conforme observou Ellul (1968), a sociedade moderna está cada vez mais ligada ao fenômeno tecnológico¹, com repercussões na própria condição e na qualificação humanas, permitindo-se fazer referência a uma civilização tecnológica.

O fenômeno técnico é produto da dupla intervenção operada pela consciência e pela razão sobre o vasto campo da operação técnica, fazendo passar para o domínio das ideias claras, voluntárias e racionais aquilo que pertencia ao domínio experimental, inconsciente e espontâneo (1968, p. 19-20).

A intervenção da razão, explica Ellul, é indispensável, haja vista que, sem ela, o homem limitar-se-ia em imitar a natureza e suas formas, o que levaria ao insucesso dos empreendimentos humanos, tal como o projeto de voar teria sido inalcançável se insistisse em copiar a asa do pássaro. E, como

¹ Neste trabalho, os termos *tecnologia* e *técnica* têm os mesmos sentidos que a eles foi atribuído por Jacques Ellul, na obra *A técnica e o desafio do século* (1968). Dessarte, técnica será entendida aqui como “o conjunto das práticas que permitem colocar os recursos a serviço da edificação dos valores”, conceito que Ellul emprestou de M.H.D. Lasswell. A *tecnologia* e, portanto, os avanços tecnológicos são resultados do fenômeno técnico ou, em outras palavras, entendida apenas como parte do fenômeno – o “caminho concreto” da técnica, a “técnica material”. A técnica possui também um outro sentido, “de ordem mais ou menos espiritual”, que o autor – citando Marcel Mauss –, descreve como sendo “a magia”, uma forma de subordinar a natureza, de intermediar a relação entre a matéria e o homem (ELLUL, 1968, p.24). Portanto, a utilização do termo será em sentido amplo, abrangendo as duas descrições.

consequência, o uso da razão leva o homem a avaliar os resultados de acordo com os meios de que lançou mão, para definir, então, aquele que é mais eficaz (1968, p. 20). Já a tomada de consciência vem para confirmar aos olhos dos homens as vantagens da técnica.

Dominique Bourg (1996, p. 80), ao comentar o referido trecho da obra elluliana, escreve:

A razão arranca os homens aos seus hábitos ancestrais fazendo nascer a convicção de uma melhoria sempre possível dos métodos de trabalho com vista a uma eficácia sempre maior. É então que intervém a conscientização das vantagens que puderam ser tiradas de um domínio particular graças a uma técnica com mais desempenho. Esta produz, por sua vez, uma extensão rápida e quase universal da técnica. A dupla intervenção da razão e da consciência, que as resume, com efeito, na procura melhor do meio em todos os domínios, conduz a uma acumulação dos meios e no fim de contas ao surgimento de uma civilização técnica. Esta civilização é, portanto, a consequência daquilo que Ellul denomina de o fenômeno técnico, ou seja, a preocupação da imensa maioria dos homens do nosso tempo de procurar em todas as coisas o método absolutamente mais eficaz.

Essa racionalidade passa, então, a caracterizar o modelo de ciência e de produção tecnológica desde a Revolução Industrial. É nos tempos modernos, porém, que a técnica adquire *status* de autonomia, na medida em que ela já não depende tanto da sociedade como sua mola propulsora.

A esse respeito, Jacques Ellul explica que, hodiernamente, a técnica alcançou tal nível de desenvolvimento que já prescinde de intervenção significativa do homem para continuar a grassar por todas as esferas da sociedade. Trata-se da característica que o autor chamou de *autocrescimento* da técnica, a qual é impulsionada pela paixão humana depositada nas facilidades trazidas pelo fenômeno técnico (1968, p. 88-89):

Poderíamos dizer, aliás, que todos os homens de nosso tempo estão de tal modo apaixonados pela técnica, tão certos de sua superioridade, tão mergulhados no meio técnico, que estão todos, sem exceção, orientados na direção do progresso técnico, que trabalham todos nesse sentido, que, não importa em que profissão, cada um procura o aperfeiçoamento técnico a introduzir, tanto que a técnica progride, na realidade, em consequência desse esforço comum.

Embora admita, nesse progresso da técnica, a contribuição de fatores como o consumidor, a acumulação do capital, os centros de estudos, os laboratórios e a organização da produção – apenas para citar alguns exemplos inerentes ao regime capitalista –, Ellul afirma que a interferência deles é mínima, assim como a contribuição do homem apresenta-se extremamente reduzida, porquanto o autocrescimento da técnica se alicerça mesmo em minúsculos aperfeiçoamentos que se vão adicionando indefinidamente e

formando novas condições para a sua expansão (1968, p. 89):

É a soma de pormenores aperfeiçoando o conjunto que é decisiva, muito mais do que a intervenção do homem que, reunindo todos os dados novos, a eles acrescenta um elemento que transforma a situação, dando então origem a determinada máquina ou a um método sensacional que terá seu nome. (1968, p. 89)

A paixão humana pela técnica cria, então, o ambiente propício para o autodesenvolvimento da técnica, que conta também com as novas condições que se originam gradativamente no seio da sociedade.

Todavia, na visão determinista de Ellul, a técnica adquire uma força impressionante, capaz de ditar a trajetória e o destino do mundo para além das relações sociais, de modo que, mais do que a paixão humana, ela passa a ser objeto de veneração, de culto.

Ele demonstra isso ao tratar de outra característica da técnica, a saber, sua *autonomia*; afirma que a segunda consequência dessa nuance é a técnica tornar-se, ao mesmo tempo, sacrílega e sagrada (1968, p. 144). Segundo Ellul, a Sociologia reconhece no mundo uma dualidade, material e espiritual, compreendida esta dicotomia como resultado de fenômenos que o homem interpreta como sendo mágicos, tais quais as relações e correspondências misteriosas existentes entre as coisas e os seres.

Assim, na visão de Jacques Ellul, muito embora o sentimento do sagrado seja elemento indissociável da vida humana, a técnica se apresenta sacrílega ao destruir essa conotação espiritual que o mundo possui:

O sentimento do sagrado, o sentido do secreto são elementos sem os quais o homem não pode absolutamente viver. [...] Ora, a invasão técnica dessacraliza o mundo no qual o homem está chamado a viver. Para a técnica não há sagrado, não há mistério, na há tabu: e isso provém exatamente da autonomia da qual apresentamos exemplos. A técnica não aceita que haja regras fora dela, normas e ainda menos julgamentos a seu respeito. Consequentemente, em toda parte em que penetra, o que faz é permitido, lícito, justificado. (ELLUL, 1968, p. 144-145)

Entretanto, como o ser humano não pode viver sem a companhia do sagrado, transfere sua devoção, sua reverência, seu apego para aquilo mesmo que destrói tudo o que possuía conotação sagrada. “No mundo em que vivemos”, diz Ellul, “foi a técnica que se tornou o mistério essencial” (1968, p. 146), e continua:

