

IV. Conclusão

A proteção contra produtos defeituosos é uma conquista universal do direito. Essa conquista é colocada à prova nos blocos econômicos. Em alianças fortes, como a União Européia, verifica-se uma integração de regimes jurídicos, com nivelção do regulamento comunitário acima dos patamares médios pré-existentes. Todavia, nos blocos mais fracos, como o Mercosul, a tentativa de harmonização das regras jurídicas embute o risco de um retrocesso para os países membros que lograram maior avanço legislativo interno. A nivelção pode ser feita por baixo, com a derrogação de leis e o aviltamento da jurisprudência inovadora, garantidoras de uma proteção mais efetiva. A contínua concentração do poder econômico e a expansão transfronteiras dos mercados tornam mais do que nunca necessária a vigência de um regime jurídico favorável aos consumidores.

Os elementos em tensão nesse embate são, de um lado, os interesses dos consumidores e, de outro, as forças econômicas. Como estas são determinantes na formação dos blocos econômicos, elas tendem a prevalecer e freqüentemente conseguem a adesão de governos dependentes de investimentos. Nessa con-

tingência, os consumidores dependem, no plano do direito, da racionalidade jurídica, e no plano sociológico, de suas próprias iniciativas. A racionalidade jurídica pode oferecer resistência a mudanças legislativas oportunistas fazendo prevalecer os marcos avançados, especialmente se eles já estão fincados em território constitucional, como é o caso brasileiro. A defesa do consumidor, no Brasil, é direito subjetivo público de todo cidadão frente ao Estado, integrando o elenco dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso XXXII), e princípio estrutural da ordem econômica (art. 170, inciso V, CF).

Os consumidores, por sua vez, devem organizar-se em associações, habilitando-se à defesa própria de seus interesses no plano coletivo, único nível em que se torna viável o enfrentamento do poder econômico no entrechoque de interesses que caracteriza o mercado. Essa providência, além de estimulante do ponto de vista do exercício dos direitos de cidadania, tornaria o consumidor menos dependente das iniciativas de órgãos oficiais, tais como o Ministério Público e os Procons, revertendo o paternalismo em autonomia.

La Posmodernidad jurídica los derechos de las personas bajo la línea de indigencia los criterios de reciprocidad e igualdades razonables: documento de debate

Carlos A. Ghersi

I. Introducción

Existente una concepción de equidad y justicia que se reclama constantemente para los incluidos, sin embargo, pareciera que no se aplica para aquellos que los propios gobiernos con la misma Constitución, no los consideran (para los marginados y excluidos) por no tener un rol sustancial en la sociedad, a pesar que poseen los mismos ideales y utopías reales.

En este sentido consideramos a estas personas como proscriptas o personas lastradas por condiciones desfavorables¹, que por esta misma razón no pueden alcanzar el status de incluidos (algunos generacionalmente) y sobre los que pretendemos establecer las condiciones

mínimas que debieran poseer por el solo hecho de ser humanoides.

En realidad estas personas proscriptas o lastradas se encuentran especialmente afectadas por la injusticia de decisiones políticas, que debieran mantener la armonía de intereses y que sin embargo privilegian un sector minoritario de la sociedad, causando así la marginación y la pobreza denigrante².

En este sentido de condiciones mínimas, sostenemos que básicamente deben considerar la posibilidad real de aplicar dos nuevos criterios que debieran asumir la calidad de principios generales del derecho: la reciprocidad y las igualdades razonables.

¹ El término personas lastradas lo adopté y lo hice de John Rowls (El derecho de Gentes Ed Paidós. Barcelona .2001) y que normalmente en la sociedad argentina se los atribuyó a marginados y desocupados, como procesos diferentes y de fragmentación interna de la comunidad. La marginación se constituye a partir de una cuestión social (aspecto sociológico) como proceso de desintegración de pertenencia y denigración, en cambio la desocupación (aspecto económico) hace al proceso del sistema producción / consumo y la función económica del trabajo, (sin duda que en general se presentan conjuntamente, pero insistimos no son conceptualmente sinónimos).

² Consult. Nochteef, Hugo y otros. La Economía argentina a fin de siglo: fragmentación presente y desarrollo ausente. Ed Flacso - EUDEBA . Bs As 1998.;

Filmus, Daniel. Los noventa. Política, Sociedad y cultura en América Latina y Argentina de fin de siglo. Ed Flacso - EUDEBA, Bs As 1999.

