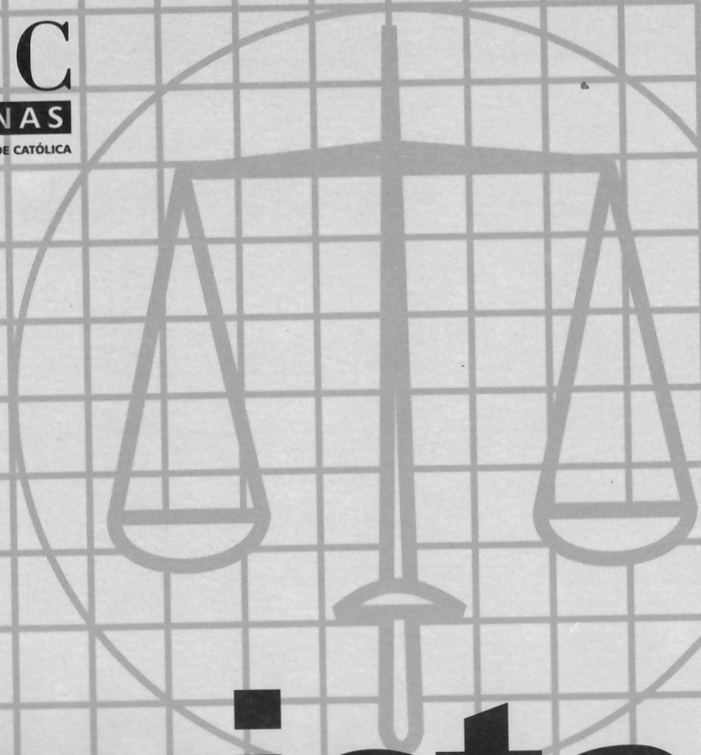


ISSN 0103-5622



PUC
CAMPINAS
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA



Revista Jurídica

Vol. 18 - Nº 2 - 2002

FACULDADE DE DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR

Pe. José Benedito de Almeida David

VICE-REITOR

Pe. Wilson Denadai

Pró-Reitoria de Graduação

Jamil Cury Sawaya

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Profa. Dra. Vera Sílvia Marão Beraquet

PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Profa. Dra. Carmen Cecília de Campos Lavras

PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO

Prof. Antonio Sergio Cella

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Jamil Miguel

REVISTA JURÍDICA

Periodicidade Semestral

CONSELHO EDITORIAL

Prof. João Batista Lopes

Prof. Régis de Moraes

Profa. Constança Marcondes César

Renan Severo Teixeira da Cunha

Heitor Regina

Jamil Miguel

Jorge Luiz de Almeida

Editora responsável - Vera de Arruda Rozo Cury

Ana Maria Melo Negrão - Revisora

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tels. 3735-5899 ou 3735-5833
CEP 13020-904 ou Caixa Postal 317 - CEP 13012-970 - Campinas, SP

Revista Jurídica

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica	Campinas	v. 18	Nº 2	p. 1-235	2002
------------------	----------	-------	------	----------	------

SUMÁRIO

ARTIGOS

“Uma singela reflexão crítica sobre a atual crise que assola o poder judiciário brasileiro e a tendência hodierna da processualística civil nacional: da falência do procedimento ordinário à descoberta e valorização das tutelas de emergência, com o reencontro da celeridade procedimental e a salvaguarda do devido processo legal”	
Luciano Pasoti Monfardini	5
A homologação da transação penal após o cumprimento das condições da proposta	
Vinícius de Oliveira e Silva e Wellington Augusto de Moura Bahe	56
Aspectos sócio-jurídicos sobre o plantio e consumo de transgênicos	
Simone Yamamura	64
Breves notas sobre a reforma do CPC pela lei nº 10.358/2001	
Valdeci dos Santos	83
“Ecologização” das sociedades e o direito ambiental	
Regis de Moraes	94
A história do direito no mercado comum das ciências do homem: Péricles e a imaginação democrática	
Arnaldo Moraes Godoy	108
Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde	
Luiz Cietto	118
Ética médica	
Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo Gama	169
Aspectos do tema da justiça em Reale e Braz Teirxeira	
Constança Marcondes Cesar	180

Breves considerações sobre a obra de Paul Ricouer	
João Carlos José Martinelli	188
O mundo como coisa em si e a imagem humana do mundo	
Luís Fernando Lobão Morais	191
Falsa identidade: breves notas jurídico-instintuais	
Carlos Henrique Maciel	219

ARTIGO

“UMA SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE QUE ASSOLA O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A TENDÊNCIA HODIERNA DA PROCESSUALÍSTICA CIVIL NACIONAL: DA FALÊNCIA DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO À DESCOBERTA E VALORIZAÇÃO DAS TUTELAS DE EMERGÊNCIA, COM O REENCONTRO DA CELERIDADE PROCEDIMENTAL E A SALVAGUARDA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL”

Luciano Pasoti MONFARDINI*

I- DAS CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

Brasil, 2002. Tempos difíceis, tempos modernos!

Objetiva fundamentalmente este singelo e despretensioso trabalho acadêmico analisar, à luz da atual crise que assola o Judiciário e suas principais estruturas, as últimas tendências processuais civis em cotejo com os diplomas anteriores e, sobretudo, **refletindo exemplificativamente sobre o novo sistema de “tutelas de urgência” (tutela jurisdicional diferenciada) compreendido pelos artigos 273 (tutela antecipada) e 461 (tutela específica) do atual Código de Processo Civil Brasileiro.**

(*) Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, advogado militante em Campinas e professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Espírito Santo do Pinhal/SP (CREUP).

Além disso, pretende-se tecer rápidas mas severas críticas às eternas propostas de **atribuição de efeito vinculante às súmulas oriundas dos Tribunais superiores**, revelando como seria afetado de morte o princípio do devido processo legal, sepultado o controle difuso de constitucionalidade e gravemente ferida a Constituição Federal.

A **ética** e a **efetividade** do processo são as maiores necessidades atuais para que, ao lado de soluções legislativas criativas e esforços governamentais satisfatórios, com a sua satisfação seja possível resolver os problemas do Judiciário e garantir a consciência, o acesso e a verdadeira distribuição de justiça.

Mas, indubitavelmente, qualquer iniciativa para análise ou reflexão sobre qualquer instituição nacional exige, vestibularmente, ainda que de uma forma perfunctória e prolegomenal, desprovida de grande rigor científico-sociológico, uma contextualização da realidade social vivida pelo país.

Referida necessidade ganha incomensurável importância quando o foco das atenções é o Judiciário e as estruturas nele envolvidas.

Cumpra reconhecer que o poder Judiciário é a sede própria para a solução de todos os conflitos que escapam ao bom funcionamento das regras e relações jurídicas. Isto porque a regra é o perfeito funcionamento das relações e dos negócios jurídicos, sendo as dúvidas ou conflitos as exceções, as “patologias” que exigem a atuação do Judiciário e os processos são os instrumentos de cura destas anomalias.

E é cediço que se o Judiciário vai mal, outra não pode ser a realidade social. Pior ainda, se a sociedade vai mal, a atuação do Judiciário deveria ser tal que garantisse, satisfatoriamente, a efetividade, a ordem e a paz social.

Nesse diapasão de idéias, triste e cruel é a realidade sócio-cultural do país. Índices alarmantes de criminalidade espalham um sentimento indiscriminado de insegurança e impunidade; escândalos de corrupção e péssima destinação do erário público desmoralizam as instituições públicas nacionais; a pobreza econômica e cultural agrava cada vez mais a crise do desemprego e defenestram as garantias mínimas dos cidadãos brasileiros; a desestruturação social na saúde, educação, moradia, previdência social, etc, impingem ao país bolsões de miseráveis e alienados...

Prova cabal disso é o relatório sobre “A Situação dos Direitos Humanos no Brasil”, realizado pela OEA - Organização dos Estados

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

Americanos - em 1997, há apenas quatro anos, quando então essa comissão identificou em seu comunicado de imprensa, de 9 de dezembro, os principais problemas nacionais:

- **A administração da justiça;** (grifo nosso)
- Os grupos de extermínio;
- A violência urbana e rural e a falta de segurança das pessoas;
- A discriminação racial;
- A situação da população indígena;
- A violência contra os ocupantes de terras não rurais exploradas;
- Os problemas dos meninos e meninas de ruas;
- A violência policial e sua impunidade e a tortura como meio de investigação;
- O sistema penitenciário;
- A competência dos tribunais militares para julgar delitos comuns cometidos por policiais estaduais (“militares”);¹
- A situação de servidão forçada dos trabalhadores rurais;

Ora, cada um destes tópicos, pela gravidade do problema que representa para toda a sociedade brasileira, mereceria um dedicado estudo sociológico a parte mas, inevitavelmente, se afastaria este trabalho de sua verdadeira finalidade, qual seja, refletir social e juridicamente, embora com um método tridimensionalista de abordagem², sobre a atual crise do judiciário e as novas tendências legislativas para o Direito Processual Civil.

No entanto, seguramente não foi ao acaso que se mencionou “a administração da justiça” como o primeiro e grande problema nacional.

É evidente que o poder Judiciário brasileiro está eivado de gravíssimos problemas estruturais e até institucionais. Se assim não estivesse, se cumprisse com a sua função jurisdicional e salvaguardasse a ordem jurídica e garantisse a paz social, nenhuma anomalia social séria seria vislumbrada.

⁽¹⁾ Alterado por lei. Atualmente os crimes comuns cometidos por militares são da competência da justiça comum, estadual ou federal.

⁽²⁾ Entender o direito e a realidade que o cerca, sempre dinâmica e mutável, como o resultado de uma interação constante dos valores, dos fatos sociais e das normas propriamente ditas.

Todos os conflitos estariam sendo resolvidos satisfatoriamente e o equilíbrio estaria minimamente mantido.

No entanto, o relatório vai mais além em suas conclusões e enfatiza:

“O sistema judicial, salvaguarda primeira das garantias que deve oferecer o Estado, sofre de lentidão, formalismos complexos e desnecessários e ainda de debilidades institucionais. As mesmas resultam na impunidade institucionalizada de funcionários - policiais (SIC) por seus próprios abusos ou de grupos de delinqüentes protegidos pelos policiais (SIC) ou pela inoperância do aparelho judicial. As barreiras jurisdicionais entre os estados e a União são utilizados para protelar e burlar a justiça, facilitando assim a ação dos delinqüentes. Competências especiais como o da justiça militar para julgar abusos ou delitos de funcionários policiais não se justificam, e contribuem para a impunidade”³

Percebe-se assim, que é justamente esta a realidade que se deve ter em mente para se nortear todo o trabalho da reforma do judiciário, na busca da melhor maneira de se administrar a justiça, distribuindo-a, de forma equilibrada, equânime e, principalmente, justa.

Assim sendo, forçosamente impende reconhecer a gravosa crise que há muitos anos vem assolando irremediavelmente o Judiciário, talvez atingindo seu ápice nos dias atuais, acarretando cada vez mais funestas e irreparáveis conseqüências para toda a sociedade. O conjunto das mazelas agregadas é complexo (dificuldades intransponíveis de acesso à justiça pelo economicamente hipossuficientes; a morosidade excessiva dos feitos pelo número absurdo de demandas, existência de recursos meramente protelatórios, número insuficiente de juízes, péssima estrutura física do Judiciário, despreparo dos advogados e funcionários da justiça, sobrecarga de serviços, burocratização dos procedimentos, dificuldades legislativas, falta de eficácia e incidibilidade das leis, etc) e corolário dele é o descrédito geral e o comprometimento da efetividade na distribuição da justiça.

A tudo isso, também devem ser somados novos fatores que, irrefutavelmente, tenderão a agravar mais a crise se soluções macro-estruturais

⁽³⁾ Vide nota 4

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

e, sobretudo, criativas e eficazes, não forem urgentemente tomadas. Inolvidável é a evolução tecnológica que aumenta assustadoramente a complexidade das novas relações jurídicas, inéditas no mundo pós-moderno. Fundamental que o Direito acompanhe minimamente a dinâmica das transformações sociais e culturais. Atualmente, já se exige do judiciário e do legislativo respostas imediatas e satisfatórias a temas que vão desde a clonagem humana até a disciplina para harmonia e funcionamento dos mega-blocos econômicos do mundo, passando por conflitos étnicos e religiosos e flagrantes diversidades culturais e ambientais que também exigem auspiciosa tutela jurídica.

Infelizmente, a realidade da justiça nacional é desanimadora. Fundamentalmente, carece de um **comportamento mais ético daqueles que lidam e operam com o Direito e também uma maior efetividade no exercício jurisdicional**. Soluções legislativas devem satisfazer em menor tempo possível também o maior número possível de pessoas. **Enquanto o Judiciário, nas palavras do insigne professor Alberto Camiña Moreira, “se restringir ao julgamento das demandas de Cáio contra Tício, estará fadado à crise eterna!”**

Referidos aspectos da crise do Judiciário serão objeto de análise mais pormenorizada na sequência deste, repita-se, singelo e despretenso escorço acadêmico.

Contudo, não obstante a dimensão absurda do problema, o processo de solução depende de decisões lógicas e filosóficas. Não se pode pretender atingir elevados graus de otimização ou efetividade se o mínimo de condições não forem satisfeitas. Absolutamente, em nada adiantam maravilhosas teses jurídicas se faltar a consciência proemial das **verdadeiras fontes do Direito, da filosofia da Justiça e dos valores humanos envolvidos na questão**.

Mas, infelizmente, o que se tem observado ultimamente é a repetição inoficiosa de um gravoso erro cometido pelo Legislativo e, cegamente, aplicado pelo Judiciário, pressionado politicamente pelo Executivo: **tentar encontrar soluções legislativas para problemas estruturais e conjunturais**. Ora, com exceção daquelas iniciativas legislativas que realmente satisfazem as necessidades e ao mesmo tempo respeitam os princípios constitucionais e garantias individuais fundamentais – como é o caso por exemplo dos mecanismos de tutela de urgência e das ações coletivas – não se podem aceitar soluções legislativas para problemas conjunturais. Estes

devem ser resolvidos com recursos econômicos e iniciativas governamentais!

A aceitação da atribuição de efeito vinculante às súmulas oriundas dos Tribunais superiores é um dos exemplos do supramencionado erro e, conforme será, superficialmente, tratada neste trabalho, afetará o próprio princípio do devido processo legal, base de todo o direito processual, abrangente que é dos demais princípios da legalidade, da igualdade, da segurança, da justiça, do duplo grau de jurisdição, etc.

Por enquanto, passemos à prometida análise da evolução do direito processual civil que tem culminado com as tutelas de urgência e defesa coletiva dos direitos individuais e mecanismos coletivos de defesa dos direitos.

II- DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Não obstante todas as mazelas atuais do Judiciário e que revelam irrefutável crise na administração da justiça, indubitavelmente, nota-se importante evolução na processualística civil brasileira.

Inegável é a sofisticação de nosso diploma processual civil, em cotejo até com as leis adjetivas italianas e alemães, em matéria referente às tutelas diferenciadas e de emergência, também nos instrumentos de defesa coletiva de direitos (individuais homogêneos) e mecanismos de defesa de direitos coletivos (difusos e coletivos *strictu sensu*).

Há, hodiernamente, o reconhecimento e a certeza de que o direito substancial é absolutamente nada sem o instrumento hábil e idôneo para a sua efetivação.

Pecava, essencialmente, o Código de Processo Civil de 1939 pela dificuldade de sua instrumentalidade e sua maior necessidade era o encontro da celeridade procedimental.

No diploma processual de 1973 houve alguns avanços, evidenciando-se maior rigor técnico e sistemático, como, por exemplo, a previsão do julgamento conforme o estado do processo e ainda a tentativa de simplificação do sistema recursal. Mas a persistências de gravosos problemas, tais como o número excessivo de procedimentos, a adoção do rito sumaríssimo em total descompasso com a estrutura do judiciário, a vastíssima atacabilidade das decisões interlocutórias e a despreocupação com o processo de execução, impuseram a necessidade de drásticas reformas ocorridas em 1994

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

Referida reforma, visando a agilização, a simplificação e a desburocratização do processo, trouxe mudanças na prova pericial, a alteração do regime do agravo de instrumento, a previsão da ação monitória e, ao que mais nos interessa, **a introdução da tutela antecipada e tutela específica, formando como se demonstrará mais adiante um verdadeiro “micro-sistema” de tutelas diferenciadas de urgência.**

Mas, pela permanência de problemas, já se fala em uma 2ª. mini-reforma ou “reforma da reforma” que, entre outras propostas constantes do projeto, permitirá a admissibilidade da tutela antecipada mesmo em caso de irreversibilidade do provimento antecipado, quando a denegação da medida puder impingir ao autor prejuízo maior e irreversível para o autor.

Revelam-se, assim, inolvidáveis tendências no processo civil moderno: a abreviação dos procedimentos, a adoção cada vez maior das técnicas de sumarização - na expressão do professor Kazuo Watanabe em sua obra “Da Cognição no processo civil” -, a adoção de provimentos antecipatórios, liminares, executivos *lato sensu* e mandamentais, sempre para atender aos reclamos hodiernos, em virtude da crise atual, de efetividade e celeridade processual.

Conforme vaticinam João Batista Lopes, Ovídio Baptista, Arruda Alvim, Dinamarco, Tarzi, Bedaque e outros processualistas de renome nacional e internacional, fundamental a “revisitação” dos institutos fundamentais do direito processual civil, à luz de uma nova realidade.

Nesta intenção, o processo destaca-se hoje mais pelo seu fim social e não somente pela sua característica meramente instrumental. A efetividade do processo, na verdade, o revela como instrumento de realização da justiça e pacificação social.

As últimas criações legislativas acerca da tutela antecipada e das execuções *lato sensu* e provimentos mandamentais são oriundas de uma única pergunta que ultimamente tem sido feita: Por que percorrer os sinuosos e longos caminhos do procedimento ordinário nos casos em que o direito do autor é evidente ou corre seríssimo risco de perecer em caso de demora na entrega da prestação da tutela jurisdicional?

III- DA TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

Trata-se de expressão utilizada primeiramente pelo mestre italiano Andrea Prato Pisani que, entre as suas considerações, dispara severa e

impiedosa crítica àqueles que empregam a expressão de forma indiscriminada e tão somente para indicar a formação de procedimento especial inerente ao processo de cognição plena e exauriente ou como formas de tutela sumária, cautelar ou sumária “tout cort”. Segundo o insigne jurista trata-se, na verdade, não de uma mera especialidade de procedimento mas de instrumento para o encontro da efetividade do processo, assegurando à parte o tipo ou espécie de tutela mas adequado à proteção real do direito.

Interessante o magistério de Donaldo Armelino que distingue dois posicionamentos para a tutela diferenciada: em um primeiro aspecto quanto à própria tutela pretendida, ou seja, quanto ao provimento jurisdicional que atende à pretensão da parte, conforme o tipo de tutela que necessita. E em um segundo aspecto quanto à cronologia no iter procedimental que se insere, antecipando propriamente os efeitos e escapando das técnicas, tradicionalmente, adotadas.

