

# Óptica Constitucional – A Igualdade e as Ações Afirmativas.

MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO\*

As constituições sempre versaram, com maior ou menor largueza, sobre o tema da isonomia. Na carta de 1824, apenas se remetia o legislador ordinário à equidade. Na época, convivíamos com a escravidão, e o escravo não era sequer considerado gente.

Veio à República, e, na Constituição de 1891, previu-se, de forma categórica, que todos seriam iguais perante a lei. Mais do que isso: expungiram-se privilégios, tendo em vista o nascimento; desconheciam-se foros de nobreza, extinguiram-se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas e regalias a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho. Permanecemos, todavia, com uma igualdade simplesmente formal.

Na Constituição de 1934, Constituição popular, dispôs-se também que todos seriam iguais perante a lei e que não haveria privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. Essa Carta teve uma tênue virtude, revelando-nos o outro lado da questão. É que a proibição relativa à discriminação mostrou-se ainda simplesmente simbólica. O discurso oficial, à luz da Carta de 1934 foi único, e ingênuo, asseverando-se que, no território brasileiro, inexistia a discriminação.

Na Constituição outorgada de 1937, simplificou-se, talvez por não se admitir a discriminação, o trato da matéria e proclamou-se, simplesmente, que todos seriam iguais perante a lei. Nota-se até aqui um hiato entre o direito – proclamado com envergadura maior, porquanto fixado na Constituição Federal – e a realidade dos fatos. Sob a égide da Carta de 1937, veio à balha a Consolidação das Leis do Trabalho, mediante a qual se vedou a diferenciação, no tocante ao rendimento do prestador de serviços, com base no sexo, nacionalidade ou idade. Essa vedação, porém, não pareceu suficiente para corrigir desigualdades. Na prática, como ocorre até os dias de hoje, o homem continuou a perceber remuneração superior à da mulher.

Vigente a Constituição de 1937, promulgou-se o Código Penal de 1940, que entrou em vigor em 1942. Perdeu-se, à época de tal promulgação, a oportunidade de se glosar de maneira mais eficaz a discriminação. Foi tímido o nosso legislador, porque apenas dispôs sobre os crimes contra a honra e aqueles praticados contra o sentimento religioso.

Já na progressista Constituição de 1946, reafirmou-se o princípio da igualdade, rechaçando-se a propaganda de preconceitos de raça ou classe. Introduziu-se, assim, no cenário jurídico, por uma via indireta, a lei do silêncio, inviabilizando-se, de uma forma mais clara, mais incisiva, mais perceptível, o trato do preconceito.

Sob a proteção dessa Carta, deu-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem em dezembro de 1948. Proclamou-se em bom som, em bom vernáculo, que "todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição". Admitiu-se, aqui e no âmbito internacional, a verdadeira situação havida no Brasil, em relação ao problema. Percebeu-se a necessidade de se homenagear o princípio da realidade, o dia-a-dia da vida em sociedade.

No Brasil, a primeira lei penal sobre a discriminação surgiu em 1951, graças ao trabalho desenvolvido por dois grandes homens públicos: Afonso Arinos e Gilberto Freire. Só então se reconheceu a existência, no País, da discriminação. E é sintomática a justificativa dessa lei, na qual se

apontou, como a revelar o racismo, o que vinha acontecendo em carreiras civis, como a da diplomacia, e em carreiras militares, especialmente a Marinha e a Aeronáutica.

Ressaltou-se que o exemplo deve vir de cima, que cumpre ao Estado adotar uma postura que sirva de norte, que sinalize ao cidadão comum.

E o Judiciário, como atuou diante desse diploma que enquadrava, não como crime, mas como contravenção penal, a discriminação, considerada a raça ou a cor?

O Judiciário mostrou-se excessivamente escrupuloso e construiu uma jurisprudência segundo a qual era necessária a prova, pelo ofendido, do especial motivo de agir da parte contrária. Resultado prático: pouquíssimas condenações, sob o ângulo da simples contravenção, ocorreram. Daí a crítica de Afonso Arinos, falando à "Folha de S. Paulo", em 8 de junho de 1980

"...a lei funciona, vamos dizer, à brasileira, através de uma conotação mais do tipo sociológico do que, a rigor, jurídico..."

Outras leis foram editadas: em 1956, sobre o genocídio; em 1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações, sobre a radiodifusão; e, em 1964, o Brasil veio a subscrever a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, que teve a virtude de definir, em sí, o que se entende como discriminação: "Toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão".

Na Constituição Federal de 1967, não se inovou; permaneceu-se na vala da igualização simplesmente formal, dispondo-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Previu-se, no entanto, que o preconceito de raça seria punido pela lei e, nesse ponto, talvez, tenha-se dado um passo a mais no emprestar-se estatura maior – constitucionalizando-se, portanto – à punição do preconceito.

O arcabouço normativo ordinário, não obstante, fez-se insuficiente ao fim visado.

Na época, a visão distorcida que predominava, a escancarar nefasto e condenável preconceito, era de que pretos e pardos têm propensão para o crime.

Sentenciava-se sem perquerir as causas da delinquência.

Em 1967, com a Lei da Imprensa, proibiu-se a difusão de preconceitos de raça ou classe e introduziu-se a capitulação do preconceito, da discriminação, como um crime, não mais simples contravenção penal.

A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, dispôs: "Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais" - e adentramos aqui o campo das ações afirmativas, da efetividade maior da não-discriminação – "tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades" - no sentido amplo – "fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência" – e,

hoje, ainda estamos muito longe disso – "à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos".

O artigo quarto dessa convenção versa sobre medidas especiais, de caráter temporário, destinadas a acelerar a igualdade entre o homem e a mulher, mulher que hoje forma o grande número, a maioria de nossa população.

Na Constituição de 1969, - a Emenda nº 1, de 1969, verdadeira Constituição -, repetiu-se o texto da Carta imediatamente anterior, proclamando-se, de forma pedagógica – e esse trecho encerra a principiologia -, que não seria tolerada a discriminação.

Esse foi o quadro notado pelos constituintes de 1988, a evidenciar, como eu disse, uma igualização simplesmente formal, uma igualdade que fugia aos parâmetros necessários à correção de rumos.

Na Constituição de 1988 – dita, por Ulysses Guimarães, como cidadã -, mas que até hoje assim não se mostra não por deficiência do respectivo conteúdo, porém pela ausência de vontade política de implementá-la -, adotou-se, pela primeira vez, um preâmbulo – o que é sintomático -, sinalizando uma nova direção, uma mudança de postura, no que revela que "nós" – todos nós que

estamos aqui nesta assentada e não apenas os constituintes, já que eles agiram em nosso nome - , "representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

E, aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens.

Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual.

Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – prestem atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e "promover" implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar "ação".

Não basta não discriminar.

É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades.

Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico.

A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa.

É necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores.

Qual é o fim almejado por esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, que é uma das formas de discriminação, visando-se, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?

No âmbito das relações internacionais, a Constituição de 1988 estabelece que devem prevalecer as normas concernentes aos direitos humanos.

Mais do que isso, no artigo 4º, inciso VII, repudia-se o terrorismo, colocando-se no mesmo patamar o racismo, que é uma forma de terrorismo.

Dispõe ainda o artigo 4º sobre a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Encontramos aqui princípios, mais do que princípios, autorizações para uma ação positiva.

E sabemos que os princípios têm tríplice função: a informativa, junto ao legislador ordinário, a normativa, para a sociedade como um todo, e a interpretativa, considerados os operadores do Direito.

No campo dos direitos e garantias fundamentais, deu-se ênfase maior à igualização ao prever-se,

na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Seguem-se setenta e sete incisos, cabendo destacar o XLI, segundo o qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"; o inciso XLII, a prever que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

Notem que nem a passagem do tempo, nem o valor "segurança jurídica", estabilidade nas relações jurídicas, suplantam a ênfase dada pelo nosso legislador constituinte de 1988 a esse crime odioso, que é crime racial.

Mais ainda: de acordo com o § 1º do artigo 5º, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Sabemos que os trabalhos da Assembléia Constituinte – e isso é proclamado por aqueles que os acompanharam – foram desenvolvidos sem maioria constante, e esse aspecto, para mim, afigurou-se salutar.

Daí a existência de certos dispositivos na Carta de 1988 a projetarem no tempo o exercício de direito constitucionalmente assegurado, preceitos esses que ressalvam a necessidade de regulação dos temas a serem tratados, portanto, pelos legisladores ordinários.

Entretanto, em relação aos direitos e às garantias individuais, a Carta de 1988 tornou-se, desde que promulgada, auto-aplicável, cabendo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo do País buscar meios para torná-lo efetivo.

Consoante o § 2º desse mesmo artigo 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e, aqui, passou-se a contar com os denominados direitos e garantias implícitos ou insertos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A Lei nº 7.716, de 1989, de autoria do deputado Carlos Alberto Caó, veio capitular determinados procedimentos, à margem da Carta Federal, como crime.

A meu ver, deveriam ter sido previstas, além da pena alusiva ao cerceio da liberdade de ir e vir, também penas pecuniárias, e de elevada gradação.

É o caso de indagarmos: o que falta, então, para afastarmos do cenário as discriminações, as exclusões hoje notadas?

Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade.

Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário.

Como ressaltado pelo presidente Almir Pazzianotto, cuida-se aqui de dívidas históricas para com as minorias.

Esse resgate, reafirmo, é um ônus da sociedade como um grande todo.

Consideremos, agora, o princípio da realidade: é necessário pôr em prática o que está no papel.

No Direito do Trabalho, o princípio da realidade é acionado no dia-a-dia, sobrepondo-se, em face da relação jurídica, ao que consignado no ajuste que aproximou tomador e prestador de serviços.

A revista "Isto É", de 10 de outubro último, publicou estatística do IBGE segundo a qual a população brasileira é formada por 24% de analfabetos, sendo que, destes, 80% são negros.

O DIEESE, em relação a São Paulo, apontou que, na área do desemprego, 22% são negros, enquanto que 16% são brancos.

O salário médio em São Paulo, para mulher negra, é de R\$ 399,00; mulher branca, R\$ 750,00; homem negro, R\$ 601,00; homem branco, R\$ 1.100,00.

Colhi de uma publicação, "Mulheres Negras – Um Retrato da Discriminação Racial no Brasil", outros dados: formandos em universidades, de acordo com o Ministério da Educação: 80% brancos e 2% negros.

População – permitam-me utilizar esses vocábulos – pretos e pardos: 45%; 60% das famílias chefiadas por mulheres negras têm renda inferior a um salário mínimo; expectativa de vida: negros, 64 anos; brancos, 70 anos; domicílios sem esgoto sanitário: 50% são chefiados por negros, enquanto 26%, por brancos; mortalidade de menores de cinco anos: 76 em mil, em relação aos afrodescendentes; 45 em mil, em relação aos brancos; violência na cidade do Rio de Janeiro, cometida pela polícia, de 1993 a 1996: 29% das vítimas são negras, em relação a um grupo racial de 8%, 40% de pessoas de cor parda em um grupo racial de 31%, 29% de brancos em um grupo racial de 60%.

A prática comprova que, diante de currículos idênticos, prefere-se a arregimentação do branco e que, sendo discutida uma relação locatícia, dá-se preferência – em que pese à igualdade de situações, a não ser pela cor – aos brancos.

Revelam-nos também, no cotidiano, as visitas aos shopping centers que, nas lojas de produtos sofisticados, raros são os negros que se colocam como vendedores, o que se dirá como gerentes.

Em restaurantes, serviços que impliquem contato direto com o cliente geralmente não são feitos por negros.

Mais ainda, existem locais em que há a presença maior de negros, a atuarem, no entanto, como manobrista, leão-de-chácara etc.

Há exceções no Brasil.

Já contamos, felizmente, com algumas grandes empresas que procuram equilibrar essa equação e aí cito, apenas para exemplificar, a Levi's Strauss, que começou com essa política em 1970, mas mesmo assim, até aqui, só conseguiu compor o quadro funcional com 10% de negros; o Banco Real também avançou nesse campo, bem como a Xerox do Brasil e o Banco de Boston. Iniciativas semelhantes servem para escancarar o problema, para abrir nossos olhos a esse impiedoso tratamento que resulta, passo a passo, numa discriminação inaceitável.

Cumprimento ao Tribunal Superior do Trabalho pela realização deste Seminário e faço também quanto ao apoio do Ministério da Justiça, da Procuradoria-Geral do Trabalho e da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos que, até há pouco, esteve sob o comando do embaixador Gilberto Vetgne Saboya, aqui presente.

É preciso buscar-se a ação afirmativa.

A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge contar-se com programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar-se o menor da rua, dando-se-lhe, condições que o levem a ombrear com as demais crianças.

O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor; pode estimular, mediante tal liberação, as contratações.

E o Poder Público deve, desde já, independentemente da vinda de qualquer diploma legal, dar à prestação de serviços por terceiros uma outra conotação, estabelecendo, em editais, quotas que visem a contemplar as minorias.

O setor público tem a sua disposição, ainda, as funções comissionadas que, a serem preenchidas por integrantes do quadro, podem e devem ser ocupadas também consideradas as minorias nele existentes.

O exemplo vivo tivemos há pouco no Ministério do desenvolvimento Agrário, por iniciativa do ministro Raul Jungmann.

Não se há de cogitar que esse procedimento conflita com a Constituição Federal, porque, em última análise, objetiva a efetividade da própria Carta.

As normas proibitivas não são suficientes para afastar do nosso cenário a discriminação.

Precisamos contar – e fica aqui o apelo ao Congresso Nacional – com normas integrativas.

No momento, tramita no Senado Federal o Projeto PLS nº 650, de iniciativa do senador José Sarney, que almeja instituir quotas de ação afirmativa para a população negra no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior e aos contratos do fundo de financiamento ao estudante do ensino superior, quota essa que, diante do total dessas minorias – e apenas são minorias no tocante às oportunidades -, mostra-se singela: 20%.

Essa legislação deve vir com um peso maior.

Sabemos que um preceito pode ser dispositivo ou imperativo, e aqui estamos em um Tribunal que lida com preceitos imperativos, porque se percebeu a necessidade de o Estado intervir para corrigir desigualdades, e de nada adiantaria tal intervenção se às normas de proteção ao hipossuficiente, ao trabalhador, se emprestasse a eficácia dispositiva, na hipótese de lacuna, de ausência de manifestação da vontade.

Em um mercado desequilibrado como o brasileiro, no qual, por ano, precisamos de cerca de um milhão e seiscentos mil empregos para receber a força jovem que chega ao mercado de trabalho, é inimaginável que se cogite de flexibilização do Direito do Trabalho.

Aliás, os constituintes de 1988 levaram em conta essa realidade, no que, potencializando o direito

coletivo, só permitiram tal flexibilização no tocante a três temas, como se revelassem, de forma categórica, inafastável, a impossibilidade de se incluir outras exceções no cenário trabalhista.

Refiro-me à possível modificação de parâmetros via contrato coletivo, acordo coletivo ou convenção coletiva, quanto a salários, jornada de trabalho, carga horária semanal e regime de turno de revezamento.

Reafirmo: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acoimada de inconstitucional.

Vem-nos de um grande pensador do Direito, Celso Antônio Bandeira de Mello, o seguinte trecho: "... De revés, sempre que a correlação lógica entre o fator de discrimen e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico (...). O que se visa com o preceito isonômico é impedir favoritismos ou perseguições. É obstar agravos injustificados, vale dizer que incidam apenas sobre uma classe de pessoas em despeito de inexistir uma racionalidade apta a fundamentar uma diferenciação entre elas que seja compatível com os valores sociais aceitos no Texto Constitucional".

Entendimento divergente resulta na colocação em plano secundário dos ditames maiores da Carta da República, que contém algo que, longe de ser um óbice, mostra-se como estímulo ao legislador comum.

A Carta agasalha amostragem de ação afirmativa, por exemplo, no artigo 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e ao direcionar à introdução de incentivos; no artigo 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vaga – e, portanto, a existência de quotas – nos

concursos públicos, para deficientes; no artigo 170, ao dispor sobre as empresas de pequeno porte, prevendo que devem ter tratamento preferencial; no artigo 227, ao emprestar também um tratamento preferencial à criança e ao adolescente.

Veja-se a experiência brasileira no campo da legislação ordinária. A Lei nº 8.112/90 – porque, de certa forma, isso foi previsto na Constituição Federal – fixa a reserva de 20% das vagas, nos concursos públicos, para os deficientes físicos.

A lei eleitoral, de nº 9.504/97, dispõe sobre a participação da mulher, não como simples eleitora, o que foi conquistado na década de 30, mas como candidata.

Estabelece também, em relação aos candidatos, o mínimo de 30% e o máximo de 70% de cada sexo.

A proteção aqui concorre também em benefício dos homens.

Talvez tenha o legislador receado uma glosa apressada, levando em conta um suposto conflito com a Constituição Federal, ao prever, como ocorreu anteriormente, uma quota específica para as mulheres.

Por outro lado, a Lei nº 8.666/93 viabiliza a contratação, sem licitação – meio que impede o

apadrinhamento -, de associações, sem fins lucrativos, de portadores de deficiência física, considerado, logicamente, o preço de mercado.

No sistema de quotas a ser adotado, deverá ser sopesada a proporcionalidade, a razoabilidade, e, para isso, dispomos de estatísticas. Tal sistema há de ser utilizado para a correção de desigualdades.

Portanto, deve ser afastado tão logo eliminadas essas diferenças.

O que pode o Judiciário fazer neste campo?

Pode contribuir, e muito, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial.

Até então, tinha-se apenas a atuação do legislador.

Percebeu aquela Suprema Corte que precisava, realmente, sinalizar para a população, de modo a que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição norte-americana. Costumo dizer que toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade.

E aí volto ao que disse anteriormente: os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os homens.

Qual deve ser a postura do Estado-juiz diante de um conflito de interesses? Há de ser única: não deve potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto.

Em face de um conflito de interesses, deve o juiz idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto.

Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria.

Só teremos a supremacia da Carta, quando, à luz dessa mesma Carta, implementarmos a igualdade.

A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, e, neste caso, vou-me permitir citar, para encerrar esta fala, uma pensadora do Direito, a nossa Carmem Lúcia Antunes Rocha: "...A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação

do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que

não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados...".

Tenhamos sempre presentes essas palavras.

A correção das desigualdades é possível, e todos que aqui estão, indistintamente, querem-na.

Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para arrependimento, para acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo.

Mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias.

(Palestra proferida em 20.11.2001, no Seminário "Discriminação e Sistema Legal Brasileiro", promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho)

\*Presidente do Supremo Tribunal Federal Acadêmico "Honoris Causa" da Academia Paulista de Magistrados

O Novo Código Civil Brasileiro

MIGUEL REALE

I Diretrizes seguidas da elaboração do Anteprojeto

Foi criada, em 1969, uma "Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil", na esperança de ser aproveitada a maior parte do Código Civil de 1916. Todavia, verificou-se logo a inviabilidade desse desideratum, não podendo deixar de prevalecer a reelaboração, uma vez que a experiência, ou seja, a análise progressiva da matéria veio revelando que novos princípios ou diretrizes deveriam nortear a codificação. Por outro lado, em se tratando de um trabalho sistemático, a alteração feita em um artigo ou capítulo repercute necessariamente em outros pontos do projeto.

Daí ficarem assentes estas diretrizes:

Preservação do código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu.

Impossibilidade de nos atermos à mera revisão do Código Bevilacqua dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito;

Alteração geral do código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade;

Aproveitamento dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas, anteriormente, por ilustres juristas, primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o anteprojeto do "Código das Operações"; e, depois, por Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das Obrigações, contando com a colaboração, neste caso, de Sílvio Marcondes, Théophilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.

Firmar a orientação de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou, que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam do Código Civil;

Dar nova estrutura ao Código, mantendo-se a Parte Geral – conquista preciosa do Direito Brasileiro, desde Teixeira de Freitas – mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações;

Não realizar, propriamente, a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações – de resto já uma realidade operacional no País – em virtude do obsoletismo do Código Comercial de 1850 – com a conseqüente inclusão de mais um Livro na Parte Especial, que, de início, se denominou "Atividades Negociais", e, posteriormente, "Direito de Empresa".

Essa estrutura não sofreu alteração nas duas Casas do Congresso Nacional, não obstante as inúmeras emendas oferecidas ao Projeto original nº 634, enviado pelo Governo em 1975, após estudo pela Comissão Revisora das mudanças ou propostas aditivas feitas por juristas de todo o País, bem como por entidades de classe e até mesmo por leigos em Direito. A todas as sugestões foi dada a devida atenção, de tal modo que, em virtude sobretudo das modificações havidas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o Projeto nº 118/84, ora em votação final, na Câmara, se acha plenamente atualizado, inclusive quanto às inovações introduzidas pela Constituição de 1988 no concernente ao Direito de Família, como oportunamente se exporá.