II. Los nuevos principios generales del derecho: la reciprocidad y las igualdades razonables

La reciprocidad, es un criterio que el derecho debiera usar mas seguido, es decir, todos los miembros de una sociedad que se autotitula de democrática (desde los textos constitucionales, hasta el discurso liberal de los sucesivos gobiernos desde 1983) debieran tener la posibilidad de la realización de los derechos en intereses fundamentales (estos últimos desde el consumo de supervivencia y calidad de vida).³

La estructura institucional, (Constitución Nacional y Provinciales; Códigos; leyes, etc.) principalmente desde la década de los noventa es esencialmente reivindicativa⁴ por ello no satisface el criterio de reciprocidad, sino muy por el contrario, posee un carácter eminentemente clasista y de falta de compromiso entre el poder y la distribución social de derechos e intereses.⁵

Por otra parte la estructura económica real (de los '90) generó desde los procesos de decisiones de política económica una intolerable

desigualdad que implicó marginación de pobres, nuevos pobres y desocupados, con migraciones hacia las ciudades principales o claves dentro del territorio.⁶

Esto tornó inviable el espacio histórico - geográfico de las fronteras urbanas y conurbanas, que posibilitaba hasta la década de los ochenta, que estas personas se instalaran (villas o pueblos jóvenes) buscando porvenir y desarrollo social (especialmente generacional) es decir se quebró la función de equilibrio entre posibilidad (como expectativa) y la razonabilidad (potencialidad de medios económicos reales).

Esto fue una negligencia o fracaso del poder político (regular las migraciones con desarrollo regionales que posibiliten el asentamiento poblacional o reubicación socioeconómica organizada), lo que significa una gran cuestión moral pendiente para la primer decena del siglo XXI.

El segundo criterio que nos interesa enunciar en esta cuestión es el de igualdades razonables.

Un pueblo que presenta desigualdades profundas que constituyan para la niñez y

la juventud un proceso a-histórico (función involutiva de la raza humana en generaciones sucesivas) es una sociedad de desiguales irrazonables morales y éticamente; es decir, frente a situaciones de derecho absolutamente simétricas (posición inicial de todos en la Constitución Nacional que comprueba que es simplemente un velo formal) se oculta la realidad de los no iguales o proceso de desapropiación de la calidad y dignidad humana. (esto es el desentendimiento de la convivencia pacífica y quienes son expulsados devuelven la irracionalidad con violencia, que obviamente es mas irracionalidad, que conlleva a la espiral de la inseguridad).⁷

La sociedad con estas desigualdades jurídico - económicas es impracticable e impide establecer condiciones razonablemente justas, para generar tendencias de equilibrio social (pluralismo razonable) con diversidad, pero simultáneamente con dignidad (discernir los límites posibles en una sociedad de clases) donde la apropiación de derechos sea razonablemente distributiva, democrática y equitativamente justa, (concepción realista o de utopía real) de bienes jurídicos primarios para toda la sociedad, de tal forma de consolidar la distribución efectiva de la libertad⁸ y la posibilidad de apropiación de la justicia.

Entonces hoy debiera haber una estructura básica de la sociedad garantista, de tal forma que los derechos fundamentales (utopía realista) guarden relación con la conducta de la sociedad como deber histórico y que ello además posea estabilidad, como

modus operandi de razonable tolerancia y altruismo.⁹

Esto no es ni mas ni menos, que posibilitar por si (sociedad de clases con acumulación jurídica precedente) o por el Estado (rol de equilibrio) una posición originaria o inicial habilitada (educación como proceso de culturización y desarrollo de la lógica de la inteligencia, como factor tecnológico) para el acceso a la categoría de elementos económicos esenciales (trabajo) y derechos fundamentales (jurídicamente existentes).¹⁰

III. La concepción de una sociedad razonablemente justa y la lealtad al derecho

Es el derecho una herramienta de consolidación de la justicia y por lo tanto es eminentemente moral y ético, y también es parte de la cultura de una sociedad, de tal forma que los procesos de culturización o construcción de la sociedad deben consolidar la lealtad al derecho (diferente del acatamiento por miedo a la sanción emanada principalmente de la normología jurídica Kelseniana).

Que es la lealtad al derecho?