Destarte, verifica-se que essa tutela jurisdicional diferenciada é o conjunto de instrumentos e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo como escopo principal a adequada e satisfatória proteção dos direitos, sempre segundo os princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica.

Ainda segundo o professor Kazuo Watanabe, na obra já citada, há dois planos distintos de cognição no processo, em diferentes graus: no **plano horizontal**, quanto à extensão do conhecimento que pode ser plena ou limitada e no **plano vertical**, quanto à profundidade, que pode ser exauriente ou sumária. Assim, várias são as possibilidades de combinação entre estas possíveis formas de cognição, mas o que mais chama a atenção é a adoção cada vez maior das “técnicas de sumarização”. Referida técnica, seja por razões de urgência, seja pela simplicidade ou peculiaridade da causa, faz com que sejam eliminados os atos desnecessários ou, ao menos, que se antecipem os efeitos da decisão final para a consecução de uma tutela mais adequada e efetivas às partes.

Traçadas tais considerações, torna-se possível o estudo da tutela antecipada e a constatação de que a sua previsão legal em nada afeta a constituição federal. Pelo contrário, a partir da tutela antecipada e dos demais dispositivos legais que certamente ainda surgirão, torna-se possível a preservação e o fortalecimento do princípio do devido processo legal.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

Este princípio, conforme se verá no tópico seguinte, consubstancia-se também, entre outros tantos princípios constitucionais que o integram, na garantia da efetiva e **adequada** tutela jurisdicional.

IV - DO PRINCÍPIO (SOBREPRINCÍPIO) DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Todos os princípios jurídicos, inexoravelmente, encerram valores em si mesmos. Assim sendo, discorrer sobre qualquer dos aspectos que os cercam impõe, irrefutavelmente, a necessidade premente de traçar algumas considerações axiológicas.

Valores simplesmente valem, não são. Ou seja, não possuem conteúdo substancial ou material, perceptível aos sentidos humanos. Na realidade, encerram em si a realização, ainda que relativa, de um determinado fim perseguido culturalmente pelos homens, seja este o prazer, a segurança, a beleza, a utilidade, etc.

Coadunando-se com a idéia de Platão, é certo que todos os valores são absolutos e inatingíveis. Todos existem num plano superior ao da compreensão humana e, da análise de seus atributos, resta a certeza de que entre si não se pode cotejar quanto a maior ou menor importância, estabelecendo-se grau de hierarquia ou qualquer critério comparativo que humanamente se possa conceber.

Utiliza-se o filósofo grego do famoso “mito da caverna” para possibilitar uma melhor compreensão da sua idéias a respeito dos valores. Para ele, viveria o homem dentro de uma imensa caverna e com as costas voltadas para a entrada de luz. Assim, somente se restringiria a ver os reflexos nas suas paredes internas, imperfeitos e distorcidos, bastante distanciados da “realidade verdadeira” que se encontra fora da caverna. Isso também ocorre com os valores. O belo, o justo, o útil, e qualquer outro valor, encontram-se fora da caverna, no mundo perfeito, abstrato e ininteligível em sua totalidade para os homens. Estes apenas os realizam parcial e relativamente. Cuidam para que a visão que possuem seja o mais possivelmente representativa da realidade, sendo certo que jamais haverá perfeita coincidência ente o valor em si mesmo e a idéia que dele se faz.

Também se utiliza Platão de outro mito, o da “reminiscência” para demonstrar o caráter absoluto e inatingível dos valores. Segundo este, a alma do homem vestibularmente vagava pelo mundo das idéias. Sofre uma grave

queda e deste trauma ficam apenas algumas longínquas lembranças, reminiscências mesmo, daquele mundo perfeito.

Conclui-se, portanto, que os valores são inatingíveis aos homens que nada mais fazem que os perseguirem, ao longo de toda a evolução, aproximando-se o máximo possível da sua verdadeira identificação.

Ora, os princípios jurídicos protegem os mais variados valores: a justiça, a segurança, a legalidade, a igualdade.

Neste diapasão de idéias, forçoso é reconhecer que no mundo dos homens, e no direito por eles criado, jamais se atingirá a realização absoluta de tais valores. Jamais o direito possibilitará a plena realização da justiça. E esta é a angústia que deve impulsionar a todos que lidam e operam com o direito. Ter a justiça como um horizonte na estrada do direito...

É certo, portanto, que nenhum princípio, assim como nenhum valor, é mais ou menos importante que o outro em termos absolutos. O que ocorre é a “valorização” cultural que se dá a cada valor e a cada princípio. Por exemplo, numa sociedade ocidental o valor do “útil” será mais “valorizado”, agora em termos econômicos, em detrimento de outros como o “belo”, o “sagrado”, etc.

Tudo isso leva à certeza de que em sede constitucional também não há este ou aquele princípio que seja mais ou menos importante que outro. Todos encerram valores que, em seu conjunto, são fundamentais para a integração do ordenamento jurídico, ainda que se saiba que jamais se atingirá, de forma plena, a realização da justiça enquanto valor supremo.

No entanto, sistemática e logicamente, é possível a identificação - e dentro de um aspecto preponderantemente dogmático - de verdadeiros “sobreprincípios” dentro do próprio ordenamento jurídico constitucional.

E o princípio do **DEVIDO PROCESSO LEGAL**, ou remontando às suas origens, do “due process of law”, retrata justamente este fenômeno. Não se trata de um “mero” princípio de índole constitucional mas sim de um verdadeiro “sobreprincípio”, fundamental e orientador de toda a integração do ordenamento jurídico. É a base de toda a hermenêutica constitucional e infraconstitucional.

A Constituição Brasileira, no título referente aos “Direitos e Garantias Constitucionais”, dispõe no inciso LIV do art. 5º que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Referida

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

cláusula constitucional adveio diretamente de duas Emendas à Constituição Federal norte-americana. A primeira, número V, faz parte do denominado Bill of Rights. A Segunda, de número XIV, foi elaborada especificamente para os Estados Membros.

Preconiza a Emenda V que “ninguém será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal.

A Emenda XIV, por sua vez, fala em sua Seção I: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal”.

Thomas Cooley (*The General Principles of Constitutional Law in the United States of América*, 4a. ed., Boston: Little Brown, and Co, 1931, p. 139) procurou dar uma idéia do leque de proteção do instituto: “O termo devido processo legal é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra a legislação opressiva ou não razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo”.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Twining v. New Jersey*, mostrou a dificuldade na conceituação do “due process of law”: “Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa (...). Esta Corte tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo”.

Nesse contexto, encerrado em seu bojo está uma série de outros princípios, tais como: o princípio da legalidade, da igualdade, da ampla defesa e do contraditório, do juiz natural, da segurança jurídica, da justiça, etc., de tal sorte que a sua identificação só é possível mediante a verificação da coexistência de todos esses aludidos princípios conjuntamente.

Segundo dispõe o art. 5º, XXXV, da CF “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Desta forma, não ocorre apenas a garantia de acesso formal mas a efetiva tutela jurisdicional. É o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O Art. 5º, caput, da CF dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” Repete-se no inciso I: “homens e mulheres

são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Trata-se do princípio da igualdade. Impende neste princípio considerar que muitas vezes é preciso tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, para que se atinja a pretendida isonomia. Além disso, também se destina este princípio aos legisladores: a norma deve ser tal que não privilegie e nem prejudique ninguém especificamente. Deve ser igual e aplicável para todos indistintamente.

O princípio do contraditório também está previsto no texto constitucional (Art. 5º, LV) e pela própria estrutura dialética do processo, que o informa e legitima.

O princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, XXXVII, veda a instituição de juízos ou tribunais de exceção, bem assim que alguém seja processado ou sentenciado senão pela autoridade competente.

Há ainda outros princípios que não estão expressamente previstos no texto constitucional mas que, necessariamente, estão presentes no devido processo legal. Exemplo é o princípio da independência e da imparcialidade do juiz e do duplo grau de jurisdição.

Traçadas tais considerações, é possível então entender qual a significação do princípio do devido processo legal.

Afigura-se como verdadeira garantia constitucional, instituída a todos os cidadãos abrangidos pela Constituição Brasileira de 1988 e salvaguarda a todos, sem qualquer exceção, a proteção do judiciário – nenhuma afronta ou ameaça de lesão a direitos deixará de ser apreciada pelo judiciário – sob os ditames estritamente legais, sendo rigorosamente observados os procedimentos previstos e respeitados todos os princípios e fins previstos constitucionalmente.

Desta forma, todo e qualquer processo, seja ele administrativo ou judicial, só será legitimado e válido constitucionalmente se em seus procedimentos, for garantida a segurança jurídica por meio da expressa previsão legal e respeitado o direito de defesa e do contraditório, preservando sempre a igualdade das partes, sem qualquer privilégio ou perseguição pessoal.

Trata-se, portanto, de um princípio de extrema abrangência. E por isso bastante difícil é a sua satisfatória realização.

Conforme já se disse alhures e que merecerá tópico à parte, o país atravessa gravosa crise em seu poder judiciário. Cada vez mais nota-se o

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

agravamento das dificuldades de acesso à justiça, principalmente pelos economicamente hipossuficientes. E os fatores que causam essa crise são mais que conhecidos: A morosidade na prestação da tutela jurisdicional, o grande número de recursos meramente protelatórios, a grande demanda de ações, o desaparelhamento estrutural do judiciário, o número insuficiente de juízes e tribunais, o despreparo dos advogados, a alienação cultural e social da população, a falta de incidibilidade de muitas leis, etc. Todos esses fatores infelizmente levam ao descrédito na justiça, ante a falta de efetividade do processo.

Nesse contexto, o principal desafio de nosso tempo é recuperar a credibilidade no judiciário e conferir efetividade ao processo, consubstanciando-se esta na solução rápida e satisfatória dos litígios, garantindo segurança jurídica, legalidade e instrumentalidade, de forma a realizar de forma razoável a paz social e permitir a manutenção da ordem jurídica.

E essa busca pela efetividade do processo, em meio a alarmante crise social vivida pelo país, impõe conforme se disse alhures a “revisitação” dos principais institutos processuais, entre eles o próprio conceito de processo. Este não pode ser visto como mero instrumento formal destinado à composição dos conflitos e das lides. A instrumentalidade do processo possui hodiernamente um sentido muito mais material que formal. Trata-se de meio de atuação da justiça e fundamentalmente de transformação social. Assiste-se, assim, à chamada “constitucionalização do processo”.

Garantir o efetivo acesso à justiça, superando todos os obstáculos existentes, é o primeiro passo para que exista o devido processo legal. É preciso encontrar a verdadeira igualdade das partes perante a lei.

O devido processo legal é, em suma, um modelo de processo, constitucionalmente assegurado, que confere validade aos atos jurisdicionais.

A tutela antecipada, entendida como o instrumento posto à disposição da parte para permitir a antecipação de efeitos da sentença de mérito e permitir a realização de seu direito, afastando os riscos da demora e o perigo de irreversibilidade, afigura-se como importante elemento do devido processo legal...

V - DA TUTELA ANTECIPADA E DO MICROSSISTEMA DE TUTELAS DE URGÊNCIA DO CPC

Em sede de análise acadêmica deste recente instituto de direito processual civil, não se pode simplesmente disparar críticas e apontar soluções *de lege ferenda* para a correção dos problemas que irrefutavelmente existem na matéria. Cumpre, primeiramente, reconhecer e enaltecer os avanços processuais brasileiros neste assunto, pioneiros na verdade, destacando os benefícios trazidos e prestigiando a iniciativa legislativa de superar as mazelas de um processo muito lento e tardinho, longe dos fins colimados pela realização do princípio constitucional do devido processo legal.

Trata-se de criação legislativa genuinamente brasileira que não guarda plena relação de similaridade com qualquer outro instituto jurídico atual, daí a sua maestria e merecimento da mais lúdica admiração.

Consubstancia-se este festejado instituto, essencialmente, na possibilidade do **adiantamento** pelo autor da demanda dos efeitos práticos do provimento final almejado, **sempre em caráter provisório, satisfativo e revogável**.

Sua previsão expressa no artigo 273 do Código de Processo Civil decorreu da funesta “ordinarização” excessiva do processo verificada no Código de 1973 e que, pela morosidade na entrega final da tutela jurisdicional, abalou seriamente a credibilidade da maioria da população nacional no Judiciário e suas estruturas envoltas. Os fatores da crise do Judiciário, as dificuldades de acesso à justiça, sobretudo pelos economicamente hipossuficientes, os desafios do judiciário no próximo milênio e as possíveis soluções para os problemas ainda existentes merecerão tópicos à parte.

Mas, antes mesmo da inclusão do referido dispositivo legal, já existiam outros dispositivos e mesmo leis especiais que já previam, em seu bojo, os mesmos efeitos que o art. 273 trouxe agora como regra geral. Ou seja, em situações especiais e particulares, já se permitia a possibilidade de antecipação de efeitos práticos de forma a satisfazer *prima facie* a pretensão do autor. Assim, *verbi gratia*, ocorria com as liminares possessórias, especialmente a liminar de busca e apreensão do Dec. 511/64, a imissão provisória na posse das desapropriações, a liminar da ação civil pública, o despejo liminar, etc. Conclui-se portanto, sem nenhum exagero, que os mecanismos de antecipação de tutela já eram previstos no ordenamento

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

jurídico brasileiro antes mesmo da inserção do art. 273 e também do 461 no Código de Processo Civil que tiveram o condão de expressá-los e generalizá-los.

Impende, de forma premente, proceder a auspiciosa interpretação do texto legal a fim de refletir sobre os principais aspectos inerentes e interessantes ao instituto.

A primeira consideração, essencialmente conceitual, refere-se à finalidade primordial da tutela antecipada, qual seja, a de **assegurar os resultados práticos do processo ao seu final, antecipando os efeitos de mérito da sentença, evidenciando caráter predominantemente satisfativo**.

Neste espeque, pela sua natureza de **decisão interlocutória** e por ser fruto de **cognição sumária**, por isso **não fazendo coisa julgada material**, é que não se pode confundir a antecipação de tutela com julgamento antecipado da lide e muito menos com as tutelas cautelares.

No julgamento antecipado da lide, o juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide (CPC art. 269). Nos casos do art. 273 o juiz antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se no processo. No julgamento antecipado da lide, há sentença de mérito, impugnável por apelação e sujeita à coisa julgada material. Já na tutela concedida antecipadamente há decisão interlocutória, impugnável por agravo e não está sujeita à coisa julgada material.

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito também não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273,I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é **adiantar os efeitos da tutela de mérito**, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar, qual seja, assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor. A semelhança está, fundamentalmente, nas características da “provisoriedade” e “revogabilidade”. No entanto, cumpre repetir, a tutela cautelar (garantia da utilidade) goza de instrumentalidade e referibilidade a um outro processo, dito principal. O caráter assecuratório é predominante, diferentemente da tutela antecipada

em que o predominante é o cunho satisfativo (adiantamento dos efeitos da sentença de mérito). A tutela cautelar, por seu caráter eminentemente instrumental, é em regra desprovida de satisfatividade. Nas expressões de Giorgetta, Basílico e Cirulli, é “inidônea a determinar qualquer definição da situação substancial controversa.”

Portanto, o caráter da provisoriedade está mais que presente na tutela antecipada. No entanto, Luis Fernando Belinetti, analisando algumas hipóteses em que se impõe tutela urgente e satisfativa (exemplo: transfusão de sangue contra a vontade dos pais de menor de idade, pedido de liberação de jornais apreendidos ou de mercadorias perecíveis), suscita debate em torno da adoção de um tipo de tutela urgente satisfativa e definitiva: “A tutela a ser deferida, ainda que baseada em cognição sumária, seria final e conseqüentemente, satisfativa (definitiva e não provisória) tendo sido atendidos o contraditório e o devido processo legal, pois se terá facultado à parte a defesa mais ampla possível, em face das circunstâncias especiais previstas em lei que autorizasse tal procedimento” (Irreversibilidade do provimento antecipado, in *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 260). A tese é sedutora mas implicaria flexibilização do princípio da ampla defesa, o que, no estado atual da doutrina, afigura-se bastante problemático.

Como ocorre na maioria das vezes quando da criação de novos institutos processuais, mormente aqueles que trazem profundas alterações, suscitou-se dúvida sobre a constitucionalidade do instituto da tutela antecipada, muitos nele vislumbrado desconformidade com o espírito constitucional pelo ferimento ao princípio do devido processo legal em virtude do prejuízo ao princípio da igualdade das partes, vez que somente o autor poderia antecipar os efeitos práticos da sentença. No entanto, nenhum vício constitucional há na matéria. O escopo do instituto é justamente privilegiar o pólo ativo da relação jurídica processual, dividindo o ônus da demora processual.

Ademais, de forma a corroborar a constitucionalidade do instituto, há a provisoriedade e revogabilidade (além é claro da proibição da tutela antecipada ante a irreversibilidade do provimento antecipado). Outrossim, conforme ventilado alhures, a possibilidade de antecipar os efeitos práticos do provimento final, no caso de evidência do direito do autor ou de iminente perigo de perecimento do mesmo pela demora, é medida que prestigia a efetividade e equidade do processo, revelando a satisfação do próprio princípio do devido

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

processo legal na medida em que garante uma tutela adequada à natureza da causa e as necessidades da parte.

O objeto da antecipação da tutela não se confunde com o próprio *decisum* da sentença de mérito. Esta assertiva é fundamental e a sua não consciência gera os erros mais comuns na matéria. Se o objeto da antecipação fosse o próprio *decisum*, trataria-se de julgamento antecipado da lide. Aí sim, irremediavelmente, restaria atingido o *due process of law* pela não observância do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, se se antecipassem os efeitos principais da sentença haveria verdadeiro julgamento antecipado da lide. Por outro lado, se se antecipassem tão somente os efeitos acessórios, seria esvaziado o conteúdo do instituto.

Destarte, a solução legal foi justamente restringir o objeto da tutela antecipada aos **EFEITOS PRÁTICOS** da sentença de mérito, com caráter executivo ou mandamental.