Trata-se, sem dúvida, de uma crença no sagrado. A técnica é o deus que salva; é boa por essência; o capitalismo é abominável, demoníaco, porque às vezes se opõe a ela. A técnica é a esperança do proletariado que nela acredita porque seus milagres ao menos são visíveis e em progressão. E nela permanece a grande parte de mistério. Pois se Karl Marx pôde explicar como a técnica libertava

o proletariado, não o fêz certamente ao nível dos proletariados que não conhecem de modo algum êsse como, para êles misterioso. Têm apenas a fórmula de fé e sua fé se dirige com entusiasmo a êsse instrumento atuando misteriosamente, pela sua libertação. (1968, p. 147)

A humanidade demorou em perceber que, paralelamente aos maravilhosos avanços tecnológicos e às suas facilidades, o preço a se pagar era alto. Essa demora pode ser atribuída ao deslumbre que tomou conta da mente e do espírito humanos, por obra da invasão técnica, que, ao dessacralizar o mundo e o mistério da natureza, tornou-se objeto da veneração humana.

Encantada com a evolução oriunda da técnica, a sociedade, de um modo geral, deixou de lado a metafísica, substituindo-a por uma ética utilitarista. Por conseguinte, o homem se privou de preocupar-se consigo mesmo, com o restante da humanidade e com o meio ambiente, privilegiando a dimensão da eficácia, em detrimento de todas as outras, até mesmo a custo da destruição de todas as outras potencialidades humanas (BOURG, 1996, p. 81).

Jacques Ellul demonstra que a técnica controla o homem, não obstante este tenha a ilusão de que a domina e pode impor-lhe limites, quando entender que deve fazê-lo. Tal afirmação pode parecer absurda; para refutá-la, poder-se-ia arguir que o homem domina os aparelhos que cria.

Entretanto, é preciso perceber que, quando se faz alusão à *técnica*, imediatamente se pensa equivocadamente em *máquina*. Esse erro se deve ao fato de que a máquina é, sem dúvida, a forma mais evidente da técnica, embora não seja a única. Com efeito, a máquina é o ponto de partida da técnica, que não existiria sem a primeira; com alicerce na mecânica, todo o resto se desenvolveu (ELLUL, 1968, p. 1-2).

A máquina, todavia, criou um ambiente inumano, incompatível com a sociedade da época, tanto do ponto de vista político-institucional quanto social:

Concentração das grandes cidades, casas sujas, falta de espaço, falta de ar, falta de tempo, calçadas mornas e luz baça que faz desaparecer o tempo, usinas desumanizadas, insatisfação dos sentidos, trabalho das mulheres, afastamento da natureza. A vida não tem mais sentido. Transportes em comum nos quais o homem é menos do que um embrulho, hospitais onde é apenas um número, os “três-oito”, e ainda é um progresso... E o barulho, o monstro verrumando a noite inteira sem dar descanso à miséria. Proletários e alienados, eis a condição humana em face da máquina.

[...]

A máquina instala-se em uma ordem que não foi feita para ela e, por isso mesmo, cria a sociedade inumana em que nos encontramos. É anti-social em relação à sociedade do século XIX e o capitalismo é apenas um aspecto dessa profunda desordem. Para repor a ordem, eis que é preciso, na realidade, por em questão todos os dados dessa sociedade. (ELLUL, 1968, p. 3)

Entra em cena, então, a técnica, para fazer o trabalho de rever todas as estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais da sociedade do século XIX. Tudo isso é catalogado, inventariado, para que ser objeto de análise de adequação com a realidade exigida pela máquina (1968, p. 4).

A técnica, porém, saiu-se muito bem; seu desempenho foi extraordinário, transcendendo os resultados da máquina por se ligar ao íntimo do ser humano. A técnica, explica Ellul, realiza a integração da máquina na sociedade, racionaliza o seu uso, tirando-a dos âmbitos em que não se fazia necessária. É a técnica que impede a máquina de se despir do papel de objeto e, subjugando o homem, torne-o dependente (1968, p. 4-5).

O fato é que, na sociedade moderna, a técnica assumiu autonomia quase completa em relação à máquina, de modo que aquela se aplica a domínios que se desvinculam da esfera industrial. O poder da técnica inverteu os papéis iniciais, pois a máquina é que agora não prescinde da técnica, tendo-se tornado mero aspecto de sua prole (ELLUL, 1968, p. 2-5).

Devido ao seu sucesso, a técnica passa a ser aplicada em todos os domínios e no próprio humano, que se transforma em objeto dela e, mais do que isso, em seu adorador. Eis aí a explicação para aquilo que foi afirmado anteriormente, com base na obra de Jacques Ellul: o caráter sacrílego e sagrado da técnica.

Não foi por acaso que o filósofo alemão Hans Jonas (2006, *passim*), alguns anos mais tarde², asseverou que é justamente o sucesso da técnica que a humanidade deve temer, e não seu eventual fracasso, pois o que está em perigo é o futuro da vida e do planeta, a exigir que nossas ações sejam pautadas em uma nova ética.

Jonas chamou a atenção para os gravíssimos problemas que afetariam a humanidade no século XXI: a ameaça de autodestruição da vida do planeta, em decorrência da busca desenfreada por progresso e, conseqüentemente, da utilização irrazoável da natureza por meio de diversos instrumentos técnicos, conquanto já fosse possível encontrar tais preocupações e indagações na obra Jacques Ellul.

Saliente-se a obra do filósofo francês é inovadora não apenas no que diz respeito a previsões catastróficas, mas, sobretudo, no tocante à descrição minuciosa do **autocrescimento** da técnica, característica que – apesar de já ter sido referida linhas atrás, neste trabalho – merece agora um pouco mais de análise.

Ellul escreve que “[...] a técnica engendra-se a si mesma. O aparecimento de uma nova forma técnica torna possível e condiciona várias outras” (1968, p. 91). Há, portanto, um encadeamento racional e causal entre os avanços que surgem um após o outro. Não bastasse, há também o modo

² A obra *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation* (O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica) foi publicada originalmente em 1979, no idioma alemão.

paradoxal de ação da técnica: ao desenvolver-se, ela deixa, pelo caminho, problemas técnicos, que somente poderão ser solucionados por ela própria. Em outras palavras, resolvem-se obstáculos apenas por meio da criação de novos impasses técnicos:

Nesse passo, o ciclo se torna interminável e intransponível, tendo em vista que o progresso, embora imprevisível – pois não se pode saber onde e quando a nova invenção será produzida –, deixa de ser uma possibilidade: passa a ser uma necessidade.

[...] a técnica, desenvolvendo-se, apresenta problemas inicialmente técnicos, os quais, por isso mesmo, só podem ser resolvidos pela técnica. O nível atual reclama um novo progresso e esse progresso aumenta, ao mesmo tempo, os inconvenientes e os problemas técnicos, exigindo em seguida, ainda outros progressos. (1968, p. 95)

Isso faz compreensíveis as duas leis que Jacques Ellul descreve para explicar o autocrescimento da técnica, quais sejam: 1º) o progresso técnico é irreversível; 2º) ele tende a efetuar-se de acordo com uma progressão geométrica (1968, p. 92).