## II Os três Princípios Fundamentais

1. – ETICIDADE – Procurou-se superar o apego do Código Bevilacqua ao formalismo jurídico, fruto, a um só tempo, da influência recebida do Direito tradicional português e da Escola germânica dos pandectistas, aquele decorrente do valioso trabalho empírico dos glosadores; esta dominada pelo tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito Romano.

Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.

Daí a opção, às vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de dar a razão de ser dos modelos jurídicos e orientar os operadores

do Direito em sua interpretação teórica e em sua aplicação prática.

Nesse sentido, temos, em primeiro lugar, o Art. 113, na Parte Geral, segundo o qual "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

E mais este:

"Art. 187. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Lembro como exemplo o Artigo nº 422 que dispõe quase como um prolegômeno a toda à teoria dos contratos, a saber:

"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Frequente é no Projeto a referência à probidade e a boa-fé, assim como à correção (*correttezza*) ao contrário do que ocorre no Código Vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídico.

2. – A SOCIALIDADE – É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo.

Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.

Alguns dos exemplos dados já consagram, além da exigência ética, o imperativo da sociedade, como quando se declara a função social do contrato na seguinte forma:

"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Por essa razão, em se tratando de contrato de adesão, estatui o Art. 422 o seguinte:

"Art. 422. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".

No caso de posse superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem apenas entre a posse de boa e a de má fé, o Código leva em conta a natureza social da posse da coisa para reduzir o prazo de usucapião.

Assim é que, conforme o Art. 1.238, é fixado o prazo de 15 anos para a aquisição da propriedade imóvel, independentemente de título e boa-fé, esse prazo é reduzido a dez anos "se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo".

Por outro lado, pelo Art. 1.239, bastam cinco anos ininterruptos para o possuidor, que não seja proprietário de imóvel rural ou urbano, adquirir o domínio de área em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nele sua moradia. Para tanto basta que não tenha havido oposição.

O mesmo sentido social caracteriza o Art. 1.240, segundo o qual, se alguém "possuir", como sua área urbana até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptos, e sem oposição, utilizando-a para sua moradia e de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel.

Um magnífico exemplo da preponderância do princípio de socialidade é dado pelo Art. 1.242, segundo o qual "adquire também a propriedade do imóvel aquele que, continua e incontestavelmente, com justo título e boa-fé, o possuidor por dez anos".

Esse prazo é, porém, reduzido a cinco anos

"se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico".

Não vacilo em dizer que tem caráter revolucionário o disposto nos parágrafos 4º e 5º do Art. 1.228, determinando o seguinte:

"§ 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela tiverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante".

"§ 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores".

3. – A OPERABILIDADE – Muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito.

Nessa ordem de idéias, o primeiro cuidado foi eliminar as dúvidas que haviam persistido durante a aplicação do Código anterior.

Exemplo disso é o relativo à distinção entre prescrição e decadência, tendo sido baldados os esforços no sentido de verificar-se quais eram os casos de uma ou de outra, com graves conseqüências de ordem prática.

Para evitar esse inconveniente, resolveu-se enumerar, na Parte Geral, os casos de prescrição, em *numerus clausus*, sendo as hipóteses de decadência previstas em imediata conexão com a disposição normativa que a estabelece. Assim é, por exemplo, após o artigo declarar qual a responsabilidade do construtor de edifícios pela higidez da obra, é estabelecido o prazo de decadência para ser ela exigida.

Por outro lado, pôs-se termo a sinonímias que possam dar lugar a dúvidas, fazendo-se, por

exemplo, distinção entre associação e sociedade. Destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos.

Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (correttezza) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo ou verbis:

Art. 575, parágrafo único – "Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o ser caráter de penalidade".

São previstos, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de "indeterminação do preceito", cuja aplicação in concreto caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias ocorrentes, tal como se dá por exemplo, quando for indeterminado o prazo de duração do contrato de agência, e uma das partes decidir resolve-lo mediante aviso prévio de noventa dias, fixando tempo de duração incompatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do contratante, cabendo ao juiz decidir sobre sua razoabilidade e o valor devido, em havendo divergência entre as partes, consoante dispõe o Art. 720 e seu parágrafo único.

Somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de juristas do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados.

Com se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma.

Nessa ordem de idéias, merece menção o § 1º do Art. 1.240, o qual estatui que, no caso de usucapião de terreno urbano,

"O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil".

Atende-se, assim, à existência da união estável, considerada nova entidade familiar.

Observo, finalmente, que a Comissão optou por uma linguagem precisa e atual, menos apegada a modelos clássicos superados, mas fiel aos valores de correção e de beleza que distinguem o Código Civil vigente.

### III Outras Diretrizes

4. Não creio ser necessário desenvolver argumentos justificadores da manutenção da Parte Geral, que é da tradição do Direito pátrio, desde Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, independentemente da influência depois consagradora da tese pelo Código Alemão de 1.900.

Bastará lembrar a resistência oposta pela grande maioria de nossos juristas quando se quis elaborar um Código Civil, por sinal que restrito, ser a Parte Geral, destinada a fixar os parâmetros do ordenamento jurídico civil, estabelecendo normas sobre as pessoas e os "direitos da personalidade", que estão na base das soluções normativas objeto da Parte Especial. Merece encômios essa providência de incluir disposições sobre os direitos da personalidade, uma vez que a pessoa é o valor-fonte de todos os valores jurídicos.

Outra iniciativa louvável foi a disciplina específica dos negócios jurídicos que são os atos jurídicos de mais freqüente ocorrência.

Quanto à parte Especial, preferiu-se seguir uma seqüência mais lógica, situando-se o Direito das Obrigações como conseqüência imediata do antes estabelecido para os atos e negócios jurídicos, não sendo demais acentuar que há disciplina conjunta das obrigações civis e mercantis, o que, repito, já constitui orientação dominante em nossa experiência jurídica, em virtude do superamento do vetusto Código Comercial de 1850.

Do Direito das Obrigações se passa ao Livro que trata do Direito de Empresa, o qual, a bem ver, se refere a toda a vida societária, com remissão à legislação especial sobre sociedades anônimas e sobre cooperativas, por abranger em questões que extrapolam da Lei Civil.

Quanto ao termo Direito de Empresa, cabe assinalar que, graças a uma figura metonímia, ou, por melhor dizer, de sinédoque, está aí a palavra empresa significando uma parte pelo todo que é o Direito da Sociedade. Fomos levados a essa opção, por se cuidar mais, no citado Livro, da sociedade empresária, estabelecendo apenas os requisitos gerais da sociedade simples, objeto da diversificada legislação relativa aos múltiplos tipos das sociedades não empresária.

Passa-se, a seguir, a tratar da disciplina do Direito das Coisas, do Direito de Família e do Direito das Sucessões.

No que se refere ao Direito de Família, merece realce a distinção feita, por iniciativa de Clóvis Couto e Silva, entre o Direito Pessoal e o Patrimonial de Família, o que veio trazer mais limpidez ao texto. O regramento da união estável ficou para o final, para ser apreciada sob os dois mencionados aspectos, obedecido rigorosamente o disposto na Constituição.

#### IV Inovações no Direito de Família

5. Cabe lembrar que, aprovado o Projeto na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado, foram neste apresentadas cerca de 400 emendas, a maior parte pertinentes ao Direito de Família, de autoria do saudoso senador Nelson Carneiro.

Com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, entendeu o Senado de suspender a tramitação do Projeto do Código Civil, para aguardar possíveis alterações nessa matéria. Na realidade, porém, ocorreram mudanças substanciais tão-somente no Direito de Família, instaurando a igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos, com a supressão do pátrio poder, que, por sugestão minha, passou a denominar-se "poder familiar".

É claro que essas alterações importaram na emenda de vários dispositivos, substituindo-se, por exemplo, pelo termo "ser humano" a palavra genérica "homem" anteriormente empregada. Mais importante, porém, foram as novas regras que vieram estabelecer efetiva igualdade entre os cônjuges e os filhos, inclusive no pertinente ao Direito das Sucessões.

Nesse sentido, o cônjuge passou a ser também herdeiro, em virtude da adoção de novo regime geral de bens no casamento, com divisão parcial e comunhão de aquestos, o que até agora não foi objeto de lei.

Por outro lado, o Projeto vem disciplinar melhor a união estável como nova entidade familiar, que, de conformidade com o § 3º do Art. 226 da Constituição, só pode ser entre o homem e a mulher. Com a redação dada à matéria, não há confusão possível com o concubinato, visto como, nos termos da citada disposição constitucional, a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

Não é demais ponderar, que, no tocante à igualdade dos cônjuges e dos filhos, o disposto na nova Carta Magna representou adoção das emendas oferecidas pelo senador Nelson Carneiro, o que facilitou o pronunciamento da Câmara Alta, ao depois completado pela Câmara dos Deputados, cuja decisão final se aguarda, somente podendo, a esta altura da tramitação do Projeto – na forma de Regimento do Congresso Nacional – ser objeto de deliberação as emendas aprovadas pelo Senado, com os aditivos acolhidos pela Comissão Especial do Código Civil criada para tal fim específico.

## V Atualidades do Novo Código

6. Não tem cabimento afirmar-se que o Projeto do novo Código Civil, dado o longo tempo decorrido desde seu envio ao Congresso Nacional, estaria desatualizado, pois, conforme já tive ocasião de esclarecer, jamais se perdeu a oportunidade de introduzir no texto as alterações exigidas por motivos supervenientes.

As recentes emendas acolhidas pelo Senado Federal, bem como pela Comissão Especial do Código Civil, ultimamente criada em virtude de acordo entre o Senado e a Câmara dos Deputados, comprovam esta minha asserção. Nesse sentido, já fiz referência especial ao Direito de Família, mas não menos atenção foi dada às demais partes do Projeto, bastando salientar que, no que me cabe, foram acolhidas pelo Senado Federal, graças à alta compreensão do ilustre Relator Geral, Josaphat Marinho, algumas sugestões de minha autoria, como, por exemplo, as relativas à sociedade de responsabilidade limitada e ao testamento particular, neste caso para suprir grave lacuna do anteprojeto inicial. Como se vê, até o último momento, os membros remanescentes da "Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil" não se omitiram na missão que lhes foi confiada, como o atesta a douda colaboração prestada pelo eminente Ministro José Carlos Moreira Alves.

## Reconstituição da conferência proferida

<sup>1</sup> A numeração indicada é a do Projeto de Código Civil aprovado, por unanimidade, pela Comissão Especial do Código Civil da Câmara dos Deputados, e publicado no Diário Oficial, em 2000.

## Liberdade Sindical no Brasil

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO\*Em junho de 1998, na reunião anualmente realizada em Genebra, a Organização Internacional do Trabalho aprovou documento traduzindo preocupações com "problemas de personas com necesidades sociales especiales, em particular los desempleados y los trabajadores migrantes" e com a exigência de "movilizar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo".Conclui o documento que todos os países membros, mesmo não havendo ratificado determinadas convenções, estão obrigados a respeitar, promover e tornar realidade os direitos fundamentais objetos dos Convênios internacionais referentes à: I – liberdade de associação, liberdade sindical e direito de negociação coletiva; II

– erradicação do trabalho forçado; III – abolição do trabalho infantil; IV – discriminação em matéria de emprego e ocupação. Produto de decreto-lei baixado por Getúlio Vargas em 1943, a legislação sindical brasileira preserva, destoando da Constituição de 1988, democrática em todos os outros aspectos, fortes estigmas corporativo-fascistas. A deposição em outubro de 1945, pondo fim ao Estado Novo, a eleição direta do Presidente da República e a promulgação da Constituição de 1946 não trouxeram mudanças na CLT e na esfera do direito coletivo. Permaneceram na lei a negação do direito à negociação coletiva e à greve, a estrutura sindical fundada no monopólio de representação dentro da base territorial e as contribuições impostas aos integrantes das categorias profissionais ou econômicas, associadas ou não. Com a derrota do nazi-facismo e o término da Segunda Guerra Mundial, em maio de 1945, retomaram-se na OIT discussões relativas à autonomia de organização e à liberdade de associação sindical. Em junho de 1948, em Conferência realizada na cidade de São Francisco, foi celebrada a Convenção 87, sobre liberdade sindical e direito de sindicalização, que passou a vigorar internacionalmente em julho de 1950 e hoje se encontra ratificada por mais de cem países. Tem sido acidentada a trajetória desse documento no Congresso Nacional, a ele encaminhado no distante dia 31 de maio de 1949, pelo Presidente Dutra, como Mensagem nº 256, assinada pelo Ministro das Relações Exteriores, Ciro de Freitas Vale. A mensagem se perdeu na Câmara dos Deputados, reaparecendo 17 anos depois, em agosto de 1966, quando foi recuperada graças à Comissão de Relações Exteriores. Nesse mesmo mês, foi solicitada audiência do Ministério do Trabalho e Previdência Social, que se pronunciou, em Março de 1968, no sentido da inconstitucionalidade, em face de duas exigências contidas no art. 159 da Constituição de 1967: 1) recolhimento compulsório de contribuição sindical anual, pelos associados e não-associados; 2) obrigatoriedade do voto em eleições sindicais. Com tais informações, o processo foi redistribuído ao deputado Pires Sabóia e, em seguida o deputado Hugo

Napoleão, que, em junho de 1980, emitiu parecer solicitando audiência da Comissão de Constituição e Justiça, onde foi entregue ao Deputado Célio Borja. Em junho de 1983, nova redistribuição, desta vez ao deputado Marcelo Linhares. Em 20 de junho de 1984, designado Relator, na Comissão de Relações Exteriores, o deputado Pedro Colin lavrou parecer no sentido da aprovação, remetendo-se a Mensagem, em seguida, à Comissão de Trabalho e Legislação Social que, em 15 de Agosto do mesmo ano, também opinou favoravelmente, nos termos do parecer do deputado Francisco Amaral. Aprovado na Câmara dos Deputados, foi o Decreto Legislativo submetido ao Senado, onde recebeu o número 16, de 1984. Dez anos e diversos relatores depois, em agosto de 1995 a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional acolheu parecer da senadora Benedita da Silva, sustentando a compatibilidade da Convenção 87 com os interesses e o ordenamento jurídico nacionais. Em março do ano passado o projeto foi para a Comissão de Constituição e Justiça, aguardando voto do senador José Eduardo Dutra. Se a posição do Brasil diante da OIT era, no caso da Convenção 87, bastante desconfortável, o constrangimento se acentuou com a Declaração de junho de

1998, cobrando obediência aos quatro documentos fundamentais. Como adverte a instituição, incorporando-se à OIT, os países membros se comprometeram a desenvolver esforços para alcançar os objetivos da entidade, entre os quais se sobressaem aqueles referentes à autonomia de organização e liberdade de filiação sindical. As dificuldades do sindicalismo brasileiro, para atuar como instrumento de prevenção e solução de conflitos individuais e coletivos, podem ser avaliadas pelo volume de processos tramitando na Justiça do Trabalho. Com a democratização da vida associativa, serão revigoradas as negociações diretas, contribuindo para a manutenção e criação de empregos, dilatando oportunidades de trabalho decente e colaborando na solução de graves problemas sociais. No corrente ano, 2001, deram entrada nas 1.109 Varas do Trabalho, entre os meses de janeiro e março, mais de 430 mil ações individuais simples e plúrimas. O passivo acumulado em 2000 foi de 773 mil processos. Em março, o resíduo continuou aumentando. Nos Tribunais Regionais, a situação não era melhor, com as estatísticas indicando a presença de resíduo de mais de 203 mil feitos em dezembro do ano anterior, e de total à espera de julgamento, em março deste ano, da ordem de quase 300 mil recursos. Da mesma forma no TST, onde a aceleração dos trabalhos atrai maior

volume de recursos. O modelo sindical adotado no Brasil, salvo escassas exceções, tem se mostrado avesso à negociação, instrumento fundamental, no mundo contemporâneo para aquisição e manutenção de trabalho e emprego. Com a mudança preconizada pela OIT, a vida associativa sairá do marasmo para adquirir vigor e representatividade, passando a contribuir para que o País supere os desafios da globalização e da revolução tecnológica. Cabe ao Senado Federal por termo às expectativas, emitindo decisão. Recusar aprovação à Convenção 87 constituirá desafio à OIT e aos países que a ratificaram. Aprovando-a, alinhará o Brasil com

aqueles que já o fizeram, retirando-nos da posição marginal em que nos encontramos e imprimindo caráter democrático a estruturas fechadas, monopolísticas, cartoriais. Decorridos meio século de debates e interrupções, a ratificação está bastante próxima, e nada justifica seja protelada.

É Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ex-Ministro do Trabalho (Governo José Sarney) – Acadêmico Titular da Academia Paulista de Magistrados

O Agravo Regimental e o esquecido efeito regressivo

JOSÉ RODRIGUES DE CARVALHO NETTO\*

O tema sob estudo, posto que referente a regimento interno de Tribunais e à figura do agravo regimental,

analisa, especificamente, o Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embora assim o seja, claro que a interpretação trazida, com as devidas adaptações, aplica-se a todos os regimentos internos dos demais Tribunais do País.

Firmada a premissa acima, há de se dizer que não é o Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo, como não no é mais regimento interno algum de quaisquer tribunais, do Colendo Supremo Tribunal Federal inclusive, lei, nem formal, nem materialmente. Quanto àqueles, nunca o foram. A bem dizer, sintaticamente, dentro da estrutura normativa, ocupam os regimentos internos dos tribunais ordinários, na pirâmide Kelseniana, sua penúltima escala de cima para baixo, estando, tão-só, sobreposta aos atos. Por conseguinte, sujeitam-se, aqui, não só à Constituição Federal, mas também às próprias leis, sejam elas sobrenormas ou ordinárias. E sempre dentro do âmbito de sua competência.

Daí por que sujeitar-se, sem dúvida, o Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça de São Paulo à Constituição Federal, à Constituição Estadual e ao Código de Processo Civil. Tem, portanto, dentro do sistema, de amoldar-se ao do Código de Processo Civil sob pena de invalidez.

O raciocínio acima, irrefutável mostra que a Constituição Federal de 1988 não mais contém permissivo no

sentido de admitir edição de regimento interno para o Supremo Tribunal Federal com autoridade de lei. Mas que, nos limites do art. 119, parágrafo terceiro, da Constituição Federal de 1969, a tanto lhe atribuía. Não se lhe podia opor, por conseguinte, dentro dos limites traçados pela Constituição Federal de 1969, as alterações do Código de Processo Civil. Hoje, continua o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 01.12.1980, porque recepcionado pela atual Constituição Federal, com foros de lei. Mas toda e qualquer alteração feita pelo Código de Processo Civil revoga-lhe os dispositivos.

Como já se salientou, os regimentos internos dos demais tribunais nunca tiveram foro de lei. Atingem, no

máximo, o nível de resolução interna corporis, sujeitando-se, destarte, às disposições que merecerão interpretadas dentro da sistemática do Código de Processo Civil.

Desse diploma legal, sobre o agravo regimental merecem feitas algumas considerações. A primeira delas diz

respeito a um único dispositivo que trata do agravo regimental, a saber, o art. 544, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil, e que tem pertinência ao agravo de instrumento interposto em razão de recurso extraordinário ou recurso especial, não admitidos. Mencionado parágrafo segundo está assim redigido: "distribuído e processado o agravo na forma regimental, o relator proferirá decisão". Tal redação deve-se à Lei nº 8.950, de 13.12.1994.

A par disso, prevê o Código de Processo Civil

Para o indeferimento de liminar e do próprio agravo de instrumento liminarmente, bem como quando da não –  
admissibilidade dos embargos infringentes, a figura do agravo, também chamada agravo inominado (arts. 527, 557 e 532, do mencionado "Codex"). Em todos estes casos, o relator participa do julgamento.

Demais, no caso de deferimento de liminares nos agravos de instrumento, tem-se entendido também,  
possível o agravo regimental, onde, sempre, funciona o relator com voto.

E nem poderia ser de outra forma, porque do regime dos agravos o efeito regressivo, tão esquecido por todos,  
pelo qual, em razão do recurso, a causa retorna ao conhecimento do juiz prolator da decisão recorrida. Daí por que nos embargos infringentes, só após decidido o agravo, é que se procederá ao sorteio de novo relator (art. 553, do Código de Processo Civil).

Por conseguinte, está na lei, no Código de Processo Civil, e exsuda de seu sistema que o agravo regimental há  
de ser apreciado, em razão de seu efeito regressivo, com voto, pelo relator que proferiu a decisão agravada.