Não se pode deixar de tecer crítica à lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em seu *Código de Processo Civil Comentado* (4ª. ed. RT, 2000. p.747) quando conceituam e informam a natureza jurídica da tutela antecipada: “ Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução “*lato sensu*”, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a **própria pretensão** deduzida em juízo ou os seus efeitos.” Ora, o primeiro grande equívoco havido refere-se a afirmação de que a antecipação recai sobre a própria pretensão deduzida em juízo. Recai é cediço sobre alguns dos efeitos práticos da sentença final de mérito. E também demonstra grande confusão entre os conceitos de executividade *lato sensu* e mandamentalidade. A efetivação dos efeitos antecipados depende da natureza do direito e, não obstante seguir no que couber a execução provisória do CPC, poderá se dar mandamentalmente ou segundo mecanismos executivos *lato sensu*. A principal diferenciação entre a execução *lato sensu* e a mandamentalidade está na sub-rogação dos atos executórios. Assim, sendo possível a substituição da vontade do requerido através da atuação de agentes do Estado para restabelecer o *status quo ante* perquirido pelo requerente, e **dentro do próprio processo de conhecimento**, será o caso de execução *lato sensu*, ou de forma mais clara, são medidas executivas que se efetivam por meios sub-rogatórios no bojo do próprio processo de conhecimento,

tornando desnecessária a atuação de um processo autônomo de execução. Por outro lado, não sendo possível a sub-rogação por agentes do Estado para a prática dos atos executivos, é o caso de ordem judicial dirigida diretamente ao requerido para que faça ou deixe de fazer determinada coisa ou conduta, revelando neste caso a mandamentalidade. Por ela, impinge-se ao destinatário da ordem até ameaça de prisão para o caso de descumprimento da ordem a fim de garantir a efetividade do processo.

A eficácia propriamente declaratória, constitutiva ou condenatória não pode ser objeto de antecipação.

A antecipação da tutela, via de regra, não permite ao autor usufruir plenamente de seu direito. Represente tutela satisfativa, conforme bem observa Luis Guilherme Marinoni, no sentido de abreviar o *iter processualis*, permitindo desde logo a sua execução, ainda que provisória, executiva *lato sensu* ou mandamentalmente.

Impende atentar para a antecipação da tutela nas ações declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Nas palavras do mestre Pontes de Miranda, a declaratória é ação no plano da existência “ é o ser ou não ser da relação jurídica ”. A eficácia declaratória (juízo de segurança) ou a certeza (na linha da doutrina majoritária) é contemporânea ao trânsito em julgado, não podendo, pois, ser antecipada. A declaração, para conferir segurança ou certeza, não pode ser provisória, revogável ao longo do procedimento. Porém, essa vedação ao adiantamento da eficácia declaratória não se estende aos efeitos práticos dela decorrentes, que podem ser objeto de tutela antecipada. Dois exemplos clássicos são a consecução da realização de intervenção cirúrgica durante a discussão de cláusula contratual ou a sustação de protesto. Apesar de sempre ter sido considerada cautelar inominada, verifica-se aspecto substancialmente satisfativo, sendo o principal dos aspectos perseguidos pelo autor na ação de conhecimento (declaratória ou constitutiva negativa). Requerida a sustação de protesto em sede de tutela antecipada, enquanto se julga a ação de conhecimento, é irrefutável o conteúdo satisfativo inerente a esta pretensão. Por isso, não há que se falar em “cautelaridade”, pura e simplesmente. E há verdadeira “ordem emanada do juízo” para a retirada do protesto, demonstrando *in casu* a natureza mandamental da medida e não executiva *lato sensu*.

Interessante a observação de Teori Albino Zavascki quando diz em sua obra “Antecipação de Tutela” (Ed. Saraiva, 2001) : “ o que se antecipa

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

na Tutela Antecipada é a eficácia social, não a eficácia jurídico-formal". Admite a chamada "antecipação da eficácia negativa da ação declaratória", explicando o que para muitos é um contra-senso: a concessão de "medidas cautelares" em ações declaratórias. Trata-se, na verdade, de medidas de natureza antecipatória e não puramente cautelar.

Nas ações constitutivas, que encerram concomitantemente um conteúdo declaratório (pressuposto lógico) e constitutivo (extinção ou modificação de uma relação jurídica), também não se pode antecipar o efeito propriamente constitutivo (exemplo: pretender anular provisoriamente uma escritura) vez que somente alguns dos efeitos práticos da sentença de mérito podem ser antecipados. As razões são rigorosamente as mesmas. Veja-se, por exemplo, numa ação de anulação de assembléia de condomínio tomada contra o comando da lei (ex. majoração ilegal de despesas), nela pode o condômino pleitear, como antecipação de tutela, a suspensão da exigibilidade de tais despesas. Não pode, em absoluto, pretender a "anulação provisória das despesas".

Nas ações condenatórias está a sede própria para a realização do instituto da tutela antecipada. Mas como a condenação só pode ser obtida na sentença de mérito (julgamento final e definitivo após toda a instrução e apreciação da prova), a tutela antecipada funciona como **ADIANTAMENTO PROVISÓRIO DE EFEITOS EXECUTIVOS SATISFATIVOS**, com o que o instituto atende à função social de que se reveste o processo civil moderno.

Assim sendo, tecnicamente, não se deve falar em antecipação da condenação mas sim em antecipação dos efeitos executivos, sem prejuízo da lide, no momento oportuno.

Outrossim, não sendo possível a antecipação do *quantum* indenizatório, afigura-se razoável que o juiz – a título de antecipação de tutela – arbitre valor provisório para garantir as necessidades básicas das vítimas, por exemplo, em desabamentos de edifícios, afundamento de barcos, inundações, etc. Trata-se de realização da função social mesmo do instituto a que se referiu Zavascki.

Entre os requisitos da tutela antecipada, fundamentalmente estão:

- 1) pedido expresso da parte;
- 2) prova inequívoca dos fatos;

- 3) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

Quanto à necessidade de pedido expresso da parte obviamente se conclui que não pode o magistrado ou Tribunal concedê-la de ofício. Não se trata a tutela antecipada de remédio contra a morosidade na entrega da prestação jurisdicional mas sim de antecipação de efeitos ante a evidente probabilidade do direito do autor. Aliás, não obstante a expressão “parte”, é igualmente certo que o pedido deve ser do autor, restando ao réu somente pedir – se for o caso e satisfeitas as condições legais – o julgamento antecipado da lide.

É possível que o juiz adote o princípio da fungibilidade caso o autor dê o nome de cautelar a um pedido que rigorosamente seria de tutela antecipada. No entanto, para que isto seja possível, todos os pedidos deverão ser essencialmente satisfativos e todos os demais requisitos do art. 273 do CPC deverão estar presentes. Só por só, não é permitido ao juiz substituir pedido de natureza cautelar (instrumental) por tutela antecipada (caráter satisfativo).

Bastante criticável é a expressão “prova inequívoca” utilizada no dispositivo legal. Em tese, não subsiste o sistema tarifário das provas na processualística civil brasileira. No entanto, é inegável a primazia de certas provas em detrimento de outras na formação da convicção do juiz. Mas não há provas que sejam absolutas, verdadeiras e inequívocas. Carreira Alvim alerta que a expressão deve ser entendida em outros termos. Se “inequívoco” traduz aquilo que não é equívoco, é claro ou evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, a reveste pois toda prova (independentemente da natureza) deve passar pelo crivo do julgador. Neste caso, o mais correto seria o abrandamento da expressão proposto pela doutrina, enfocando a verossimilhança da alegação e a probabilidade do direito pretendido.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação são conceitos vagos e indeterminados que permitem ao magistrado ou Tribunal sopesar com mais flexibilidade o caso concreto e, em nome da efetividade e da função social, decidir com certa margem de discricionariedade quanto à antecipação.

O abuso do direito de defesa ou a finalidade meramente protelatória consubstancia-se no exercício anormal, irregular, egoístico do direito de

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

defesa, exercido com o propósito evidente de prejudicar. A questão ganha polêmica doutrinária porque há um aparente conflito entre o dispositivo de lei a garantia constitucional da ampla defesa. Ocorre que ampla defesa tem significado de defesa adequada e não ilimitada.

Despiciendo atentar para a necessidade de motivação da decisão concessiva da tutela pelo magistrado. Na decisão que antecipa a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento. Há a necessidade de fundamentar tanto o deferimento quanto o indeferimento do pedido de tutela, ainda que de forma concisa, por se tratar de decisão interlocutória. Insta observar que no caso de decisão denegatória, pode ser requerido efeito ativo ao recurso de agravo de instrumento.

Pergunta-se que se faz: Há discricionariedade na concessão da tutela antecipada? Pode o juiz deixar de concedê-la quando entender a concessão “inconveniente” ou “inoportuna”? Trata-se de poder-dever uma vez que, em regra, a atividade jurisdicional não é discricionária, embora seja política.

Outro conceito vago e indeterminado utilizado no dispositivo legal é o “perigo de irreversibilidade”. De acordo com o atual texto legal não se concede a tutela antecipada se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Subsiste uma crítica a essa expressão: logicamente que a concessão da tutela é reversível por meio do Agravo de Instrumento e é da própria natureza da tutela antecipada as características da provisoriedade e da revogabilidade. Cuida-se, obviamente, de irreversibilidade dos efeitos práticos e fáticos do provimento.

De lege ferenda, seria possível abrir exceção e admitir a tutela antecipada em hipóteses especialíssimas de irreversibilidade, mormente, quando o indeferimento da medida pudesse traduzir lesão grave e irreparável. (Exemplo clássico da cirurgia heróica e urgente enquanto se discute cláusula do plano de saúde)

Importantíssima a aplicação do princípio da proporcionalidade, cotejando os interesses e bens da vida postos em jogo, do autor e do réu, dando preferência àquele que, reconhecidamente, for o mais importante.

Quanto ao momento de concessão da tutela antecipada, normalmente, deve ser *in limine litis*, mas podendo ser pleiteada a qualquer tempo, em primeira ou segunda instância e até mesmo na rescisória. Bastante divergente a doutrina nesta questão. Calmon de Passos, por exemplo, aduz

não ser possível antes do esgotamento da instrução. Carreira Alvim, por seu turno, defende qualquer tempo, antes da sentença. Para Clito Fornaciari Jr, Zavascki, Marinoni, Theodoro Jr., pode ser a qualquer tempo. É possível até mesmo antes da citação, sendo então *inaudita altera parte*.

VI - DA ANÁLISE DAS MAZELAS DAS PRETENSAS SÚMULAS COM EFEITO VINCULANTE

Idéia vendida como a maior solução existente para a atual crise do judiciário, a proposta de se conferir efeito vinculante às súmulas editadas pelos Tribunais Superiores é recheada de falácias e ilusões.

O discurso daqueles que, irresponsavelmente, defendem a idéia é sempre o mesmo: iniciam com os assustadores números e estatísticas do Judiciário e tentam por eles nos convencer que o efeito vinculante sepultaria o número excessivo de recursos inoficiosos e desafogaria definitivamente a sobrecarga de trabalho (represamento de recursos) nos Tribunais Superiores.

De fato, o número de recursos diminuiria. Mas o preço deste acontecimento seria absurdamente alto, vez que nada mais nada menos que o próprio **controle jurisdicional difuso estaria sendo destruído**, comprometendo inexoravelmente o funcionamento de todo o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos nacionais, **maculando também o princípio** constitucionalmente implícito e arraigado em nosso ordenamento **do duplo grau de jurisdição**.

Ademais, uma única pergunta faz ruir e sucumbir toda a falácia dos que defendem a atribuição do efeito vinculante: A simples existência das súmulas não cumpririam a sua finalidade de “orientar” o julgamento e as decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais inferiores, desanimando a recorribilidade das decisões monocráticas ou de segunda instância???

Logicamente, não se pode tolher dos juízes e Tribunais inferiores o poder-dever que constitucionalmente lhes é conferido e atribuído para, diuturnamente, velar pela preservação do “**espírito constitucional**”.

É o óbvio ululante que as normas constitucionais não podem abranger todas as situações, negócios, fatos e relações jurídicas possíveis e imagináveis. Impende, por isso, a identificação dos princípios expressos e implícitos na constituição para que sirvam de orientação para todo o elastério de normas inerentes ao ordenamento jurídico, como um todo.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

O controle de constitucionalidade das leis, que no Brasil se classifica como um sistema jurisdicional (exercido por um órgão de cúpula do Judiciário que é o Supremo Tribunal Federal) acrescido de um controle difuso exercido pelos juízes e Tribunais inferiores), pode se dar de forma repressiva, conspurcando do ordenamento leis ou atos normativos que contrariem formal ou substancialmente a idéia constitucional, ou de forma preventiva, evitando o ingresso deles.

No que pertine às súmulas com efeito vinculante, está o controle difuso, também chamado de controle de constitucionalidade incidental, *incidenter tantum* ou por via de exceção. Por ele, os juízes e Tribunais inferiores podem reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, surgida como questão prejudicial de um processo cuja finalidade e objeto não seja a análise do texto constitucional, negando vigência e aplicando o direito da melhor forma possível, ao encontro da equidade e da finalidade constitucional. Daí, em grau de recurso, a eficácia *inter partes* daquela decisão poderá, na melhor das hipóteses, ganhar reconhecimento e incidibilidade **erga omnes**.

Mas, se o juiz e os Tribunais inferiores forem obrigados a seguir determinadas orientações sumulares, fatalmente engessado restará todo este sistema de controle difuso de constitucionalidade. E pior, ingerências de cunho político e econômico poderão existir a ponto de transformar o julgador num mero aplicador do direito. Inadmissível.

E não é só. Pela súmula vinculante extremamente comprometidos ficariam a garantia constitucional de independência funcional dos magistrados e tribunais inferiores no exercício da jurisdição.

Decididamente, idéias pré-concebidas, regras rígidas ou súmulas vinculantes não são compatíveis com um Estado verdadeiramente democrático de direito.

Além do mais, o controle difuso é ferramenta fundamental para permitir ao direito que acompanhe a dinâmica das transformações sociais. Admitindo-se a súmula vinculante, corre-se gravemente o risco de perpetuar-se uma determinada situação ou regramento jurídico, por interesses políticos ou mesmo por ideologias conservadoras e retrógradas, que cada vez mais poderão fechar os olhos da jurisprudência às modificações sociais e a evolução do mundo.

Ora, a jurisprudência deve ser eternamente considerada como FONTE VIVA do direito e sua função primordial, além de sua

função prática e pedagógica, é demonstrar a evolução permanente da interpretação das normas, à luz de novas necessidades sociais e novas tendências mundiais.

Cumpra, forçosamente, também advertir quanto aos malefícios que já podem ser vislumbrados pela redação do Artigo 557 do Diploma Processual Civil Brasileiro, que, de certa forma, já antecipa alguns dos “efeitos” dos “efeitos vinculantes” ao dispor que o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em CONFRONTO COM SÚMULA OU COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO RESPECTIVO TRIBUNAL, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OU DE TRIBUNAL SUPERIOR. Referido texto é oriunda da redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9756/98, publicada no Diário Oficial da União em 18 de dezembro de 1998, p.1. A redação do caput, modificada pela Lei 9756/98, foi dada ao dispositivo – que era composto pelo caput e parágrafo único -, pela Lei nº 9139/95 (DOU 1º.12.1995, p. 19841) e era do seguinte teor: “ Art. 557. O relator negará seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula ou tribunal superior. Parágrafo único. Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia”. O texto original, revogado pela Lei 9139/95, era do seguinte teor: “ Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferir-lo por despacho. Também por despacho poderá converte-lo em diligência se estiver suficientemente instruído. Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão que competiria julgar o agravo.

Pelo que foi exposto, resta tranqüila a conclusão de que a aceitação do súmula vinculante é impossível, mormente por ser, só por só, inconstitucional vez que afronta o princípio do devido processo legal.

A solução para o afogamento do judiciário não depende de absurdos como este. Problemas conjunturais devem ser resolvidos com iniciativas governamentais. Melhorar a sociedade, para melhorar o Judiciário. Melhorar o judiciário para melhorar a sociedade. Não há subterfúgios ou ardis para melhorar a situação que não sejam medidas eficácia, legítimas e garantidoras ao mesmo tempo das garantias e direitos fundamentais.

VII - A ATUAL CRISE DO JUDICIÁRIO

Reflexo de uma nova era que felizmente se anuncia, tecer considerações críticas a respeito dos sistemas jurídicos modernos exige entender como já foi dito, de forma premente, a realidade e tê-la num conceito dinâmico, de forma constantemente mutável, integrada e dependente de todos os acontecimentos que a circundam e a constituem.

Desvela-se assim a “Era do Conhecimento”. Jamais a humanidade trabalhou e se alimentou de tantas informações e numa velocidade quase que instantânea. O homem de hoje não vale por aquilo que faz mas, sobretudo, por aquilo que sabe. A produção do conhecimento, abstrato, incomensurável, qualitativo, fez sucumbir o passado agrícola, mercantil e industrial, material, limitado, quantitativo que da história já faz parte.

Nesse contexto, vê-se a crescente integração do Direito com outros ramos do conhecimento, de forma a renegar cada vez mais o estudo, tradicionalmente, estanque e isolado da ciência jurídica. Destarte, os “tradicionais domínios do Direito”, nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth em “Acesso à Justiça”, estão sendo objeto de estudo integrado e cooperativo de sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos, psicólogos, etc. Exemplo e prova disso é a inclusão, também recentemente, de forma obrigatória pelo MEC da Disciplina “Sociologia Jurídica” nos cursos de Direito. Reconheceu-se, acertadamente, que o estudo da Sociologia Geral, ainda mais da forma perfunctória e prolegomenal como é ministrada, é certamente insuficiente e que a ciência jurídica necessita tanto do conhecimento da sociologia quanto da norma jurídica. Aliás, é mister entender essa ciência como o estudo conjunto das normas jurídicas, dos valores que nela se encerram e dos fatos sociais que as motivaram ou que se pretende salvaguardar ou modificar.

E essa análise da questão do “Acesso à Justiça” é tema eminentemente sócio-jurídico pois que refere-se seguramente ao maior problema enfrentado hoje pelo sistema judiciário nacional. Sistema jurídico é o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Mas entender a expressão “Acesso à Justiça” exige diferenciar antes de mais nada os seus sentidos material e formal. O primeiro, de forma até sugestiva e intuitiva, significa o próprio acesso físico as suas estruturas e instituições. Já o segundo, exigente de uma abstração um pouco mais dedicada, significa o alcance de resultados que

sejam individual e socialmente justos. E nesse aspecto se vai mais além pois não se trata de um direito meramente formal e simbólico, simples ao passo que depende apenas de procedimentos legislativos, mas sim efetivo e pleno, verdadeiramente complexo na medida em que necessita ser de fato igual para todos.

Percebe-se, historicamente, que este conceito de acesso à justiça tem sofrido mudanças conforme o próprio Estado e sua atuação se modificam também. Assim, os Estados Liberais burgueses apresentavam como característica principal o individualismo. A atuação jurisdicional estatal praticamente restringia-se à salvaguarda dos direitos privados e, mesmo assim, limitava-se a compor os conflitos quando para tanto fossem provocados. Notava-se em regra, portanto, a passividade do Estado. A garantia da igualdade na tutela jurisdicional existia apenas simbolicamente. Na realidade, só alcançavam a justiça aqueles que pudessem enfrentar os seus altos custos. Estudava-se o Direito de forma formalista, dogmática, omissa e afastada dos verdadeiros problemas e anseios da coletividade. No entanto, o crescimento dos Estados e das sociedades fez com eles aumentar a complexidade das suas relações, a eclosão dos mais variados e inúmeros conflitos e o gradativo distanciamento das classes sociais.