Para dar maior clareza às suas afirmações, Ellul menciona alguns exemplos, dentre os quais está um que aborda especificamente a relação entre técnica e recursos naturais: um novo triturador de lixo. Pensado para facilitar as tarefas domésticas, o novo aparelho permite que os resíduos triturados sejam eliminados pelo ralo da pia. Esse aparato, ao mesmo tempo em que resolve um problema, gera a poluição dos recursos hídricos. Surge, então, a necessidade de buscar um novo meio de purificar a água, para que possa ser consumida. Devido à deterioração das riquezas naturais provocada pelo desenvolvimento técnico, é preciso corrigir esse problema através de um progresso técnico mais rápido e eficiente.

“Eis como a técnica se engendra a si mesma” (1968, p. 95), de modo que, na civilização atual, o homem transforma-se apenas em objeto para a técnica, a qual – longe de encontrar-se inserida em um processo de humanização, como pensam alguns – na verdade, está cada vez mais integrando o homem a um sistema que o subjuga.

É verdade que a autonomia e a força quase ilimitada que Jacques Ellul atribui à técnica descambam para uma visão determinista e apocalíptica difícil de ser aceita. O elemento volitivo humano é colocado em segundo plano, sendo-lhe negando o poder de condução de todo esse processo técnico.

Tal visão não é partilhada por importantes autores que pensaram sobre a técnica, como Max Weber, por exemplo. Mas, a obra de Ellul prima, ao menos, por dar uma nova e diferente interpretação às transformações por que vem passando a sociedade e, nesse ponto, acaba por despertar no leitor a preocupação pela necessidade de uma reflexão mais aprofundada acerca do fenômeno técnico e de sua influência tentacular sobre todos os campos do

pensamento, incluindo-se o direito.

Assim, se, por um lado, não se acolhe integralmente a tese elluliana de que a técnica é dotada de um poder mágico independente da vontade humana, por outro, é dela que se vai partir, neste breve trabalho, para tecer algumas considerações a respeito do império da técnica *no* direito e da relação dicotômica com a busca da noção de justo.

2. O IMPACTO DA TÉCNICA SOBRE A EXPRESSÃO DO PENSAMENTO: O ENGESSAMENTO INTELECTUAL

Conforme foi demonstrado por Jacques Ellul, ainda em meados do século passado, toda inovação técnica que se esforça por resolver problemas existentes, invariavelmente, cria óbices novos, que só poderão ser solucionados pelos meios que ela própria fornecerá. O meio e o momento são forjados pela técnica, artificialmente; todavia, essa realidade não-natural é incorporada pelo homem, que se amortece e deixa de enxergar o que está do lado de fora desse ambiente criado.

Os homens, confusamente, percebem que se acham em um universo novo, insólito. E, de fato, trata-se de um novo meio para o homem. É um sistema que se elaborou como intermédio entre a natureza e o homem, mas esse intermédio está tão desenvolvido que o homem perdeu todo contato com o quadro natural e só tem relações com esse mediador feito de matéria bruta. Enclausurado em sua obra artificial, o homem não tem nenhuma porta de saída, não pode transpô-la para reencontrar seu antigo meio, ao qual está adaptado há tantos milhares de séculos. (ELLUL, 1968, p. 441)

Ao “transbordar-se” dessa forma e tornar tudo artificial, a técnica contamina também os mecanismos de controle e regulação das atividades estatais e privadas e, invariavelmente, os instrumentos de proteção e garantia de direitos humanos. Isso pode ser observado, particularmente, na criação de empecilhos à efetivação do direito à informação e no tecnicismo que constantemente repousa sobre nesses instrumentos, como leis, regulamentos, portarias etc.

Na sociedade técnica, o exercício da cidadania – dentro do qual está inserido o direito de manifestar livremente o pensamento – acaba por ser cerceado, especialmente naqueles casos em que a opinião a ser manifestada é oposta à ideologia majoritária ou dominante, porquanto, ao se contrapor à ordem social universal acolhida por maior parte do mundo, tal pensamento não terá chances de passar pelo canal das técnicas de difusão (ELLUL, 1968, p. 431).

O também filósofo francês Lucien Sfez³, ao cuidar dos efeitos da

³ Professor emérito da Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*), na qual foi editor da *Revista Quaderni*, coordenador do Departamento de Estudos em Comunicação, Tecnologia e Poder (DEA) e, ainda, diretor da Escola Doutoral de Ciência Política no período de 1997 a 2005.

técnica sobre a comunicação, tece críticas a Ellul, afirmando serem imprecisas e inexatas as conclusões que este extrai acerca das tecnologias da comunicação. Entretanto, Sfez (1992, p. 115-116) atribui a Ellul o mérito de mostrar que o sistema tecnicista, em sua racionalidade instrumental, esvazia a comunicação, porquanto neutraliza, fragmenta e divide os homens entre si.

Não há mais forma de ação a não ser por intermédio da técnica. É a grande lei que se encontra desde o primeiro passo dado além de seu domínio. A expressão de um pensamento, de uma vontade, não pode mais efetuar-se senão tomando emprestados à técnica seus modos de expressão. Não há mais expressão original, independente, tudo se encontra no mesmo caminho. (ELLUL, 1968, p. 430)

O resultado é a esterilização progressiva da vida intelectual na sociedade moderna, que se dá, de acordo com Ellul, por duas razões. A primeira delas é a censura apontada acima, pois os métodos atuais de comunicação calam toda produção intelectual, salvo as convencionais e sem valor decisivo, ou seja, sem força de convencimento. A outra diz respeito ao tecnicismo que penetra na ação política: de ato livre e individual torna-se uma operação complexa, pois não há mais participação política senão quando realizada em coletividades. Eis o paradigma pregado pela técnica: o maior é melhor que o menor, portanto o individual é preterido pelo conjunto (ELLUL, 1968, p. 431).

Assim, o homem passa a acreditar que manifestar-se através dos canais disponibilizados pelos meios vanguardistas de comunicação de massa é suficiente para estabelecer um debate sério e profundo sobre as questões atuais, como a injustiça social, as ofensas a direitos humanos (v.g., os graves problemas ambientais), a moralização das instâncias públicas, a impunidade dos criminosos políticos e endinheirados, os déficits de equidade e de justiça nas decisões emanadas do Poder Judiciário e das demais esferas da administração pública.