Evidentemente, como mera resolução, tem o regimento interno de sujeitar-se ao sistema e ao Código de  
Processo Civil.

Assim, fica superada a aparente antinomia entre o art. 21, VII, do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>1</sup> e os arts. 202, inciso IX<sup>2</sup>, e 860<sup>3</sup>, do mesmo regimento. E, incidindo, sem dúvida, o art. 21, VII, sob pena de invalidade, os demais artigos mencionados só dizem respeito às hipóteses em que as Vice-Presidências deferem, ou indeferem, liminares, ou mesmo extingam o recurso, ou a medida, de imediato. E se justifica tal entendimento, considerando que os Vice-Presidentes não são os relatores natos do processo. Tanto isso é verdadeiro que, não havendo retratação, devem ser distribuídos os autos porque possa a Turma Julgadora competente apreciar a causa que lhe foi distribuída. Então, sim, o relator sorteado integrará o julgamento, sendo o Vice-Presidente mero relator sem voto, porque não é o natural da causa.

O raciocínio contrário, data venia, é ad absurdum, pois chega à conclusão de que quem deve julgar o processo, não pode participar do julgamento da própria causa que julgará a final, por conceder liminar, embora possa, até mesmo, retratar-se. E, mais, o quarto juiz não participará do julgamento do processo, que constará integrado com a pessoa do relator, que não pôde participar do julgamento – menor – do agravo regimental.

<sup>1</sup> "Art. 21. Os feitos são julgados, segundo a competência de cada órgão, por um relator e mais: (...)

"VII – os restantes Juizes do grupo, da turma de uniformização da jurisprudência, da Seção Criminal e do Órgão Especial, segundo sua competência, nos 'habeas corpus', mandados de segurança, mandados de injunção, 'habeas data', agravos regimentais, dúvidas de competência, arguições de inconstitucionalidade, pedidos de intervenção federal, ações diretas interventivas e inquéritos com indícios de envolvimento de magistrado.

<sup>2</sup> "Art. 202. O relator será o juiz preparador do feito, até o julgamento, cabendo-lhe, além de determinar

diligências, inclusive as instrutórias, necessárias ao julgamento dos recursos e das causas originárias:  
(...)

"IX - - relatar, sem voto, os agravos regimentais interpostos contra decisões que proferir;"

<sup>3</sup>"Art. 860. Conclusos os autos ao prolator da decisão impugnada, poderá reconsiderar seu entendimento; se o mantiver, porá o feito em Mesa, independentemente de revisão e inscrição, para o julgamento, em que o relatará, sem voto."

\*Acadêmico Titular Fundador da Academia Paulista de Magistrados

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

<sup>1</sup> "Art. 21. Os feitos são julgados, segundo a competência de cada órgão, por um relator e mais:

(.....)

"VII. – os restantes Juízes do grupo, da turma de uniformização da jurisprudência, da Seção Criminal e do

Órgão Especial, segundo sua competência, nos 'habeas corpus', mandados de segurança, mandados de injunção, 'habeas data', agravos regimentais, dúvidas de competência, arguições de inconstitucionalidade, pedidos de intervenção federal, ações diretas interventivas e inquéritos com indícios de envolvimento de magistrado.

<sup>2</sup> "Art. 202. O relator será o juiz preparador do feito, até o julgamento, cabendo-lhe, além de determinar

diligências, inclusive as instrutórias, necessárias ao julgamento dos recursos e das causas originárias:

(...)

"IX – relatar, sem voto, os agravos regimentais interpostos contra decisões que proferir;"

<sup>3</sup> "Art. 860. Conclusos os autos ao prolator da decisão impugnada, poderá reconsiderar seu entendimento; se

o mantiver, porá o feito em Mesa, independentemente de revisão e inscrição, para o julgamento, em que o relatará, sem voto."

Artigo escrito em 20 de novembro de 2001.

Apontamentos sobre o Direito Social e a Justiça Resumo da palestra proferida no I Simpósio Paulista de Direito promovido pela Academia Paulista de Direito

MARCUS VINICIUS DOS SANTOS ANDRADE\*

A dicotomia clássica, que remonta ao direito romano, dividindo-o em direito público e direito privado, o

primeiro referente às coisas do Estado e suas instituições e o segundo à utilidade dos particulares, sofreu deterioração conceitual e prática, esgarçando as diferenças. Há alguns anos, em 1997, o Tribunal de Justiça de São Paulo, buscando disciplinar sua complexa competência interna, resolveu demarcá-la em duas seções na órbita civil. E a solução surgiu óbvia, amparada na divisão sedimentada, criando-se as seções de direito público e de direito privado. A dicotomia, em um primeiro momento, pareceu salvadora, traduzindo a impressão de que os conflitos sobre

competência entre os órgãos do Tribunal estariam superados, objetivamente. Porém não foi o que aconteceu, pela larga zona cinzenta logo delineada com a existência de campos jurídicos intermediários no público e no privado e que se entremeavam entre eles. Em suma, o que se constatou foi que a diferença entre as esferas específicas perdeu sua nitidez. Assim, uma enxurrada de questões ambíguas, nem totalmente privadas, motivadas pela intervenção do Estado no domínio econômico, na produção e no consumo, na proteção ao meio ambiente e em outros direitos, difusos, coletivos, transindividuais obstaram que os segmentos das respectivas competências das duas seções permanecessem bem demarcados, seguros e certos.

O fenômeno, ilustrado por essa experiência regimental, é a relativização ou a perda de identidade dessa

dualidade, pelo surgimento de direitos tutelando campos de interesse público ou de interesses indisponíveis, que ingressaram e penetraram, sem qualquer enquadramento, na divisão histórica. Esse outro direito – vamos denominá-lo de direito social – a Constituição da República, expressamente, cuida em seu artigo 6º: "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância, a assistência aos desamparados". E o art. 193, também da Constituição da República, que inicia o título VIII, referente à ordem social, estatui que esta última tem como base o primado do trabalho e como objetivo, o bem – estar e as justiça sociais. E abrange a 1) seguridade social, esta compreendendo a saúde, a previdência e a assistência, 2) a educação, a cultura e o desporto, 3) a ciência e a tecnologia, 4) a comunicação social, 5) o meio ambiente, 6) a família, a criança, o adolescente e o idoso, e, por derradeiro, 7) os índios.

Todos esses temas, não exauridos, dizem respeito ao direito social constitucional, regulamentado em legislação infraconstitucional, nos lineamentos do interesse social, coletivos e individuais indisponíveis, acima mencionados.

O direito social revela, por seu próprio conteúdo, a finalidade de proteção ao cerne do que é humano e traduz valores que permeiam ideologicamente todo o ordenamento, secundarizando as classificações do direito

público e privado, hoje com cunho simplesmente organizacional didático-pedagógico e estruturalmente formal, não se apresentando hábil como ferramenta à consecução prática dos interesses legítimos, humanos e sociais.

Qual o papel (ou opção) do juiz? Imperioso seu distanciamento das fórmulas legais estratificadas conceitualmente. Impõe-se inverter a ordem do conhecimento, que dogmatiza a lei, a norma, valorando-a

formalmente, quer na interpretação gramatical, histórica ou comparada, quer na lógico-sistemática, esta também interiorizada na metodologia do próprio ordenamento, preso a um círculo vicioso de estruturas normativas pré-concebidas e préconceituosas, que terminam por outorgar um significado legal e jurídico, segundo os padrões assentados de dominação e controle legislativos e contratuais mas, geralmente,

distorcido da realidade humana, das necessidades que informam a sociedade e, principalmente, do sentido da

Justiça.

Há, por primeiro, que direcionar o dogma, ou melhor, repensá-lo em uma escala de valores diversa da atual.

A dogmática jurídica não se prende somente à lei como seu ponto único de partida, incontroverso e incontrastável. Ao juiz compete bem entender a destinação social do direito, obediente ao artigo 5º, da Lei de Introdução do Código Civil: " Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". À conotação sociológica do realismo americano e escandinavo, que gerou esse preceito, cumpre acrescentar as realidades que hoje se apresentam e adaptá-lo a elas. Os fins sociais jamais estarão distanciados ou serão incompatíveis com o bem comum; na verdade, o fim social é o bem comum e este é o bem comum geral, no benefício de cada ser humano da comunidade. Do somatório dos indivíduos

que tiveram jurisdicionalmente reconhecido um padrão digno de vida, com seus direitos respeitados, mormente, quanto a ter uma sentença justa, é que se atinge o bem comum e, conseqüentemente, como decorrência necessária, os fins sociais serão alcançados com a aplicação da lei pelo magistrado. A dogmática, que se propõe e que deve ser observada pelo juiz, é a do homem e de seus direitos, principalmente os fundamentais inscritos na Constituição da República (artigo 5º). Verificando, o juiz,

qual o interesse humano a ser tutelado, esse valor (e não o inverso) é que justificará a norma legal a ser aplicada no mecanismo de subsunção. O erro está em querer enquadrar a conduta, o comportamento, em uma norma legal ou

contratual, tipo "pactasunt servanda"; o mais consentâneo é, partindo da situação humana retratada nos autos, moldar o significado da lei, dar-lhe um desenho que atenda a tais ditames.

Em quaisquer dos campos do chamado direito social, educação, saúde, trabalho, lazer, consumo, segurança, previdência social, finanças e economia, o interesse público geral, formado pelos interesses dos indivíduos, por serem preponderantes para a vida digna em sociedade, impõem-se tenham a primazia pelo juiz. Essa perspectiva para o julgamento é que deve ser sua preocupação e presidir seus atos.

A tutela do indivíduo, em sociedade, se realça como preponderante e incisiva na deontologia judiciária. Além do artigo 5º, da LICC, há outro dispositivo, este do Código Civil, artigo 115, que veda os atos de potestade, ou seja, perfilha entre as condições defesas as que privarem de todo efeito o ato ou o sujeitem ao arbítrio de uma das partes. Com algum exagero pode-se dizer que essa norma abarca todo o contexto do Código de

Defesa do Consumidor, com seu largo detalhamento. Nela está a semente e a potencialidade de realização da tutela de quem é dependente e inferiorizado, nesse Código disciplinada e estruturada. A proibição do arbítrio é fundamental, porque o arbítrio, a imposição, a prepotência e a intolerância, conduzem ao aviltamento da pessoa humana e de seu meio social.

Ao juiz cabe, portanto, a missão de defender, acima de tudo, os direitos do ser humano, com coragem, independência, prudência, firmeza e autoridade. Na formação de seu convencimento, a figura humana, seu contorno, seus anseios, necessidades, interesses, sua respeitabilidade integral, de corpo e mente, sua cultura, devem ser o dogma ao qual se ajustará a lei. Não se está pregando que se descarte a lei, que se dispense o ordenamento, mas sim que, efetivamente, o juiz, na função judicante, o tenha como um instrumento, um ferramental, para a realização plena dos direitos humanos, que são os sociais, construindo-os e reconstruindo-os incessantemente.

A Justiça é um traço, marcadamente, ideológico, mas que só tem sentido no humano. Contudo a qualificação do justo, freqüentemente, vem deformada por disputas políticas, econômicas, patrimoniais. Ao magistrado compete no exercício do direito social, preservar, na influência e confluência de proveitos, vantagens, utilidades em conflito dinâmico, a qualidade específica da justiça, na exata medida do que é humano e, por conseguinte, legítimo. A lei, o ordenamento, enfim todo o sistema de legalidade só tem legitimidade se sua aplicação é adequada às inspirações do homem e da sociedade. Essa a tarefa do Judiciário por seus Juízes, mas não só dele, na verdade, abrangendo todos os estamentos do Estado, e sociedade, institucionalizados ou não. Ao devido processo legal, superprincípio, que enfeixa, na realidade, todos os demais do Direito Processual, cumpre não só atribuir-lhe a feição procedimental, mas, principalmente, um conteúdo material, no sentido de que é instrumento para se fazer Justiça no plano prático, dos fatos do mundo. E é na avalanche do poderio econômico, resultante de um regime capitalista e a ele inerente, que a afronta aos direitos humanos, protegidos constitucional e infra pela denominada legislação social, de modo mais agressivo se detecta. Não que a finalidade do lucro seja um mal; ao contrário, produz riquezas e bem – estar e se justifica pelo risco do empreender; a questão está na distribuição dessas riquezas e bens e serviços que por se operar, vinculada à dominação pelo mais forte, propicia situações de extrema iniquidade. É o que se constata, de forma mais sensível, na área da saúde, da educação, da imposição de políticas financeiras, da má distribuição da terra, propiciando reiterados e crônicos conflitos agrários, da inoperante administração carcerária, todo esse complexo, gerando situações conflituosas que ao Judiciário cabe solucionar, com legitimidade.

Ao juiz, no trato com esses problemas, assiste o dever de igualdade, todavia materialmente considerada. O hiper e o hipossuficiente não são iguais; o fornecedor de bens e serviços (lembrando dos convênios saúde e seguros saúde), não está em idêntico patamar que seus usuários; nem o cidadão perante o sistema de previdência estatal ou não. Ao juiz é que cumpre igualar tais desigualdades, sempre valorizando o ser humano e seus direitos fundamentais, protegendo-os de imposições, só aparentemente decorrentes da vontade livre, mas de conteúdo abusivo e descompassado com o Estado de Direito.

Nessa perspectiva, a leitura e releitura da legislação social não bastam; é essencial, como assinalado, uma inflexão diversa na aplicação dessas normas, o que se estende genericamente a todas as outras do ordenamento, vinculada ao prevalecimento do humano, com todos seus atributos, como a resultante básica de qualquer atividade.

Na atuação do juiz – e falo principalmente do juiz paulista – não me parece fundamental que se trate de legislação pública, privada ou a chamada social. Todas, indiscutivelmente, são sociais, na medida em que

congregam interesses de homens, interesses fundamentais à vida e que os juízes têm o dever de tutelar acima de tudo.

Há a correlação entre Direito Social e Justiça social, ou, restritivamente, à atuação social do Judiciário em suas decisões, sentenças e acórdãos. E essa atuação social do Judiciário está comprometida com a realização da

justiça, noção fascinante e confusa, no dizer de Chaim Perelman ("De La Justicia", Centro de Estudos Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1964), porém inexorável e inafastável, como quer Hannah Arendt, ao afirmar que "o propósito de um julgamento é fazer justiça e nada mais" ("Eichmann in

Jerusalem. Um relato sobre a Banalidade do Mal", Traduzido por José Rubens Siqueira, Companhia das Letras,

1999). Portanto, para nós juízes, por maiores perplexidades que nos traga, nossa tarefa, nosso serviço público, é prestar justiça. Contudo, preciso é ir além da justiça formal da igualdade comutativa ou distributiva, necessária reconhece-se à estabilização ou ao senso geral de equilíbrio na distribuição de bens nas relações sociais, mas ingressar em cada caso em sua completude e tutelar com flexibilidade a pretensão material, que

recomponha o direito violado. Esse é o mecanismo da equidade, do qual o juiz deve valer-se para alcançar a justiça material. }Essa preocupação sobreleva e, mesmo, deve angustiar, quando os interesses são próprios do direito social, autorizando o julgador ao uso de todo o arsenal à sua disposição e forjado pela interpretação normativa, para obstar a degradação do homem e da sociedade em que vive. O juiz, dessa forma engajado e comprometido, engajamento e comprometimento com os valores humanos, os quais em nada tolhem sua

imparcialidade, ao contrário, a reafirmam e a tornam um instrumento eficiente de descoberta da verdade real, estará cumprindo sua missão precípua de distribuir justiça. E nesse prisma da pessoa humana como valor fundamental da justiça, impõe-se trazer, por derradeiro, a palavra de Franco Montoro: " A justiça não é um conceito meramente formal e vazio de conteúdo, como pretendem alguns autores. Pelo contrário, em oposição às relações sociais de dominação e submissão ela representa a exigência concreta de respeito à personalidade de cada homem e de todos os homens" ("Introdução à Ciência do Direito", Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 282).

Nessa ótica, a celebre divisão de direitos, em públicos e privados, perde operacionalidade. Na realidade, todos são direitos sociais, protegendo basicamente o indivíduo. A perda de tal perspectiva conduz à valorização da desumanidade, da liberdade, da privacidade, da intimidade, das oportunidades de trabalho e de realização pessoal, e, em suma, permitir, a dominação, a escravização jurídica de uma pessoa por outra, mais precisamente, uma pessoa jurídica de direito público ou privado. Aquele ou aqueles que detêm o poder de controlar e se necessário aplicar a força, real, efetiva ou na resultante da violência simbólica, estão na proteção dos muros, muralhas e fossos dos castelos das pessoas jurídicas do Estado institucionalizado ou de grandes conglomerados. Detêm o poder da produção dos bens e em grande escala do fornecimento de serviços básicos e estruturais, citando-se, como exemplo, a saúde, a educação, o transporte, o financiamento e a economia. A pessoa jurídica como forma de dominação (criada, originalmente, pelo liberalismo).A pessoa jurídica se confunde com as pessoas de seus integrantes – a expressão liberal – conservadora – dominante – prepotente – expressa no artigo 20, do Código Civil é uma das mais cruéis imposições de poder juridicizadas. Entre o homem e a sociedade, que lhe é inerente – criou-se a pessoa jurídica – falsa e instrumento de poder -

, é ela a maior agressão aos direitos humanos. Não há importância na globalização ou nas grandes corporações – para a proteção do humano é necessário saber quem está por trás – este é fisicamente o responsável. A despersonalização da pessoa jurídica, pública ou privada, como a postura geral e não verificação da excepcional.

\*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Membro fundador, patrono e titular da Academia Paulista de Magistrados.

Mestre em Direito pela PUC-SP e Professor da Graduação e Pós-graduação do UNIFIEO.

Litisconsórcio Necessário em Mandado de Segurança  
CARLOS DE CARVALHO\*

Dispõe o artigo 47 do Código de Processo Civil, aplicável expressamente ao processo do mandado de segurança (artigo 19 da Lei nº 1.533, de 31/12/51), que: "Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

"Parágrafo único. O Juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo".

Sendo caso, pois, de litisconsórcio necessário, não tem o juiz a faculdade, mas sim, a obrigação de determinar tal providência.

Em tal conjuntura, ensina ARRUDA ALVIM: "O juiz, munido dos poderes que a lei lhe atribui, deverá determinar a citação dos litisconsortes necessários, ausentes até então (art. 47, parágrafo único)" ("Manual de Direito Processual Civil", RT, 7ª edição, vol 2, pg.8), completando que, não poderá ele dispensar a formação do litisconsórcio e deverá agir, de ofício, independentemente de requerimento (ob. Cit., pg. 96).

A respeito, observou CHIOVENDA que: "Quando, ao contrário, a ação tende à mudança de uma relação ao estado uno, não se pode propor senão em face a todos os partícipes da relação ou estado; porque o que existe como unidade composta de vários, não pode deixar de existir como unidade senão relativamente a todos: a sentença que opera a mudança (sentença constitutiva, adiante, § 8), deve operá-la para todos os componentes; de outra forma inutiliter datur" ("Instituições de Direito Processual Civil", Saraiva, 1969, volume I, pg. 180, letra "b").

CANDIDO RANGEL DINAMARCO, de outra parte, explica que o magistrado tem o dever de assim agir, com a observação de que: "Não se trata de extinguir desde logo o processo, portanto, mas de regularizá-lo e pô-lo em condições de produzir o resultado proposto", pelo que, no processo, em caso de omissão, restará viciado por grave "error in procedendo".

Mas adiante, esclarece que, tendo deixado passar o momento no qual deveria ter determinado a integração do litisconsórcio, não deverá pronunciar nenhuma nulidade, mas sim o cumprimento da citação dos litisconsortes. Não atendida sua determinação, aí sim, extinguirá o processo, sem apreciação do mérito ("Litisconsórcio", Malheiros Editores, 6ª edição, pgs. 253 e 258).

"Quid juris", se o juiz não cumprir essa obrigação e, afinal, proferir sentença?

Em tal caso, esclarece THEREZA ALVIM: "... a sentença proferida pelo juiz será inutiliter data, ou seja, será ineficaz. Assim, não poderá produzir efeitos jurídicos" ("O Direito Processual de Estar em Juízo", RT, pg. 175).

Esse entendimento, também, de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que, a respeito, deixou consignado: "Se é indispensável a co-participação de duas ou mais pessoas em cada um dos pólos do processo, ou em ambos, não deve o juiz apreciar o meritum causae sem que efetivamente ingressem na relação processual todos aqueles que nela precisem figurar. Cabe-lhe, de ofício, ordenar a citação dos litisconsortes necessários ausentes e, se a providência não se concretizar no prazo fixado, extinguir o processo sem julgar o mérito (art. 58, caput, fine). Esse o princípio geral.