Es la respuesta razonable de las personas cuando sus intereses fundamentales, prometidos en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales como ambiciones propias y socialmente consideradas, tengan motivos suficientes para respetarlo y evitar su desobediencia.¹¹

³ Van Boernud, Bert. Derecho, relato y realidad. pag 135 y sgtes. Ed Tecnos . Madrid . 1997.

⁴ Denominamos reivindicativas a las sociedades como la Argentina que pose un marco normativo rico en posesión de derechos, pero no en posibilidad real de ejercicio de los mismos, un ejemplo típico de la década de los cincuenta fue el art. 14 bis de la Reforma Constitucional de 1957 y en muchos aspectos la de 1994.

⁵ Funes, Robert, Manuel La lucha de clases en el siglo XXI. Visión política de la crisis económica de nuestro tiempo. pag 55 . Ed ESIC. Madrid . 1997.

⁶ Hay dos diferencias con las migraciones anteriores (especialmente durante las décadas cuarenta y cincuenta). La primera, es que las migraciones internas se consolidaban en torno de la ciudades, especialmente la Capital Federal y el Conurbano, porque allí estaban radicadas las fábricas, es decir se agrupaban en torno a la fuente de trabajo (pequeñas, medianas y grandes industrias) principalmente durante el período de la sustitución de importaciones 1940 / 1960. y que lograron consolidar ciudades e individualmente situaciones de progreso y ascenso social. La segunda, es que durante los noventa, se producen migraciones por desocupación y pobreza desde el interior del país y de los países latinoamericanos limítrofes o cercanos (peruanos, uruguayos, bolivianos, chilenos, expulsados de sus propios países por las crisis económicas o políticas) que ocuparon puestos de trabajo manuales o de escasa calificación profesional, vendedores ambulantes o simplemente mendigaje, que constituyen la legión de pobres, nuevos pobres, marginados y desocupados y que no albergan posibilidades reales bajo las condiciones económicas actuales de inclusión social y mucho menos ascenso o progreso económico.

⁷ Consult. Gherzi, Sebastián. El Estado penal Neoliberal . Rev Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre. 2001.

⁸ Sen Amartya. Inequality Rexamined. Ed Harvard University Press. Cambridge. 1992.

⁹ Consult. De Filippo, Armando y Franco, Rolando. Que modelo de integración regional puede contribuir a un desarrollo con equidad ? Rev, Socialis Nº 3. Ed Flacso - Homo Sapiens. Rosario. 2001.

¹⁰ Hay una segunda posición que en países desarrollados se consolidó el denominado "derecho al desarrollo desigual", lo que Adam Smith indicaba como la posibilidad de ascenso social y los mas técnicos denominan meritocracia personas.

¹¹ Rowls, John . El derecho de gentes. pag 57. "sin un proceso psicológico como este que llamaré aprendizaje moral, la idea del derecho como utopía real carece de un elemento esencial ". Ed Paidós. Barcelona. 2001.

Esa lealtad al derecho dependen mas de los gobiernos (no del Estado y la Nación) que de las propias personas gobernadas, pues cuando sus necesidades e intereses son satisfechos, consolidan la memoria histórica y la cultura del comportamiento razonable¹²; pero cuando operan la marginación y la exclusión (desempleo en el sistema económico) de grandes sectores de la sociedad aparece la resistencia en toda su extensión (desde dejar de pagar los impuestos)¹³; corrupciones menores, hasta la invalencia de la propia vida y entonces ya nada significa un valor sustentable y la sociedad se torna inviable para todos (los excluidos y los incluidos).¹⁴

La seguridad jurídica, depende en gran medida de la lealtad al derecho, pues las personas asumen esta conducta cuando están convencidos de que el derecho es una institución cooperativa en términos de equidad económica y jurídica, lo cual, resulta crucial para el manejo del derecho como regulación moral.¹⁵

Un gobierno no puede actuar contra las personas que representa, porque entonces se cuestiona su legitimidad (no su legalidad) que es una cuestión mas profunda y como consecuencia se pierde la lealtad al derecho como dinámica social y solo funciona como posición individual (cuestiones diametralmente diferentes).