Nesse contexto, paulatinamente, teve de ser mudada a atuação estatal. Revelou-se então uma crescente atuação positiva do Estado de forma a assegurar, esponte própria, os direitos sociais básicos do cidadão. Proclamou-se então em todas as “Constituições Modernas” a vida, a liberdade, a saúde, a segurança, a educação, o trabalho, etc, como direitos fundamentais e indisponíveis mas, sobretudo, reconheceu-se que de nada adiantava proclamar os direitos se não se disponibilizassem meios e instrumentos para preservá-los e protegê-los em caso de ofensa ou ameaça⁴. Além disso, crescentemente novos direitos substantivos foram conquistados à medida em que novas relações jurídicas se aperfeiçoaram.

⁽⁴⁾ A efetiva garantia dos direitos individuais foi expressamente incluída já no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar o exercício dos 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, fundamentada 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” (grifo nosso), de forma a evidenciar essa tendência.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

Finalmente, constata-se que, de meramente particulares e individuais, os interesses passaram a ser coletivos e até difusos. Acompanhando esta evolução, nota-se que o estudo do Direito, enquanto ciência, necessita ser menos dogmático e mais atento aos acontecimentos que circundam o Direito e que determinam, inexoravelmente, a eficácia de suas próprias normas. De nada adianta uma norma existir se não encontrar incidibilidade por encontrar-se totalmente alienada da realidade, tema que será abordado mais pormenorizadamente.

Destarte, é pacífico que o direito ao acesso à justiça de forma ampla e irrestrita é o mais importante de todos os direitos humanos haja visto que somente com a sua garantia é que se pode garantir todos os demais direitos, proclamados ou não.

Passam-se a apresentar, doravante, vários tópicos individualizando os vários fatores que dificultam o acesso a justiça e as possíveis soluções para os problemas.

A desigualdade cultural e econômica da população brasileira

O Brasil ainda é um país de gritantes desigualdades sociais, com grande disparidade na distribuição de renda e com uma considerável parcela de sua população vivendo uma situação de miséria e total abandono.⁵

Tal quadro revela necessário repensar o direito à igualdade proclamada na Constituição Federal. Chega até a ser excessivamente repetitiva a Carta Magna quando trata do direito à igualdade. Já em seu preâmbulo elegeu a igualdade como um dos “valores supremos”, evidenciando que se trata muito mais que um princípio consitucional, mais ainda que os implícitos

⁽⁵⁾ Segundo o mais recente relatório (dezembro de 1999) divulgado pela Unicef - Fundo das Nações Unidas para a infância - coloca o Brasil em 108º pior numa lista de 191 países que forneceram os dados. (a cada 1000 nascimentos, 36b bebês morrem antes de completar 1 ano). Além disso, quando se trata de distribuição de renda sabe-se que os 40% mais pobres da população ganham o equivalente a 8% da renda nacional. Os 20% mais ricos ganham 64%. Tais estatísticas colocam o país em penúltimo lugar de uma lista de 96 países, perdendo apenas para Serra Leoa, país africano que vive em guerra civil há dez anos e é tido pela ONU como o país mais pobre do planeta. Já na educação os dados mostram que 93% das crianças entre 7 e 14 anos estão matriculadas no ensino fundamental. O ensino médio atende apenas 50% da população entre 15 e 18 anos. Por fim, o relatório indica ainda que há ainda 21 milhões de crianças e adolescentes vivendo em famílias com renda per capita inferior a meio salário mínimo. Isso eqüivale a 35% da população nessa faixa etária.

ou explícitos. Assim, é certo que se deve ter, pela Carta Política de 1988, a igualdade como algo indissociável e inexorável, presente e indicativo para toda a sociedade brasileira. Como se ainda não fosse suficiente, ainda repetiu duas vezes em seu art. 5º, quando tratou dos “Direitos e Garantias Fundamentais” esta garantia: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” (grifo nosso) . Ainda no mesmo artigo enfatiza no inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações...”⁶. No entanto, conforme já fora dito, o grande problema é a mera enunciação. Necessário se faz a efetiva garantia. Às vezes garantir essa igualdade depende, conforme há muito ensinou Aristóteles, tratar desigualmente os desiguais para se ter igualdade.

Ora, é incontestável a grande disparidade existente e que torna bastante diferente a “possibilidade das partes”, dependendo de vários elementos que serão analisados, quando reclamam a prestação jurisdicional do Estado.

O primeiro desses elementos, o mais óbvio deles, e que demonstra que todos não são iguais perante a lei, é a concentração de altos recursos financeiros nas mãos de uma das partes. Este terá facilidade muito maior no litígio uma vez que pode suportar as delongas do processo, patrocinando a causa e seus advogados por muito mais tempo e ainda dispõe de meios muito mais eficazes e idôneos de fazer prova de sua pretensão. Deve-se, então, criticar o princípio do Direito Processual Civil pátrio que deixa à iniciativa das partes a produção e apresentação das provas, pois que reforma a passividade do juiz que não pode de ofício “corrigir” a dificuldade de uma das partes.

Alienação e pobreza cultural

Outro elemento é a pobreza cultural e o abandono social. A grande maioria dos economicamente hipossuficientes apresenta-se totalmente alienada e desconhece até mesmo os seus mais elementares direitos enquanto ser humano, cidadão, consumidor, contribuinte, etc. Desta forma, além de não ter

⁶ Outro exemplo do exagero constitucional na enunciação da igualdade se dá no art. 12, II, parágrafo segundo da Constituição Federal: “A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados...”

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

consciência que possui direitos e que estes estão sendo ameaçados ou foram infringidos, quando os conhecem não sabem os meios que a eles são disponibilizados para que proponham as ações judiciais ou delas se defendam suficientemente. Além disso, todo o aparelhamento judicial, a figura “reverencial” do magistrado, do promotor, do próprio advogado e das próprias estruturas forenses, acaba por “amedrontar” os pobres que sentem-se verdadeiramente intimidados e temerosos até mesmo de fazer valer os seus direitos.⁷ Uma possível solução para esse problema seria a inclusão de uma disciplina no currículo escolar fundamental que, desde cedo, tecesse noções jurídicas prolegomenais na população de todas as classes sociais, mas sobremaneira, as classes menos favorecidas e que facilitasse o entendimento dos direitos individuais e coletivos mais elementares.

Custas Judiciais

Problema bastante gravoso também é o das “custas judiciais”, haja vista que, durante todo o litígio, em juízo são suportados pelas partes litigantes não somente os honorários advocatícios mas também as demais despesas processuais, incluindo-se aqui todas as taxas judiciais e emolumentos. Agravada fica a situação no nosso país quando subsiste o princípio da sucumbência: ao vencido é imposta a obrigação de pagar as despesas advocatícias do vencedor. Este sistema inibe o acesso à justiça pelos hipossuficientes uma vez que além do próprio risco de perder a causa ainda existe o elevado custo dos honorários advocatícios. Não se faz necessário grande exercício lógico para se concluir também que somando-se tais fatores, o problema torna-se ainda mais traumático para as chamadas “pequenas causas”. Sempre caracterizadas por valores baixos e que representa a maioria das pretensões dos menos privilegiados, chega a ser irrisório o montante a ser percebido pelo vencedor quando deduzidas todas essas despesas.

⁽⁷⁾ Somente uma pequena parcela da população saberia, por exemplo, que a mera aposição de uma assinatura num contrato qualquer não significa a aceitação e a obrigação de todas as suas cláusulas, principalmente se algumas delas forem manifestamente abusivas e ilegais. Recente pesquisa inglesa - e aí deve se registrar a grande diferença social desde país europeu e os padrões latinos - indagou a respeito da reação dos consumidores que acreditavam haver sido enganados por um comerciante. Apenas 2% dos entrevistados formalizou reclamação em órgão administrativos e uma parcela estatisticamente insignificante recorreu a órgão judiciais.

A transferência das custas judiciais para o próprio poder judiciário poderia, em tese, amenizar esse entrave ao acesso a justiça pelo menos privilegiados economicamente. A advertência de que tal iniciativa poderia incentivar o exercício exagerado do direito de ação e o agravamento da demanda pelos serviços judiciários não merece guarida pois que a aplicação de medidas punitivas (como é o caso, por exemplo, da multa pela litigância de má-fé) poderiam evitar tal conseqüência.

Morosidade

Outrossim, toda a estrutura arcaica do judiciário e que se pretende reformar, acaba ainda revelando outro grande problema: o tempo. A morosidade na tutela da prestação jurisdicional é tão grande que, além de desanimar os autores em suas pretensões, onera ainda mais o patrocínio da causa, submete-se aos terríveis efeitos da economia, como desvalorizações econômicas e inflação, e ainda termina por aumentar o descrédito no judiciário. Justiça tarda é negação de justiça. E as causas dessa morosidade são das mais variadas naturezas, podendo-se citar, por exemplo, as próprias leis de processo civil que favorecem a litigiosidade, os formalismos paroxísticos, os recursos excessivos, a insuficiência de juízes, o acionamento demasiado do Poder Judiciário, a precariedade dos órgãos judiciários, a relação custo-benefício do exercício do direito de ampla defesa, etc.⁸ Impende lembrar que, na maioria das vezes,

⁽⁸⁾ Muito interessante para demonstrar a morosidade da justiça é o relato indignado de um advogado, magistrado aposentado e professor de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Dr. Roberto Telles Sampaio, que a esse respeito, só a título de exemplo, declarou “Cinco ações foram por mim iniciadas. Duas delas não tiveram a aventura de um primeiro julgamento. As demais, diversamente, percorreram todos os escalões (Comarca, Tribunal e Cortes de Brasília). Todas julgadas procedentes. Consideremos apenas uma das “rápidas”. Não se perdeu uma batalha. O Direito foi proclamado. A pretensão foi acolhida. Mas a condenação ainda não foi acolhida. O vencedor ganha mas não leva. Até agora o império da lei só se fez sentir no plano da retórica. De prático, isto é, obrigar a satisfação do que se decidiu, ah, isso ainda não aconteceu. E por que não aconteceu? Explico-me. Ao cabo de algum tempo, o juiz se pronunciou. O condenado, porém, apelou. Desatendido, recorreu a Brasília. Negou-se-lhe seguimento aos recursos, mas ele agravou e a questão foi ter ao STJ e ao STF. Sem êxito, também. Só então começou ele a sofrer a execução. Aí ele opôs embargos. Rejeitados, apelou de novo ao Tribunal, também sem sucesso. Mas toda essa dilação consumiu a bagatela de sete anos ou 2555 dias. É chegada a reta final? Não. Há ainda muito a percorrer nessa “via crucis”. Novas despesas, a cargo do vencedor, penhora, avaliação e arrematação de bens. Quando fizer seu décimo aniversário quicá a ação alcançará o cumprimento da decisão.”

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

não basta chegar ao término do processo de conhecimento. Após a lentidão deste há ainda que se atravessar o também demorado processo de execução. O problema é tão grave e preocupante, em face do contencioso cada vez mais burocratizado e eivado por uma série de recursos que atravancam a agilidade e a eficiência da Justiça, mesmo na fase de execução, que o ministro do Supremo Tribunal Federal chegou a defender a própria extinção do processo de execução.⁹

Litigantes eventuais e habituais

Na indicação desses principais problemas, pode-se citar também a questão dos litigantes eventuais e habituais e os problemas especiais dos interesses difusos.

Intimamente ligado com o conceito de “igualdade formal das partes perante a lei” esta questão faz referência à constância com que os litigantes recorrem ao poder judiciário para resolverem seus litígios. Destarte, litigantes habituais seriam aqueles que sempre se vêm às portas do judiciário, resolvendo conflitos, perquirindo realizar suas pretensões ou resistindo às pretensões alheias. Do outro lado, os eventuais seriam aqueles que raras vezes se “aventuraram” pelo judiciário. Diz-se que a questão liga-se com o conceito formal “igualdade das partes perante a lei” porque é também um dos fatores que obstaculizam o acesso a justiça pelos menos privilegiados. É fácil compreender as vantagens que favorecem os litigantes habituais: pela experiência que acumulam, facilmente planejam e estruturam sua estratégia no desenvolvimento do litígio; possuem muitos casos correlatos e especializam sua atuação; não teme a sucumbência; desenvolve relações informais com a instância decisora; etc. Resultado desses fatores é a maior eficiência nas lides e o desestímulo para que os litigantes eventuais se aventurem contra eles no âmbito judicial.

⁽⁹⁾ Segundo o entendimento do Ministro Carlos Veloso, não é admissível que, ao se declarar o direito material postulado pelo jurisdicional, ele tenha de percorrer novamente os mesmos graus de jurisdição, com todas as dificuldades jurisdicionais, para que seu direito já proclamado possa ser efetivado. No entanto, entendemos que o processo de execução não pode ser suprimido mas, invariavelmente, deve ser agilizado e simplificado.

Falta de recursos materiais no judiciário

Uma volta pela maioria dos Fóruns brasileiros, mesmo em grandes centros urbanos, como São Paulo e Campinas, (especialmente quando se trata de 1ª instância), faz notar um grande número de pessoas e advogados se esbarrando pelos corredores e balcões de cartórios. A tarefa de “correr cartórios”¹⁰ é muitas vezes considerada uma “via crucis” pelos advogados que, quando os possui, recorrem aos abnegados estagiários que, conforme já fora dito, sujeitam-se a prática destas atividades na falta de outras que realmente signifiquem o aprendizado prático dos conhecimentos teóricos que adquirem nos bancos das escolas.

Como grande parte ainda da estrutura da administração pública brasileira, muitos fóruns estão sucateados. Apresentam instalações impróprias, sem ventilação adequada (agravada esta situação pelo acúmulo de autos muito antigos), com espaço físico insuficiente para o volume de processos e de pessoal que comportam, instrumentos ultrapassados como máquinas de escrever, carimbos ilegíveis, arquivos enferrujados, falta ou até inexistência de computadores etc.¹¹

A informatização das consultas processuais e dos procedimentos judiciais em geral (sentenças, cotas do Ministério Público, mandados de citação e intimação) é o mínimo que se exige hoje em dia para que se otimize um pouco a prestação jurisdicional. Recentemente, grande discussão pretorial foi e continua sendo travada sobre a legalidade da tomada de depoimentos via “on line”. Deve-se registrar no entanto, não se entrando ainda no mérito dessa questão, que esta questão é restrita a poucas comarcas onde a informatização já é um realidade. Assim, por uma questão de lógica, antes de se discutir a legalidade ou legitimidade desses “procedimentos informatizados”, dever-ia-se, ao menos, informatizar os mais elementares serviços. Não se pode pretender atingir graus elevados de otimização de um

¹⁰ Esta é a expressão usada para simbolizar o ato de percorrer todos os escritórios para verificar o andamento processual, normalmente semanalmente e desempenhada por estagiários.

¹¹ Pesquisa realizada em 1994 pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, entrevistando parcela significativa dos magistrados brasileiros, apresentou os seguintes dados: 85,6% (somando-se as porcentagens daqueles que consideraram este fator como “extremamente importante” ou “muito importante”) dos próprios magistrados reconhecem e apontam a falta de recursos materiais como o principal obstáculo ao bom funcionamento do judiciário.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

serviço qualquer se, previamente, não forem identificados, combatidos e sanados os problemas mais elementares.¹²

Falta de incidibilidade de algumas normas

Outro problema, já tratado superficialmente, é a questão da falta de incidibilidade de algumas normas.

Há a necessidade, de forma premente, de se definir bem o que se entende por incidibilidade. Não se podendo confundir com o conceito de validade (por possuir todos os seus elementos fundamentais), nada mais que a própria eficácia das normas¹³. Ou seja, a aptidão ou força do ato para produzir seus efeitos desejados. Assim sendo, uma lei é eficaz quando encontra incidibilidade ou seja, após todo o exercício de subsunção do fato à norma, ela corresponde às suas expectativas, haja visto que está adequada às realidades sociais e ajustada às necessidades do grupo.

Assim nem a melhor técnica legislativa resistirá e fatalmente sucumbirá se destituída de adequação social, verdadeira eficácia. Como dizia Siches: “A sociedade condiciona o direito de fato ,moldando-o à sua imagem e semelhança. Cabe ao legislador ajustar o direito positivo a essa realidade social, sob pena de nunca elaborar lei eficaz.”

Conclui-se, portanto, que a aferição da eficácia de uma norma depende da análise cuidadosa da própria norma e da realidade a que ela é dirigida. Muitos fatores podem levar à ineficácia das normas . O primeiro exemplo é a desatualização das normas. Mesmo que elaborada de acordo com a realidade social atual, ela está sujeita a perda de sua eficácia pelo decorrer

⁽¹²⁾ A mesma fonte de pesquisa citada na nota anterior demonstrou que, na opinião dos magistrados brasileiros, dentre as propostas consideradas mais eficazes para a agilização dos procedimentos jurisdicionais a principal é a informatização dos serviços judiciários (93,2% dos juizes entrevistados) . Exemplo mais concreto pode ser percebido em Campinas/SP. O fórum central da cidade, que é o competente para o conhecimento da grande maioria dos litígios da comarca, abriga 10 Varas Cíveis e somente duas delas disponibilizam um computador para consultas de andamento processual. Mesmo assim, o sistema é bastante precário, a maioria das informações acaba ficando desatualizada e não poupa o interessado de pedir vista dos autos em cartório.

⁽¹³⁾ Consubstancia-se a falta de incidibilidade - ineficácia - num dos efeitos negativos que podem decorrer de uma norma, junto à omissão das autoridades que não cumprem as leis e a falta de estrutura adequada disponibilizada para a sua aplicação. Já os efeitos positivos que se espera de uma norma são todas suas funções basilares: função educadora, conservadora, transformadora e de controle social.

do tempo. A norma é estática e a sociedade é dinâmica. Costumes são mudados e normas são edificadas. Exemplo de desatualização é o crime de adultério, previsto no art. 240 do Código Penal Brasileiro. Pelo óbvio ululante, já há projeto em curso para revogar este artigo pois está enfadonhamente desatualizado em relação aos acontecimentos mais comuns nos dias de hoje. Também pode-se citar o misoneísmo, como uma aversão sistemática às inovações ou transformações¹⁴. Sobreleva-se ainda as demais, a principal causa: a antecipação da lei à realidade social existente. De nada adianta criar leis maravilhosas se não encontrarão suporte social, sendo fadadas a condição de utópicas e de aplicação e exequibilidade impossíveis. O próprio texto constitucional traz em vários de seus artigos várias utopias.¹⁵ Veja-se o art. 6º como demonstra quão grande parece ser o distanciamento de alguns de seus dispositivos da realidade atual: “ São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.” É mister conhecer o fato de que o salário mínimo atual é de R\$ 200,00 (duzentos reais) e o preço médio calculado de uma cesta básica para uma família de 3 pessoas é de aproximadamente R\$110,00. Outro exemplo bastante fácil pode ser retirado da LEP (Lei de Execuções Penais) que elenca em muitos de seus artigos todos os direitos que teriam o preso. Entre outros, o preso teria sempre respeitada a sua integridade física, sua intimidade, teria direito a um trabalho digno e satisfatoriamente remunerado, receberia educação, tratamento médico e odontológico adequado, assistência judiciária imediata sempre que precisasse, a devida individualização no cumprimento de sua pena para que, cumprindo-a, estivesse plenamente recuperado para que fosse rápida e novamente aceito na sociedade. No entanto, o caos toma conta do sistema punitivo.