"Descumprido que seja o preceito – isto é, proferida a sentença definitiva sem integração do contraditório -, a consequência rigorosa seria, repita-se, a nulidade da decisão". ("Litisconsórcio Unitário", Forense, Rio, pgs. 232/233).

Nesse mesmo rumo, as lições de CELSO AGRICOLA BARBI ("Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1998, vol. I, pg. 205), CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (ob. Cit., pg. 275), OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA ("Comentários ao Código de Processo Civil", RT, 2000, vol. I, pg. 214) e do Ministro NELSON JOBIM ("AJURIS", nº 28, pg. 40-A).

A "res judicanda", segundo FREDERICO MARQUES, no litisconsórcio necessário "não pode ser objeto da tutela jurisdicional, nesse caso, senão com a participação ou citação de todos os consortes", certo que a sentença

terá a sua eficácia subordinada a essa circunstância" (Instituições de Direito Processual Civil", Millennium Editora, 2000, volume II, pgs 217 e 218).

Nesse diapasão, observa ROGERIO LAURIA TUCCI que: "Não sendo providenciada a diligência citatória, cuja falta implica a extinção do processo sem julgamento do mérito, preconizada no parágrafo único do indicado art. 47, há lugar para nulidade insanável.

"Essa bem como a de que a sentença proferida resta ineficaz, inclusive para os litisconsortes que participaram do processo, é a opinião generalizada da doutrina processual e da jurisprudência nacional: "A falta de citação de um dos litisconsortes passivos necessários acarreta a nulidade do processo, fato que beneficia os demais litisconsortes passivos" ("Nulidade de Processo e Julgamento", RT, 582/26).

Mais que isso, no tocante aos terceiros não chamados a integrar a lide, para JOSÉ RODRIGUES DE CARVALHO NETTO, segundo lição haurida em sua recente e preciosa obra "Da ação Monitória" – Um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, Editora Ver. Dos Tribunais, edição 2001, pg. 78:

"...a ausência de citação do réu torna o processo inexistente, bastando, portanto, a qualquer momento, por

petição simples, argüir o interessado a querela nullitatis. Note-se, que se não há falar em nulidade absoluta, ante o vício de falta de citação, mas sim em não – existência do processo, em sua plenitude, pois que há, tão- só, de modo linear (autor-juiz), sem a necessária angulação (ou triangulação como a maioria prefere)".

A solução, havendo remessa oficial ou recurso da parte, será a anulação da sentença, pois, na correta observação do jovem e douto jurista EDUARDO ARRUDA ALVIM: "Em princípio, a posição que se encampa é a de que, faltante litisconsorte necessário, deve o processo retornar ao primeiro grau de jurisdição, anulando- se-o para que a parte promova as citações necessárias, sob pena de extinção do processo no par. un. do art.

47 do CPC" ("Mandado de Segurança no Direito Tributário", Editora Ver. Dos Tribs, 1998, pg. 51).

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO aduz que essa anulação pelo órgão "ad quem" deve ocorrer, até mesmo, de ofício, dado que a matéria é de ordem pública, cujo conhecimento independe de provocação das partes (ob. Cit., pg. 260).

Assim tem decidido o Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se vê da ementa, a seguir transcrita:

Verificando o Tribunal de segundo grau de jurisdição a falta de citação dos litisconsortes passivos necessários, deve anular o feito e determinar que o juiz singular cumpra o disposto no art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil (Recurso especial nº 28.559-1, SP,relator o eminente Ministro TORREÃO BRAZ).

E mais os seguintes precedentes: Recursos Especiais nºs: 113.874/MG, 85.898/PI, 204.568/CE, 43.511/MS, 204.568/CE, 94.811/MG, 151.345/PE, 29.746/MG, 45.489/RJ, 73.975/PE e 162.018/GO, e Recursos Ordinários nºs: 754/SP, 806/SC, 392/RS, 5.570/PA, 5.876/RJ, 8640/RS, 11.420/MG, 10.270/RS, 7.869/BA.

Nesse mesmo sentido é a orientação do Pretório Excelso (Recursos Extraordinários nºs 87.094/DF, 104.121/PA, 93.228/RJ e Habeas Corpus nºs 76.660/PR).

Neste Tribunal de Justiça, podem ser alinhados os seguintes julgados: Apelações cíveis nºs. 005.154.5, 270.516-2, 13.528.5, 34.472.4, 104.293.4, 53.256.5, 56.380.5, 100.267.4, 166.464.1, 17.011.4; JTJ 188/259, 195/198, 222/138, JTJ 129/50, 130/250, 197/107, 221/36, 225/63, RT 644/85.

\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e membro da

Academia Paulista de Magistrados.

O Juiz e a Proteção da Privacidade Genética

JOSÉ RENATO NALINI\*

Uma privacidade relativizada?

O direito à reserva da intimidade da vida privada sofre turbulências em uma era de feérica explosão de informações. Uma sociedade tangida pelo factóide e pelo espetacular se caracteriza por despudorada exibição de suas entranhas, com exorbitante divulgação de intimidades. Há quem chegue a afirmar: "como edificar um direito à privacidade se as técnicas de captação e armazenamento das informações estão desenvolvíssimas, se as pessoas se acotovelam nas ruas, se comprimem nos transportes e se, sem fazer por isso, se apercebem dos movimentos do vizinho do andar de cima ou do lado?(1)

Nada obstante, o direito à reserva da intimidade da vida privada tem consagração constitucional(2), direito igualmente protegido por diplomas internacionais – Declaração Universal dos Direitos do Homem – artigo 12 – da Convenção Européia dos Direitos do Homem – artigo 8º - e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – artigo 17.

Nem por isso é tarefa singela definir o que seja privacidade. Na lição de Raymond Wacks, "a privacy cresceu tornando-se um conceito imenso e sem limites. Sinônimo de autonomia, colonizou liberdades tradicionais, tornou-se inseparável da confidencialidade, segredo, difamação, propriedade e guarda de informação ... cresceu tanto que agora ameaça devorar-se a si próprio... é uma única, indeterminada e ilimitada quimera"(3).

A Filosofia, o Direito e a Ética se preocupam com a relevância das indagações sobre a honra, a privacidade e a imagem. Aquilo que o Justice Louis D. Brandeis denominou "the right to be let alone"(4) e que no Brasil mereceu estudos de Paulo José da Costa Júnior, no seu clássico "O Direito de estar só. Tutela penal da intimidade"(5). Intimidade, sob a configuração de intimidade pessoal ou familiar, que é talvez o mais vulnerado de todos os direitos fundamentais consagrados pela Constituição: "A partir das mais distintas perspectivas e pelas mais diversas razões. Todas são válidas para invadir a intimidade e trasladar os dados privados da pessoa a arquivos, catálogos ou registros (...) Que destino não teria a freqüência, por exemplo, ao tratamento psiquiátrico ou a existência de uma enfermidade incurável, em relação a um destacado político, em vésperas de uma confrontação eleitoral!"(6).

Uma intimidade rotineiramente devassada, sem comisseração para com o explicitado na tutela normativa, estaria mais a salvo nos domínios da bioética?

A experimentação sobre o homem

O avanço científico também ocasiona permanente revolver sobre o pensamento humanístico. Os objetivos da ciência costumam desprezar as preocupações com a intimidade. Esta aparenta vizinhança com o individualismo egoísta, se cotejada com os superiores interesses da humanidade, sempre pretextados pelo furor dos laboratórios. Destaca-se no cenário presente, a aceleração das descobertas na genética. São profundas as transformações decorrentes da engenharia genética, da biomédica e do biodireito. Elas revolvem o solo das cogitações éticas e trazem perplexidade ainda não respondida.

Lembra Baracho que "a genética tem grande afinidade com os questionamentos sobre a dignidade humana e

os direitos fundamentais, quando tratamos das transformações provenientes da tecnociência. A dignidade humana é um valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética, tendo como base uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num elenco de deveres e direitos correlatos"(7). Considerada bem jurídico de natureza constitucional, a identidade genética já aparece em vários documentos internacionais. Consta da Diretiva sobre a Proteção Jurídica das Invenções Biotecnológicas, no projeto da declaração universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos, elaborada pelo Comitê Internacional de Bioética da Unesco.

A Constituição Cidadã de 5.X.1988 contemplou o tema de forma abrangente no artigo 225, garantidor do meio

ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida. Preceituou que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (8).

Tende-se a obter o consenso de que a constituição genética individual não é um bem submetido à lógica do mercado, mas é algo ínsito à individualidade humana. Como tal, sua alteração tem limites e só poderia surgir para fins de prevenção, terapia ou diagnóstico de enfermidade. Qualquer prática científica sobre a individualidade genética deveria respeitar o dogma da intocabilidade da alteração genética da descendência.

Ou seja: "A consagração de um direito à identidade genética aponta para o entendimento de que o genoma

humano seja não só inviolável, como também irrepetível, para que seja basicamente fruto do acaso e não da heterodeterminação"(9). As pesquisas sobre a utilização do homem pela técnica aplicada continuam aceleradas. Descobertas biológicas não se restringem ao campo da biologia, mas interferem diretamente nos direitos fundamentais, por sua repercussão sobre a vida humana e a cidadania. Muitos pensadores já produziram farto material de reflexão, disponível à assimilação dos jejunos e à conseqüente maturação conceitual, com vistas a uma postura humanística provida de coerência (10).

Imperativa, em nome da proteção da dignidade de todo ser humano, a implicar seu direito à privacidade, a

vedação legal da difusão indevida de sua composição genética. Para Stella Maris Martinez, "os argumentos de que se pode valer o poder estatal para dispor de um controle massivo do genoma de uma população, impondo, através de uma lei, por exemplo, a implementação de tal prova a todo recém-nascido, podem ser

disfarçados por razões vinculadas à prevenção das enfermidades, assim como ao plano de adequadas políticas sanitárias, o que, em princípio, não permite objeção alguma. Sem embargo, como se garantiria a confidencialidade dessa informação e, sobretudo, o critério de seleção para o positivo e o negativo? Têm direito os progenitores de um recém-nascido de conhecer absolutamente todos os dados que a análise do

genoma de seu filho revele? Têm eles direito de modificar as tendências que nele são observadas, ainda quando elas não impliquem uma grave enfermidade?"(11)

A posição dessa especialista é muito clara: entende que, para salvaguardar a intimidade da pessoa, a realização da análise completa do genoma só deve ser autorizada para maiores de idade, a seu expresso pedido, ou com seu efetivo consentimento. Em se cuidando de menores ou de nascituros, só deve ser levada a cabo quando existir uma suspeita razoável de sofrimento de origem genética, devendo-se limitar à

informação que dê, aos genitores, conhecimento sobre a presença de doenças graves, ou a firme tendência de contraí-las, "sempre e quando – no último dos casos – exista possibilidade de tratamento ou de modificação, ou criação de pautas de conduta que possam incidir efetiva e realmente na apresentação da enfermidade"(12). Além disso, o apurado em relação ao menor ou

nascituro deve permanecer arquivado na instituição, à disposição da pessoa analisada, quando ela atinja a maioridade.

No Brasil, a Lei nº 8.974, de 5.1.1995, a regulamentar os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da Constituição

da República, estabelece vedações nas atividades relacionadas a organismos geneticamente modificados. Assim, proíbe qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo in vitro de ADN/ARN (13), natural ou recombinante (14), realizados em desacordo com as normas nela previstas; veda a manipulação genética de células germinais humanas; a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio (15); a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível; a intervenção in vivo em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio. Finalmente, veda a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação da lei 8.974/95 (16).

A menção explícita aos princípios éticos evidencia a inspiração do legislador e o acolhimento de conceitos

européus, mais preocupados com a fundamentação e a filosofia, se confrontados com o pragmatismo norte-americano. Por sinal, tanto nas vedações como na tipificação de crimes, adotou-se o paradigma da ética dos princípios, baseada na beneficência, na autonomia e na justiça, utilizados na tradição anglo-saxã e conhecidos como trindade bioética (17).

A beneficência, princípio tradicional básico da medicina, respaldou-se nas tradições mais diversas. Ela "requer

que os agentes morais, no mínimo, abstenham-se de prejudicar os outros e pode, também, abarcar obrigações de fazer o bem ao próximo e promover o seu bem-estar" (18). A autonomia, que vem aos poucos substituindo a beneficência, converte o paciente em sujeito, relacionando-se com outro sujeito, o médico. Já não é objeto da ação curativa, mas pessoa que tem direito a saber o que se passa e a discutir os critérios adotados pelo profissional da medicina. A Justiça é a virtude cardeal a nortear toda a atuação humana e completa a conhecida trindade.

Outros princípios soem ser lembrados. A solidariedade, a bondade, o respeito, mostram-se invocáveis. Em todos sobressai o valor da vida e a enfatizada dignidade da pessoa humana. Valores irrecusáveis na reflexão ética impregnante dos novos experimentos na área da bioética (19).

## Valores éticos

O mercado não é mais eficiente para proteger valores éticos, do que tem sido para promover a saúde. A

pesquisa genética e seus resultados interagem com uma complexa rede de valores sociais, comunitários e éticos, em dois distintos níveis. Primeiro, as descobertas podem alterar dramaticamente a vida das pessoas, para o bem ou para o mal. Técnicas genéticas podem identificar riscos para certas enfermidades. A informação pode ser usada para prevenir uma doença, mas também para excluir um indivíduo da cobertura dos seguros-saúde.

A enfermidade genética é incurável, embora possa ser tratada. Com as informações produzidas pelo Projeto

Genoma Humano, o número de enfermidades de componente genético tende a aumentar. Segundo o Prof. José Roberto Goldim, tais doenças trazem consigo alguns dilemas éticos: É eticamente adequado diagnosticar doenças sem cura? É eticamente adequado testar indivíduos portadores assintomáticos, com risco apenas para a prole? É eticamente adequado realizar estes testes em pacientes com possibilidades de doenças degenerativas de início tardio?

Algumas diretrizes no sentido de orientar as ações na área da genética humana incluem o aconselhamento genético, de forma a mais não-diretiva possível. Toda assistência genética, incluído o rastreamento, aconselhamento e testagem, deve ser voluntária. A exceção é o rastreamento de recém-nascidos para beneficiá-los com tratamento precoce. A confidencialidade das informações genéticas deve ser assegurada, ressalvado o alto risco de sério dano para os familiares e a informação possa ser utilizada para evitar esse dano. A privacidade de um indivíduo deve ser protegida de terceiros institucionais, tais como empregadores, seguradoras, escolas, entidades comerciais e órgãos governamentais. O diagnóstico pré-natal deve ser feito apenas por razões relevantes para a saúde do feto e exclusivamente para detectar condições genéticas e malformações fetais.

Os produtos da engenharia genética podem ajudar a preservar o ambiente, mas igualmente introduzir males que exterminem espécies nativas. No presente, cromossomos contendo genes selecionados podem contribuir para curar doenças genéticas, ou igualmente ser usados para introduzir uma forma nova de eugenia. Eugenia capaz de produzir uma super-espécie humana, inviabilizando, todavia, a convivência desta com a preexistente, talvez considerada agora uma sub-espécie. Como já advertiu George Annas, Professor de Legislação da Saúde na Universidade de Boston, "no futuro seremos capazes de manufaturar crianças a partir do embrião, que será organizado por informações contidas num catálogo" (20).

Toda forma de eugenia é potencialmente perigosa. A eugenia gerou a higiene social, o controle médico do casamento, com certificação pré-nupcial, a inseminação artificial mediante fecundação das fêmeas, com ajuda de esperma cientificamente selecionado. Esse poderia ser considerado um eugenismo positivo. Mas a história recente registra um eugenismo negativo. Invoque-se a esterilização, a imigração seletiva, o holocausto e a exterminação suave (21). Em que categoria estariam insertos os fenômenos de xenofobia, etnofobia ou homofobia registrados nestes dias, dos quais é emblemática a reação dos torcedores italianos diante de jogadores negros?

Um segundo nível de interação entre genética e valores éticos leva à consideração de que os genes humanos não podem ser tratados como commodities por pesquisadores ou empresas biotecnológicas. A cupidez não costuma respeitar fronteiras. Ela subestima, quando não desconhece, o que significa moral ou ética. Está-se diante de um grande desafio. Não se desenvolveu ainda um mecanismo de aferição dos valores éticos diante de tais temas. Dada a complexa interação de valores, muitos dos quais dificilmente traduzíveis a um preço de mercado, é necessário o treino contínuo de uma consciência ética lúcida e sensível. Enquanto o mercado pode ser bom para escolher os papéis mais rentáveis, pode não ser tão bom para escolher as melhores éticas.

A ética impregna toda a moderna discussão sobre a genética, a biogenética, a engenharia genética e as demais esferas de abrangência dessa inesgotável fonte de descobertas. Questões como a primazia da pessoa, a dignidade da pessoa, o respeito do ser humano diante da comercialização de sua vida, a inviolabilidade do corpo humano e sua dignidade, a necessidade de terapêutica – consentimentos e limites, integridade da espécie humana, extra-patrimonialidade do corpo humano, a não-

remuneração do doador, princípio do anonimato, nascimento e liberdade sexual, esterilização, proteção contra exploração comercial e

experimentação, filiação do embrião, exclusão do vínculo biológico entre doador e criança, efeitos da filiação, utilização de dados genéticos, tudo isso encontra-se na agenda dos debates (22).

Consoante a Resolução 196/96, introduzindo as novas diretrizes e normas de pesquisa em seres humanos, toda pesquisa a envolver genética humana precisa, no Brasil, ser aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa e pelo Comitê de Biossegurança de cada instituição. Em seguida, ela deve ser apreciada pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP.

A OMS – Organização Mundial da Saúde propôs, em 1998, Diretrizes Internacionais para Aspectos Éticos em

Genética Médica e Serviços de Genética. A intenção de tais diretrizes é a uniformização de critérios mínimos de adequação ética para utilização de métodos, diagnósticos e tratamento. O documento inclui questões como o aconselhamento genético, consentimento informado para testagem genética, testagem de suscetibilidade e de indivíduos pré-sintomáticos, confidencialidade e revelação de informações, diagnóstico pré-natal, armazenamento em bancos de DNA e as relações entre a genética médica e a reprodução assistida.

Respostas judiciais

Tais questões chegarão ao Judiciário. A presente era de judicialização das políticas faz com que tudo, mais cedo ou mais tarde, seja posto à apreciação de um juiz.

O ideal seria que o juiz tivesse por objetivo encontrar o apropriado equilíbrio entre os avanços em biotecnologia e a proteção ao ambiente e à saúde humana, sob padrões éticos irrepreensíveis. Ocorre que o juiz decide o caso concreto e, concretamente, a biotecnologia caminha aceleradamente, não apenas em termos de conhecimento científico. A biotecnologia é um grande negócio e se tornará um negócio cada vez maior.

A indústria biotecnológica abrange um expressivo número de profissionais sofisticadamente qualificados. A revolução genética mudará a forma de operação de outras indústrias. Basta mencionar o negócio de seguros, com a possibilidade já presente de acurado cálculo dos riscos, os cuidados com a saúde, com terapias mais eficientes, além da agricultura, multiplicadas as colheitas e dispensados os custos com pesticidas.

O Governo também não restará imune a essa revolução. A genética propicia oportunidade – ou seria melhor

dizer riscos? – de mais fácil e exata identificação de tendências, tanto sociais como criminológicas dos indivíduos. O mundo é outro depois de Watson e Crick haverem elucidado a estrutura do DNA (23) em 1953. Em 1961 decifra-se o Código Genético. Em 1973, Smith e Nathan iniciam a era do gênio genético, graças à invenção do bisturi enzimático, propiciador dos destaques das seqüências dos cromossomos (24).

Diante dessa realidade, qual o contributo que o juiz poderia trazer para o potencial positivo da biotecnologia e para o medo que ela suscita?

Richard Gold, professor da faculdade de Direito da University of Western Ontário, fornece quatro exemplos de postura judicial (25). Adaptados os modelos à realidade brasileira, poder-se-ia falar, inicialmente, num juiz ingênuo. Este mantém uma confiança inquebrantável em ciência e tecnologia. Há quem acredite que a biotecnologia e a pesquisa genética em geral seja um bem insuspeito e indiscutível.

Lamentavelmente, a história não comprova esta visão beatífica da tecnologia. De fato, a introdução da tecnologia freqüentemente traz com ela inimagináveis e indesejáveis conseqüências. A bomba de nêutrons é criação tecnológica. A energia nuclear, que prometeu solução limpa e barata nos anos sessenta, ocasionou não apenas acidentes nucleares em Three Mile Island e Chernobyl, mas também o ainda insolúvel problema do armazenamento do lixo atômico, de indestrutibilidade comprovada. Nos anos quarenta utilizava-se o raio x para dimensionar os calçados das crianças, sem conhecimento dos nocivos efeitos da radiação sobre elas.