Los derechos fundamentales básicos son de naturaleza moral (a la vez y antes que jurídicos) y están institucionalizados, sin embargo ello no basta, deben ser apropiados por las personas en forma equitativa y justa¹⁶ donde el Estado no es un mero espectador, sino actor principal de conducta concurrente y debe hacerlo como razón de Estado.¹⁷

Entonces la lealtad al derecho se consolida con la reciprocidad en la apropiación de los derechos y la preocupación del Estado por evitar el criterio de dominación sectorial o minoritario en el gobierno, de esta forma se propende a una sociedad razonablemente justa y viable.

IV. Restricciones apropiadas para la regulación estructural básica de una de una sociedad sustentable

El método de construcción social¹⁸, debe especificar condiciones justas de regulación, de tal forma que el Estado, la Nación y los Gobiernos consideren los mismos como restricciones de apropiación de derechos, que los ciudadanos gozan en su posición inicial.

¹² Consult. Weingarten, Celia La Confianza en el sistema Jurídico. Ed Cuyo. Mendoza 2001.

¹³ Rawls, John. Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia. pag 90. Ed Tecnos. Madrid . 1986.

¹⁴ Gilpin, Robert. War and change in world politics. pag 7. La naturaleza fundamental de las relaciones no ha cambiado... continúan siendo permanentemente lucha por la riqueza y el poder.. (traducción propia del autor de este trabajo no literal) Ed Cambrige University Press, Cambrige. 1981.

¹⁵ Rawls, John. El derecho de gentes. pag 38. "Presumir la existencia de un Estado, en el cual un pueblo se organiza en el orden interno con instituciones de justicia básica no constituye un prejuizgamiento alguno sobre estas cuestiones, el tema es que funcionen " Ed Paidos. Barcelona . 2001.

¹⁶ Rawls, John. Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia. Pag 137. Ed Tecnos. Madrid . 1986.

¹⁷ Consult. Calderon, Fernando. Derechos humanos, ciudadanía y desarrollo humano. Rev. Socialis N.º 1. pag 75. Ed Flasco. Rosario. 1999.

¹⁸ Lovece, Graciela. La construcción social del derecho. Derecho Privado del MERCOSUR pag 63. Ed Facultad de Ciencias Jurídicas Del Salvador. Junio 2001.

Las condiciones de relaciones con intereses básicos y derechos fundamentales, implican simetría inicial real (no meramente formal como Alberdi y Velez Sarfield de igualdad, de los no iguales) de bienes jurídico-económicos primarios que satisfacen las necesidades básicas (educación; justicia; seguridad; salud y empleo) como posición inicial sustentable.¹⁹

Aquellas condiciones básicas iniciales o de primer nivel, se presentan como racionales, pues son los derechos mínimos disponibles en una sociedad democrática que los hacen ser posibles, como recurso de convivencia en paz (elementos básicos de cooperación entre Estado, Nación, Gobiernos y Administrados o Ciudadanos en sus relaciones múltiples).

Esa razonable y justa distribución de intereses y derechos fundamentales es necesaria sostenerla como reivindicación legítima de la totalidad de personas y desde la responsabilidad de objetivos del Estado que hacen a la identidad de los gobiernos democráticos (que se dicen y son democráticos)

El bienestar económico - jurídico de las personas administradas - ciudadanos, es fundante y de conciencia compartida como logro histórico - cultural que determinan el principio de la igualdad social real inicial , en una comunidad.

Esta disponibilidad de los derechos básicos entonces es la condición razonable

como se construye la justicia en sociedades democráticas reales.

V. Los gobiernos tienen la obligación de asistencia y construir condiciones favorables para la disponibilidad de derechos de los excluidos

La Constitución como carta fundamental de derechos y garantías, no puede ser la base para generar actos de gobierno de unos a expensas de otros y construir con ello excluidos sociales, pues esto es grave y constituye para los marginados el derecho de resistencia civil²⁰ para obligar al Estado a cubrir las necesidades básicas insatisfechas (medios económicos).

La función de la propiedad común²¹ en cualquiera de sus formas implica prioritariamente mantener cubiertas las necesidades básicas y los derechos fundamentales de las personas, especialmente marginados coyunturales (hoy estructurales).²²

Esto significa que al menos las personas excluidas tienen derecho de exigencia, calificado por el deber social de asistencia y cooperación que no permite al Estado excusar su reponsabilidad, pues es la frontera moral de su representación.