¹⁴) Exemplo fácil de misoneísmo é a expressão tipicamente brasileira; “Essa lei não vai pegar” . A própria lei cai no descrédito popular e por essa razão nem as próprias autoridades a aplicam, terminando por caírem no esquecimento ou no ridículo. Foi isso que ocorreu, v.g., com o chamado “Kit de Primeiros Socorros”, exigido pelo recente Código Brasileiro de Trânsito.

¹⁵) Costuma-se dizer em Direito Constitucional que esta situação existe pois muitas das normas constitucionais são “feitas para a futuro”, consubstanciando-se em objetivos a serem alcançados. No entanto, o grotesco distanciamento da realidade já é suficiente para servir de exemplo dessa causa de ineficácia das normas que se trata (antecipação da lei à realidade atual).

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

Assiste-se nos telejornais a rebeliões que quase que, diariamente, eclodem por todos os rincões do país, demonstrando a precariedade das penitenciárias e a violação dos mais elementares direitos humanos. O relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, realizado pela OEA (Organização dos Estados Americanos) em 1997, na sua conclusão, após longa análise dos seus principais problemas, termina por concluir; “O tratamento da população penal, tanto de detidos aguardando julgamento como os presos cumprindo pena, constitui outra fonte permanente de violência e de abusos de direitos humanos. A superpopulação carcerária, instalações inadequadas, treinamento deficiente de pessoal, somam-se as atitudes reactivas das autoridades frente as constantes crises”. Ou seja, muitas vezes a situação da população carcerária brasileira é sub-humana. Por fim, outro exemplo mais recente é o “moderno” (mas ineficaz em muitos aspectos) Código de Defesa do Consumidor- Lei 8.078/90 - que sobreleva os direitos e interesses dos consumidores, determinando, por exemplo, a “inversão do ônus da prova” no caso de defeito ou culpa no fornecimento de produtos ou prestação de serviços, chegando inclusive, em alguns aspectos, a restabelecer a “responsabilidade objetiva” em prol do interesse público e difuso. No entanto, infelizmente, esqueceu-se de, efetivamente, salvaguardar o conceito formal da “igualdade das partes perante a lei”. Assim, na maioria das vezes o consumidor nem mesmo dispõe de meios para conhecer os seus próprios direitos e mesmo quando os conhecem, ao verem estes violados ou ameaçados, mostram-se temerosos em recorrer ao judiciário pois enfrentarão os grandes departamentos jurídicos especializados das empresas ou poderosos escritórios de advocacia, ou ainda quedam-se inertes por desacreditarem o judiciário como instituição em razão de sua morosidade e imperfeição no exercício da tutela jurisdicional.

É preciso cuidado também no exercício da atividade legislativa pois é sabido que na imensa maioria das vezes os projetos de leis são (esta deveria ser a regra) entregues a responsabilidade de profissionais da área jurídica ou juristas que trabalham como assessores parlamentares ou integram comissões especializadas das casas legislativas.

Formalismo exacerbado

Data máxima vênia, mas o formalismo exacerbado, consubstanciando-se este num apego mais que exagerado às formalidades

legais, é herança do positivismo jurídico desenvolvido no séc. XIX e muitas vezes representa um culto exagerado a toda filosofia Kelseniana.

Muitos, inclusive magistrados, desembargadores e ministros, deixam de lado os valores e os fatos sociais, e preocupam-se somente com a aplicação da lei pura e simplesmente. Acreditam que a eles é dever aplicar a lei e que a justiça ou injustiça desta é problemas unicamente do poder legisferante. No entanto, desconhecem a função política do magistrado. Ora, ao juiz impende afastar leis injustas e aplicar o direito de forma a corrigir desvios sociais, buscando sempre a harmonia, o equilíbrio e a paz social. É indispensável essa reforma na mentalidade pois a adesão a esse positivismo exagerado significa o abandono da ética como pressuposto do direito ou integrante a ele. Do contrário, conforme advertiu Marcel Camus o judiciário passaria a ser “uma forma legal de promover injustiças”.

Outras questões importantes

Descrédito empresarial. O descrédito popular quanto ao judiciário atinge não somente aos economicamente hipossuficientes. Atinge também os grandes empresários e proprietários dos meios de produção. A morosidade e a insegurança oriundas do judiciário, e efeitos principais da crise do judiciário, faz com que exista certa inibição até mesmo nos investimentos de capitais na produção econômica e na contratação de pessoal.

Pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo em 1997 junto a 300 empresários de variados setores industriais concluiu que 50% perdem dinheiro ou deixam de investir por culpa do poder judiciário pelas razões já elencadas.¹⁶ Ou seja, se afastadas estivessem estas causas, maior investimento e, conseqüentemente, a diminuição da taxa de desemprego seriam crescentes, agilizando toda a economia nacional¹⁷.

Número insuficiente de juizes. Terceiro fator mais indicado pelos magistrados como principal causa que obstaculiza o bom funcionamento do

⁽¹⁶⁾ Tendo como base as respostas obtidas e as cifras levantadas, o economista Armando Castelar Pinheiro, chefe do departamento econômico do BNDS concluiu que o PIB brasileiro poderia crescer 13,7% não fosse a insegurança e o descrédito que dimanam do poder judiciário.

⁽¹⁷⁾ Outros pontos da pesquisa referida na nota anterior são: a imensa maioria dos empresários - 90,8% - consideram a agilidade da justiça brasileira ruim ou péssima, 41,5% consideram os custos do judiciário muito onerosos. No entanto, praticamente não se contesta a imparcialidade dos magistrados.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

judiciário¹⁸, há um número insuficiente de magistrados. Resultado disso é que os juízes acabam por não respeitarem seus próprios prazos processuais e se justificam com o excesso (acúmulo) de trabalho. Destarte, muitas vezes chega-se até a dizer que os prazos processuais na verdade existem somente para os advogados. A média nacional é de 1 juiz para 17.500 habitantes. Deveria haver o dobro pelo menos de magistrados. Um ministro do Supremo Tribunal Federal chega a julgar 390 casos (muito mais complexos haja visto se tratar da última instância recursal do país) por mês.

Corrupção e nepotismo. Assim como os poderes legislativo e executivo, o judiciário também convive com casos de impunidade, corrupção e nepotismo. O problema só é considerado mais grave, pois o judiciário deveria ser o exemplo de probidade e de retidão administrativa.

Despreparo dos advogados. Muitas causas são mal propostas e o desenvolvimento processual resta muitas vezes prejudicado pela inobservância das melhores técnicas advocatícias. Isso é resultado direto das mazelas do ensino jurídico nacional, situação já analisada mais cuidadosamente neste trabalho.

Legislação ultrapassada, elevado número de litígios, grande número de processos irrelevantes, juízes sobrecarregados com tarefas administrativas que poderiam perfeitamente serem delegadas, instabilidade do quadro legal, insuficiência na formação profissional do juiz, extensão das comarcas, número insuficiente de varas, etc.

Finalmente é preciso ponderar que todo esforço no sentido de corrigir tais falhas não se cinge a atacar cada um desses problemas de forma isolada. A atual crise do judiciário se dá pela somatória de todos esses problemas, haja visto que praticamente todos são dependentes e se relacionam entre si mesmos. Destarte, mesmo a boa intenção de se livrar de um desses problemas pode representar o agravamento inevitável de outro¹⁹. É preciso encontrar soluções gerais e eficientes, idôneas a corrigir todo o sistema e garantir o acesso efetivo à justiça por todos os litigantes que dela reclamem a prestação jurisdicional.

⁽¹⁸⁾ 81,1% dos magistrados entrevistados em 1997 pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo consideram como importante ou extremamente importante o referido fator como gerador da crise no judiciário.

⁽¹⁹⁾ Se os honorários advocatícios são muito altos, não adianta dispensar a obrigatoriedade da sua participação em algumas espécies de causas se isso representar a perda na capacidade postulatória do indivíduo menos privilegiado que, evidentemente, terá maior dificuldade de demonstrar a sua pretensão ou resistir à alheia.

VIII - OS DESAFIOS DO JUDICIÁRIO PARA O PRÓXIMO MILÊNIO

Há poucos anos a humanidade ainda se referia ao ano 2000 com um imaginário lúdico, bastante ficcionista e inverossímil, como se negasse insistentemente perceber que nada mais é que o tempo presente e pretendesse acreditar que todas as tecnologias ditas “impossíveis” nesse tempo se realizassem. Carros ainda não voam, pílulas ainda não são alimentação suficiente para toda a vida e o homem ainda não se imortalizou. No entanto, um mundo bastante diferente e à frente das leis atuais e da estrutura jurisdicional do passado (e que se mantém praticamente idêntica até os dias atuais!) é notado. O problema principal é que o mundo se transforma numa velocidade bem mais rápida que as leis criadas pelos homens. O procedimento legislativo, fonte de onde dimanam as leis e que serão aplicadas pelo judiciário, muitas vezes é moroso, entrava em questões políticas e partidárias.

Nesse sentido, grandes serão os desafios a ser transpostos pelo judiciário no limiar deste milênio. São as chamadas “novas causas da humanidade” que se defrontam com as velhas estruturas da justiça, desinformatizada, tardinha, burocratizada, estática, em crise, etc.

Por isso que cada vez mais é exigível dos aplicadores e profissionais do direito o abandono do apego exacerbado ao formalismo e a percepção da realidade em toda a sua dinâmica, sua transformação permanente, agregando continuamente novos valores, conhecendo e modificando novos fatos sociais.

Extremamente perceptível é o prejuízo de uma interpretação restrita e excessivamente formalista²⁰. Basta se abrir, entre outros tantos exemplos que poderiam ser citados, o Código Penal e o Civil. A existência de tipos penais ou artigos cíveis que atualmente se nega vigência por restarem “ultrapassados” é bastante farto²¹, comprovando-se a tese de que é

⁽²⁰⁾ O jurista Dalmo de Abreu Dallari critica com veemência àqueles que adotam esta ideologia. Diz em seu livro “O Poder dos Juízes” - ed. Saraiva - que “ Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for o seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América latina. Desse modo, a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do Direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes.”

⁽²¹⁾ Exemplo é o crime de adultério do Código Penal. (FALTAM EXEMPLOS DE DIREITO CIVIL).

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

extremamente dificultoso a manutenção de um sistema legal rígido e atualizado.

Daí surge a função política do judiciário e do seus membros. É preciso que os magistrados tenham a consciência plena de que muitas de suas decisões não serão restritas às partes envolvidas no processo e terão reflexos em toda a sociedade, que sua atuação não se restringe ao mundo dos autos mas alcança a vida os indivíduos que dela dependem para salvaguardar seus direitos ou desfazerem injustiças.

É certo que o ordenamento jurídico não possui lacunas. Destarte, é imperativa a Lei de Introdução ao Código Civil (válida e indicativa para todos os ramos do Direito) que ao magistrado é proibido deixar de julgar alegando lacuna, desconhecimento ou obscuridade da lei. É assim chamado a buscar no próprio ordenamento o embasamento razoável e suficiente para a questão, valendo-se se não da analogia, dos princípios gerais do Direito ou dos costumes, da equidade e da justiça...

Assim, mesmo que a morosidade dos procedimentos legislativos dificultem a apreciação de situações que ainda não possuem expressa previsão legal, os olhos do judiciário ainda alcançarão estas questões, pois a equidade e a justiça jamais possuirão limites em sua aplicação.

Entre as novas “causas da humanidade” destacam-se a questão da Internet e todas as suas implicações jurídicas, as modificações genéticas humanas, a formação crescente de megablocos econômicos e políticos, o desenvolvimento do crime organizado internacional, etc. Todas a exigir soluções rápidas para litígios inéditos, carentes de previsão expressa pelo ordenamento jurídico e que, pelo esforço intelectual que farão exigir dos magistrados, necessitam urgentemente de análise crítica.

A Internet, por exemplo, apresenta uma infinidade de situações que carecerão de grande esforço legislativo para prever legalmente e com suficiência todas as suas possibilidades. Firmando-se como um grande meio de comunicação, a Internet no Brasil, segundo pesquisas recentes, já tirou aproximadamente 3% do público brasileiro que assistia televisão, levando para a frente de um monitor de computador. E a tendência é crescer cada vez mais haja visto que os microcomputadores tornaram-se praticamente artigos de

primeira necessidade num mundo globalizado e carente da maior quantidade disponível de informações.²²

A primeira que pode ser citada é a questão dos direitos autorais na Internet. Dada à imensa dimensão da “rede mundial de computadores” fica praticamente impossível o exercício de qualquer tipo de fiscalização relativa à reprodução de material de terceiros sem prévia autorização do proprietário intelectual na rede.²³ A imensa maioria das pessoas acredita ser a rede mundial um local totalmente livre, sem fronteiras nacionais ou leis, sendo todo o seu conteúdo de domínio público.²⁴

Além disso, a formação crescente de megabloco econômico e político estreita ainda mais as relações entre as nações e os negócios jurídicos travados entre seus povos. No entanto, obstaculizado por uma grande dificuldade de integração jurídica internacional, os países possuem desencontros e contradições entre seus Direitos Internacionais, sejam o

⁽²²⁾ O faturamento da indústria de informática no Brasil ultrapassou os US\$ 15 bilhões anuais e só não é maior devido ao “mercado cinza”, como são conhecidos os contrabandistas e fabricantes de micros sem marcas, que não pagam impostos. A venda de computadores tem crescido assustadoramente no país, contribuindo para aumentar o número de exemplares cada vez mais. A base instalada de PC's no Brasil em 1982 era de apenas 15 mil unidades. Dez anos depois, o número já apresentava crescimento superior a 100 vezes, com mais de 2 milhões de micros. Segundo ainda o Centro de Informática Aplicada da Fundação Getúlio Vargas, os micros em uso somarão 6 milhões até o final do ano. Se os atuais índices de crescimento forem minimamente mantidos, em pouco espaço de tempo o Brasil ultrapassará a Itália e se tornará o sétimo país do mundo em número de microcomputadores. Praticamente todas as atividades comuns de uma pessoa podem ser mais ágil e confortavelmente praticadas “on line” (movimentação bancária, pagamento de contas, compras, declaração de imposto de rendas, reservas em aviões, hotéis, investimentos no mercado de capitais), o que faz constatar que os micros estão sendo cada vez mais populares, deixando de ser usados apenas por empresários ou pessoas de alto poder aquisitivo. Prova cabal disso é a venda de computadores e artigos para informática em geral em supermercados! Uma grande rede de supermercados brasileiros vende de 2 mil a 2.5 mil micros e mais de 5 mil impressoras por mês... (dados de 1998).

⁽²³⁾ Conforme relata Sarah Adamopoulos, em 1996, uma empresa portuguesa, atuante na área de desenvolvimento gráfico, descobriu que seis ícones de sua criação foram, literalmente, copiados e utilizados sem qualquer tipo de autorização em uma home page também produzida por portugueses (mas hospedada, porém, em domínios norte-americanos). Apurada a denúncia, e sob a ameaça do processo judicial, os acusados imediatamente retiraram as imagens do site, alegando “motivos de remodelação do serviço” e, questionados sobre o assunto, declararam (!!!): “os ícones não tinham de fato um aspecto agradável. Aliás, francamente, não entendemos como se revelam tão importantes na estratégia da referida empresa.

⁽²⁴⁾ Outro exemplo de navabesco desrespeito aos direitos do autor, é o que ocorre com as músicas na Internet. Recente tecnologia (padrão MP3) permite armazenar e reproduzir em pc's “domésticos” muitas músicas disponíveis na rede, com qualidade digital e com pequeno espaço na memória haja visto a grande possibilidade de compactação dos referidos arquivos. Desnecessário lembrar que a Internet tem âmbito mundial e tal prática representa um prejuízo incomensurável para os artistas, cantores e regravadoras de todo o mundo.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

público ou privado. Destarte, grande dificuldade está no reconhecimento de qual é a verdadeira vontade de uma nação e de que forma esta se manifesta válida e legitimamente. O problema é extremamente grave pois se de um lado pode representar o desrespeito ou mesmo a supressão da autonomia de outro país, por outro lado, pode significar a própria negação (existência) do Direito Internacional, como chegam a fazer alguns autores.²⁵

Também, intimamente, ligada a essa questão está o desenvolvimento do crime organizado internacional. A criação de Tribunais Internacionais (com a atuação na área criminal ou mesmo na defesa de “interesses difusos mundiais”) esbarra também, além das já mencionadas acima, em questões políticas.

Por fim, diariamente, vêem-se mutações gênicas e experiências cromossômicas em seres humanos que escapam a proteção legal e que podem, se não forem normatizadas rápida e satisfatoriamente, trazer conseqüências funestas.

IX- POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Ao longo da história, verificou-se que as tentativas de se melhorar a justiça e as suas estruturas jurisdicionais dividiu-se, basicamente, em três momentos: o oferecimento em massa de assistência judiciária, a proteção e garantia de representação jurídica para os interesses difusos e, mais recentemente, a efetivação do acesso à justiça em todas as suas dimensões, persistindo esta “terceira onda”, conforme denominação de Mauro Ceppelletti e Bryant Garth até os dias atuais.

Destarte, num primeiro momento buscou-se oferecer serviços jurídicos aos pobres, de forma a reconhecer que a figura do bom advogado é indispensável, sobretudo aos menos afortunados, para que exista a defesa

⁽²⁵⁾ Grande discussão, ainda existente, é da força e eficácia a serem reconhecidas aos tratados internacionais celebrados ou aos quais aderiram ao Brasil, após devida anuência parlamentar. Defende-se que a eficácia dos tratados é de norma constitucional haja visto que a constituição expressamente salvaguarda todos os direitos nela previstos, sem o prejuízo dos tratados e convenções de Direito Internacional de que o Brasil faça parte. No entanto, por evidente questão de lógica legislativa e competência constitucional, deve ser reconhecida aos tratados eficácia de lei ordinária, prevalecendo sobre leis posteriores somente naquilo que continuarem a serem específicos. Mas, não obstante a escolha da melhor doutrina, o que mais importa é o mérito da discussão pois revela, de forma suficiente, a dificuldade existente para se travar relações jurídicas internacionais se subsistem dúvidas quanto à formação válida e legítima da “vontade do Estado” na representação e defesa de seus direitos nas comunidades estrangeiras.

sem prejuízo dos direitos por dificuldade “postulatória” ou probatória.²⁶ Apesar de proclamado como direito o acesso à justiça, nos primórdios atuação era muito passiva. A assistência judiciária gratuita consubstanciava-se tão somente na prestação de serviços por advogados que, por caridade, deixavam de fixar seus honorários. Por motivos óbvios, era bastante ineficiente este tipo de assistência. Gradativamente passou-se a modificar tal situação. Os profissionais que prestavam assistência gratuita (ou ainda aconselhamento judiciário gratuito) passaram a ser remunerados pelo Estado e chegou-se ao modelo atual adotado pelo Brasil que é o fornecimento pelo Estado de Assistência Judiciária Gratuita.²⁷ No entanto, a demanda pelo atendimento jurídico gratuito ainda é muito grande e faz com que todo o sistema fique bastante prejudicado haja vista que o número de advogados postos à disposição ainda está longe de ser o suficiente, acabando por gerar defesas tecnicamente imperfeitas ou ações mal propostas.