Há muitos outros exemplos de insucesso na tentativa de alteração da natureza. Esta costuma reagir às agressões e nem sempre de forma a respeitar a vontade humana.

O juiz deste primeiro tipo deixaria as decisões sobre o uso da informação genética e a direção da pesquisa genética relegada a uma combinação de convivência pacífica entre a lei de patentes e o mercado. Nada indica ser esta combinação satisfatória ao desenvolvimento de uma política de saúde concomitantemente racional e ética.

O juiz relativamente evolucionista é o segundo na tipologia de Richard Gold. Essa postura envolve também fé

na ciência, mas uma fé relativizada. Não mais uma fé inquebrantável e cega.

Algo desta confiança é transferido para uma distinta espécie de fé: a crença de que o sistema legal é apto a prevenir os danos antes de que eles fiquem fora de controle. Em essência, é a visão de que aquilo que a ciência não pode resolver, o direito o fará.

Juízes deste vertente argumentam que o ordenamento é suficientemente flexível para enfrentar os desafios genéticos. Em particular, mencionam o direito das patentes, que se adaptou no último século para uma larga variedade de tecnologias, de máquinas simples para elementos químicos, da mecânica para o software.

O raciocínio é simplista. A biotecnologia avança mais rapidamente do que a lei. O Projeto Genoma Humano, esforço internacional para identificar e decodificar cada gene humano, previsto para alcançar resultados apenas em 2005, mostrou-se muito mais apreensível, antecipando-se em anos ao agendado. Uma das razões para este progresso é o potencial comercial destes genes. Os pesquisadores estarão patenteando a descoberta e a colocação no comércio antes de se ter analisado com seriedade a política de saúde e as implicações éticas desse patenteamento.

As descobertas biotecnológicas aplicadas no ambiente são armas de única mão de direção. Uma vez

introduzido um novo organismo na natureza, ele não pode ser facilmente removido. Enquanto isso, as coisas caminham devagar na justiça. A construção dos precedentes é vagarosa. Não é apenas dado cultural. É uma questão que pode ser estratégica. (26).

A terceira posição é a do juiz descrente. Ele se baseia nos inúmeros relatos de que é comum, em tecnologia, as coisas darem errado. As experiências com a Mad Cow Disease ou Bovine Spongiform Encephalitis, aqui prosaicamente chamada de doença da vaca louca, animam aqueles que pretendem impedir as pesquisas. Acreditam que o vírus HIV foi o descontrole de uma arma produzida por laboratórios para utilização em uma das recentes guerras produzidas pela intenção de perpetuar a hegemonia econômica.

Conseqüência dessa vertente – que não é privativa do Judiciário, mas encontra eco em muitas pessoas bem intencionadas – é o exercício de pressão sobre o governo para restringir o uso de novas tecnologias. A reação européia a alimentos geneticamente modificados partiu da constatação de que o milho geneticamente alterado estava matando borboletas. Os consumidores europeus pressionaram supermercados e governo para restringir o uso daquilo que eles chamaram de Frankenstein food.

Não resta claro em que grau este medo da tecnologia, em particular da tecnologia genética, é concretamente fundado. Ainda não existem estudos científicos que demonstrem, definitivamente, sejam seguros ou perigosos os alimentos geneticamente modificados.

Seja como for, o interesse econômico fala mais alto. Existe uma base razoável para a preocupação e o medo. Mas a biotecnologia é, queira-se ou não, uma realidade. A questão real é como controlá-la para ser realmente benéfica. É muito tarde para sustentar que essa empresa deva ser sumariamente abandonada.

A quarta posição é a do juiz cético. Ele reconhece os substanciais benefícios e a real ameaça de prejuízos advinentes dessas pesquisas. Reconhece ainda a falibilidade do ordenamento para controlar tais males. Fica a meio termo, para só adotar a postura correta quando houver suficiente base de conhecimento da nova realidade.

Esse operador tem profundas reservas sobre a tecnologia genética, embora sem negar seu potencial benefício. Mas também acredita que, uma vez introduzida no mercado, a nova tecnologia gerará efeitos irreversíveis no ambiente e saúde. Assim, uma vagarosa, cautelosa aproximação se mostra apropriada.

Impõe-se uma discussão aberta para determinar como certa pesquisa e seus produtos estão sendo usados. O cético encontrará métodos para determinar o futuro da pesquisa genética que incorpore as múltiplas visões sobre ela. Seu catecismo é alicerçado nos princípios de precaução e prevenção.

A vertente calcada em ir adiante, mas com cautela, é o fundamento do princípio da precaução e prevenção.

Ao privilegiar a cautela, deve-se não apenas assegurar a própria salvação, mas também a das futuras gerações. Esse sujeito de direito futuro encontra lugar explícito na ordem constitucional brasileira (27).

Ademais, este conceito de segurança não deve se limitar à segurança física. Ele também inclui o direito a ser deixado só – privacidade – não ser discriminado e o direito de conhecer a base para a ação governamental

sobre nossos genes.

Nada obstante, volta a questão do interesse econômico. A tentativa de proteger a saúde e o ambiente só será exitosa se vier a coincidir com a preservação da busca da prosperidade. Países de tecnologia pobre, como o Brasil, não podem se dar ao luxo de serem cautelosos. Há sempre quem recomende a queima de etapas, a recuperação do tempo perdido.

Os juízes vão desempenhar importante papel na resposta do ordenamento para a pesquisa genética. O

Judiciário não pode contar com a possibilidade de remediar os males causados pela pesquisa e suas aplicações. Os juízes devem ser pró-ativos, estabelecer limites que incluam dúvidas, seja sobre a tecnologia, seja sobre a capacidade do ordenamento de responder a tais desafios.

## Conclusões

A agenda está aberta e há mais perplexidades do que certezas.

A ciência, ainda sob o influxo da concepção arrogante de ciência exata, não se submete a limites. As respostas do ordenamento não a acompanham com velocidade sincronizada. A Constituição brasileira tem normas genéricas, providas de certa dose de vagueza, explorável por espíritos conservadores ou comodistas, sem excluir certa dose de premeditação dolosa.

Uma das alternativas é tentar influenciar a adoção de dispositivos fundamentais mais explícitos. A Constituição da Suíça, após referendo, avançou no tratamento conferido ao tema:

## Artigo 24:

O Homem e o seu ambiente estão protegidos contra os abusos da tecnologia genética e da reprodução.

A Federação adotará normas sobre a utilização do patrimônio germinal e genético humanos. Ela assegurará

normas sobre a utilização do patrimônio germinal e genético humanos. Ela assegurará a proteção da dignidade humana, da personalidade e da família e guiar-se-á em especial pelos seguintes princípios:

as intervenções no patrimônio genético dos gametas e dos embriões humanos são inadmissíveis;

o patrimônio germinal e genético não humano não deve ser transferido para o patrimônio genético humano ou fundido com ele;

as técnicas de reprodução assistida só podem ser empregadas, quando a infertilidade ou o perigo de transmissão de uma doença grave não puderem ser afastados de outro modo, mas não para produzir na criança determinadas características ou fazer investigação. A fecundação de óvulos humanos fora do corpo da mulher só é permitida nas condições a estabelecer por lei. Só podem ser desenvolvidos fora do corpo da mulher tantos óvulos quantos os que lhe puderem ser imediatamente implantados;

a dativa de embriões e todas as formas de maternidade de substituição são inadmissíveis;

não deve ser feito qualquer comércio com o patrimônio germinal humano e com produtos de embriões;

o patrimônio genético de uma pessoa só deve ser investigado, registrado ou revelado com o seu acordo ou com fundamento numa disposição legal;

o acesso da pessoa aos dados sobre a sua ascendência deve ser garantido.

Outra fonte de inspiração está nas diretivas da Comunidade Européia. A identidade genética já é considerada

bem jurídico fundamental, objeto de proteção constitucional. Assim a Diretiva 98/44/CE, a recomendação 779 (1976), relativa aos direitos dos doentes e dos moribundos; a recomendação 818 (1977), quanto aos doentes mentais, a 934 (1982), sobre a engenharia genética, a recomendação 1046 (1986), contemplando a utilização de embriões e fetos humanos com os fins de diagnósticos, terapêuticas científicas, industriais e comerciais, a recomendação 1100 (1985) sobre a utilização de embriões e fetos humanos na pesquisa científica (28).

A Lei 8.974/95 regulamentou os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da Carta, estabeleceu-se vedações e

tipificou como crime a manipulação genética de células germinais humanas, a intervenção em material genético in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível, a intervenção in vivo em material genético de animais e a liberação ou descarte do meio ambiente de OGM(29).

O juiz brasileiro é um interprete categorizado para fazer valer tais preceitos. Primeiro, porque ele é o encarregado de concretizar a vontade da lei. E no sistema hierarquizado, de forma piramidal, a Constituição é a primeira dentre as leis.

Depois, porque a enunciação dos direitos fundamentais, em setenta e sete incisos do artigo quinto, todos de aplicação imediata(30), não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte(31).

É verdade que a leitura consciente do ordenamento e a assunção do papel de implementador da vontade

constituente, está confiada ao próprio juiz. Constatação que impõe a necessidade de um recrutamento adequado e um processo consistente de formação continuada.

A alternativa mais confiável resta sendo a lapidação da consciência ética do julgador. A ética o tornará mais humilde. Suficientemente humilde para aceitar a irrecusabilidade da formação interdisciplinar. Os atuais operadores nem sempre tiveram perfeita noção da flexibilidade dos lindes jurídicos. Não se falava, até há bem pouco, de engenharia genética(32), de biomedicina, de bioética, de biodireito, de biotecnologia(33) e até de bioconstituição(34). Sozinho, o edifício do direito é muito frágil para o encaminhamento de todas essas questões. Se permanecer isolado, será posto de lado e outras opções inexoravelmente surgirão para substituí-lo. Pois a vida continua e a superação das inadequações tem estado presente na História, desde o seu primeiro registro.

É a ética, não a ciência dita exata, que poderá responder a questões postas pela intensificada prática da biotecnologia: "Haveria nessas técnicas verdadeira melhoria na qualidade de vida no momento presente?

Garantiriam elas uma existência realmente digna às futuras gerações? O ser humano, ao empregar a biotecnologia, não estaria assumindo um risco à sua saúde e sobrevivência? Seriam tais técnicas biotecnológicas responsáveis pela preservação da vida para o futuro da humanidade? Estar-se-ia respeitando a dignidade humana ao fazer experimentações com material genético humano? Não violariam elas o direito de todo homem de ser único e irrepetível, se a clonagem do ser humano tornar-se uma realidade? Como garantir a preservação da privacidade de um patrimônio genético se ele for violado? Como admitir juridicamente uma seleção hipotética de pessoas, fazendo com que tenham alto nível intelectual, sejam dotadas de grande força física ou tenham determinada contextura física? Tais avanços biotecnológicos não nos levariam a um perigoso e arriscado caminho sem retorno?"(35).

Responder à modernidade e aos seus desafios é missão que só pode ser confiada à ética. Não basta dominar a técnica. "Jamais um saber, seja ele qual for, nos ajudará a tomar uma posição política ou jurídica. A decisão ética é um salto sobre o abismo. Para que haja responsabilidade, é preciso que, no escuro, se tome uma decisão heterogênea com relação ao saber. Isso é apavorante, mas é preciso responder, mesmo sem saber a quem"(36).

O debate se enriquecerá com a distinção proposta por Giovanni Berlingüer entre bioética de fronteira e bioética cotidiana. A primeira "é aquela que trata das novas tecnologias biomédicas aplicadas sobretudo à fase nascente e à fase terminal da vida"(37). Já a "bioética cotidiana está voltada para a exigência de humanizar a medicina, articulando fenômenos complexos, como a evolução científica da medicina, a socialização da assistência sanitária, a crescente medicalização da vida..."(38).

O Brasil, país emergente, enfrenta mais as questões da bioética cotidiana. Aflito, vê crescer a massa dos excluídos, sem lograr êxitos efetivos dos processos de inclusão.

Não que deva ser preterida a bioética de fronteira. Esta merece a atenção dos estudiosos. Mas aquela já ultrapassou o prazo emergencial de trato e reclama intensificação no uso conseqüente da consciência ética nacional.

\*Juiz Vice-Presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Mestre-Doutor em Direito Constitucional pela USP, autor de "Ética Geral e Profissional", 3ª ed., RT, 2001

Acadêmico Titular da Academia Paulista de Magistrados

JANUÁRIO GOMES, "O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador", BMJ n. 319, 1982, pp.32, apud HELENA MONIZ, "Notas sobre a proteção de dados pessoais perante a informática", Revista Portuguesa de Ciência Criminal, abril-junho 1997, p. 233.

Artigo 5º, Inciso X, da Constituição da República de 5.X.1988: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

RAYMOND WACKS, "The protection of privacy", London. 1980, p.12, 21 e 180, apud PAULO MOTA PINTO, "O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", BFDUC, 1993, n.69, p.47 e ss. Nota 76.

Consultar ELLEN ALDERMAN e CARLONE KENNEDY, "The right to Privacy", Alfred A. Knop, New York, 1995, KEYNES EDWARD, "Liberty, Property and Privacy, toward a jurisprudence of substantive due process", The Pennsylvania State University Press, University Park, Pennsylvania, 1996, PATRICIA BOLING, "Privacy and the politics of intimate life". Cornell University Press, Ithaca and London, 1996, DAVID H.FLAHERTY, "Protecting Privacy in Surveillance Services", The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and the United States, The University of North Carolina Press, Chapel Hill and London, 1989.

PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, "O Direito de estar só. Tutela penal da intimidade", RT, 2ª ed., 1995, São Paulo.

GONZÁLES PÉREZ, J., "La dignidad de la persona", Civitas, Madrid, 1986, p.107.

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito", Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 32, julho/setembro de 2000, RT, SP, p.89.

Artigo 225, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, Lei 8.974, de 5.I.1995, e Medida Provisória nº 2.052-6, de 21.XII.2000.

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, op.cit., idem, p.90.

Consulte-se, além dos citados, os autores indicados por BARACHO: SOPHIE GROMB, "Lê Droit de

l'experimentation sur l'homme. Droit Français-règles supranationales". Librairie da la Cour de Cassation, Paris, Éditions Litec, 1992, C.CANGUILHEM, "Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie", Paris, Vrin, 1977, JEAN BERNARD, "La Bioéthique. Um expose pour comprendre. Um essai pour réfléchir", Flammarion, Paris, 1994, CLAIRE NEIRINCK, org., "De la bioéthique au Bio-droit". Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, Paris, 1994, MICHELE HARICHAUX, "La Protection des Libertés et Droits Corporales. Liberté et Droits Fondamentaux", examen dentre au CRFPA, Montchrestien, Paris, 1995, CARLOS FERNANDES SESSAREGO, SANTOS CINQUENTES, EDUARDO ZAUNONI E GUSTAVO BOSSERT, "Derecho Civil de Nuestro Tiempo. Inicio de la vida. Adecuación de sexo. Reproducción asistida. Liberdade de información", Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Centro de Investigacion, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995, BRIGITTE FEUILLET-LE MINTIER, "l'Embryon Humain. Approche multidisciplinaire", Actes du Colloque de 9/10.11.1995, Economica, Paris, 1996, JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS, JUAN MUÑOZ SÁNCHEZ, coord., "El tratamiento Jurídico de la eutanasia: Uma perspectiva comparada", Tirant lo Blanche, Valencia, 1996, ELVIRA LOPEZ DIAZ, "El Derecho al Honor y El Derecho a la Intimidad", Dykinson, Madrid, 1996, IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA, "Eutanasia y Derecho Penal", Ministerio de Justicia y Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, JAIME VIDAL MARTINEZ, "Las nuevas formas de reproducción humana", Cuadernos Civitas, Universidad de Valencia, Editorial Civitas S/A, Madrid, 1998, SHEILA a.m.mc LEAN, "Law, Reform and Human Reproduction", Dartmouth, Inglaterra/ Estados Unidos, 1992, ROBER B. DWORKIN, "Limits. The role of the Law in Bioethical Decision Making", Indiana University Pres. Bloomington and Indianapolis, 1996, RICHARD A. POSNER, "Sex and Reason", University Press, Cambridge, Massachussets, London, 1992, RICHARD A. POSNER & KATHARINE B. SILBAUGH, "A Guide to America's sex law", The University of Chicago Press, Chicago and London, 1996.

STELLA MARIS MARTINEZ, "Manipulação Genética e Direito Penal", IBCCrim, 1998, p.211.

STELLA MARIS MARTINEZ, op.cit., idem, ibidem.

A Lei 8.974/95 define ADN: Ácido desoxirribonucléico e ARN – ácido ribonucléico: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência – artigo 3º, inciso II.

A Lei 8.974/95 também define no inciso III do artigo 3º as moléculas de ADN/ARN recombinante, como aquelas manipuladas fora das células vivas, mediante modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda, as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação. Consideram-se, ainda, os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural.

Sigla da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

Artigo 8º, incisos de I a VI, da Lei 8.974/95.

A ética dos princípios é postulada por R.M. VEATCH H. TRISTRAM ENGELHARDT JR, ALBERT JONSEN, U.SIEGLER, W.J. SINLADE, RUTH MACKLIN, J.CHILDRESS, T.BEAUCHAMP e outros, conforme assinalado por FRANCISCO DE ASSIS CORREIA, "Alguns desafios atuais da bioética", in "Fundamentos da Bioética", LÉO PESSINI e CHRISTIAN DE PAUL DE BARCHIFONTAINE, Paulus, 1996, SP, p. 39.

COURTNEY S. CAMPBELL, "El significado moral de la religion para la Bioética", in Boletín de la Oficina

Por bioética, entenda-se o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção de saúde, na medida em que esta conduta seja examinada à luz de valores e de princípios morais. É

o conceito adotado pela Encyclopedia of Bioethics, apud FRANCISCO DE ASSIS CORREIA, op. Cit., idem, p.33.

ANTONIO CHAVES, "Pesquisas em seres humanos", RT 672/10.

M. LAFONT descreveu um exemplo de extermínio suave, chamando-a "L'extermination douce. La mort de

40.000 malades mentaux dans les hôpitaux psychiatriques em France sous le régime de Vichy", Tese de Medicina, Universidade Claude Bernard, Lyon, outubro de 1981, publicada por Láfepi, 1987, apud JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica-Cidadania e Ciência", artigo disponível no site da Reitoria da UFMG – [www.reitoria.ufmg.br](http://www.reitoria.ufmg.br).

Temas sugeridos por JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, op.cit., idem, ibidem..

A sigla pode aparecer na literatura francesa como ADN-Acide Désoxiribonucléique, matière constitutive des chromosomes.

JAMES WATSON & FRANCIS CRICK, "Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure of Nucleic Acid", 171,

Nature 737, 1953, JAMES WATSON DOUBLE HELIX, "A Personal Account of the Discovery of DNA, 1968, apud BARACHO, idem, ibidem.

RIHARD GOLD, "Hope, Fear and Genetics. Judicial Responses to Biotechnology", in "Judicature. Genes and

Justice, The Growing Impet of the New Genetics on the Courts", november/december 1999, vol.83.

Assim, um pedido de vista pode paralisar a apreciação de um tema relevante e urgente, pelos mais altos colegiados judiciais.

O artigo 225 da Constituição de 5.X.1988 contempla as futuras gerações como titular do direito ao meio

ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Não é demais recordar que esse dispositivo é aquele que abriga a normatividade fundante do tema ora tratado. Em seu parágrafo primeiro, explicita a incumbência conferida ao Poder Público para assegurar a efetividade desse direito. Elenca em seguida, em que consistem tais atribuições, destacando-se: I- preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo

ecológico das espécies e ecossistemas; II- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do

País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; V- controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, nos dois trabalhos mencionados.

Artigo 13, incisos de I a V, da Lei 8.974/95.

Artigo 5º , § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Artigo 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A engenharia genética consiste no emprego de técnicas científicas dirigidas à modificação da constituição genética de células e organismos, mediante manipulação de genes, segundo SUZUKI e KNUDTSON, "Genética – conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos", Madrid, Tecnos, 1991, p.103, apud MARIA HELENA DINIZ, "O Estado Atual do Biodireito", Saraiva, 2001, p.362.

A biotecnologia é a ciência da engenharia genética que visa o uso de sistemas e organismos biológicos para aplicações medicinais, científicas, industriais, agrícolas e ambientais, segundo GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO SILVA, "Direito Ambiental Internacional ", Rio de Janeiro, Thex, 1995, p.109, ALAIN ARNAUD, "Biotechnologie", Paris, 1985, p.3, apud MARIA HELENA DINIZ, op.cit., idem, p.364. Acrescenta a mestra da PUC-SP que através a biotecnologia, os organismos vivos passaram a ser manipulados geneticamente, possibilitando-se a criação de organismos transgênicos ou geneticamente modificados (Lei 8.974/95, artigo 3º, incisos IV e V).