“Não há mais uma revolta humana diretamente transmitida, há sons que saem da ‘caixa mágica’ e vão embora, películas que ardem, fôlhas impressas entre toneladas de fôlhas impressas” (1968, p. 436). E, nos dias de hoje, se Ellul vivo estivesse, provavelmente mencionaria as dezenas – às vezes, centenas – de e-mails recebidos diariamente, mensagens de celular, recados deixados nos *sites* de relacionamento (*Orkut, Facebook, Twitter* etc.), tudo com informações desconexas que ocupam o tempo dos indivíduos e os privam de uma ação política efetiva.

Muito percuciente, acerca disso, a análise desse francês, quando aponta para a inocuidade da ação política ou intelectual de oposição, cujos ataques à moral burguesa são carregados de puro verbalismo, puro formalismo. É que não se pode impedir a crítica de se exprimir, pois a repressão seria catastrófica; mas tal manifestação somente será veiculada sob a condição de não acarretar alguma consequência séria. A técnica difunde, portanto, a revolta de alguns, mas aplaca a sede de milhões, o que é cunhado de revolta estéril (1968, p. 436-437). A sociedade tem, diante de si, os riscos de um enfraquecimento do poder do

diálogo, da cidadania e do pensamento.

Essa esterilização intelectual e a apatia na atuação sócio-política chegam aos meandros da administração da justiça, com o domínio dos aspectos puramente formais das regras processuais. O império da letra da lei, em detrimento da busca de um direito justo, consolida-se desde os bancos universitários, onde os estudantes das ciências jurídicas são domesticados a estudar prioritariamente códigos e leis, cultura que, não raro, perpetua-se nos tribunais intermediários e até nas cortes supremas dos países.

3. A TÉCNICA *NO E SOBRE O DIREITO: LEI VERSUS JUSTIÇA*

Tal como o restante das obras humanas, o direito também foi impregnado pela técnica, sobretudo a partir do século XX, quando se encontra um ambiente fértil para o estabelecimento do império desse fenômeno *no* direito, em virtude da consolidação do positivismo legalista, que não consegue ver além da lei posta, caracterizando-se por uma progressiva tecnização e um formalismo exacerbado no âmbito jurídico, presente desde a produção legislativa até a interpretação realizada pelo julgador.

Aliás, na visão legalista, o juiz é visto como mero aplicador da lei – um “técnico do direito”, segundo Jacques Ellul –, e a justiça, por sua vez, passa a identificar-se com a pura legalidade. Nesse passo, a ideia de ordem e de segurança substitui, como fim e fundamento do direito, o valor de justiça (ELLUL, 1968, p. 301). Isso porque a busca pelo direito justo é um caminho árduo, demorado, demanda reflexões e uma nova postura daqueles envolvidos na interpretação jurídica.

Quando se segue e procura uma justiça autêntica (e não um automatismo ou um igualitarismo) não se sabe exatamente onde se chega. Um direito construído em função da justiça contém um dado imprevisível, o que embaraça evidentemente o jurista (ELLUL, 1968, p. 297).

Por isso, a interpretação jurídica realizada pelo mero técnico repudia os valores e, por conseguinte, afasta-se da “realidade histórica, [na qual] os valores se realizam nos fatos e, ao se realizarem, tornam os fatos em cultura” (GUSMÃO, 1994, p. 57).

A visão tecnicista do legalismo vale-se, pois, da teoria formulada por Hans Kelsen, cujo projeto era distanciar o estudo do Direito dos elementos econômicos, políticos, sociológicos e psicológicos. A ciência do direito não deveria mais se preocupar com a conduta efetiva do homem, mas tão-só com a prescrição jurídica, vale dizer, com o *dever-ser* (LARENZ, 1997, p. 92). Assim, também os juízos de valor relacionados ao conteúdo da norma jurídica e aos fatos são tidos como extrajurídicos.

Kelsen, em harmonia com essas balizas, delineadas por ele próprio, afirma ser a justiça carecedora de justificação absoluta, porquanto “a determinação de valores absolutos em geral e a definição de justiça em

particular, alcançadas desse maneira, revelam-se fórmulas totalmente vazias” (KELSEN, 1998, p. 11). Assim, as muitas teorias da justiça desenvolvidas ao longo do tempo são relegadas, pelo autor alemão, a simples produto da sabedoria popular, variável de lugar para lugar e de acordo com os vários sistemas filosóficos (KELSEN, *op. cit.*, p. 11-25).

Seria possível até mesmo se aventurar a dizer que a recusa de Kelsen em tratar a justiça como elemento do direito encontra uma crítica específica na obra de Jacques Ellul, quando este escreve isto:

O elemento judiciário, que se torna principalmente organização, não está mais incumbido de perseguir a justiça nem de criar o direito, seja de que modo fôr. É incumbido de aplicar as leis. Essa função pode ser perfeitamente mecânica. [...] É preciso ser um bom técnico, conhecendo os princípios da técnica, as regras de interpretação, o vocabulário, as maneiras de extrair as conseqüências e de achar as soluções. O fato de afastar o direito do concreto é um grande passo adiante na tecnificação. O elemento judiciário é encarregado de questões práticas, mas não de fazer o direito. Pode tornar-se então minuciosamente técnico, pois a questão da justiça não mais lhe diz respeito; não precisa ser juiz das regras que lhe dão para aplicar (ELLUL, 1968, p. 299-300).

Vê-se, pois, que o filósofo francês postula por um direito ligado não exclusivamente, mas de forma umbilical, à teoria do justo, no que se coaduna com o pensamento de Gustav Radbruch, para quem a ideia de direito não pode, de modo algum, diferenciar-se da ideia de justiça, embora esta não seja o único elemento do conceito de direito. E não se cuida daquela justiça que se mede pelo grau de obediência ao ordenamento positivo, mas daquela virtude que é, com efeito, a medida do próprio direito posto e pela qual este tem de ser averiguado sempre (RADBRUCH, 1979, p. 88).

Segundo Ellul, quando a justiça é tida não mais como exigência prática, a ser perseguida constantemente e a se intrometer, inclusive, na resolução dos problemas individuais, mas como mera noção abstrata – tal como a concebem os positivistas –, torna-se fácil desembaraçar-se dela, e a busca desenfreada apenas por ordem e segurança tornam o direito instrumento do Estado, e nada mais do que isso (ELLUL, 1968, p. 300-301).

Embora o referido pensador e jurista francês não tenha desenvolvido uma teoria sobre a decisão judicial ou sobre a interpretação jurídica, ele aponta para a necessidade de uma interpretação principiológica do direito, trazendo à cena a importância de que se reveste o papel do juiz, que merece um pouco mais de atenção.

A esse respeito, o belga François Ost (2009) apresenta três possíveis modelos de juiz, chamando-os de Júpiter, Hércules e Hermes. O primeiro deles é o dominado pela técnica *no* direito, tendo seus olhos vedados para enxergar o que está além da letra da lei. Esse é o modelo clássico de juiz, o legalista que ainda continua sendo domesticado nas faculdades de direito por todo o mundo, principalmente no Brasil. A base de seu pensamento e de sua cultura é a

codificação, por isso seu raciocínio é caracterizado por uma excessiva racionalização e formalismo, baseado em premissas lógico-dedutivas.