A posteriori, os interesses difusos passaram a ser reconhecidos e defendidos, entendendo-se estes como aqueles direitos que sobrepõem-se ao plano individual e interessam a todo um grupo, coletividade ou comunidade (consumidores, moradores de um bairro ou região próxima a uma área de poluição industrial, etc). Além disso, paulatinamente, foram criados mecanismos que possibilitam a representação jurídica dos interesses difusos não somente dos economicamente hipossuficientes mas também de novas classes: consumidores, preservacionistas e do público em geral, sem restrições sociais de qualquer natureza. É evidente, de per si, que a grande dificuldade na

⁽²⁶⁾ Durante um ano e meio de estágio que desempenhei na Assistência Judiciária Dr. Carlos Foot Guimarães da Faculdade de Direito da PUC-Campinas, oportunidade em que prestava assistência gratuita aos pobres, facilmente constatei que três são as principais dificuldades das pessoas com menos recursos financeiros: 1. dificuldade em narrar o problema ou a falta de consciência dos direitos que lhe foram lesados ou que lesou; 2. falta dos mínimos recursos para se proceder às provas necessárias ao processo; 3. falta de compreensão para as sentenças judiciais ou para as soluções apontadas. Tudo, isso, que na maioria das vezes se manifesta concomitantemente, demonstra a dificuldade de prestar-lhes assistência judiciária.

⁽²⁷⁾ Identifica-se, no que se refere a Assistência Judiciária Gratuita, o “sistema judicare” (Áustria, Inglaterra, Holanda, França, Alemanha, etc) no qual a prestação desses serviços é feita por profissionais particulares que são remunerados pelo Estado. Não se faz qualquer distinção na representação em juízo do pobre, com exceção dessa sua condição para receber os favores estatais de que se trata. Se por um lado é altamente positivo pois não discrimina o pobre na sua condição social, acaba, por outro lado, sendo ineficiente pois não conscientiza o pobre de seus direitos fundamentais, como cidadão, consumidor, trabalhador, inquilino, etc. Há ainda o “advogado remunerado pelos cofres públicos”, pelo qual os serviços jurídicos deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classes. Além dos modelos “combinados”, é claro.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

proteção aos interesses difusos é a omissão ou imperfeição governamental. O próprio governo, quando não ele próprio que os origina, possui meios administrativos coercitivos e preventivos que seriam suficientes, se efetivamente criados e empregados, para impedir a agressão ou a ameaça a esses direitos da coletividade. Outra dificuldade que ainda pode ser lembrada, e que deve ser objeto de reformulação, é a dificuldade técnica do Ministério Público em desempenhar atuação tão dinâmica, combinada com as suas demais funções institucionais, para defender os interesses difusos e reagir contra as suas agressões.²⁸

De forma mais atual, a grande preocupação existente é com a efetividade do direito, antes só formalmente proclamado, do acesso ao justiça e, por conseguinte, ao judiciário. Assim, a busca pelo acesso efetivo à justiça é a terceira “onda” que se observa. A sua consecução passa, necessariamente, pelos fatores já citados (prestação de assistência judiciária gratuita aos que dela efetivamente necessitarem e representação jurídica dos interesses difusos) mas vai muito mais além, pois todos os fatores devem ser somados e todos os problemas visto como um todo, sanados. Esta é a única forma racional de se garantir o acesso efetivo, amplo e irrestrito, de que se fala.

Refere-se, em síntese, “no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”²⁹, incluindo-se aí toda a forma de disponibilizar a advocacia, seja judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos.

No entanto, a efetividade do acesso a justiça e aos direitos substantivos proclamados, exige muito mais que uma representação digna e aperfeiçoada em juízo mas, fundamentalmente, mudanças e reformas institucionais, que abranjam todos os procedimentos judiciais e processuais e estruturais, como por exemplo: mudança na composição e estrutura dos tribunais, modificações no direito substantivo para prevenir litígios ou indicar soluções administrativas, diminuindo a diferença social entre os possíveis

⁽²⁸⁾ Várias técnicas são sugeridas para melhorar a representação jurídica dos interesses difusos: a) técnica do procurador-geral privado. Qualquer pessoa poderia, desde transpostas as dificuldades lógicas de legitimidade ou legitimação, poderia propor ação exigindo tutela jurisdicional contra ato que afete ou prejudique interesse coletivo ou público. b) técnica do advogado particular do interesse público. Ações podem ser suplementadas e provocadas por grupos particulares, agindo na defesa do interesse público.

⁽²⁹⁾ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Sérgio Antônio Fabris Editor. Pág. 68;

litigantes, utilização de mecanismos privados ou informais na solução dos litígios, etc.

Alguns pontos fundamentais para a realização de uma reforma no poder judiciário que permitam a efetiva melhora na função jurisdicional e no acesso à justiça:

1) Reformulação dos procedimentos judiciais;

O número de litígios e causas que se acumula nos tribunais pode ser interpretado de duas maneiras possíveis. A primeira, positiva por sinal, induz ao fato de que toda a população tem a percepção de seus direitos e recorrem ao poder judiciário para salvaguardá-los em casos de ameaça ou agressão. Outro, negativo, é a morosidade na prestação jurisdicional que gera o arrastamento de muitos processos ao longo do tempo nos pretórios, devido a número excessivo de recursos, a dificuldade na representação processual, deficiência estrutural e técnica do aparelho judiciário, etc.

Destarte, é importante que sejam dirigidos esforços governamentais, com a aplicação de recursos em massa, para a modernização dos procedimentos judiciais. Mais do que nunca a informatização é necessária, de forma a aumentar o processamento de dados, a comunicação entre as comarcas e juízos³⁰, a confecção de documentos e ordens judiciais, as consultas processuais, etc.

Além desse aspecto material, pode-se sugerir também uma nova postura do próprio magistrado perante o processo e às partes. A diminuição da desigualdade real das partes (simbolicamente iguais perante a lei) poderia ser sanada se o juiz ganhar uma posição mais ativa no processo, diminuindo essa desigualdade entre os litigantes, investigando mais a verdade e apreciando livremente as provas, maximizando as oportunidades para que os resultados sejam mais justos e não reflitam apenas as desigualdades existentes entre as partes.

2) Barateamento das custas judiciais³¹;

⁽³⁰⁾ Imagine-se quão mais rápido seria para o desenvolvimento do processo se as cartas precatórias fossem enviadas e devolvidas via "on line" entre os juízos deprecante e deprecado. O mesmo poderia-se dizer quanto às consultas processuais, à protocolização de peças, a realização de laudos periciais, a oitiva de testemunhas, a elaboração de peças e petições mais simples que poderiam ser instantaneamente despachadas, a economia de papel e espaço se os disquetes ou CD's passassem a conter todo o material dos "autos", etc

⁽³¹⁾ O barateamento ou mesmo a isenção de custas judiciais poderia incentivar o aumento na propositura de causas sem motivação suficiente. No entanto, entende-se que o próprio princípio da sucumbência e os critérios que seriam adotados (diferenciando-se, por exemplo, quais as categorias de pessoas ou natureza de causas que se beneficiariam da medida) afastaria suficientemente esta possibilidade.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

3) Maior oralidade nos procedimentos;

O excesso de formalismo e de documentação atravancam mesmo os processos envolvendo questões mais simples e de pequena monta, significando grande gastos de material e pessoal. Ora, a exemplo do que ocorre na Justiça do Trabalho, a informalização de alguns procedimentos, com a documentação apenas do que for essencial para garantir a lembrança das decisões e a segurança jurídica da coisa julgada, representaria uma celeridade muito mais proveitosa que a possível perda da segurança documental.

4) Incentivo a implantação e desenvolvimento de métodos alternativos para decidir causas que, a priori, seriam levadas tradicionalmente aos auspícios do poder judiciário: o juízo arbitral, a conciliação, o incentivo econômico, etc...

5) Maior agilidade e cuidado nos procedimentos legislativos a fim de impedir as dificuldades de incidibilidade (eficácia) em razão da desatualização do tempo da idealização da lei e a sua efetiva criação, com a sua entrada em vigência. O procedimento legislativo deve suprimir de seus trâmites a burocracia e as discussões mesquinamente partidárias.

6) A conscientização em massa de toda a população, marcadamente dos menos favorecidos socialmente, para os direitos que possuem, sejam estes de natureza subjetiva ou pública. Uma grande iniciativa nesse sentido seria a inclusão na grade curricular das escolas uma disciplina que fomentasse essa "consciência jurídica", procurando introduzir já nas próprias crianças as noções fundamentais de cidadania, política e direitos e garantias fundamentais. Deve-se salientar que tal iniciativa seria uma decisão política de grande envergadura vez que, em tese, significaria o próprio Estado ensinando seus próprios governados a reivindicar contra si mesmo os direitos afrontados, já que indubitavelmente o Estado quase sempre não cumpre sua finalidade precípua ou a faz com insuficiência, em inexorável prejuízo da coletividade e do bem estar social.

7) Majoração no número de magistrados;

8) Garantia da prestação jurisdicional de forma ininterrupta;

9) Criação de um número maior de Tribunais e Varas destinadas a julgar conflitos específicos e causas de natureza específica.

A especialização, invariavelmente, representa uma maior otimização dos serviços e procedimentos uma vez que a diminuição do universo a ser decidido significa proporcionalmente um maior conhecimento do assunto, maior possibilidade de reflexão e, principalmente, acerto e homogeneidade nas decisões. Nesse sentido, a criação de Tribunais dos Consumidores, Tribunais Comunitários, Tribunais Locatícios, Tribunais de Família, poderiam ser a solução para amenizar o problema da cumulação de causas muito diferentes que acarretam uma dificultosa pesquisa pelo magistrado, promotoria e demais órgão envolvidos na decisão dessas causas.

Estes três tópicos seriam bastante significativos para uma diminuição da demanda pelos pronunciamentos jurisdicionais. Absolutamente, o aumento no número de magistrados e Tribunais, inclusive com a criação dos chamados “Tribunais Especializados”, juntamente com a não interrupção dos procedimentos jurisdicionais em virtude de férias coletivas ou recesso nos juízos e Tribunais, só faria diminuir o acúmulo de serviços, sempre alegado pelos magistrados quando da impossibilidade de cumprir com seus prazos jurisdicionais.

10) Criação de varas e Tribunais itinerantes que possibilitem e garantam a tutela jurisdicional estatal àqueles que fisicamente não possuem acesso ao judiciário.

É sabido que muitas pessoas, principalmente as que habitam a zona rural ou a longínqua periferia das grandes cidades, não tem acesso à justiça mesmo porque não têm acesso aos próprios centros urbanos. Ou, ainda mesmo que o possuam, acabam indo para as cidades apenas nos finais de semana ou em horários inviáveis para buscarem o auxílio estatal para a salvaguarda de seus mais elementares direitos. É preciso, de alguma forma (implantação de postos em rincões mais afastados ou “ônibus-tribunais”) aproximar os jurisdicionados do primeiro e segundo grau da justiça comum.

11) Incentivo e implantação dos instrumentos e procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos: Tribunais de conciliação, arbitragem e mediação, por exemplo.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

12) Valorização da postura do magistrado perante o processo a fim de tomar uma posição mais ativa no litígio³², sem prejuízo para o devido processo legal, mas principalmente para equilibrar a capacidade das partes perante o juízo, evidenciando a função política do judiciário.³³

X- CONCLUSÕES

Diante de tudo o que fora até aqui exposto, percebe-se que a crise existente no poder judiciário nacional é mais que evidente, exigindo reformas não só no âmbito estrutural mas, e sobretudo, institucional. **MAS NÃO SERÃO SOLUÇÕES ABSURDAS E INCONSTITUCIONAIS COMO A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS VINCULANTES ÀS SÚMULAS EDITADAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUE COLOCARÃO FIM AOS PROBLEMAS.**

Velhos problemas necessitam de novas soluções. As crônicas dificuldades de acesso à justiça pelos economicamente hipossuficientes, a morosidade na prestação da tutela jurisdicional, o desaparecimento do judiciário, o formalismo exacerbado, a sobrecarga de recursos meramente protelatórios, o despreparo dos advogados e operadores do direito em decorrência da crise no ensino jurídico, a interferência política no procedimento legisferante, e todos os demais problemas já elencados e pormenorizados, a altíssimas demandas pela tutela jurisdicional, as dificuldades do judiciário

⁽³²⁾ Conforme enfatiza o professor José Eduardo Faria, em "Direito e Justiça", "Para bem interpretar a lei o juiz não pode ser formalista, dogmático, apegado a formulas legais, o direito transcende o texto da norma, que é estático; e está ligado à realidade social, que é dinâmica. Interpretar, antes de mais nada, significa sensibilidade social e postura crítica, além do saber jurídico, dos conhecimentos científicos e das verdades naturais de que o julgador necessita. Através da visão dialética, eminentemente crítica, o juiz coloca-se dentro da realidade social e identifica as forças que produzem o direito, para estabelecer a relação entre esse direito e a sociedade. Nessa postura, o juiz pode e deve questionar a própria legitimidade da norma, para adequá-la à realidade social. Assumindo-a, pode chegar a decisões mais justas e renovadoras, utilizando-se dos processos tradicionais da hermenêutica."

⁽³³⁾ A função política do judiciária deve ser entendida não no sentido vulgar da expressão como comumente é reconhecido, mas pela possibilidade de suas decisões modificar situações sociais e relações jurídicas com força estatal. Conforme José Reinaldo de Lima Lopes, "a função política do judiciário deriva de sua própria inserção no Estado. Seus desafios são hoje em boa parte os mesmos desafios com que se defrontam outros poderes. Sua reforma e reorganização pode ser vista sobretudo como problema político, mais do que problema de reaparelhamento. Organizar a Justiça exige condições materiais: ao permitir que ela viva meio desaparelhada o Estado manifesta seu descaso típico para com todos os serviços devidos aos cidadãos, em especial os devidos às classes populares.

neste terceiro milênio, o descrédito da população no judiciário e suas instituições, entre outros problemas que já foram elencados, revelam no seu conjunto, a atual realidade do sistema. Corolário destes fatores, naturalmente, é o gravoso comprometimento na distribuição da justiça e o agravamento das situação nacional vez que aqueles que de fato necessitam da justiça para proteger o seu direito e garantir a sua cidadania vêm-se conspurcados, sem perspectivas de melhora, deste instrumento que, a priori, se destinaria a assegurar a equidade, a segurança jurídica e a paz social.

Assim sendo, a análise das atuais tentativas de reforma e os estudos e pareceres realizados na busca da solução destes problemas nos faz revelar, num primeiro momento, que a mudança depende de critérios cuidadosos, sistemas racionais e métodos científicos de forma a assegurar, mesmo que paulatinamente, a reestruturação de um novo sistema. Esta velha casa, de estruturas antigas e frágeis, deve ser primeiramente derrubada. Depois, repensadas todas as condições, deve ser edificada uma nova estrutura, melhorada, moderna, que afaste os problemas do passado e tenha condições satisfatórias de acolher com dignidade e segurança, aqueles que nela vão se abrigar.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ARMELIN, Donaldo. *Tutela jurisdicional diferenciada*. *Repro*, v. 65

ASSIS, Arakén de. Antecipação de tutela. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BASILICO, Giorgetta & CIRULLI, Massimo. *Lê condanne anticipate nel processo civile di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1998

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional*. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória - Tentativa de sistematização*. São Paulo, Malheiros Ed. 1997

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Ed. Morano. V.9

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no código de processo civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997

_____. *A reforma do código de processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo, Celso Bastos, 1998

FORNACIARI JR., Clito. *A reforma processual civil*. (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, Luis. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Rvista dos Tribunais, 1973.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1988. 127 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Antecipação da tutela e o art. 273 do CPC*. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

_____. A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As reformas do código de processo civil: condições de uma avaliação objetiva*. RF, 335:97.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil*. Repro, v. 732

_____. *A efetividade do processo de conhecimento*. Repro, v. 74

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. RF, v. 329

NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, Editor, 1991.

TALAMINI, Eduardo. Nota sobre as recentes limitações legais à antecipação de tutela. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TARZIA, Giuseppe. *La tutela cautelare*. In: *Ill nuovo processo cautelare*.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A nova etapa da reforma processual*. *Revista de Processo*, V. 83

_____. (Coord.) *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: *Reforma do código de processo civil*. Coord, Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo.

_____. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. In: *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade*. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Saraiva, 1997.

Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil (OEA - 1998);

ARTIGO

A HOMOLOGAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL APÓS O CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA PROPOSTA

Vinícius de Oliveira e SILVA*
Wellington Augusto de Moura BAHE*

RESUMO

A transação penal, prevista na Lei 9.099/95, mitigou o princípio da obrigatoriedade no processo penal brasileiro e permitiu, tratando-se de infrações de menor potencial ofensivo, o oferecimento de proposta pelo membro do Ministério Público ao autor do fato, evitando-se, assim, a ação penal. Trata-se da inauguração da Justiça Consensual na esfera penal. Aceita a proposta pelo autor da infração, o Juiz homologa o acordo e impõe, desde logo, sanção restritiva de direitos ou multa. Entretanto, pode o suposto infrator descumprir as condições estabelecidas. Propomo-nos, no presente estudo, a enfocar a questão do descumprimento da transação penal, apresentando, para tanto, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, culminando com a adoção de uma solução que, em nosso sentir, não afronta as garantias consolidadas nem, por outro lado, redunde em absoluta impunidade.

INTRODUÇÃO

O diploma legal que criou os Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), conquanto tenha inegáveis virtudes e louváveis objetivos, trouxe,

(*) Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo e Acadêmico do 5º ano da PUC-Campinas.

(*) Estagiário do Ministério Público Federal em Campinas e Acadêmico do 5º ano da PUC-Campinas.

assim como toda inovação legislativa, inúmeras dúvidas de caráter teórico e prático.

Dentre todas as discussões, avulta, em modesto entendimento, a do *descumprimento* da transação penal. Quais suas conseqüências? Como evitar que o autor do fato burle a lei aceitando a proposta ministerial, mas não levando a cabo o acordo firmado?

A importância do tema decorre, por primeiro, do fato de ser a transação penal instituto previsto no artigo 98, I da Constituição Federal e uma das finalidades da própria Lei 9099/95, devendo ser buscada “sempre que possível”, conforme se depreende do artigo 2º do aludido diploma. Aliás, em razão da publicação da Lei n. 10.259/2001 que criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, há questionável entendimento¹ no sentido da ampliação do conceito de crime de menor potencial ofensivo, o que, à evidência, exalta a solução consensual, exigindo, assim, do jurista maior atenção ao tema.