Bioconstituição é o conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "A identidade genética" cit, idem, p.91).

ALBIN ESER, "Genética, gen-ética, derecho genético – reflexiones político-jurísticas sobre la actuación e la herencia humana", La Ley, n. 1937, ano VI, 1986, apud MARIA HELENA DINIZ, op.cit., idem, p.365.

JACQUES DERRIDA, ao responder uma indagação de René Major, no Rio de Janeiro, em junho de 2001, segundo a ensaísta LEYLA PERRONE-MOYSÉS, in Derrida no Rio, FSP, Mais, 8 de julho de 2001, p.12.

"Bioética quotidiana e Bioética di frontiera", in A. Dimeo, C. Mancina (a cura di) "Bioética", Bari, Laterza, 1983, p.1983, p.6/7, apud FRANCISCO DE ASSIS CORREIA, op. Cit., idem, p.49.

FRANCISCO DE ASSIS CORREIA, op. Cit., idem, ibidem.

\*Juiz Vice-Presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Mestre-Doutor em direito Constitucional pela USP, Autor de \*Ética Geral e Profissional “,3.º, RT, 2001

Reflexões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente,

e a Convenção de Haia

ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO\*

Após mais de onze anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069, de 13.7.90, a maior crítica que se faz ao mesmo é de que se trata de uma lei para países do primeiro mundo!

Ou seja, o que deveria ser motivo de elogio e orgulho para nós, brasileiros, torna-se, pela visão equivocada de alguns, falta de percepção de outros, e má vontade de pessoas que analisam o tema com pré-conceitos, torna-se, repita-se, oportunidade para desvalorizar um instrumento que deveria, efetivamente, alavancar o país para um estágio mais elevado de civilização, cultura e convivência social, a partir da formação de suas crianças e de sua juventude.

Com o notório aumento da criminalidade, principalmente juvenil, e até infantil, nota-se uma tendência a se atribuir a dispositivos do ECA, supostamente mais liberais do que os do antigo Código de Menores, uma das razões para o fenômeno. Com isso, a análise da atual legislação fica restrita às normas que tratam da prática infracional e do sistema processual estabelecido para sua apuração e aplicação das respectivas medidas aos infratores. Esquece-se todo o resto da referida lei, voltado basicamente à formação da criança dentro da família, preocupada com a gestação e o nascimento, primeiros cuidados, primeira fase da educação formal, assistência à família, acompanhamento da adolescência. Evidente que, se tais normas fossem cumpridas, principalmente pelo Poder Público, aquelas dirigidas à prática infracional teriam até pouca utilidade, pois haveria substancial redução da mesma, um dos objetivos do Estatuto.

E, deve-se ressaltar, em nenhum dos seus tópicos o ECA propõe a impunidade, muito menos estimula a marginalidade. O que se estabelece, em comparação com a legislação anterior, é um sistema de apuração das supostas infrações, e de aplicação das medidas sócio-educativas (art. 112), compatível com os princípios constitucionais do acesso ao Judiciário, da ampla defesa, do contraditório, que sempre valeram para os adultos, e com maior razão deveriam ser respeitados em relação aos adolescentes (únicos sujeitos, segundo o Estatuto, àquelas medidas). Sistema esse que busca a verdade real, para aplicação de medidas que afetam sempre a liberdade individual da pessoa, seja ela adulta, adolescente ou criança.

Mas, seria preferível, porque muito mais importante, que a discussão da sociedade, por meio da imprensa, dos juristas, dos políticos, dos profissionais da educação e da medicina, da psicologia, estivesse focada nos dispositivos do Estatuto que garantem (e aí como instrumento de formação de uma sociedade de primeiro mundo) assistência médica à gestante, atendimento, no parto, pelo mesmo médico que a acompanhou durante a gestação, alimentação da mãe e aleitamento do recém-nascido, exames para diagnóstico de anormalidades, atendimento especializado a crianças e adolescentes portadores de deficiência, etc (arts. 7º a 14); aos dispositivos que asseguram convivência familiar (arts. 19 e segs); e, principalmente, aqueles que disciplinam o acesso à educação (arts. 53 e segs).

E, nesse aspecto, não se pode esquecer que o art. 4º do ECA indica os responsáveis, co-obrigados à execução

desses direitos: a família, a comunidade, a sociedade e o Poder Público. Desses quatro elementos, pode-se afirmar, sem medo de errar, que a família brasileira, de forma geral, e com muito sacrifício, vem fazendo sua parte, assim como a comunidade e a sociedade, através dos movimentos voluntários, das ONGs, a maioria sem apoio algum do Estado. Mas, o Poder Público, ao contrário, vem falhando muito, vem-se omitindo. Ainda recentemente, no Estado de São Paulo, na sua Capital, uma criança morreu atropelada quando aguardava na fila, com sua mãe, para ser matriculada na escola, fila essa que se estendia por vários metros e por vários dias. Todo fim e início de ano essa situação se repete, e inúmeras crianças ficam sem escola. A própria qualidade do ensino público, e isso é notório, é cada vez pior, sendo grande a percentagem de evasão, atestado maior da ineficiência do sistema educacional implantado (pois ninguém se afasta de algo que lhe é agradável e satisfatório). A conseqüência, sabemos todos, é a presença cada vez mais elevada de crianças e jovens nas ruas, vítimas da marginalidade, da violência, da exploração, sem que, novamente, o Poder Público tome qualquer iniciativa de abordagem civilizada, e encaminhamento para programas de atendimento, como, mais uma vez, lhe obriga o ECA.

Agora, com a vigência entre nós da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria

de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993, que passou a vigorar no Brasil por força do Decreto Presidencial nº 3.087, de 21.6.99, mais um obstáculo se coloca, desta vez para a adoção por estrangeiros, medida prevista entre nós, embora de forma excepcional (ECA 31), mas que vinha sendo

utilizada com bastante sucesso. O Tratado Internacional, apesar de inspirado em princípios protetivos que visam coibir o tráfico de crianças, restringiu demais a possibilidade de colocação de brasileiros em famílias estrangeiras, aumentando os entraves burocráticos do procedimento para se atingir tal fim. Isso porque, e numa outra oportunidade se voltará ao tema com maior profundidade, o sistema implantado pela Convenção é dirigido a países em que a matéria é da competência administrativa, e não judiciária, como no Brasil. Além disso, o exame detalhado da Convenção mostra que a mesma também busca disciplinar principalmente a recepção de crianças e adolescentes, ou seja, dirige-se a nações que recebem em adoção, e não àquelas que encaminham suas crianças e adolescentes. Tome-se como exemplo a regra do art. 17, letra "c", que subordina a decisão de colocar uma criança em adoção à anuência das autoridades centrais dos dois países envolvidos, o de origem (da criança a ser adotada) e o de acolhida (o do adotante). Ou seja, no Brasil, segundo essa regra, o Juiz de Direito só pode dar seqüência a um processo de adoção se autorizado pelas autoridades centrais do próprio País e do estrangeiro, ambas, na essência, administrativas.

Evidentemente, visando evitar o tráfico, as regras da Convenção são extremamente rígidas quando disciplinam o ingresso da criança e do adolescente no país de acolhida. E, por ter sido elaborada sob forte influência de nações européias, em grande parte das quais a competência para a matéria é da administração executiva direta, a Convenção traz procedimentos e figuras incompatíveis com países onde a competência é jurisdicional, m especial o Brasil. A figura, por exemplo, da denominada autoridade central (Conv. 6), é absolutamente imprópria no sistema brasileiro, chegando a se incompatibilizar com a Constituição Federal. Isso porque se coloca acima do próprio Juiz de Direito, de certa forma fiscalizando sua atuação. Tanto é assim que, embora nos Estados da Federação as autoridades centrais têm sido as respectivas Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional (CEJAIs), formadas por Juizes de Direito, sob a presidência do Corregedor Geral da Justiça, no âmbito Federal ela é exercida por órgão do Ministério da Justiça. E, segundo o artigo 6 da Convenção, a essa autoridade central compete dar cumprimento às obrigações impostas pelo Tratado.

Essa recíproca intervenção entre órgãos da administração pública executiva, direta, e do Poder Judiciário é

anômala, e coloca em risco o monopólio da distribuição da Justiça, rompendo com a tradição jurídica brasileira e com princípios constitucionais vigentes.

E, o que é pior, com grande prejuízo para o encaminhamento e colocação de crianças e adolescentes órfãos, violentados, maltratados ou abandonados por suas famílias biológicas, em famílias substitutas estrangeiras, o que tanto a lei ordinária quanto a Constituição Federal permitem.

É preciso, pois, que os estudiosos do assunto se voltem com atenção e firmeza para esse problema, a fim de flexibilizar o procedimento imposto pela Convenção de Haia, adaptando-o aos sistemas jurídico e judiciário brasileiros, por meio de reservas ao Tratado, sempre possíveis segundo as regras do Direito Internacional.

\*Juiz do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

Ex-juiz de Menores do Foro Regional de Pinheiros

Ex-membro da Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional

Membro da Academia Paulista de Magistrados

Direitos Autorais na Internet

CLÁUDIO ANTONIO SOARES LEVADA\*

A ATUAL Lei de Direitos Autorais, de nº 9.610/98, sem dúvida já prevê a proteção do meio eletrônico de transmissão ou emissão de informações, de que a Internet é o exemplo mais contundente. Segundo seu artigo 5º, considera-se transmissão ou emissão "a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético". E a definição das obras protegidas abrange, sabiamente, no artigo 7º. "as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro"; essa última expressão torna clara a preocupação do legislador com a imensa rapidez com que se criam novos meios de transmissão de informações, sem que isso signifique estarem os autores desprotegidos quanto ao que a lei chamou, quase poeticamente, de criações do espírito humano. Especificamente em relação às informações veiculadas pela Internet, o mesmo artigo 7º, inciso XIII, estabelece como obras protegidas as coletâneas, compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, base de dados e quaisquer outras obras que, pela seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. Claramente o meio eletrônico encontra-se enquadrado na Lei 9.610, possibilitando em consequência a reivindicação dos direitos autorais violados.

Nesse sentido: "Os meios de comunicação ampliaram-se. Mas essa amplitude não pode justificar ou servir como elemento para violar o direito do autor. O espaço cibernético, por exemplo, não é um caminho livre e desocupado à disposição de todos e para tudo. Ele passa por portas delimitas e perfeitamente controláveis".<sup>1</sup>

Na mesma obra citada, encontra-se ainda a lição seguinte: "A Internet é uma grande rede de computadores que permite a qualquer um deles entrar em comunicação com qualquer outro a ela conectado. A comunicação de todo tipo de criação intelectual entre diversas pessoas recoloca com intensidade a importância da propriedade intelectual (...) O uso de uma obra qualquer na Internet que seja protegida pela legislação de "copyright" estará formalmente sujeita às regras de cada país e aos acordos e Convenções Internacionais".<sup>2</sup>

A criação do espírito humano violada gera, para o seu autor, a possibilidade de composição dos danos sofridos, à evidência tanto materiais como morais, estes não só por decorrência da lei 9.610, mas já da Constituição Federal, artigo 5º, X. Ambos são danos patrimoniais, já que tanto a matéria (corpórea) como os

bens morais (incorpóreos) constituem, em conjunto, nosso patrimônio em sua integralidade. De forma equivocada, a lei 9.610 aponta os direitos morais do autor e seus direitos "patrimoniais", quando deveria ter dito direitos materiais, em contraposição aos morais.

Seja como for, os danos morais sofridos pelo autor através da Internet – e não só o autor, como qualquer pessoa atingida em sua honra ou imagem por meios eletrônicos de transmissão de dados ou imagens – são passíveis de reparação por livre estimativa judicial, atento o juiz à gravidade da culpa do ofensor e às conseqüências advindas da ofensa à vítima.

Não é preciso prova de dano, que na hipótese se presume, haja vista a publicidade inerente à veiculação das ofensas via Internet. E qualquer disposição contratual que impeça a indenização é nula, pois os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis (artigo 27).

Já os direitos materiais são arbitrados na forma prevista no artigo 102 e seguintes da lei 9610. Importante, no que tange à Internet, o artigo 103, que estabelece a sanção de perda dos exemplares apreendidos e pagamento do preço dos que houver vendido, de obra literária, artística ou científica editada sem autorização do titular do direito autoral. O mesmo se aplica à distribuição indevida e não autorizada de

fonogramas, como disposto no artigo 104, ou à sua transmissão e retransmissão (artigo 105), hipótese que

por certo protege o direito autoral em situações como a veiculação por MP-3 ou pelo Napster de músicas sem o pagamento dos valores devidos aos donos das obras, do compositor à gravadora. Na aparência, ao menos, a legislação brasileira encontra-se mais atualizada, e mais previdente, do que a norte-americana. Frise-se que toda a proteção estabelecida nos artigos citados abrange não apenas as obras físicas, como livros ou CD's, mas também as obras virtuais, já que, como antes dito, qualquer criação do espírito humano é passível de proteção ao seu autor (dano moral) ou ao autor ou titular da obra (danos materiais). O que inclui, em suma, e amplamente, a veiculação de informações ou obras pela Internet, ocasionando para o ofensor a responsabilidade civil, material e moral, dos danos que venha a causar por via da rede mundial de computadores. Enquadrada, conclui-se, na lei 9.610/98.

\*Juiz do 2º TACSP – Mestre em direito civil pela USP – Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta, de Jundiá – SP

<sup>1</sup> "A Nova Lei de Direitos Autorais", 1998, Ed. Sagra Luzzalo: PLÍNIO CABRAL, "apud" "A Internet e os direitos autorais", revista "Panorama da Justiça", MARCOS GOMES DA SILVA BRUNO E RENATO OPICE BLUM: página 14.

<sup>2</sup> JOÃO WILLINGTON e JAURY N. DE OLIVEIRA, "a Nova Lei Brasileira de Direitos Autorais", 1999, Edit. Lúmen Júris, pág. 10/11.

## FLORA E PROTEÇÃO PENAL

EDUARDO REALE FERRARI\*

### I- Introdução

A presente exposição visará analisar a questão da fauna, sua visão constitucional e infraconstitucional, bem

como sua proteção penal-ambiental, ganhando relevo a investigação quanto a sua natureza, sendo polêmica a configuração como bem disponível ou indisponível.

Partindo de uma visão anterior, verificamos que até pouco tempo, a fauna possuía uma concepção privatista, fortemente influenciada pela doutrina civilista, sendo algo que poderia ser objeto de propriedade, confirmando-a como "res nullius", ou seja, coisa que podia integrar o patrimônio das pessoas, não incorporando efetivamente a de alguém.

A fauna, assim, não pertencia a ninguém, adquirindo caracterização decorrente da ocupação territorial, dos

quais exemplos são os animais de caça e a pesca.

Atualmente, entretanto, a situação não é a mesma.

Com a definição e a evolução do conceito de bem jurídico ambiental, a fauna veio a agregar-se àquela "res communes omnium", configurando-se como coisa comum de todos, constituindo-se um bem esgotável, possuindo inevitável influência na formação de um equilíbrio ecológico, imprescindível à sobrevivência das espécies, incluindo aqui a raça humana.

Ocorreu, assim, uma transmutação deixando de ser um bem disponível para tornar-se indisponível. Com

fulcro na finalidade de resguardar as espécies pelo caráter de imprescindibilidade da função ecológica, a fauna deixou de ser um bem sujeito à propriedade de um indivíduo, tornando-se algo que afeta a um bem que pertence a todos, de uso comum, não sujeito ao regime de propriedade.

## II – Evolução Legislativa

Essa transmutação da fauna, deixando de ser um bem sujeito à propriedade de alguém e passando a ser de

uso coletivo, também foi constatada em nossa legislação ambiental, sendo prova disso o fato de que anteriormente normatizava-se por meio do Código de Caça (Lei 5894/43), tendo uma visão privatista, sendo substituído pela Lei de Proteção à Fauna (Lei 5197/67), que tinha uma visão mais coletiva, se adaptando ainda às exigências constitucionais e ao sistema jurídico como um todo.

Houve, assim, uma evolução legislativa importante, ultrapassando uma visão jurídico egoísta, para assentar-

se numa real proteção à fauna, realizando sua verdadeira função ecológica, despontando como um fato que visa o bem-estar do homem em seu habitat. Conferiu-se uma visão integrada, concluindo-se por uma reciprocidade vinculada entre os animais e os homens, dependendo um dos outros.

Em face dessa visão harmoniosa entre a fauna e o homem, parece-nos claro concluir pela impossibilidade da

fauna como "res nullius", enquadrando-a como "res omnis", pois imprescindível que a conservação e a preservação da fauna decorram da proteção de um número indeterminado de pessoas, não se podendo esquecer que a coletividade é o seu titular. Configura-se, assim, como um verdadeiro direito difuso, não possuindo o particular legitimidade para adquirir algo que é de todos.

Possui, portanto, natureza coletiva, sendo a reparação por dano causado à fauna silvestre também uma

solução difusa, corolário do fato de que tal bem é essencial à sadia qualidade de vida e bem de uso comum do povo.

Relativamente à proteção da fauna na Constituição Federal, indiscutível constitui seu colorido protecionismo,

tornando clara sua existência como meio ambiental de valor econômico. Em decorrência da rápida industrialização, aumento desordenado dos aglomerados urbanos, alteração normal dos processos de exploração agrícola, ramificação das infra-estruturas de transporte e gigantismo do parque automotivo, a Constituição enunciou que a fauna consiste em um bem esgotável, carecendo de uma proteção constitucional e infraconstitucional, com intervenção até mesmo do direito penal.

### III – Conceito e generalidades

Antes de analisarmos minuciosamente a proteção penal da fauna, imprescindível nos parece conceituar e classificar a fauna.

Partindo do pressuposto de que a fauna é constituída por indivíduos insertos no reino animal que restam localizados em determinada região, possível será delimitarmos o campo de atuação da norma penal.

Sabido que a Constituição, em seu artigo 225, § 1º, VII, não definiu o que vem a ser fauna, conclusiva é a ascensão no sentido de que caberá ao legislador infraconstitucional conceituá-la e defini-la.

Investigando cientificamente a Lei de Proteção à Fauna (Lei 5197/67), verificamos que o legislador infraconstitucional estabeleceu que "os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento em que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituem a fauna silvestre, sendo eles e seus ninhos, abrigos e criadouros naturais, de propriedades do Estado, sendo proibidas sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha".

Delimitou, portanto, a fauna ambiental restringindo sua tutela à fauna silvestre e não à fauna doméstica, não sendo, portanto, toda a fauna objeto de tutela, já que protege apenas aqueles que vivem naturalmente fora do cativeiro.

Tal limitação encontra guarida na própria Constituição Federal já que o artigo 225, § 1º, VII, agasalha a proteção da fauna, na forma da lei, sendo esta integrada por meio da Lei 5197/67.

A Constituição, assim, emitiu o comando de que será a lei ordinária quem definirá o conceito de fauna, sendo possível ampliar-se o conceito atual de fauna – até então restrito – bastando para tanto uma normatização em "lege ferenda", concluindo-se, entretanto, que por ora, a lei infraconstitucional atual não protege qualquer tipo de fauna, mas tão-somente a fauna silvestre.

Destarte, alterada ou não a lei infraconstitucional, o fato é que a fauna é protegida constitucionalmente, justificando-se sua tutela quando: 1) as espécies estiverem ameaçadas de extinção; 2) imprescindível a sua proteção ecológica e 3) quando a lesão for praticada por meio de tratamento cruel.

Esses três requisitos são assim, essenciais para legitimar constitucionalmente a proteção à fauna, cabendo a lei ordinária integrar-se em uma visão constitucional.

A lei ordinária e a Constituição trabalham portanto, *pari passu*, não havendo possibilidade de proteger-se a fauna sem que ambos os fundamentos estejam presentes de forma harmônica. Prova disso, constitui a questão da fauna doméstica.

Afinal, se a lei ordinária não classifica o animal doméstico como digno de tutela ambiental, será possível proteger-se a fauna doméstica tratada de forma cruel, tendo como base jurídica a Constituição Federal?

Como alerta Celso Fiorillo, em sua obra Manual do Direito Ambiental e Legislação aplicável, "ainda que os animais domésticos não possuam uma função ecológica e que, justamente por serem domesticados, não corram o risco de extinção, há que restar claro que como integrantes da coletiva fauna, devem ao menos, serem protegidos contra as práticas que sob os olhos humanos, lhes sejam cruéis"<sup>1</sup>.