¹⁹ El segundo nivel es donde la democracia liberal permite las denominadas desigualdades propias del sistema, es decir, las relaciones entre personas que llevan a niveles de sustentabilidad diferenciadas en la cultura, economía, etc.

²⁰ Palomino, Rafael. Las objeciones de conciencias. pag 21. Ed Montecorvo. SA . Madrid. 1994.

²¹ Rawls, John. El derecho de gentes. pag 53. "El pueblo de una democracia constitucional, no tiene como pueblo liberal, una doctrina general del bien ,mientras que los ciudadanos de una sociedad liberal si tienen tales concepciones y para atender a sus necesidades como individuos se empela la idea de bienes primarios "Ed Paidos. Barcelona. 2001.

²² Villarreal , Juan. La exclusión social. pag. 181. Ed . Norma. Bs As 1996.

El principio distributivo de justicia (equidad) significa que las personas de una comunidad democrática tengan asegurados los bienes sociales, económicos y jurídicos primarios, esto impide el privilegio utilitarista del beneficio de unos a costa de otros.

El principio de autodefensa frente al Estado plantea la cooperación y asistencia mutua, para asegurar a aquellos bienes primarios y esto no es renunciabile, (desde lo legal) ni resignable (desde lo legítimo).

Estos bienes primarios básicos, no están sujetos a la ley del mercado y además el Estado debe impedir (función de legitimación) que hombres más prósperos o sus representantes en el gobierno, intenten monopolizar los términos de intercambio en base a la debilidad o ignorancia de otras personas, logrando que el primer nivel sea distributivo (no competitivo).²³

VI. El derecho de resistencia

Las personas incluidas exigen de las personas excluidas un comportamiento que adolece de una falencia estructural y apotégmica: pretender que la conducta de aquellos asuman el rol de incluidos y resignen sus derechos más elementales; y si así no lo hicieren, se les aplicaran las sanciones más diversas, penales, contravencionales, etc.

Esta falta de respeto por el otro sin duda genera más animaversión en los excluidos y devuelven más violencia a aquella agresión moral y ética de los incluidos y su gobierno y por consiguiente se desestabiliza la paz social.

Esta negativa de los gobiernos a considerar a los excluidos del sistema económico y a los marginados del sistema social, es quitarles su pertenencia a la raza humana, pues carecen de los más elementales derechos: supervivencia y dignidad.

La forma entonces de estas personas de asumir un rol sustancial en la sociedad, es el derecho de resistencia que posee jerarquía constitucional.

Que es el derecho a la resistencia?

El derecho a disentir con determinadas acciones de gobierno, cuando se ha llegado al límite de la tolerancia, donde precisamente está en juego la supervivencia humana, los disidentes, personas decentes, deciden expresar su participación por medio de actos o hechos que modifican la vida ciudadana de los incluidos (cortes de ruta; apagones; cacerolazos; cierres de comercio, etc.) a favor de preservar su vida, la de su grupo familiar y llamar la atención de los incluidos que no se interesan por el problema.

Estos espacios significativos de autodeterminación y expresión de los excluidos y marginados (incluso se manifiestan con carácter federal) son de naturaleza moral pues hace a la dignidad, honor y orgullo de considerarse personas con derechos fundamentales básicos.

El debido respeto que reclaman para sí, su familia y la cooperación para los de su clase, lo podemos considerar hasta una expresión de patriotismo y solidaridad moderada²⁴, pues guarda coherencia con la igualdad de trato que los incluidos se deparan a sí mismos en su consideración de decencia y pertenencia a la Patria.

Esto es nada menos que el principio de congruencia, pues reclaman la justa igualdad y el debido respeto a la dignidad humana.

Si los gobernantes dicen pertenecer y asegurar la democracia constitucional como forma superior de supervivencia en paz, deben aceptar que la forma de expresar la disidencia, puede ser la resistencia, que no es más que el primero de los derechos que posee el hombre constitucionalizado (hombre jurídicamente socializado para convivir en comunidad).

Cuál es la extensión del derecho de resistencia?

Los marginados y excluidos son en su conjunto personas afectadas por condiciones desfavorables, pero que son dignos de pertenecer a la sociedad y que en determinado momento histórico (como el actual) no son tutelados por las autoridades constituidas y por los incluidos (específicamente por aquellos que los consideran jerárquicamente inferiores, en una clara actitud discriminatoria).