De par com a relevância da transação penal, é certo, outrossim, que a possibilidade de descumprimento da proposta sequer foi ventilada no texto da Lei dos Juizados Especiais, adquirindo, pois, maior relevo a mencionada controvérsia.

Considerando, ainda, que o descumprimento do benefício legal concedido beira as raias da impunidade, é mister que se encontre uma solução *de lege ferenda* que não afronte garantias já consolidadas, mas que, ao mesmo tempo, não traga desprestígio à Justiça.

É o que nos propomos fazer neste singelo artigo e, para isso, traremos a lume manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do

⁽¹⁾ Na doutrina, a posição majoritária é no sentido de que o parágrafo único, do artigo 2º, da Lei 10.259/2001, ampliou o conceito de infrações de menor potencial ofensivo previsto, originariamente, no art. 61 da Lei 9.099/95. Consoante essa corrente, devem ser considerados como infrações de menor potencial ofensivo “os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”, aplicando-se tal conceito aos Juizados Especiais Criminais da Justiça Estadual, em que pese a vedação contida no artigo 20 da Lei 10.259/2001. Isso porque entendem ser inconstitucional a previsão da aplicação desse novo conceito somente no âmbito da Justiça Federal. A análise recôndita dessa controvérsia não é, precisamente, o objeto do presente trabalho; no entanto, queremos enfatizar que se a ampliação desse conceito for estendida à Justiça Estadual, o que não é improvável, então a inferência inexorável a ser extraída é a de que a transação penal poderá ser proposta para um número maior de crimes previstos no Código Penal e em Leis Extravagantes, donde, oportunamente, exaltamos a importância que alcançou o tema que propomos a discutir.

tema, culminando com a adoção de uma posição que acreditamos ser a mais adequada para o deslinde da questão.

1. A IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO AUTOMÁTICA DA PENA IMPOSTA NA TRANSAÇÃO POR PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

Inicialmente, propugnou-se que, uma vez descumpridos os termos da transação pelo autor do fato, dever-se-ia converter a sanção inculpada no acordo em pena privativa de liberdade.

Nada obstante compreendermos a *ratio* desse entendimento – sancionar o descumprimento da transação –, entendemos que tal medida não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

É bem verdade que o baldrame dessa conversão automática encontrava-se em dois dispositivos legais: no parágrafo 1º do artigo 51 do Código Penal e no artigo 85 da Lei 9099/95. Como é cediço, porém, o § 1º do artigo 51 do CP, que previa a conversão da pena de multa em privação de liberdade, foi revogado pela Lei 9.268/96, tornando a multa simples dívida de valor. Assim, na hipótese de não pagamento, o procedimento legal cabível é a execução da multa que - diga-se - é promovida pela Fazenda Pública, conforme pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça².

Diante dessa alteração, entendemos que o artigo 85 da Lei dos Juizados Especiais perdeu sua razão de ser. Com efeito, se a multa imposta ao final de todo um processo-crime não pode ser convertida em prisão, que dirá da pena pecuniária constante da transação penal? Ao enfrentar essa questão, Hugo Nigro Mazzilli manifestou-se, com propriedade e acerto no sentido de que: *“repugnaria ao senso lógico e jurídico que não se pudesse ser convertida em prisão a multa imposta como sanção penal no devido processo legal em decorrência do poder coercitivo do Estado, mas o pudesse ser a multa ajustada consensualmente entre as partes no*

⁽²⁾ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. PENA DE MULTA. LEGITIMIDADE PARA A EXECUÇÃO. FAZENDA PÚBLICA E, NÃO, MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO CONHECIMENTO. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que, com o advento da Lei nº 9.268/96, dando nova redação ao artigo 51 do Código Penal, afastou-se do Ministério Público a legitimidade para promover a execução de pena de multa imposta em decorrência de processo criminal, tratando-se, pois, de atribuição da Procuradoria da Fazenda Pública, havendo juízo especializado para a cobrança da dívida, que não o da Vara de Execuções Penais (STJ - RESP 200232/SP, 6ª Turma, Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, j. 22/05/2001, DJ 08/04/2002, p. 00290).

*processo penal; além disso seria reconhecer que a inadimplência do pagamento da multa seria sancionada pela ordem positiva com mais gravidade que a própria infração penal que levou a imposição da sanção pecuniária ou da transação penal*³. No mesmo sentido leciona o insigne doutrinador Damásio E. de Jesus⁴.

Ademais, a referida conversão vai de encontro com a própria consequência da aceitação da transação penal. Explicamos: ao aceitar a proposta o autor do fato não está admitindo autoria ou materialidade, mas tão-somente aceitando as condições propostas pelo representante do Ministério Público, dentre as quais não está a privação de liberdade. Assim, ao impor a privação de liberdade em razão do descumprimento, estar-se-ia aplicando uma pena sem processo, o que fere os princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência.

Cumpre consignar, ainda, que é firme a jurisprudência no sentido da impossibilidade da conversão do acordo em pena privativa de liberdade.⁵

O mesmo ocorre no caso de fixação na transação de sanção restritiva de direitos, uma vez que, como se verá no item infra, a homologação da proposta é imutável - *res iudicata* -, pelo que incabível alterar seus termos.

2. A NATUREZA CONDENATÓRIA IMPRÓPRIA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO PENAL E O CONSEQÜENTE IMPEDIMENTO DO OFERECIMENTO DE DENÚNCIA.

Tendo em vista a inviabilidade da conversão da pena pecuniária em pena corporal, é que se aventou o oferecimento da denúncia como sendo a medida mais adequada para impedir a ineficácia do instituto da transação penal. Para isso advogou-se que a sentença homologatória era de natureza meramente declaratória e que o vício de vontade contido no acordo descumprido justificaria a instauração do processo em face do princípio “*rebus sic stantibus*” vigente na teoria dos contratos.⁶ Argumentava-se, ademais, que

³ MAZZILLI, Hugo Nigro; *Questões Criminais Controvertidas*; São Paulo: Saraiva. 1999. p. 581.

⁴ *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*; São Paulo: Saraiva. 1995. p. 85.

⁵ *RJTACrim* 31/338; 34/55; 35/61; 36/527; 41/216; RT 771/521; 772/549.

⁶ RT 775/620.

a sentença homologatória só fazia coisa julgada formal, pelo que não haveria óbice ao oferecimento da denúncia.

Sem embargo dessa respeitável posição que, à evidência, buscava evitar o descumprimento malicioso da transação por parte do autor do fato, é certo que a homologação do ajuste tem natureza de sentença condenatória e faz, além de coisa julgada formal, coisa julgada material.

Realmente, o ato judicial em análise “*declara a situação do autor do fato, torna certo o que era incerto. Mas além de declarar, cria uma situação nova para as partes envolvidas, ou seja, cria uma situação jurídica que até então não existia. E ainda impõe uma sanção penal ao autor do fato, que deve ser executada*”⁷ não podendo ser tido como meramente declaratório.

Ainda sobre a controvérsia acerca da natureza jurídica da referida sentença, o Prof. Júlio F. Mirabete ensina que a sentença homologatória possui natureza de sentença condenatória *imprópria*, nos seguintes termos: “*É certo, porém, que a sentença não reconhece a culpabilidade do agente nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum. Trata-se, pois, de uma sentença condenatória imprópria*”⁸.

Neste ponto, concordamos com o Prof. Mirabete, já que é certo que a decisão do Magistrado não se limita apenas ao ato de homologar a transação, pois implica também na aplicação de uma sanção, de modo que, com o trânsito em julgado para as partes, é vedado o recebimento da denúncia sobre o mesmo fato. Dessa forma, é impossível o reinício do processo, cujo fato já foi objeto de transação perfeita e acabada.⁹

Portanto, conforme podemos observar, essa não é a solução mais afinada com a sistemática processual.

⁽⁷⁾ PAZZAGLINI FILHO, Marinho; MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando, *Juizado Especial Criminal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 1999. p. 59.

⁽⁸⁾ MIRABETE, Júlio F. *Juizados Especiais Criminais*.

⁽⁹⁾ RSE 1.047.033, Rolo Flash 1094/277, 3ª Câmara, TACrim, j. 18/03/97, rel. Ciro Campos.

3. A SOLUÇÃO MAIS ADEQUADA PARA A CONTROVÉRSIA: RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E À COISA JULGADA SEM COROAR A IMPUNIDADE.

“O que diminui a criminalidade não é o tamanho da pena, mas a certeza da punição”

Cesare Bonesana Beccaria (1738-1794)

Como visto, tanto a conversão da transação em pena privativa de liberdade quanto o oferecimento da denúncia após a sentença homologatória afrontam os postulados processuais, sendo, pois, incabíveis.

Diante desse panorama, a impressão que se tem é a de que nenhuma medida pode garantir a efetividade do acordo, o qual, desprovido de conseqüências, será descumprido pelos menos escrupulosos.

Na prática forense, entretanto, concebeu-se uma saída que não esbarra na imposição de uma pena sem processo e nem mesmo fere a coisa julgada e que, por outro lado, não dá ensejo à absoluta impunidade pelo descumprimento da transação penal. Trata-se da homologação condicionada ao cumprimento do ajustado, ou seja, aguarda-se o adimplemento do acordo pelo autor do fato para só então firmar-se definitivamente a transação.

Destarte, na hipótese de não cumprimento dos termos da transação, os autos retornam ao Ministério Público para que, livre da imutabilidade da coisa julgada, ofereça a denúncia.

Embora aludida solução não seja imune a críticas, uma vez que acaba por resvalar na celeridade processual aspirada pelo legislador, é mais vantajosa que a homologação prematura, pois evita a má-fé do autor do fato e resguarda o cumprimento da lei. É nesse sentido o teor do Enunciado 14 do Fórum Permanente dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil *in verbis*: “*Não cabe oferecimento de denúncia após a sentença homologatória, podendo constar da proposta da transação que a sua homologação fica condicionada ao cumprimento do avençado*”.

Segundo essa posição que adotamos, a transação penal, um dos fins visados pela Lei 9099/95, recebe toda efetividade que desejava o legislador constituinte, não se transmudando, pois, a aludida medida despenalizadora em ícone da impunidade. De outra banda, ao mesmo tempo em que impede o descumprimento ardiloso do ajustado entre as partes, a homologação da

transação, postergada até o adimplemento do acordo, respeita os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal e, ainda, observa a imutabilidade da coisa julgada. Em suma: faz Justiça sem o uso de expedientes ao arrepio da lei.

CONCLUSÕES PONTUAIS

5.1. Em face da relevância da transação penal, medida despenalizadora de substancial importância à simplificação do processo e desburocratização da Justiça, mister definir-se qual a consequência do descumprimento do acordo pelo autor do fato, já que a Lei 9099/95 não trata do assunto.

5.2. É incabível a conversão automática da pena pecuniária em pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, em face da nova sistemática vigente no Código Penal. A imposição de pena corporal decorrente da conversão fere os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência e significa pena sem processo.

5.3. A homologação da transação tem natureza jurídica de sentença condenatória imprópria, uma vez que impõe uma sanção, apesar de não ter os efeitos da sentença condenatória comum (reincidência, nome no rol dos culpados, etc). Em razão disso há ocorrência de coisa julgada formal e material, impedindo o oferecimento da denúncia.

5.4. O condicionamento da homologação do acordo ao cumprimento dos termos da transação é a solução mais afinada com os postulados do Direito, uma vez que concilia a eficácia do instituto ao prestígio da Justiça.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare; *Dos delitos e Das Penas* - Tradução de Torrieri Guimarães. Livraria Exposição do Livro.

DE JESUS, Damásio E.; *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*; São Paulo: Saraiva. 1995.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, 7ª ed. São Paulo: revista dos Tribunais. 2001.

A HOMOLOGAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL APÓS O...

MAZZILI, Hugo Nigro; *Questões Criminais Controvertidas*; São Paulo: Saraiva.1999.

MIRABETE, Júlio F; *Juizados Especiais Criminais*.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando, *Juizado Especial Criminal*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 1999.

ASPECTOS SÓCIO-JURÍDICOS SOBRE O PLANTIO E CONSUMO DE TRANSGÊNICOS*

Simone YAMAMURA

I - INTRODUÇÃO

A engenharia genética é, certamente, uma das grandes questões a serem discutidas no século que se inicia. A manipulação dos genes, com suporte nos rápidos avanços da tecnologia, promete trazer o melhoramento de espécies animais e vegetais - do que resultariam, por exemplo, aumento da qualidade dos alimentos, produção de compostos desejados pelo homem e obtenção de características favoráveis à produção de bens primários essenciais. Para o homem, a manipulação genética poderia significar a cura de doenças que há muito o afligem e a esperança renovada de uma vida cada vez mais longa e jovem.

A biotecnologia emerge, assim, como o novo centro das atenções - o que se observa, na verdade, é a grande explosão da biologia como ramo a ser explorado, assim como no passado o foram a física e a química. Com isso, passa-se a questionar seus enormes impactos sobre diversas áreas do conhecimento.

Em face desta realidade, que não há como ser ignorada posto que infiltrada em nosso cotidiano, o Direito, enquanto regulador das relações sociais, encontra-se ainda perplexo e sem resposta para inúmeras questões controversas. Como estará ele reagindo a este avanço tecnológico, que segue em rapidez nunca antes prevista?

(*) Artigo adaptado da monografia de conclusão do curso de Direito apresentada pela autora à PUC-Campinas, sob orientação da Profa. Ana Maria Melo Negrão (PUC-Campinas) e co-orientação do Prof. Hildebrando Herrmann (Unicamp)

À luz da Sociologia Jurídica, indicada aqui por enfatizar o Direito em contextos sociais interdisciplinares e em constante mutação, o presente trabalho buscará analisar brevemente as implicações jurídicas no Brasil da utilização da biotecnologia na agricultura e do consumo de alimentos derivados deste plantio. Serão também dadas noções gerais sobre os principais impactos e desdobramentos deste desenvolvimento tecnológico.

II - BIOTECNOLOGIA E TRANSGÊNICOS: CONCEITOS E DEFINIÇÕES

No *site* do Ministério da Ciência e Tecnologia, encontra-se a definição de que:

“Biotecnologia integra um conjunto de tecnologias habilitadoras que possibilitam utilizar, alterar e otimizar organismos vivos ou suas partes funcionantes, células, organelas e moléculas, para gerar produtos e processos e serviços especializados com aplicações diversas nas áreas de saúde, agropecuária e meio ambiente. Neste contexto estão incluídas as pesquisas sobre transgênese, genômica, proteômica, terapia gênica, nanotecnologia, etc, que estão revolucionando vários segmentos da biotecnologia, apresentando grandes perspectivas para desdobramentos ainda nesta década.”¹

Em síntese, a biotecnologia significa a otimização de seres vivos para fins determinados pelo homem. Neste contexto se encontram os organismos transgênicos, que, segundo Fiorillo,

“(...) são os animais ou vegetais que contêm material genético tirado de outras espécies, através de técnicas da engenharia genética. (...) estes [organismos geneticamente modificados] são definidos como organismos cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética, enquanto os alimentos geneticamente modificados, os formados de organismos geneticamente modificados.”²

⁽¹⁾ MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, www.mct.gov.br, 26 ago. 2001

⁽²⁾ FIORILLO, 2000, p. 166

Assim, os alimentos chamados “transgênicos” constituem-se na própria variedade vegetal modificada geneticamente destinada ao consumo *in natura* ou no produto alimentício derivado de seu processamento.

III - NOÇÕES GERAIS DOS IMPACTOS SOCIAIS CAUSADOS PELO PLANTIO E CONSUMO DE TRANSGÊNICOS

III.1. Impactos na Economia

Um dos principais interesses envolvidos com a produção e o consumo de transgênicos é o econômico.

De fato, ao possuírem determinadas características obtidas através da manipulação genética, as plantas transgênicas destinadas ao consumo apresentam vantagens em relação às tradicionais, como: maior resistência contra pragas e insetos, o que diminui o uso de agrotóxicos; maior resistência a herbicidas e pesticidas; aumento da produtividade em espaços destinados ao cultivo, cada vez menores e mais caros; aumento da fixação de nitrogênio pelas plantas. Deste modo, os custos da produção ficam mais baratos e os lucros aumentam.

Em vista destas grandes vantagens, o que se tem visto no mundo todo são as fusões de grandes multinacionais da área de agricultura e as aquisições de empresas menores, com o objetivo de aumentar seu capital e o investimento em pesquisa e desenvolvimento no setor de biotecnologia. Com isto, vislumbra-se a dominação de mercado por estas novas empresas, uma vez que aprimorarão cada vez mais as técnicas e procedimentos para obtenção de variedades agrícolas rentáveis e serão as únicas fornecedoras de determinado tipo de semente ou planta, devidamente protegidas intelectualmente.

Outro aspecto a ser considerado é o de que os organismos geneticamente modificados constituem-se, em última instância, numa inovação tecnológica. Para que possam efetivamente movimentar a economia, é preciso que haja, no mínimo, incentivos governamentais à pesquisa, à criação de competências e à formação de recursos humanos. Assim, vê-se que o surgimento desta nova tecnologia exige muito investimento público.

Questiona-se aqui o quanto outros setores, mais básicos e urgentes, serão afetados, especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil, por uma política voltada para o desenvolvimento de tecnologias que envolvem conhecimentos recentíssimos, equipamentos de última geração e especialização profunda em determinadas áreas do conhecimento.

Paralelamente, cresce no mundo a pressão econômica e política para o plantio de transgênicos e aceitação de seu consumo. O Brasil ainda resiste - mas, ao invés de aproveitar o fato de que muitos países rejeitam os transgênicos e diferenciar-se nas exportações como produtor de plantas “tradicionais”, fiscaliza pouco suas produções e, não tendo controle sobre estas, não pode utilizar-se desta nítida vantagem competitiva.

III.2. Impactos no Meio Ambiente

Uma das principais questões levantadas aqui refere-se ao atingimento do equilíbrio de ecossistemas. Os ecossistemas naturais encontram-se equilibradamente arranjados: auto-sustentam-se ao prover a manutenção e proporcionar a perpetuação das diferentes formas de vida neles existentes, as quais desempenham funções próprias e específicas dentro de seu habitat. A inserção de organismos geneticamente modificados nestes ambientes certamente afetará seu equilíbrio, pois toda a sua estruturação terá de se adaptar à presença deles. É certo que o homem sempre alterou e sempre alterará a natureza e que esta tem a capacidade de auto-ajustar-se, buscando alcançar sempre o equilíbrio – mas será a alteração causada pelos transgênicos algo reparável?