Para atacar a desproporcionalidade das leis e o distanciamento que elas encerram em relação à noção do justo, vale a pena invocar, como metáfora, o diagnóstico feito pelo personagem Teeteto, no diálogo *Sofista* (PLATÃO, 1991), quando afirma ao Estrangeiro, seu interlocutor, que existem quatro doenças da alma, agrupadas em duas categorias: na primeira categoria, encontra-se a ignorância ou insensatez, cujo tratamento é o ensino; já o outro grupo compreende a injustiça, a covardia e a intemperança, as quais devem ser consideradas como uma enfermidade em nós. E o remédio adequado para a correção dessas máculas, diz o Estrangeiro a Teeteto, deve ser aquela que melhor se aproxime da justiça (PLATÃO, 1991, p. 235).

Desse modo, se, para Platão, não é doente aquele que sofre uma injustiça imposta por outrem, mas, sim, aquele que a comete (AMARAL FILHO, 2009, p. 420), então, numa alegoria que se revela mais real do que imaginária, o Estado atual – cuja maior parte dos juízes está presa ao formalismo técnico e não consegue quebrar os grilhões da letra da lei – padece de doença terminal. E o futuro que se avizinha é agourento: tal como determinada doença, ainda que localizada, pode se espalhar por todo o corpo, assim é também essa enfermidade que se instala na alma [do Estado] (AMARAL FILHO, 2009, p. 420).

A noção do justo efetivo e de sua imprescindibilidade à vida do homem – tanto do mais abastado quanto do mais humilde, mas principalmente deste último, o qual sente de forma mais pungente as chagas de uma sociedade cada vez mais amarga e amarrada a regras desproporcionais – parece estar sempre mais distante no tempo e no espaço.

Daí a importância de autores que resgatam a discussão jusfilosófica do fosso do puramente formal e a levam para o âmbito da justiça material. É o que ressalta Luis Recaséns Siches, no prólogo à obra *De la Justicia*, de Chaim Perelman, ao atribuir a este último a capacidade de nos fazer recordar o que fora dito por Aristóteles, o formulado por Ulpiano no *Digesto* e o exposto por Tomás de Aquino, a saber: é mister que rechacemos como totalmente inadmissível o fato de que prescrições prudentemente introduzidas, com vistas à utilidade dos homens, voltem-se contra eles, ocasionando-lhes prejuízo, como efeito de uma interpretação demasiadamente estrita (PERELMAN, 1964, p. VIII).

Mais adiante, no mesmo prólogo, Recaséns sintetiza:

Perelman, al igual que la mayor parte de todos quienes se oponen al formalismo y al positivismo jurídicos, concibe que el Derecho es una técnica al servicio del ideal de justicia. La función del juez no se limita a una simple deducción formal: el juez encarna el Derecho viviente; y debe inspirarse, para el cumplimiento de su misión, en el ejemplo del pretor romano, para quien el Derecho era *ars aequi et boni* [o direito é a arte do bem e da equidade]⁴.

⁴ A expressão latina utilizada por Perelman foi extraída do brocardo *jus ars aequi et boni*, cujo significado é o seguinte: “o direito é a arte do bem e da equidade” (MAXIMILIANO, 1990, p. 170).

Segundo Perelman, para se desvencilhar do tecnicismo que tem imperado nos tribunais e cortes em todo o mundo, a equidade, outrora tão importante e hoje tão esquecida, é um dos caminhos (às vezes, o alicerce remanescente da justiça), permitindo ao julgador que pondere as peculiaridades do caso concreto e decidir por não aplicar uma regra que, embora formalmente válida, não se mostra justa para regular aquela situação:

Cuando las antinomias de la justicia aparecen y la aplicación de ésta nos obliga a transgredir la justicia formal, se recurre a la *equidad*. A ésta se le podría considerar como la muleta de la justicia, y es el complemento indispensable de la justicia formal siempre que su aplicación resulta imposible. Consiste en *una tendencia a no tratar de manera demasiado desigual a los seres que forman parte de una misma categoría esencial*. La equidad tiende a disminuir la desigualdad ahí donde el establecimiento de una igualdad perfecta, de una justicia formal, se vuelve imposible por el hecho de que se toman en cuenta simultáneamente dos o varias características esenciales que chocan en ciertos casos de aplicación (PERELMAN, 1964, p. 46).

Todavia, se o juiz lançar mão da equidade, se ele “gastar tempo” no exame detalhado do caso concreto que lhe foi submetido para apreciação, haverá prejuízo à sua produtividade, ou seja, ele não elaborará o número de sentenças necessárias a atingir a cota mínima determinada pelo tribunal ao qual ele está vinculado ou pelo órgão regulador da sua atividade⁵.

Afinal, “o juiz moderno é similar à máquina que distribui refrigerantes, na qual os processos são inseridos com a taxa e vomita o julgamento com razões mecânicamente derivadas do Código”, de acordo com Max Weber (1969 *apud* ROMANO DA SILVA, 2007, p. 209).

Ao contrário de Jacques Ellul (1968), o pensamento weberiano não concebe a técnica como um ente personificado, capaz de atuar independentemente da vontade humana e, nesse passo, autoafirmar-se. Para Max Weber, o formalismo e o império da técnica sobre o direito é resultado da excessiva burocratização da sociedade, levada a cabo pelas razões de Estado (*raisons d'État*).

De toda sorte, sem se ater às evidentes distinções entre Ellul e Weber, o fato é que a racionalidade instrumental que sobrepuja o direito alcança governantes, legisladores e juízes, fazendo-os atuar em busca de maior produtividade e eficiência, mesmo que à custa de valores como justiça, equidade, reciprocidade, merecimento. O pensamento embotado do juiz resulta da mecanização tecnicista que o domina.

É preciso ressaltar que não se está aqui a afirmar que o juiz dispõe genuinamente de um poder discricionário. O subjetivismo nas decisões judiciais é

⁵ No Brasil, esse papel é desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça. Não entraremos aqui na discussão a respeito da natureza jurídica desse órgão e qual a extensão e os limites de suas atribuições, tampouco se o termo regulador é adequado à sua atuação. Neste trabalho, o termo regulador foi tomado como sinônimo de fiscalizador.

veneno para o edifício jurídico de qualquer Estado que se esforce por ser, dia após dia, Democrático de Direito, patamar que se alcança apenas por meio da autonomia do Direito.

Afinal, também o decisionismo é característica emblemática de todas as vertentes positivistas, que compartilham dessa mesma marca em virtude da postura metodológica segundo a qual o fenômeno jurídico restringe-se à análise das fontes sociais, com o divórcio, em linhas epistemológicas, entre direito e moral e a ausência de uma teoria da interpretação, de forma a criar ambiente propício à discricionariedade judicial (STRECK, 2010, p. 171).