Frente a esta situación actúan movidos por una razón fundante y concreta, recuperar su posición original (igualdad de intereses y derechos básicos de convivencia). Se asocian bajo distintas formas, para operar el derecho de resistencia, no persiguen fines de agresividad o toma del poder y ejercen su derecho a la disidencia para afianzar sus legítimas metas.

Tratan de influenciar de la forma más amplia posible de alterar la vida independiente de los incluidos (verbigracia desplazamientos) y es en consecuencia la manera mínima de expresión de su conducta reivindicativa y que es compatible constitucionalmente (entre los contradictorios del derecho a la supervivencia y el derecho al desplazamiento momentáneo).

El sistema jurídico establece un orden

jerárquico de principios, garantías y derechos de acuerdo con las necesidades y justicia de una sociedad de personas, comenzando por el derecho a la vida y la supervivencia digna de lo contrario el sistema económico se adueña de las personas y la sociedad y genera coercitividad hacia las personas conforme a las reglas del mercado (se reemplaza la idea de convivencia pacífica por la de supervivencia del más fuerte) aparece entonces la inseguridad expandida (la seguridad económica es imprescindible para la supervivencia humana como derecho fundamental).²⁵

En el respeto de esos derechos básicos son parte del derecho de propiedad como economía de supervivencia y el Estado liberal de tradición occidental debe ser responsable y capaz de asegurarlos a toda la población (derecho moralmente justo) y si el gobierno se desentiende, aquellos pueden emprender acciones con la creencia sincera y razonable que su acción está asentada en la resistencia (y no en la rebelión) para recuperar su derecho a la vida con dignidad.

Esta formulación social "asociacionista espontánea" de marginados y excluidos, trata mediante la resistencia de vincularse (o revincularse) al sistema social y requerir la cooperación de los gobiernos y la atención de los incluidos para restaurar la igualdad de dignidad ante Dios y la sociedad.

La agresión inicial se manifestó hacia ellos en la manera de exclusión o marginación y se hace creer a los incluidos que aquellos "son la causa" (vagabundos; etnias; rateros; personas a-sociales, etc.) que hace consolidar un rechazo a los actos de resistencia, de tal forma de "hacer verlos" como agresores y no como agredidos primitivos, que es diametralmente diferente.

²³ El nivel competitivo propio de las sociedades de las sociedades capitalistas es de segundo nivel, donde necesariamente surgirán desigualdades entre personas porque los términos de intercambio de este segundo nivel así lo propician.

²⁴ Rowls, John El derecho de gentes. pag 75. Ed Paidós. Barcelona. 2001.

²⁵ Shue, Henry. Basic rights substance affluence and U.S. foreign policy. pag 23. Ed Princeton University Press. Princeton. 1980.

Es importante advertir sobre esta dialéctica de las palabras e investigar el origen de los problemas entonces los actos de resistencia son respuestas a la agresividad y no las causas.

Entonces es tolerable el derecho a la resistencia dentro del sistema jurídico?

Si, lo intolerable sería que asumieran un rol agresivo saqueando masiva mente.

La fuerza intuitiva de la resistencia, aparece entonces como razonable frente a los sectores sociales incluidos, buscando la no exclusión o el cese de la misma y ello tiene doble finalidad: lo primero, llamar la atención a los incluidos para que sean parte del problema y no se aíslen (evitando la polarización incluidos - excluidos) y en segundo lugar, advertir sobre la expansión de la exclusión y la marginación como metodología del sistema económico (por aquello que decía Bertol Brech ... no sea que los excluidos de mañana sean los incluidos de hoy)

Entonces está afectado el propósito común y debe considerarse la posibilidad de que las restricciones (actos de resistencia) de los derechos de los incluidos, es una forma de establecer prioridades: el derecho a la vida y la supervivencia digna es el primero de los derechos y es inalienable y los otros derechos como la movilidad o la circulación o la molestia por la mendicidad, etc. son de segundo orden.

VII. Conclusiones

La utopía realista, es aquella con justicia basada en la equidad económica y jurídica que consolida la paz democrática entre las personas y permite entonces una lealtad al derecho (no se necesita recurrir al agravamiento

penal de los delitos, salvo la corrupción sobre dineros públicos).