Sob o ponto de vista constitucional, portanto, parece-nos legítima a proteção ao animal doméstico, não havendo nenhum óbice à sua configuração como bem ambiental, dependendo apenas da constatação da crueldade ao animal doméstico,, afetando o psique humano, não sendo obstáculo a mera definição da lei ordinária, até porque não restou impedida no âmbito constitucional.

#### IV – Classificação da fauna

A fauna recebe várias classificações doutrinárias, dividindo-se quanto ao habitat entre silvestre e doméstica.

Fauna silvestre é o conjunto de animais que vivem em liberdade, ou seja, fora do cativeiro. Não é sinônimo de animal que vive na selva, mas sim de animal que vive em liberdade ou fora do cativeiro.

Já a fauna doméstica é constituída por animais que não vivem em liberdade, mas em cativeiro, sofrendo modificações em seu habitat natural. Convivem, regra geral em harmonia com a presença humana, dependendo do homem para sobreviver.

Relativamente aos animais gerados em criadouros artificiais há dúvida quanto ao seu enquadramento, ora integrando a categoria de silvestre, ora a de doméstico.

A Lei de Proteção à Fauna, no entanto, os define como silvestres, já que os criadouros são suscetíveis de autorização, tendo o artigo 3, § 2º, da Lei 5197/67, afirmado: "É proibido o comércio de espécies de fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha, excetuando-se as espécies de criadouros devidamente legalizados" (§ 1º).

A ser assim, pela leitura do § 1º, da Lei 5197/67, concluímos no sentido de que os criadouros se restringem à espécie de animal denominado de silvestre. Tal conclusão, todavia, está permeada por um vício em sua leitura, já que a classificação em silvestre ou doméstico está inserida em um contexto ligado ao critério de liberdade, sendo difícil a compatibilização entre as espécies criadouras artificiais e a visão de liberdade.

Melhor assim, ao nosso ver, será considerarmos os criadouros como animais de natureza doméstica, vez que

dependem do homem para o exercício de suas funções vitais, submetendo-os ao regime jurídico da forma doméstica.

## V – Natureza jurídica da fauna

Qualquer que seja a proteção à fauna (doméstica ou silvestre) imprescindível nos parece sua relação para com o homem. A fauna deve ser considerada um bem enquanto relacionada à incidência da ação humana. A visão antropocêntrica constitui, ao nosso ver, o ponto nuclear que justifica a tutela da fauna, reforçando tal premissa, o fato de que os animais não são sujeitos de direitos, sendo injustificável proteger-se a fauna em face da própria fauna, vez que como bem de tutela ao meio ambiente, constituir-se-á em um valor essencial à sadia qualidade de vida humana, de uso comum do povo.

Constitui-se de uma diretriz a ser seguida pelo legislador penal não fazendo sentido criar-se um tipo incriminador que não tenha como destinatário a proteção da coletividade, sendo exigência para a tipificação penal a presença do perigo e a extinção da espécie que venha a afetar a humanidade, devendo estar presente no mínimo o risco à função ecológica e sua relação ao homem, ou à afetação ao psique bem estar do homem em face da credibilidade existente.

Em nossa aceção, a fauna ganha legitimidade de dignidade de proteção penal apenas quando favorecer o próprio homem. A partir dessa visão antropocêntrica não entendemos compreensível punir o sacrifício dos animais quando em caso a sobrevivência humana, não podendo o tipo penal protetivo à fauna ter como objeto a afetação de algo diverso daquilo que não ampara a própria coletividade, cabendo ao legislador ordinário voltar sua atenção para a premissa antropocêntrica quando do trabalho de construção legislativa.

## VI – A fauna como bem ambiental

Consoante anteriormente afirmado, a fauna hoje constitui-se em um bem difuso, afastada da visão privatista de "res nullius"; não sendo propriedade de alguém.

Influenciado pela idéia de ser uma fonte esgotável, justificada constituirá sua proteção jurídica, exigindo-se a presença de três premissas, todas ligadas ao homem.

Considerada como bem difuso, de titularidade indeterminada, a fauna não deve estar sujeita a extinção, não estando à disposição de um indivíduo. Sujeita ao uso, gozo e conservação do bem, constitui-se em um bem transindividual protegido por instrumentos de tutela.

Não obstante a Lei de Proteção à Fauna inseri-la como bem de propriedade do Estado, a doutrina afirma que esse domínio não era e nem poderá residir no privatístico direito de propriedade do Código Civil, assentando-se na idéia de que a fauna é administrada e gerenciada pelo Estado, sendo impossível a aquisição do animal, permitindo-se apenas seu uso, gozo e principalmente conservação.

## VII – Finalidades da fauna

Partindo da pressuposto de que a fauna pode ser usada, gozada e conservada, imprescindível configura-nos a análise quanto a sua finalidade. Afinal, para que o homem quer usufruir, gozar e conservar o bem divino chamado fauna?

A resposta parece-nos estar ligada à função ecológica. O uso, gozo e conservação da fauna decorrem especialmente de sua missão ecológica ou ambiental, protegendo-a contra sua extinção a afetação à função ecológica, bem como à crueldade incidente sobre os animais e que atingem o psiquehumano.

A proteção à fauna visa, assim, buscar um sentido de equilíbrio ecológico que conduza a uma sadia e essencial qualidade de vida, sendo o homem, neste passo, seu imprescindível destinatário.

Consoante Celso A. Pacheco Fiorillo, a função ecológica é o elemento determinante para a caracterização da fauna como bem de natureza difusa, sendo que se o bem não preenche os requisitos de essencialidade à sadia qualidade de vida, não consistindo também bem de uso comum do povo, não carecerá de proteção jurídica, configurando-se exemplo dessa situação a fauna doméstica, sujeita ao regime de propriedade de direito civil, havendo polêmica quando da prática de atos cruéis que afetem o psique do ser humano<sup>2</sup>.

Duas discussões aliás, acerca do tema da função ecológica, devem ser analisadas; nomeadamente: as questões relacionadas às espécies exóticas e a reintrodução do animal e sua função ecológica.

Relativamente às espécies exóticas, interessantes discussões poderão existir quanto a sua proteção, não sendo raro os casos de que, sob a guarda da proteção de espécie exótica em risco, seja colocado em causa todo um ecossistema de determinada região.

Apesar de uma aparente boa intenção, consistente na introdução de espécies exóticas visando aumentar a população genética da região, possível será a afetação da fauna de toda uma região, devendo tais mecanismos serem aplicados com muita cautela, utilizando-se de instrumentos como estudos prévios, dos quais exemplos constituem os RIMAS.

A ser assim, a introdução de animais exóticos, sem qualquer cuidado, poderá conduzir a implicações contrárias, sejam ecológicas, sejam econômicas, resultando em graves conseqüências ambientais, não sendo incomum que em face de tal interpretação, o animal torne-se uma praga, destruindo o ambiente, muitas vezes sem erradicação, configurando-se exemplos dessas situações os coelhos na Austrália que, apostos com excesso, trouxeram sérios gravames ao sistema ecológico da região.

Melhor assim, para a introdução da fauna exótica, constituirá a análise prévia do impacto ambiental da região que será alvo de introdução, configurando-se efetivo instrumento eficaz, a impedir os efeitos negativos resultantes de uma introdução desordenada.

Já quanto à reintrodução do animal anteriormente extinto, importante destacar a relevância também da análise de seu impacto ambiental preventivo. A princípio, indubitável que a reintrodução poderá ocorrer visando assegurar a sobrevivência de uma espécie, mantendo quer a sua função ecológica,

quer o objetivo de restaurar a população esgotada que tenha desaparecido completamente, sendo relevante, nesse passo, estudar os motivos da anterior extinção, visando compatibilizar à reintrodução.

Para além da finalidade ecológica, a fauna possui também um fim científico. Ainda que se questione que tal finalidade já está inserida na função ecológica, por precaução, classificamos a fauna, outrossim, com um fim científico.

Por meio de sua aceção a fauna pode ser utilizada para fins de experimento, testes em laboratório, sendo sempre assegurada e resguardada sua destinação científica ou tecnológica, possuindo conotação ambiental, quer pelo artigo 225, quer pelo artigo 218, § 1º, da CF, dispendo sobre a ciência e a tecnologia. A finalidade científica da fauna, aliás, já havia sido prevista pela própria Lei 5197/67, atestando seu artigo 14:

"Poderá ser concebida a cientistas, pertencentes a instituições científicas, oficiais ou oficializadas, ou por esta indicadas, licença especial para coleta de material destinado a fins científicos em qualquer época".

Não há assim, como negar a finalidade científica à fauna, sendo prova disso, a conquista e a descoberta de medicamentos e produtos farmacológicos, relativos a doenças patogênicas, tais como a insulina, Gh sintético,

o soro antiofídico, etc., sendo justificável, portanto, conceder licenças aos cientistas visando a que explorem a fauna para fins de salvaguarda do próprio homem, devendo o legislador não criminalizar condutas que inviabilizem a produção e o avanço científico, sob pena de configurar-se uma desproporcionalidade na valoração dos bens.

Além da finalidade ecológica e científica, destaque deve ser conferido para a finalidade recreativa da fauna.

Partindo da premissa de que um dos princípios reitores do meio ambiente é o desenvolvimento sustentado, ou seja, o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e social e a conservação do meio ambiente, inegável constitui a configuração da finalidade recreativa da fauna.

A própria Constituição, aliás, determina que todos têm o direito ao lazer, e portanto, à sadia qualidade de vida, devendo-se estabelecer a compatibilização entre a preservação do meio ambiente ecológico e o direito ao lazer.

Sopesando os bens ecológico e lazer, dever-se-á, ao nosso ver, conferir preponderância àquele mais importante, utilizando-se do balanceamento e ponderação de interesse relacionados aos bens de proteção para tal escolha. Analisando-se a relação entre a necessidade da prática do lazer e sua formação de bem-estar psíquico, concluiremos pela prevalência de um dos bens, em detrimento de outro. É o que ocorre, segundo alguns, com a caça a animais em extinção, havendo um sopesamento favorável à proteção ecológica, impedindo-se o lazer. Quando, todavia, prevalecer o fim de lazer, já que ausente o risco de extinção, imprescindível será a autorização do poder público competente, sendo questionável a permissão do próprio dono da propriedade, vez que o animal não lhe pertence, sendo ilegal a óbice a visitas comuns em hotéis ou propriedades privadas, incluindo-se aqui os zoológicos.

Relativamente aos animais silvestres são eles de propriedade de todos, não havendo possibilidade de aquisição, diferenciando-se do animal doméstico que pertence a um determinado indivíduo podendo ser adquirido por outrem.

No que tange aos criadouros artificiais, há de ressaltarmos que, em não havendo independência para com o homem, considerar-se-á como animal doméstico, pouco importando ser o animal originariamente selvagem.

Por fim, cabe destacar a finalidade cultural da fauna, caracterizando-a como o conjunto de bens materiais e imateriais que compõe, a identidade e formação dos diferentes grupos formadores da sociedade.

A fauna é comumente utilizada como forma de preservar e exercitar a cultura de diversos grupos da sociedade brasileira, configurando-se como exemplos os rodeios, a farra do boi, o sacrifício do animal no candomblé. Possui, dentro de certos limites que não afrontem a crueldade ao animal, a legitimidade de sua finalidade, restando a possibilidade de tutela jurídica apenas quando presente a existência dos maus tratos ou risco de extinção da espécie, devendo-se analisar concretamente a presença da crueldade ou da afetação ecológica, sendo que nesses casos legítima será a tutela jurídica.

#### VIII – A caça e sua classificação

A caça controlada é atividade permitida e regulamentada no nosso ordenamento jurídico. Consoante afirma

Celso Fiorillo "a caça não deve ser extirpada mas controlada, dentro de um critério de sustentabilidade, pois inegável que o aumento da população, maior desenvolvimento científico das armas de fogo e de caça, tornem maior a necessidade do lazer, aumentando o risco quanto a fauna, cabendo restringir a conduta da caça, sob pena de degradação insustentável ao meio ambiente, ocorrendo desequilíbrios ecológicos prejudiciais ao homem"<sup>3</sup>.

Para evitar tal degradação o legislador permitiu a criação de espaços ambientais, em que salvaguarda estará a fauna.

A caça, segundo a própria legislação, poderá diferenciar-se em a) caça profissional; b) caça de controle; c) caça de subsistência; d) caça científica; e e) caça amadorista.

Relativamente à caça profissional, importante destacar que a mesma possui como característica o auferimento de lucro, sendo vedada pela nossa legislação, em face da esgotabilidade do bem, colocando em risco a fauna, caso aceita a chamada profissionalização da caça.

Quanto à caça denominada controlada, configura-se disciplinada na Lei 5197/67, visando o reequilíbrio do

ecossistema, em decorrência do aumento desproporcional da fauna em determinada região. A caça controlada protege a fauna contra o seu aumento pejorativo em determinado local, ressaltando-se que tal aumento poderá colocar em risco todo o ecossistema. Legítima-se, assim, diante do estudo

concreto acerca das conseqüências malélicas e desproporcionais à fauna, vedada sempre a comercialização dos animais sacrificados.

A caça controlada não se justifica, portanto, com a simples qualificação do animal como nocivo, dependendo

de uma série de outros requisitos, dos quais destaque, constitui o estudo de impacto ambiental prévio do local em que o animal está habitado, sendo exemplo desvirtuado a raposa na África que em excesso acabou por atingir o restante da fauna da região. A caça controlada legitima-se após minuciosa análise quanto à natureza do animal, o valor nutritivo da espécie como fonte, o ciclo e metabolismo, seu consumo de alimentos em vários habitats e estações do ano.

No que tange à caça de subsistência, importante salvaguardar que sua função constitui antes de tudo a

sobrevivência humana, justificando sua tutela quando em causa a afetação à fauna visando proteger o bem maior, qual seja, a própria vida humana, de nada adiantando a proteção da fauna, sem a existência do homem, cabendo ao legislador ordinário atender a tal reclamo independentemente do indivíduo que está sendo salvaguardado.

Quanto à finalidade científica, importante destacar ser ela um grande avanço para a humanidade, adquirindo

inúmeras conquistas para a sobrevivência do próprio homem, de nada adiantando criminalizar condutas que atinjam o cientista e o desenvolvimento tecnológico, já que sua finalidade constitui exatamente conferir melhor qualidade de vida. Ao nosso ver, podemos, quando muito, estabelecer certos critérios para a investigação científica, tentando-se evitar as estações de reprodução com o fim de sua preservação.

Relativamente à caça amadorista, configura-se fruto de atividade mais uma vez ligada ao lazer, sendo admitida constitucionalmente, cabendo, todavia, à lei ordinária, regulamentá-la justificando-se sua incidência quando não afetar a essencial e sadia qualidade de vida.

#### IX – Os tipos penais na lei de proteção à fauna

Relativamente aos tipos penais da fauna na Lei de Proteção à Fauna (Lei 5197/67), destaque deve ser conferido para o artigo 27 que estabelecia ser crime com pena de reclusão de 2 a 5 anos, àqueles que:

exercerem a caça profissional;

comercializarem a fauna de forma indevida, comercializando a fauna legitimada nos casos de caça controlada, científica, amadorista e de sobrevivência;

exportarem para o exterior peles, couros de anfíbios e répteis, em bruto.

Para além do artigo 27, havia também o artigo 27, § 1], que punia com sanção de reclusão de 1 a 3 anos, no

caso da fauna entrar no país, sem licença, tipificando-se ainda como crime, com a mesma pena do § 1º, quando a extinção da fauna até então legitimada (amadora, controlada, etc.) ocorresse de forma não permitida, sendo exemplo o uso do calibre 22.

Consoante a lei supracitada, constituía ainda crime, com pena também de 1 a 3 anos de reclusão, a conduta

daquele que provocasse, por meio de uso direto ou indireto de agrotóxicos, o perecimento de espécies da fauna ictiológica existentes em rios, lagos, açudes, baías ou mar territorial brasileiro (art. 27, § 2º), configurando-se crime contra a fauna, com pena de 1 a 3 anos de reclusão, a conduta do agente que pescasse de forma predatória, usando instrumentos proibidos, explosivos ou substância química de qualquer natureza.

#### X- Os tipos penais na lei de pesca

Relativamente à pesca, o Decreto-lei 221/67 punia administrativamente uma série de condutas proibidas, tendo como sancionamento a multa ou a interdição da embarcação.

Não obstante tais tipificações, alguns crimes ainda existiam, sendo exemplo o artigo 61, que punia criminalmente aqueles que pescavam por meio de substância química, tóxica ou por dinamite ou algo similar. Posteriormente, por meio da Lei 7643/87, enunciou-se o crime de pesca ou molestamento de cetáceo, com sanção altíssima de 2 a 5 anos de reclusão, tendo recentemente a Lei 9605/98 alterando diversas das normas

indiscriminadoras.

Consoante ainda a Lei 7679/88, enunciava-se como crime a conduta daquele que utilizava explosivos durante

a pesca, punindo-o com sanção de 3 meses a 1 ano de reclusão, sancionando também aquele que pescasse no período de reprodução, desova, ou de defesa, dando a entender que não seria crime a pesca em época imprópria, desde que não utilizasse o explosivo.

#### XI - Os tipos penais da fauna na nova lei ambiental (Lei 9605/98)

No que tange à nova lei ambiental, temos a afirmar que inúmeras condutas foram enunciadas por meio da nova lei ambiental (9605/98), configurando-se essa multiplicação incriminadora também patente nas ações de proteção à fauna, disciplinando condutas incriminadoras nos arts. 29 a 37.

Escolhendo, via de regra, bens jurídicos que necessitavam de proteção penal, fixou o legislador condutas

relacionadas à caça e à pesca, dispondo ainda sobre situações que excluem a ilicitude.

Não obstante o legislador ter escolhido situações que eventualmente legitimam à elevação da categoria de

crime, sob o manto de serem dignas de pena, desastroso, ao nosso ver, foram as descrições das novas condutas, havendo uma absoluta desproporcionalidade nas penas enunciadas, sem falar na falta de clareza e precisão dos preceitos primários. Ainda que justiça deve ser feita, alertando que muitas das sanções anteriormente previstas, sofreram sensível minoração de sancionamento, injustificável e ainda exagerada a legitimidade sancionatória da 9605/98.

Iniciando pelo artigo 29, constatamos a enunciação de legítimas ações, até então não protegidas pelo direito

penal, sendo exemplo disso a matança, a perseguição e caça da fauna, sem autorização do órgão competente.

Trata-se assim de uma nova modalidade criminosa, devendo-se, todavia, tomar todo o cuidado no sentido de uma visão antropocêntrica não justificando-se uma exclusiva proteção à fauna.

Se a proteção desse dispositivo pode ser considerada digna de enunciação penal, a sua descrição indubitavelmente foi confusa, não clareando o objeto de proteção, ora falando em fauna silvestre, ora migratória, ora nativa, chegando mesmo utilizar-se da expressão "quaisquer espécies", tornando inútil a sua própria definição anterior. Quanto a essa expressão, dúvidas também podem surgir vez que enunciada no plural, podendo a defesa pleitear a absolvição de seus clientes, caso a afronta atinja ironicamente uma só espécie da fauna, não sendo de boa técnica legislativa a expressão no plural.

Note-se, aliás, que o próprio art. 29 possui como sanção a pena de 6 meses a 1 ano de detenção, demonstrando ser possível o regime aberto, a substituição por restritivas, sendo aplicável, por força do art. 28 da própria lei, os institutos da Lei 9099/95.

Tal tipo penal, ao nosso ver, possui elementos normativos, vez que só puníveis quando não houver licença ou permissão da autoridade competente, tendo ainda revogado implicitamente o artigo 29 da lei 7643/87, abrangendo também os cetáceos, havendo aqui a primeira diminuição da pena, sancionando a conduta daqueles que atingem os cetáceos não mais com a pena de 2 a 5 anos, diminuindo-a para 6 meses a 1 ano.

Uma outra crítica que se pode fazer a tal dispositivo será a própria possibilidade da incidência dos arts. 14 e 15 da lei 9605/98, sendo que alguns dos seus incisos são totalmente descabidos, constituindo exemplos a diminuição da pena pela baixa escolaridade, bem como o aumento da pena se o fato for praticado aos domingos e feriados, não sabendo se o fim do legislador foi respeitar o sagrado descanso da fauna ou coonestar com a preguiça fiscalizatória do Poder Público durante o final de semana!!!

Relativamente à competência, entendemos que se anteriormente a medida da jurisdição cabia à União, vez que a fauna pela Lei 5197/67 era de propriedade do Estado, hoje, não há dúvida no sentido de que constitui um bem coletivo, afetando quer aos Estados, quer a União.