Definitivamente, não se quer fazer apologia dessa liberdade autoritária e arbitrária em favor dos juízes, a permitir-lhes “subjativismos provenientes de uma razão prática solipsista” (STRECK, 2010, p. 161); mas, ao contrário, deseja-se exortar a uma reflexão do direito para além das amarras dos excessos procedimentais e do tecnicismo, a fim de se buscar o justo material, como resposta correta e hermeneuticamente adequada à Constituição Política do país, como quer o autor acima citado (STRECK, 2009, p. 69), porquanto o Brasil definiu-se como um Estado Democrático destinado a assegurar, dentre outras coisas, a justiça como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, bem assim estabeleceu que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme consta do preâmbulo e do artigo 3º, inciso I, da Constituição nacional (BRASIL, 2008).

Se a justiça é um bem supremo a ser buscado e realizado em *terrae brasilis*, é inquestionável a necessidade de concretizar o mandamento da Carta Magna. Então, nesse caminho árduo, urge sejam seguidos os passos recomendados por Paul Ricoeur (2008, p. 63-88): inserir o justo entre o legal e o bom, vale dizer, a meio caminho entre o viés deontológico e o teleológico⁶, de forma que se possa reconhecer que a ideia de justiça passa, sim, pelo formal, pelo procedimento, enfim, pela regra, todavia só se realiza com referência ao bom.

Ricoeur demonstra o equívoco que se comete ao construir uma teoria puramente procedimental da justiça, cujas restrições a esquivam de uma reverência ao bem (2008, p. 64-65):

[...] o objetivo e a função de um *procedimento* contratualista é garantir a primazia do justo sobre o bem, substituindo todo e qualquer compromisso referente a um pretense bem comum pelo próprio procedimento de deliberação. [...] uma concepção puramente procedimental da justiça pode ter sentido sem nenhuma pressuposição pertinente ao bem e até livrar o justo da tutela do bem [...].

⁶ O predicado “bom” pertence ao nível teleológico (de *telos*, que significa fim); já o “legal” refere-se à perspectiva deontológica, ligada ao “dever”, ou seja, ao obrigatório (RICOEUR, 2008, p. 11-12).

Interpretando esse pensamento, Theresa Calvet de Magalhães esclarece que a análise de Ricoeur não se atém apenas ao primado da ética (que leva à perspectiva teleológica); antes, reconhece que a análise ética é filtrada pelo crivo da norma. Para o filósofo em comento, a lei é, com efeito, “um momento indispensável da ética, do esforço de ‘viver bem’, mas não resume, por si só, a vida ética. Ou seja, o momento deontológico deve ele mesmo conhecer seus limites e baixar ou diminuir suas pretensões” (MAGALHÃES, 2002, p. 111).

Assim é que justiça e proteção ao ser humano e à sua dignidade devem ser os conteúdos e os objetivos de todas e quaisquer normas, nacionais ou internacionais, bem como de todas as decisões, sejam elas administrativas ou judiciais, com repercussão restrita ou ampla.

4. DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA NO DIREITO INTERNACIONAL

O desapego aos meros formalismos e ao culto à norma fria e abstrata, ainda que injusta, tem sido proclamado – em que pese de forma incipiente e não obstante os vários obstáculos – no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. A noção de justo e sua relevância e primazia sobre o conceito de mera legalidade parecem ficar mais nítidas nas oportunidades em que se observa uma reflexão jusfilosófica sobre temas concernentes a dominação, biopolítica, dignidade do indivíduo, direitos humanos, crimes contra a humanidade etc., bem assim quando se efetiva uma busca da comunidade internacional pela aplicabilidade do *jus cogens* e pela proteção dos direitos universais e inalienáveis do ser humano, o qual se apresenta como o destinatário principal de valores tais como justiça.

Os fundamentos filosóficos dos direitos humanos podem ser encontrados no primeiro parágrafo do capítulo XIV do *Leviatã*, de Thomas Hobbes, publicado em 1651:

The right of nature which writers commonly call Jus naturale, is the Liberty each man hath to use of his own power, as he will himself, for the preservation of his own Nature, that is to say of his own Life, and consequently of doing anything which in his own Judgement and Reason he shall conceive to be the aptest means thereunto⁷ (grifo nosso).

Na análise de Villey (2007, p.142), esse trecho é o pioneiro na definição de “direito do homem”. Porém, prossegue o autor, “o direito do homem produz a anarquia”, pois “as ações de uns e outros colidem no mesmo objeto”(…), gerando “a guerra perpétua de todos contra todos, a insegurança, o medo, a miséria, aí está o primeiro fruto do direito do homem”. Para minimizar tal

⁷ “O direito de natureza, a que os escritores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e consequentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim”.

situação, “o direito humano traz em si um remédio a esses males: a Razão”, que, essencialmente, busca superar o estado de guerra, de insegurança e a formulação da “primeira lei natural”: a manutenção da paz com seus semelhantes.

Nesse sentido, Kant reforçou as bases da escola idealista ao escrever, entre 1795 e 1796, um opúsculo fundamental: “À Paz Perpétua”⁸. Nesta obra, defende certas interdições na atuação internacional dos Estados e advoga “a eliminação da cláusula *rebus sic stantibus*, a proibição de aquisições territoriais dinásticas, a abolição dos exércitos permanentes, a proscrição das intervenções militares, a condenação das guerras punitivas” (MANNONI, p. 588). No que se refere às proposições, apregoa “a obrigatoriedade da constituição republicana e o projeto de um federalismo de Estados livres que, mantendo firme a sua individualidade, assegurasse-lhes a coexistência pacífica graças ao direito internacional”.

Nas palavras de Comparato (2006, p. 699), os homens não são apenas iguais em direitos; eles o são, sobretudo, em dignidade. *Dignitas non moritur*, “a dignidade humana é imperecível”. Foi nesse sentido que

Kant, grande admirador de Rousseau, enfatizou que o ser humano distingue-se das coisas materiais porque tem dignidade e não um preço, e nenhum homem deve, jamais, submeter-se á vontade de outro para servir de meio à consecução de sua finalidade, qualquer que ela seja, dado que a pessoa humana é, sempre e em todo lugar, uma finalidade em si mesma. Ecoando esse ensinamento luminoso de Kant, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 proclamou o princípio de que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei (artigo VI) (COMPARATO, 2006, p. 434).

O imperativo categórico kantiano não admite exceções. Nas palavras de Marilena Chauí (1997, p. 346), o imperativo categórico “não é uma motivação psicológica, mas a lei moral interior”, e está expresso no seguinte aforismo: “age em conformidade apenas com a máxima que possas querer que se torne uma lei universal”. Como decorrência desse enunciado, Kant proclama a máxima moral que sustenta a idéia de dignidade dos seres humanos como pessoas e, portanto, prossegue Chauí, “a exigência de que sejam tratados como fim da ação e jamais como meio ou como instrumento” para outros interesses.