La utopía real se consolida como un sentimiento de justicia, con garantía de intereses y derechos fundamentales en su plenitud para todos, como hecho cultural o aprendizaje moral constante, que justifica al Estado y la Nación frente a las personas, ciudadanos o administrados.

En cambio, el gobierno (como situación temporal) es solo un intercambio de disputas por poder, entre la miseria intolerable y la poderosa riqueza que obliga constantemente a revisar y reformular políticas económicas; un gobierno no es entonces la expresión democrática de un Estado o de una Nación, pues no constituye para el pueblo y las personas la representación, sino coloca los límites de la asimetría en mínimamente la cobertura de las necesidades básicas que hacen a la dignidad del ser humano.²⁶

En definitiva, lo que hace un gobierno legal y que lo legitima, es el respeto por la libertad e integridad del ser humano, y que su preocupación prioritaria debe ser (pero no suficiente) establecer las disponibilidad de medios para un uso razonable de la riqueza (como PBI) donde la equidad en la distribución consolida la lealtad al derecho, base de un Estado democrático.

Entonces los principios de reciprocidad y de igualdades razonables, son la base de las democracias posmodernas (la posmodernidad de 2do estadio, como contratendencia)²⁷ y que legitima a todo gobierno, de tal forma que una comunidad con intereses y derechos fundamentales de 1er nivel simétricos, generará en las personas lealtad al derecho y se construirá una paz duradera con justicia social.

Mauro Cappelletti e o Direito Processual Brasileiro*

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Membro da Associação Internacional de Direito Processual

Desde muito o juiz brasileiro goza de amplos poderes na apreciação dos atos praticados tanto pelo executivo quanto pelo legislativo. Embora durante o período colonial e mesmo no tempo do império, tenha o direito brasileiro se alinhado ao sistema dúplice, adotando o contencioso administrativo, já com a primeira Constituição Republicana, datada de 1891, introduziu-se o sistema uno. A Constituição de 1946 foi ainda mais incisiva, consagrando no § 1º do art. 146 a apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão a direito individual.

Atualmente, simples percorrer da Constituição Federal de 1988 evidencia a ampli-

tude do controle jurisdicional da administração. Todos os atos dos entes públicos estão sujeitos a serem revisados pelo Poder Judiciário, seja pela Justiça Estadual, seja pela Justiça Federal, conforme o caso. Além disso, na esteira da tradição republicana, o art. 5º, inciso XXXV, deixa bem claro que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Mais ainda: o cidadão brasileiro tem a seu dispor *writs* constitucionais semelhantes aos do sistema do *commom law*, tais como o mandado de segurança¹, o *habeas corpus*², e agora o *habeas data*³, sem falar no mandado de injunção⁴, remédio sem similar no direito comparado.

* Trabalho destinado ao volume de estudos em homenagem a Mauro Cappelletti, a ser editado pela Associação Internacional de Direito Processual.

¹ Constituição Federal, art. 5º, inciso LXIX: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público." Trata-se de processo sumário documental, de largo emprego na experiência jurídica brasileira, e que tem preferência no julgamento em relação aos demais feitos, permitindo inclusive a concessão de liminar, se relevantes os fundamentos do pedido e houver risco de ser ineficaz a medida se concedida a final.

² Constituição Federal, art. 5º, inciso LXVIII: "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder."

³ Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXII: "conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo."

⁴ Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXI: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora se torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." O Supremo Tribunal Federal tem sido extremamente cauteloso na aplicação dessa norma, apenas mandando notificar a autoridade para que supra a falta de regulamentação, tratando a questão como inconstitucionalidade por omissão, regulada no art. 103, § 2º, da Constituição Federal, pois considera que o mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes, devendo ser observado o princípio constitucional da divisão funcional dos poderes. Todavia, em casos excepcionais, reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional e prévia intimação da instituição parlamentar, tem se assegurado aos impetrantes do *writ* a possibilidade de ajuizarem as ações de seu interesse, tendo-se como suprida a falta de norma (assim, v.g., no julgamento do Mandado de Injunção 248-DF, relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, 22.11.1991, RTJ, 139/712).

²⁶ Aron, Raymond. Peace and war. pag 162. "es la denominada paz por satisfacción diferente ..o paz del poder "Ed Garden Doubledy, 1966.

²⁷ Consult. Ghersi, Carlos Posmodernidad Jurídica . Ed Gowa. Bs As .2001.