Destaque ainda deve ser conferido ao artigo 29, § 2º, da Lei 9605, que continuou punindo a caça profissional, revogando o artigo 67 da Lei 5197, tendo agora pena menor, realçando-se que se anteriormente era de 2 a 5 anos, agora será de 1 ano e meio a 3 anos.

No que tange ao artigo 30 da Lei 9605/98, constitui indubitavelmente repetição do artigo 18 da Lei 5197/67, havendo o que chamaríamos de uma "bobagem in bis in idem", vez que novamente repetiu-se a expressão

"exportar para o exterior peles de anfíbios e répteis", devendo-se aqui também tomar cuidado para uma visão antropocêntrica, sendo desnecessária a expressão "para o exterior", não justificando-se, ao nosso ver, a tentativa de parte da doutrina de compreendê-la como sinônimo de internalização.

Ressalte-se, outrossim, que em face da nova legislação ambiental, houve a revogação do artigo 18 da lei supracitada, passando a pena, agora, a ser de 1 a 3 anos, e não mais de 2 a 5 anos, configurando-se uma terceira diminuição ultimada pela Lei 9605/98. Esclareça-se, aliás, que tal conduta dependerá de perícia, já que imprescindível sabermos quando se trata de pele de anfíbio ou réptil, elementos essenciais do tipo. Anote-se, outrossim, que tal tipo não se enquadra como contrabando, vez que é específico em relação ao art. 334, podendo incidir aqui também a Lei 9099/95.

No que cabe ao artigo 31 da Lei 9605/98, constitui um tipo penal que independe de perícia, bastando a entrada do animal no território nacional, assemelhando-se ao artigo 334 do Código Penal, com a diferença de que a conduta se relaciona a fauna nacional e não a questão tributária, sendo viável a incidência da Lei 9099/95.

Quanto ao artigo 32 da Lei 9605/98, críticas devem ser feitas quanto a sua descrição, vez que desconhecida e não normatizada a expressão "ato de abuso", podendo-se chegar ao ponto de pasmarmos: será esse abuso o sexual?? Destarte, a expressão "maus tratos" é nome "iuris" do tipo penal inserto no artigo 136 do Código Penal, tendo o legislador absurdamente se esquecido de tal fato, apenando mais severamente àquele que afronta um animal do que aquele que não cuida de um tutelado ou curatelado, demonstrando a total ausência da visão antropocêntrica.

Possui, portanto, como objeto de tutela qualquer animal, incluindo, portanto, não apenas o silvestre, mas, em especial, o doméstico, o domesticado, o exótico e o nativo, podendo chegar-se ao absurdo em criminalizar-se também quando a conduta vise a fins científicos ou didáticos, não se entendendo o motivo pelo qual se compatibilizaria o uso de abuso e o fim científico, atingindo até mesmo um cientista como o professor Pardal esclerosado, que tenha como intuito o fim científico e a maldade, sendo a pena triplicada caso ocorra a morte do animal, configurando-se gravíssima a apenação relembrando que normalmente o fim científico acaba por resultar na morte do animal sob experiência, constituindo o tipo penal um obstáculo ao avanço científico e tecnológico, tendo tal dispositivo revogado o artigo 64 da Lei das Contravenções.

No que tange ao artigo 33 da Lei 9605, importante destacar que seu bem jurídico constitui a fauna ictiológica, enunciando uma pena 1 a 3 anos de reclusão, punindo aquele que polui o meio ambiente por meio de agrotóxicos. Tal tipo, revogou o art. 27, § 2º, da Lei 5.197, tendo a pena permanecido a mesma. Ressalte-se, ainda, que tal norma incriminadora depende de perícia, já que constitui crime de resultado, devendo ocorrer o perecimento, morte de espécies – e não apenas uma espécie – sendo possível mais uma vez a incidência da Lei 9099/95.

Uma crítica favorável à Lei 9605/98, constitui a enunciação do art. 34 que puniu a pesca em período proibido ou em local interdito, independentemente de usar ou não de explosivo ou substância química, enunciando uma pena de detenção de 1 a 3 anos. Previu-se, assim, a punição daqueles que tinham autorização e não a cumpriram, sendo que aqueles que não a tinham, serão também punidos pelo art. 29, enquanto que aqueles que tinham autorização, mas se excederam serão punidos, sendo uma norma penal em branco, incidindo também a Lei 9099/95.

Quanto ao artigo 35 da Lei 9605/98, importante frisar que tal dispositivo já existia, punindo-se o uso de

explosivo, realçando-se apenas que a pena agora será maior, sendo uma norma penal em branco, vez que necessário será definir o que é substância tóxica, tendo como objeto a fauna ictiológica, ocorrendo o crime com a mera debilidade temporária, não se exigindo a morte do animal.

Concluimos, assim, que a tutela jurídica da fauna exige muita cautela. Apesar de essencial para uma sociedade cujos recursos ambientais estão cada dia mais escassos, imprescindível nos parece que o legislador tenha como premissa sempre os princípios constitucionais penais, observando-se antes de um procedimento legiferante-penal, sempre os princípios da tipicidade, proporcionalidade e subsidiariedade, cabendo refletir se jurisdições administrativas e civis efetivamente independentes do poder estatal, não serão suficientes para coibir a maior parte de condutas atentatórias ao meio ambiente.

\* Doutor em direito processual penal pela PUC/SP,

mestre em direito penal por Coimbra/Portugal,

advogado e membro do CNPCP.

#### Bibliografia

BECHARA, ÉRICA – Direito Ambiental – Tese de mestrado apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998.

FIORILLO, CELSO et alli – Manual de Direito Ambiental e Legislação aplicável. Editora Max Limonad.

FREITAS, VLADIMIR E GILBERTO – Crimes contra a natureza – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 4 edição.

PRADO, LUIS REGIS – Crimes contra o ambiente – Editora Revista dos Tribunais, 1998, São Paulo.

<sup>1</sup> Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável. São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 300/301.

<sup>2</sup> Op. Cit., p. 305.

<sup>3</sup> Op. Cit., p. 320.

Dignidade da Pessoa e a Declaração Universal dos Direitos Humanos

MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA\*

O Estado Democrático de Direito (1) tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa

humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Embora todos reflitam na interpretação e aplicação das leis penais e processuais, destacam-se a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como os principais para modificar a forma de análise dos fatos de interesse jurídico-penal.

A dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do

Estado na vida no cidadão e por esta razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real destes direitos. Desta forma, a concretização e eficácia jurídica de um direito ocorre com a manifestação dos órgãos do poder judiciário que lhe dão eficácia.

Não podemos mais aceitar o formalismo legalista da função judicial, característico do Estado liberal, uma vez

que o Estado Democrático de Direito, pelo seu sentido crítico, não se satisfaz com uma pura e simples interpretação a partir de uma norma, como uma verdade universal e perene, distante da realidade onde deve intervir.

Os princípios que norteiam os direitos e garantias previstos na Carta Magna são as linhas mestras que

estabelecem os limites da atuação do Estado na sociedade contemporânea. A simples existência de direitos fundamentais separada de suas garantias de nada valem, pois, como afirma Jorge Miranda, os direitos permitem a realização das pessoas e têm interferência imediata nas esferas jurídicas, enquanto as garantias estabelecem-se em função do nexo que possuem com aqueles(2).

O poder punitivo do Estado decorre do conjunto de poderes que lhe atribui a Constituição Federal para criar e

aplicar o direito, sendo a criação das normas competência exclusiva do poder legislativo, enquanto sua aplicação é do poder judiciário. Entretanto, esse conjunto de poderes não é ilimitado, mas seus limites e extensão são definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Saliente-se, também, que estes princípios não são entendidos de modo apriorístico e universal, pois decorrem

de valorações que se dinamizam em conformidade com as características do grupo social a que se dirigem.

No dia 10 de dezembro de 1948 a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos

Direitos Humanos como sendo o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, resultado de diversas situações e momentos históricos vividos pela humanidade. Acerca desse tema não podemos esquecer a Declaração Americana dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em Bogotá, Colômbia, em março do mesmo ano.

Foi a primeira vez que uma comunidade universal de nações formulou uma declaração sobre os direitos e

liberdade fundamentais do homem, a qual resultou no reconhecimento de valores e bens jurídicos cuja proteção interessa à comunidade internacional, o respeito da pessoa, sua qualidade de sujeito de direito, estando todos os Estados obrigados, frente a comunidade de países, ao respeito e reconhecimento desses direitos.

Após a Primeira Guerra Mundial, da qual teriam surgido idéias de negativismo e desânimo, seguiram-se dias

piores, com a crise econômica e o aparecimento do fascismo, o nazismo e então a Segunda Guerra Mundial. Dessa desastrosa experiência, com os horrores conhecidos, houve uma resposta afirmativa em escala mundial na qual resultou a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Como oposição aos céticos, os negadores da significação objetiva da ética e da justiça, veio esse marco, afirmar o fundamento da vida social: "a dignidade inerente a todos os membros da família humana".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos se constitui num dos documentos fundamentais da civilização

contemporânea; inicia com a denúncia histórica dos "atos bárbaros, que revoltam a consciência da humanidade", e afirma como valores universais os direitos humanos básicos, como o direito à vida e à liberdade, à segurança, à educação, à saúde e outros, que devem ser respeitados e assegurados por todos os

Estados e por todos os povos.

Há um duplo reconhecimento na base da Declaração Universal. Primeiro, que acima das leis emanadas do

poder dominante, há uma lei maior de natureza ética e validade universal. Segundo, que o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana. Afirma que a pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica. É a fonte das fontes do direito.

Como lembra Franco Montoro, esse reconhecimento retoma a antiga sabedoria jurídica, expressa de forma

lapidar no Digesto Romano: "Por causa do homem é que se constitui todo o direito" (Hominum causa omne jus constitutum est, JUSTINIANO D.1.5.2.).

"A dignidade do homem é inviolável", são as primeiras palavras do artigo 1º da Lei Fundamental ou Constituição da Alemanha, no pós guerra. Não se trata de simples enunciado ou declaração. Como texto constitucional, essa expressão tem caráter normativo. Assim, qualquer norma administrativa, legal ou ato jurídico que desrespeitar essa dignidade será inconstitucional e, por isso, sem validade.

É indispensável assinalar como característica que os direitos fundamentais estão acima das ideologias políticas, e sua concepção de universalização serve de fundamento e mecanismo de evolução do moderno

Estado Democrático.

Sendo a Constituição Federal uma lei fundamental e suprema de um Estado, significa, ao menos no campo

teórico, que é a última, não existindo outra, pois se existir uma outra antes e acima dela, ela deixa de ser fundamental.

Segundo Ferraz Júnior "Há uma séria discussão no mundo jurídico-político sobre se certas normas contidas

nas constituições modernas, ou seja, a partir dos movimentos constitucionalistas, que nos vêm da Revolução Francesa e do constitucionalismo norte-americano, embora contidas na Constituição, de certa maneira estão ali por reconhecimento do constituinte, posto que na verdade estariam até acima da própria Constituição". Seria o caso dos Direitos Humanos, entendidos como o direito à vida, à liberdade, à propriedade etc.

Alguns entendem os Direitos Humanos como sendo um corpo jurídico dito de direito natural, ínsito na natureza humana, e que portanto está acima das Constituições que são obra política, feita pelos homens. Assim admitido, poderíamos dizer que uma Constituição é uma lei fundamental e suprema de um Estado, mas acima dela existe o direito natural, isto é, se uma Constituição não respeitar esse direito, nesse ponto ela não obriga, havendo até, conforme Ferraz Júnior, um direito (natural) de ir contra a própria Constituição.

A respeito da importância da defesa dos direitos fundamentais, já tivemos a oportunidade de escrever que a conciliação entre os direitos dos particulares e a soberania do Estado é um dos mais relevantes questionamentos a serem feitos. A lei não pode ser concebida como produto do arbítrio, mas de uma vontade geral encaminhada diretamente a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. Foi essa idéia que serviu de guia ao Estado de Direito, em que os direitos fundamentais aparecem não como concessão, porém como corolário da soberania popular, através da premissa que a lei não implica somente um dever, senão um direito para o indivíduo.

Assim, Perez Luño: "o homem somente pode ser livre em um Estado livre, e o Estado somente é livre quando se edifica sobre um conjunto de homens livres".

Nesses cinquenta anos de existência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o mundo vem lutando para que a dignidade humana se realize por completo, tornando-se um autêntico paradigma ético, e os direitos nela inscritos constituem hoje um dos mais importantes instrumentos de nossa civilização, visando assegurar um convívio social digno, justo e pacífico.

O momento atual afigura-se como oportuno, uma vez que todos os segmentos da sociedade, inclusive a magistratura nacional não pode continuar como mera espectadora, aguardando a ocasião do contato frio com as informações que lhe são trazidas; urge que tomemos uma posição mais avançada, em defesa do cidadão, da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito.

Sabemos que a cidadania e os direitos humanos não são apenas idéias de efeitos legais ou sociais, mas doutrina de conseqüências cosmológicas, importando na possibilidade de um mundo melhor.

Devemos acreditar que a verdadeira Justiça só se concretiza por meio de uma efetiva participação, onde todos

atuem em favor do bem comum, isto é, de todas as pessoas, sejam elas crianças e adolescentes, mulheres, negros, homossexuais, idosos, índios, portadores de deficiências, policiais, presos, estrangeiros, populações de fronteiras, migrantes, refugiados, despossuídos e os que têm acesso à riqueza.

Além do rol de proteção da pessoa humana e sua dignidade, a Declaração tem outra função que também é particularmente importante para os juízes. Os direitos fundamentais se constituem no meio que pode resolver o velho problema do direito válido e a justificação de sua obediência, ou seja, da

identificação entre o direito positivo e o modelo do direito justo, da questão que Kelsen traçava com a integração do dinâmico com o estático.

O artigo 1º da Constituição Política Espanhola assinala que são valores superiores do ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político, e este conjunto, unido aos direitos fundamentais, pode incorporar ao direito positivo esses ideais de justiça dos valores e dos direitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, estabelece no seu artigo 1º(3) a dignidade da pessoa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A dignidade decorre da própria natureza humana (4), o ser humano deve ser sempre tratado de modo diferenciado em face da sua natureza racional. É no relacionamento entre as pessoas e o mundo exterior e entre o Estado e a pessoa que se exterioriza os limites da interferência no âmbito desta dignidade. O seu respeito, é importante que se ressalte, não é uma concessão ao Estado, mas nasce da própria soberania popular, ligando-se a própria noção de Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, afirma Chaves Camargo (5) que inexiste uma específica definição para a dignidade humana, porém, ela se manifesta em todas as pessoas, já que cada um, ao respeitar o outro, tem a visão do outro. A dignidade humana existe em todos os indivíduos e impõe o respeito mútuo entre as pessoas, no ato da comunicação, e que se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado. Tais direitos são inerentes, porque conhecidos pelas pessoas, não podendo, portanto, o Estado desconhecê-los. A este cabe, ainda, criar condições favoráveis para uma integral realização dos mesmos.

A garantia do respeito aos direitos fundamentais torna-se expressa quando a Constituição afirma no seu artigo 5º, XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. É certo que a natural inclinação do Estado ao abuso do poder, especialmente pelo seu Poder Executivo, diminui de modo inversamente proporcional, na medida em que as portas do Poder Judiciário estão abertas aos cidadãos e a seus reclamos. É ao poder jurisdicional que incumbe assegurar o cumprimento das normas constitucionais, mantendo sempre o curso do poder estatal em direção a proteção da dignidade da pessoa humana.

A jurisdição, como uma função substitutiva visa, essencialmente, a pacificação dos interesses, expressos em conflitos de natureza civil, penal, constitucional, etc., buscando facilitar e garantir a vida em sociedade.

No campo da Justiça Penal, os fundamentos e princípios constitucionais a ela aplicáveis, muito embora inexista a hierarquia entre os preceitos constitucionais relacionados com os direitos e garantias individuais, avultam em importância, porque têm como objetivo a proteção do direito de liberdade do indivíduo.

Essa questão é primordial e deveria estar presente nos melhores afazeres dos magistrados, a justiça de suas atuações.

Acreditamos que deveria haver um efetivo trabalho em prol de um sistema jurisdicional que contribua e possa gerar um modelo de direito justo, moralmente legítimo, e isto passa necessariamente pelo prestígio da pessoa humana, cabendo ao Poder Judiciário proporcionar-lhe tutela jurídica.

A discussão parece ser fundamental, ou seja, o alargamento da verdadeira distribuição de justiça, partindo de uma revisão do que seja a sua própria atividade jurisdicional. Não se espera e nem se pretende que o Poder Judiciário deixe de ser o aplicador da lei, inclusive porque temos uma formação romanística de submissão à lei, que não podemos evidentemente abandonar, mas não há dúvida também que a lei precisa ser interpretada com visão social e realista.

Conforme aponta Celso Bastos, nenhuma lei traz consigo a solução inexorável, inevitável nesta composição entre a lei e o fato incontestes, pois sempre entra um ingrediente volitivo. Kelsen, o mais formalista dos formalistas, deixa claro na definição que dava de sentença: sentença é um ato de vontade expedido pelo juiz, que se enquadra diante do descrito pela lei como sendo sentença. Quer dizer, o juiz expede sentença por duas

razões; primeiro porque tem uma lei acima dele, que diz que o que expediu com nome de sentença é uma sentença. Portanto, é um elemento formal, é uma quadratura, é um espaço. Agora, dentro deste espaço, o juiz vai preenchê-lo, vai escolher o teor da sua sentença, através de um ato, diz Kelsen. É um ato volitivo.

Essa vontade tem de ser preenchida através da captação realmente de uma vontade coletiva, da vontade maior da sociedade. É importante que tenhamos a consciência de que nada adiantará a mera existência de uma legislação com caráter social; é preciso ter um Poder Judiciário efetivo, atuante e independente, porque em última análise a qualidade de uma ordem jurídica é a qualidade que o Judiciário tem condição de conferir a todos os cidadãos.

Ninguém ignora que a independência da magistratura é uma das mais importantes garantias do sistema de proteção aos direitos humanos, segundo anotações de Fábio Comparato. Seria um verdadeiro escárnio se o nosso País, lembra o citado jurista, exatamente no cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, desse às novas gerações de brasileiros, com a supressão prática de um Judiciário independente, o triste espetáculo de uma involução institucional na defesa da dignidade humana.

Partindo de uma perspectiva jurídica, moral e política, tem-se a pretensão de que a jurisdição seja exercida conforme as verdadeiras características e que ela se constitua em real instrumento de proteção da pessoa e sua dignidade; hoje não pode ser posto em dúvida que entre as funções essenciais da magistratura deve considerar-se a efetiva cautela dos direitos fundamentais, o enriquecimento das normas que os exprimem e o fortalecimento dos mecanismos processuais que permitam seu reconhecimento.

\*Juiz do Direito em São Paulo – Professor Livre Docente e Associado em Direito Processual Penal da PUC-SP; e  
Diretor Cultural e de Eventos da Academia Paulista de Magistrados

Bibliografia:

Andrade, Vera Regina Pereira. Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos – São Paulo, Ed. Acadêmica, 1993.

Bastos, Celso Ribeiro. Direitos e Garantias Individuais. In: Constituição e Constituinte – Cadernos APAMAGIS, vol. 6 – São Paulo, 1987.

Chaves Camargo, Antônio Luís. Culpabilidade e Reprovação Penal. São Paulo. Sugestões Literárias, 1994.

Comparato, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados? Rio de Janeiro – In: Cidadania e Justiça – Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, nº 4-1º semestre/1998.

Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Constituinte – São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

Kelsen, Hans. O problema da Justiça – São Paulo – Martins Fontes, 1996.

Luño, Antonio Enrique Perez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución – 2ª ed., Madrid, Technos, 1986.

Montoro, André Franco. Cultura dos Direitos Humanos, março de 1998. São Paulo (mimeo).

Nunes, Luiz Antônio Rizzato. Liberdade – Norma, Consciência, Existência – São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

Silva, Marco Antonio Marques da. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito – São Paulo – Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

Juizados Especiais Criminais – São Paulo – Ed. Saraiva, 1997.

\*Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de São Paulo, Professor Livre-Docente e Associado da PUC/SP, Diretor Cultural e de Eventos da Academia Paulista de Magistrados.

Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, t. IV, 2ª ed. Coimbra Editora, 1998, pág. 89.

"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do

Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: {...} III – a dignidade da pessoa humana".

Chaves Camargo, Antonio Luis. Culpabilidade e reprovação penal. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, pág. 12 e 31.

Idem pág. 28-29.

DIREITOS HUMANOS: ACESSE ESTE LINK: <http://www.apmbr.com.br/revista/dirhum/index.htm>