No primeiro ensaio do seu livro *A Era dos Direitos*, Norberto Bobbio, ao tratar dos fundamentos dos direitos do homem, descarta a existência de um fundamento absoluto para os Direitos Humanos como querem os jusnaturalistas. Para aquele autor, não é possível um fundamento absoluto porque há uma antinomia dos valores que condicionam os Direitos Humanos, pois “não podem ser realizados globalmente e ao mesmo tempo”. Além disso,

⁸ *Zum ewigen Frieden*. Existe uma tradução brasileira, de Marco Zingano, publicada em formato de bolso pela Editora L&PM, de Porto Alegre, em 2008.

[...] o elenco dos direitos do homem se modificou e continua a se modificar [...] o que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (BOBBIO, 2004, p. 18).

Nesse sentido, argumenta o jurista italiano, “não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem” (BOBBIO, 2004, p. 19). O importante é protegê-los; encontrar-lhe um fundamento absoluto é secundário.

Porém, reconhece Bobbio, existem alguns direitos humanos que

[...] valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura) (BOBBIO, 2004, p. 20).

Parte-se, assim, da questão filosófica rumo à questão (bio)política. A propósito disso, na lição de Agamben (2007, p. 125) a biopolítica significa a “crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder”. Em suas pesquisas, Agamben (2007, p. 14) tenta compreender o “oculto ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder”. Nesse sentido, “a produção de um corpo biopolítico” é identificada por aquele autor como “a contribuição original do poder soberano”. Investiga, assim, as relações problemáticas entre o poder soberano, o biopoder e a *vitalpolitik* e, de forma mais ampla, a idéia de redefinição de poder e sua apreensão pela soberania do Estado.

Para Agamben (2007, p. 139), verifica-se uma relação de dominação na qual:

[...] por um lado, os Estados-nação operam um maciço reinvestimento da vida natural, discriminando em seu interior uma vida por assim dizer autêntica e uma vida nua privada de todo valor político (o racismo e a eugénica nazista são compreensíveis somente se restituídos a este contexto); por outro, os direitos do homem que faziam sentido apenas como pressuposto dos direitos do cidadão separam-se progressivamente destes e são utilizados fora do contexto da cidadania, com o suposto fim de representar e proteger uma vida nua que vem a encontrar-se, em proporção crescente, expulsa às margens dos Estados-nação, para ser então posteriormente recodificada em uma nova identidade nacional.

Agamben acrescenta que somente por ter se tornado integralmente biopolítica é que a política pode se constituir uma “política totalitária”. Neste contexto, o Estado substitui a normalidade do “Estado de Direito” pelo “Estado
Revista de Estudos Jurídicos, a. 15, n. 22, 2011

de exceção”. Assim, por exemplo, a situação dos refugiados seria emblemática desta condição de *homo sacer*, pois “rompendo a continuidade entre homem e cidadão, entre nascimento e nacionalidade, eles põem em crise a ficção originária da soberania moderna” (2002, p. 138).

Todavia, nos belos discursos dos representantes dos Estados nas Nações Unidas, quase todos os Estados, avalia Cassese (2004, p. 113), concordam sobre os seguintes pontos: primeiramente, a dignidade do ser humano é um valor basilar que todo Estado deve respeitar, independentemente da nacionalidade, da raça, da cor e do sexo. O segundo ponto diz respeito à necessidade de empenharem-se na defesa do respeito dos direitos fundamentais das minorias. Em terceiro lugar, a discriminação racial deve ser considerada como uma das ações mais repugnantes e intoleráveis. Por último, mesmo quando algum país encontrar-se em dificuldade (de ordem econômica ou política), isso não justifica que o Estado possa cometer violação grave, repetida e sistemática contra os direitos humanos. *Last, but not least*, quando essa violação é praticada em larga escala, a comunidade internacional tem legitimidade para intervir com meios pacíficos.

A repulsa frente às violações dos direitos humanos deve ser constantemente externada, sobretudo em relação aos órgãos estatais responsáveis por tais abusos. Porém, como bem salientou Foucault (2010, p. 370), “a experiência mostra que se pode e se deve recusar o papel teatral da pura e simples indignação” e buscar-se o engajamento dos novos atores globais, como as organizações não-governamentais (ONGs) reconhecidas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que gozam de credibilidade, legitimidade e estão comprometidas com um “direito novo: aquele dos indivíduos despojados de intervirem, efetivamente, na ordem das políticas e das estratégias internacionais”, contra o monopólio dos Estados, “esse monopólio que é preciso arrancar pouco a pouco e a cada dia”.

Nesse contexto, novos agentes como as ONGs primam e se destacam por se desvencilharem, quando necessário, das meras formalidades normativas e realizarem uma atuação efetiva em prol de valores éticos que, apesar de essenciais à convivência humana sadia, têm sido pisados pelos interesses econômicos e políticos.

Hodiernamente, constata P. M. Dupuy (*apud* Casella, 2008, p. 1337), ao lado da opinião governante, outra opinião – a militante – manifestada nas ações das ONGs, exercem cada vez mais o papel de fiscais transnacionais em favor dos direitos fundamentais.

De acordo com o art. 71 da Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945:

O Conselho Econômico e Social poderá entrar nos entendimentos convenientes para a consulta com organizações não-governamentais, encarregadas de questões que estiverem dentro da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efetuadas consultas com o membro das Nações Unidas interessado no caso.

Assim, visando regulamentar o referido artigo, a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 14 de fevereiro de 1946, aprovou a Resolução 4(I), que autorizou o envio de representantes da Federação Mundial de Sindicatos de Trabalhadores, a Federação do Trabalho dos EUA, a Aliança Internacional Cooperativa “e outras organizações não governamentais”, para que se permitisse a seus representantes participação nos trabalhos do Conselho Econômico e Social, de acordo com o supracitado artigo 71 da Carta das Nações Unidas. Ato contínuo, pela Resolução 2/3, de 21 de junho de 1946, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) definiu como não governamentais “todas aquelas organizações não estabelecidas por acordos intergovernamentais”.

Nesse sentido, tribunais internacionais de direitos humanos têm autorizado a participação das ONGs na condição de *amicus curiae*. Certas jurisdições podem ser qualificadas como pioneiras, tais como as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos e as jurisdições penais internacionais, como os Tribunais Internacionais para crimes praticados na ex-Iugoslávia e em Ruanda. De todas essas, merece destaque a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁹. No quadro de sua competência consultiva, os *amici curiae*, incluindo as ONGs e as associações profissionais, são largamente admitidas pela CIDH, ainda que o seu regulamento procedimental não contenha

⁹ No dia 24/11/2010, sentença da CIDH acerca do caso da “Guerrilha do Araguaia” responsabilizou o governo brasileiro pela morte de 62 guerrilheiros e afastou a possibilidade da Lei de Anistia impedir a investigação dos crimes. Trecho do voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas afirma que:

A jurisprudência brasileira firme, inclusive placitada por decisão recente do mais alto órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, esbarrou em jurisprudência tranquila desta Corte ao deixar de observar o *jus cogens*, ou seja, normas peremptórias, obrigatórias aos Estados contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, doravante indicada também somente como “Convenção”). Em apertada síntese, é por esta razão que o País está sendo condenado nesta sentença, pelas violações à Convenção, a saber:

- a) desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas desaparecidas – violação dos direitos à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (artigos 3, 4, 5 e 7), às garantias judiciais e proteção judicial (artigos 8 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2, todos da Convenção);
- b) aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2), em detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;
- c) ineficácia das ações judiciais não penais – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;
- d) falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e a executada – violação do direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em prejuízo dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;
- e) falta de acesso à justiça, à verdade e à informação – violação do direito à integridade pessoal (artigo 5), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em detrimento dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, pela violação e sofrimento gerados pela impunidade dos responsáveis (Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2010).

disposição específica sobre tal participação.

Existe o consenso nas democracias de que “os direitos do homem constituem no dia de hoje um novo *ethos* mundial”¹⁰, um arcabouço minimamente ético baseado nas noções de justiça e dignidade da pessoa humana, sem os quais não se pode cogitar na construção de uma sociedade justa e fraterna. Evidentemente, como lembra Bobbio (2004, p. 210), tal *ethos* “representa o mundo do dever ser [...]. O *ethos* dos direitos do homem resplandece nas declarações solenes que permanecem quase sempre, e quase em toda parte, letra morta”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, embora não represente muito em termos concretos, tem o alto significado moral de conquista para a humanidade e sua permanente invocação é fundamental na medida em que o futuro da civilização depende do respeito àquela breve máxima latina: *pacta sunt servanda*.

Felizmente, contra os delinquentes e contraventores internacionais aumenta a pressão responsável e democrática de inúmeros países e, sobretudo, das ONGs de direitos humanos que atuam fiscalizando e denunciando os governos que descumprem a Declaração.

Este processo é irreversível, principalmente após a instalação do Tribunal Penal Internacional, em 2002. Nesse particular, deve-se ter em conta que o artigo 25 do seu Estatuto prevê a responsabilidade penal individual por atos atentatórios ao direito internacional, um significativo progresso nas relações jurídicas internacionais (LIMA; BRINA, 2006, p. 147). Resta, agora, zelar pela sua plena aplicação, inclusive superando eventuais discrepâncias na análise da legalidade do instituto do *surrender* (entrega ao Tribunal Penal Internacional – TPI), pois, como bem observou Jankov (2009, p. 292), “o princípio da universalidade de jurisdição absoluta originária precisa ser adotada pelo direito nacional em relação aos crimes sujeitos à sistemática do TPI”. Somente assim haverá justiça, com a real possibilidade de punição aos infratores do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.

5. CONCLUSÕES

Se, por um lado, a autonomia do direito, tão arduamente conquistada no âmbito do Estado Democrático de Direito, não pode trazer consigo *déficits* de segurança jurídica ou, como afirma Streck, “indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente” (2010, p. 164), por outro lado, não se deve esquecer que a noção de direito justo é componente inexorável de um Estado dessa espécie, fundado nas premissas de respeito aos direitos fundamentais e humanos, à construção de uma sociedade justa e democrática.

A segurança jurídica exurgida da aplicação da letra da lei não é

¹⁰ *Les droits de l'homme et l'Eglise*, publicado pelo Conselho Pontifício “Justiça e Paz” em 1990, p. 49. Apud Norberto Bobbio, *op. cit.*, p.210.

incompatível com a justiça, contanto que os princípios desta sejam respeitados (dentre eles, o respeito à dignidade humana), porquanto a segurança em si mesma implica a manutenção incondicional de um ideal de justiça incorporado a uma ordem legal, que, porém, como o passar do tempo, deixar de corresponder ao que é justo.

Por isso, a concepção de direito não pode ser distinta da ideia de justiça, por ser esta última o verdadeiro ponto de partida para se chegar ao conceito do primeiro termo (RADBRUCH, 1979, p. 86). Mesmo em um Estado Democrático de Direito, a legalidade não alcançou supremacia tal que seja capaz de lhe conceder o qualificativo “meta-ético”, tornando *justa* (e indene de críticas) a conduta tecnicista de aplicar literalmente uma lei, mesmo que esta seja irrazoável, desproporcional ou imoral.

Uma lei injusta “*en la medida en que se aparta de la razón se convierte en ley inicua y, como tal, ya no es ley, sino más bien violencia*”, (AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 93, a.3), pois a presença de iniquidade ou injustiça é mácula que não atende à racionalidade exigida para que uma determinação oriunda de uma autoridade seja reconhecida como lei.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. (Homo Sacer II). São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

_____. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo: Boitempo, 2008.

AMARAL FILHO, Fausto dos Santos. Platão e as doenças da alma: anotações sobre o Górgias. **Revista Cultura e Fé**, Porto Alegre, n. 126, ano 32, p. 419-22, jul./set. 2009.

AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2005. 9 v.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOURG, Dominique. **O homem artifício**: o sentido da técnica. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CASSESE, Antonio. **Diritto internazionale**: problemi della comunità internazionale. Bolonha : Il Mulino, 2004.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Convite à filosofia**. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2010.

CRUET, Juan. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: José Bastos & Cia. Livraria e Editora, 1908.

ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Trad. de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

FOUCAULT, M. **Repensar a política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010 (Coleção Ditos & Escritos VI).

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

JANKOV, F. F. F. **Direito Internacional Penal**: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, Editora PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Renata Mantovani; BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A reflexão de Ricoeur sobre o Justo. **Síntese – Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 29, n. 93, p. 103-115, 2002

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes**: três modelos de juiz. Trad. Márcia Ribeiro. Juizado da Infância e da Juventude, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, n. 17, 2009.

PLATÃO. **Diálogos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha.

Tradução de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Coleção “Os pensadores”).

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. Ed. (revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor). Coimbra: Arménio Amador, 1979.

ROMANO DA SILVA, Roberto. Reflexões sobre o Estado e os juízes. **Cad. Esc. Legisl.**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 207-238, jan./dez. 2007.

PERELMAN, Chaim. **De la Justicia**. Traducción de Ricardo Guerra. México: Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1964.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 1. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SANTOS, Milton. **Pensando o espaço do homem**. São Paulo: Edusp, 2004.

SFEZ, Lucien. **Crítica da comunicação**. São Paulo: Loyola, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009.

_____. Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos (Univali)**, v. 15, p. 158-173, 2010.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. Ed. J. Winckelmann; J. M. Echavarría. Mexico: FCE, 1969. t. 2.

Recebido em 12-09-2011

Avaliado em 22-10-2011

Aprovado para publicação em 05-12-2011