Ao modificar geneticamente certos organismos, o homem introduz na natureza seres vivos, de forma artificial. Seria isto benéfico para o meio ambiente? Pólenes de plantas transgênicas, por exemplo, podem ser transportados por agentes polinizadores (insetos, vento) e fecundar uma planta “normal”, resultando em outra totalmente nova, o que certamente alteraria a biodiversidade natural. Este ponto, conforme visto, remete-nos ao impacto sobre os ecossistemas, trazendo novamente as dúvidas sobre a intervenção direta do homem no ambiente natural.

Questionam-se ainda as possibilidades de:

- surgimento de traços patogênicos nos organismos;

- transferência dos genes colocados em determinada espécie para outras, resultando em efeitos inesperados e indesejáveis;
- diminuição da variabilidade genética, que comprometeria a adaptação das espécies a alterações ambientais;
- surgimento de superpragas;
- perda de controle sobre OGMs, espalhando-se estes em ambientes não previstos;
- substituição de espécies naturais por transgênicos mais adaptados ao meio ambiente;
- aumento de resíduos tóxicos, pois lembra Fiorillo que a soja *Roundup Ready* da Monsanto, por exemplo, pode ocasionar a aplicação de maior quantidade do agrotóxico herbicida *Roundup* nas plantações³.

III.3. Impactos na Saúde Humana

Os gêneros agrícolas transgênicos destinados ao consumo, bem como os produtos alimentícios deles derivados, ainda não têm seus efeitos sobre o organismo humano determinados.

Por um lado, garantem os defensores desta nova tecnologia que os alimentos transgênicos apresentam melhor qualidade, uma vez que especialmente desenvolvidos para atender a uma especificidade. Assim, por exemplo, um tipo de arroz transgênico poderia possuir maior quantidade de certo aminoácido; as verduras receberiam menos agrotóxicos por possuírem genes que aumentassem sua resistência contra insetos e microorganismos; o óleo de milho poderia conter substância que evitasse determinada doença. Além disso, argumentam que a produção de transgênicos seria uma possível solução para a fome e a desnutrição que assolam grande parte do mundo.

Todavia, de outro lado, muitos são os questionamentos sobre o consumo de alimentos transgênicos. Desconhecem-se as reais probabilidades de que genes introduzidos artificialmente nos vegetais sejam de algum modo transferidos para o homem, conferindo-lhe substâncias ou características não desejadas, como por exemplo elementos patógenos.

⁽³⁾ *Ibid* p. 173

A composição do alimento e sua quantidade de nutrientes também podem ser alteradas, não se sabendo como o metabolismo do corpo humano reagirá.

Outro perigo potencial é o do surgimento de novos tipos de vírus e, conseqüentemente, de doenças. Plantas modificadas para apresentarem resistência a determinado tipo de vírus podem fazer com que surjam outros novos, devido ao mecanismo de reprodução viral, que combina o material genético do vírus e componentes da célula infectada.

Ademais, recorda-nos Fiorillo de que pode haver a potencialização dos efeitos de substâncias tóxicas, já que muitas plantas possuem componentes tóxicos para se defender de inimigos naturais; a manipulação dos genes poderia aumentar o nível de tais toxinas⁴. Outrossim, o próprio alimento de origem transgênica poderia apresentar toxicidade ao homem.

O problema das alergias também é evidente. Conhecida tornou-se a soja transgênica desenvolvida pela Pioneer Hi-Bred International, que continha genes da castanha-do-pará. Os genes manipulados para transferir o valor protéico da castanha para a soja fizeram com que esta causasse alergia em pessoas alérgicas à castanha. A soja modificada, por isso, não foi comercializada⁵.

III.4. Impactos na Ética

A manipulação genética, com a extrema velocidade com que vem sendo utilizada, difundida e discutida, assombra-nos e deixa-nos perplexos. Sentimo-nos de mãos atadas, sem reação – não apenas porque o avanço da engenharia genética atingiu níveis nunca antes esperados ou porque as legislações existentes não se mantêm a par do desenvolvimento tecnológico, mas sobretudo porque implica valores éticos, religiosos e filosóficos.

A possibilidade de se alterar o DNA e o genótipo dos seres vivos trouxe consigo questões que dificilmente serão respondidas. Afinal, o que é um alimento, uma planta, um animal? Diferenciam-se na essência do alimento, planta e animal transgênico? Alterar um gene do tomate significa que ele não é mais tomate? A natureza, por si, apresenta mecanismos para variação

⁽⁴⁾ *Ibid, loc cit*

⁽⁵⁾ PINHEIRO, 1998, p. 12

genética, como os que ocorrem na reprodução bacteriana e no *crossing-over* da divisão celular, variação esta imprescindível a qualquer ecossistema. Para muitos, ao manipular genes, o homem somente acelera ou melhora processos de trocas de genes que naturalmente ocorrem na natureza.

No entanto, o problema coloca-se evidente quando se considera que atualmente a alteração e a transferência de genes têm sido feitas entre espécies muito distantes, como entre a soja e uma bactéria – tal intercâmbio jamais aconteceria naturalmente, posto que na natureza só ocorrem trocas genéticas entre seres da mesma espécie ou, quando muito, do mesmo gênero. Pode-se dizer que a soja transgênica não é mais soja? E se se alterarem mais genes seus, cinco, dez, cinquenta, cem? Quando aquela planta deixará de ser soja?

Afinal, o que é a vida? Os organismos existentes são apenas a expressão de um conjunto genético?

Inegavelmente, concorre para a situação que hoje vivemos a busca humana pelo conhecer, pelo desvendar dos mistérios da natureza, pelo descobrir de suas próprias origens. Todavia, o motivo mais imediato e evidente afigura-se como sendo a busca pelo lucro. Seria ingênuo acreditar que tamanho investimento em pesquisas e produção não almejasse o dinheiro proveniente da venda de sementes transgênicas padronizadas, do aumento da produtividade com extensíssimas plantações uniformes e sem pragas, dos alimentos menos perecíveis e das patentes de medicamentos.

Tal ambição supera a consideração de riscos inerentes e sua prevenção. Além dos perigos associados ao meio ambiente e à saúde, a engenharia genética, por envolver tecnologia das mais avançadas, pode ser manipulada de diversas formas. Machado cita o relator do projeto da Lei nº 8974/95 – Lei de Engenharia Genética – no Senado Federal, Ronan Tito ⁶:

“Se, por um lado, os benefícios que poderão advir dessas novas técnicas são aproximadamente previsíveis, pois que geralmente são balizados pelo funcionamento basal dos seres vivos em questão, o potencial maléfico é absolutamente ilimitado. Considerando-se aí não só os possíveis acidentes, mas a manipulação espúria, com objetivos militares, eugênicos ou de dominação sociológica ou, principalmente, econômica. Em

⁶ Diário do Congresso Nacional, 14 dez. 1994, p. 9.073

verdade, nunca a Humanidade contou com uma força tão extrema e ambivalente. E, como sempre, concentrada nas mãos de pouquíssimos. Razão pela qual todo o esforço deve ser feito no sentido da coibição de abusos que possam ser perpetrados atualmente e, principalmente, no futuro. A segurança é primordial.”⁷

Confrontam-se, deste modo, valores econômicos e éticos. Neste contexto surge a Bioética, ciência recente que vem sendo amplamente estudada em face dos avanços tecnológicos utilizados para manipulação da vida.

Como se nota, há mostra de preocupação da própria ciência em determinar limites e prescrever condutas referentes ao seu desenvolvimento e à forma como vêm sendo utilizados os seus resultados. Assim é que os transgênicos, como um dos assuntos que certamente ganharão cada vez mais espaço neste novo milênio, acabam por ser uma das grandes problemáticas a ser enfrentadas pela ética – e, mais precisamente, pela Bioética.

IV - IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO PLANTIO E CONSUMO DE TRANSGÊNICOS NO BRASIL

IV.1. Legislação e regulamentação básicas

O Título VIII da Constituição Federal de 1988, “Da Ordem Social”, reservou um de seus capítulos para a questão ambiental. Trata-se do Capítulo VI, “Do Meio Ambiente”, cujo único artigo reza em seu *caput* que:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

O Brasil também é signatário de diversos tratados internacionais em matéria de proteção ambiental, tais como a Declaração do Rio de Janeiro, resultante da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o

⁷ MACHADO, 2000, p. 858

Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, e a Convenção sobre a Diversidade Biológica.

Tendo em vista ainda o constante avanço da biotecnologia, em 1995 foi editada a Lei nº 8974/95, conhecida como a Lei de Engenharia Genética ou a Lei da Biossegurança. Ela regulamentou os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, estabeleceu normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no ambiente de organismos geneticamente modificados e autorizou o Poder Executivo a criar a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio. Tal Lei, além de sofrer alterações por Medidas Provisórias, foi regulamentada pelo Decreto nº 1752/95.

Todos estes diplomas legais tentam regular a questão da engenharia genética e a proteção ao meio ambiente, dispondo sobre registros, autorizações de atividades, infrações e penalidades em âmbito administrativo, crimes e penas, legitimidade para a ação judicial, responsabilidade civil, entre outros assuntos.

IV.2. Propriedade Intelectual

O atual mundo globalizado, regido majoritariamente pelo capitalismo selvagem e no qual a busca pelo lucro supera qualquer outra expectativa ou objetivo, tem plena consciência da importância dos direitos de propriedade intelectual. A sociedade contemporânea vive da informação, do conhecimento e da criação intelectual, o que torna o sistema de proteção de tais bens incorpóreos ponto-chave de qualquer negociação, visando-se assegurar essencialmente os retornos do investimento realizado.

Neste contexto se insere um dos tratados internacionais de maior relevância dos últimos anos: o TRIPS – *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, da OMC – Organização Mundial do Comércio. Por pressão do governo americano, os países em desenvolvimento signatários deste tratado teriam que adaptar suas legislações a ele até janeiro de 2000. O Brasil foi um dos pouquíssimos países a acatar a ordem, alterando sua lei de propriedade industrial e criando a lei de proteção de cultivares.

A nova lei da propriedade industrial, Lei nº 9279/96, passou a considerar patenteáveis certos inventos não contemplados pela legislação anterior. Assim é que microorganismos transgênicos e processos

biotecnológicos não-naturais, uma vez atendidos os requisitos de patenteabilidade, podem agora ser objetos de proteção patentária. Não são admitidas, contudo, patentes de descobertas e de organismos vivos existentes na natureza, bem como de produtos naturais, genes e genomas.

Com efeito, leiam-se trechos do texto da Lei abaixo:

“Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

I- descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;

(...)

IX- o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.”

“Art. 18. Não são patenteáveis:

(...)

III- O todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.”

No tocante à proteção de variedades vegetais, foi promulgada a Lei de Proteção de Cultivares - Lei nº 9456/97, que, além de observar o TRIPS, também atende aos preceitos estabelecidos no tratado internacional que trata da matéria, UPOV - *Union pour la Protection des Obtentions Végétales*.

O artigo 4º da Lei reza ser passível de proteção a nova cultivar e a cultivar essencialmente derivada, de qualquer gênero ou espécie vegetal; as definições de ambas encontram-se nos incisos V e IX do artigo 3º. A definição de cultivar, por sua vez, acha-se no inciso IV deste mesmo artigo:

“IV- cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras

cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos”

Constituem-se exceções ao direito exclusivo conferido pela lei as hipóteses constantes do artigo 10. Neste ponto, Scholze ressalta que *“Essa flexibilidade da lei de cultivares se contrapõe ao direito de exclusividade dos titulares de patentes que, se aplicado à área vegetal, não permitiria aos agricultores e aos pesquisadores o acesso ao material protegido senão mediante o pagamento de royalties.”*⁸

Por fim, para completar a análise da propriedade intelectual quanto aos transgênicos, o inciso XI do artigo 2º do Decreto nº 1752/95 trata das informações a serem prestadas à comunidade sobre a liberação de OGMs no meio ambiente. São excluídas, no entanto, *“as informações sigilosas de interesse comercial, objeto de direito de propriedade intelectual, apontadas pelo proponente e assim por ela [CTNBio] consideradas”*. O Capítulo VII deste Decreto, denominado *“Da Divulgação dos Projetos”*, trata em seu único artigo, de número 15, sobre o procedimento a ser seguido para consideração de tais direitos de proteção intelectual.

IV.3. Direitos do Consumidor

O artigo 2º do Decreto nº 1752/95, ao estipular a competência da CTNBio, previu em seu inciso V que cabe a ela estabelecer normas e regulamentos referentes às atividades e projetos que contemplem uso, comercialização, consumo e liberação de OGMs.

Estes quatro itens referem-se ao fim da cadeia produtiva que teve início com a pesquisa e o desenvolvimento das variedades transgênicas. Elas chegam enfim ao consumidor final - àquele que pretensamente será beneficiado com a melhoria da qualidade do produto, com o aumento de nutrientes e com o preço mais baixo decorrente da diminuição dos custos de produção.

⁽⁸⁾ SCHOLZE, 09 nov. 1999

A principal questão que vem sendo intensamente discutida neste ponto é a da necessidade ou não de ser identificada a procedência transgênica de produto destinado ao consumo. Órgãos de defesa do consumidor exigem que deva ser rotulado não apenas o produto agrícola, mas também os produtos derivados de seu processamento. Assim, não somente a soja transgênica deveria ser rotulada, como também o óleo obtido a partir dela.

O problema está em que, havendo mistura de variedade vegetal geneticamente modificada com a variedade tradicional no processamento, difícil se torna a discriminação entre ambas, bem como sua separação. Isto ocorre porque o único modo de identificar um transgênico é pela análise de seu DNA; com isso, não se poderia descobrir se o óleo de soja veio de semente geneticamente modificada ou não. Este fato, destacam os defensores dos direitos do consumidor, praticamente impossibilita o rastreamento pela busca de transgênicos responsáveis por eventuais danos à saúde e ao meio ambiente.

As legislações dos diversos países quanto à rotulagem de transgênicos, quando existentes, não são uniformes. A União Européia, de um modo geral avessa aos transgênicos, alternou normas diferentes, já tendo adotado a rotulagem voluntária; o indicativo “*may contain*”, em vista da dificuldade de se identificar genes de variedades transgênicas no produto final; e a rotulagem somente em alimentos em que fosse possível detectar no produto final gene introduzido artificialmente⁹. Os Estados Unidos, por sua vez, não indicam a origem de seus produtos transgênicos; tanto que pesquisa realizada indicou que 70% (setenta por cento) dos americanos afirmaram nunca ter ingerido alimento geneticamente modificado, desconhecendo que cerca de 40 (quarenta) produtos ali consumidos são transgênicos¹⁰.

Machado aponta em sua obra trecho do “*Parecer sobre os aspectos éticos da etiquetagem dos alimentos derivados da Biotecnologia*”, formulado pela Comissão Européia¹¹:

“Os progressos da Biotecnologia constituem um fator novo suscetível de contribuir para a satisfação das necessidades

⁽⁹⁾ ROTULAGEM de transgênicos é obrigatória no País, O Estado de São Paulo, 18 jul. 1999, p. A-16

⁽¹⁰⁾ EUROPA revê norma de rótulos para liberação de transgênicos, O Estado de São Paulo, 26 jul. 2001

⁽¹¹⁾ *Avis sur l'étiquetage des aliments dérivés de la biotechnologie émis par le Groupe de Conseillers pour l'Éthique de la Biotecnologie de la Commission Européenne*. Recueil International de Législation Sanitaire 46/632, n° 4, 1995

alimentares na Europa e do resto do mundo. Isto responde a uma exigência maior de todos os membros da família humana. Entretanto, a Biotecnologia moderna como técnica utilizada na produção alimentar não é, em si mesma, nem ética, nem contrária à ética. Assim, a oferta ao consumidor de informações apropriadas, claras e compreensíveis relativas aos alimentos derivados da Biotecnologia moderna deve caminhar ao mesmo tempo que o desenvolvimento dessa técnica (...). É conveniente prever uma etiquetagem, cada vez que a Biotecnologia moderna acarrete uma modificação substancial na composição ou no valor nutritivo o alimento, ou, ainda, nas condições de utilização. Em todos estes casos, a etiquetagem deve indicar não somente a nova composição e as características novas do produto alimentar, como o procedimento utilizado. A Biotecnologia moderna não modifica, contudo, em todos os casos, a composição e as características dos alimentos de maneira substancial. Neste caso, não há razão para mencionar o procedimento utilizado.”¹²

Com este mesmo raciocínio, o presidente da Associação Brasileira da Indústria de Óleos Vegetais - ABIOVE, César Borges de Souza, argumentou em artigo jornalístico que, “*sendo a soja transgênica um produto com equivalência substancial à planta não transgênica e apresentando o mesmo índice de toxicidade, ‘não há necessidade de dar um destaque a esse produto’*”¹³. Na mesma reportagem, Rodrigo Almeida, da Monsanto, declarou não ser sua empresa contrária à rotulagem, “*mas consideramos que não se pode impor um sistema que distorça a realidade do produto, que diga que ele tenha uma alteração genética, quando, na realidade, não se alterou o produto final em sua essência*”. Desta forma, sendo o produto o mesmo, “*não tem o que se informar ao consumidor*”.

Nosso Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8078/90 - apresenta uma série de disposições nas quais poderia se enquadrar o consumo de plantas transgênicas e de produtos delas derivados. Cumpre destacar:

“*Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:*

(...)

⁽¹²⁾ MACHADO, *op cit.*, p. 901

⁽¹³⁾ TRANSGÊNICOS dividem indústria e produção, O Estado de São Paulo, 18 jul. 1999, p. A-15

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”

“Art. 9º. O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

Ressaltam-se ainda as disposições contidas no: artigo 6º, incisos I, II, IV e VI; artigo 8º, *caput* e parágrafo único; artigo 10 e parágrafos; artigo 18, § 6º, inciso II; artigo 37 e parágrafos; artigo 63; artigo 64; artigo 66; artigo 67; artigo 68; e artigo 69.

Tentando regulamentar a questão, foi editado em 18 de julho de 2001 o Decreto nº 3871, que “*disciplina a rotulagem de alimentos embalados que contenham ou sejam produzidos com organismos geneticamente modificados e dá outras providências*”. Em seu artigo 1º estabeleceu que “*Os alimentos embalados, destinados ao consumo humano, que contenham ou sejam produzidos com organismo geneticamente modificado, com presença acima do limite de quatro por cento do produto, deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos (...)*”. O Decreto entrou em vigor em 31 de dezembro de 2001.

Por fim, deve-se salientar que a obrigatoriedade para rotulagem de transgênicos é extremamente importante para as pessoas alérgicas a determinados elementos ou produtos¹⁴.

IV.4. Visão do Biodireito

Em decorrência das inúmeras questões colocadas para o Direito face ao desenvolvimento das ciências da vida e aos avanços tecnológicos que hoje permitem a interferência direta nos mecanismos vitais, surgiu um novo ramo para a ciência jurídica: o Biodireito.

O Biodireito apresenta-se como um ramo do Direito que visa regular as ações no campo das ciências envolvidas com a vida, prescrevendo o comportamento a ser adotado nestas à luz de normas essenciais para a harmonia social. É, no entanto, árdua tal tarefa - não apenas devido ao fato de que as leis, por si sós, formem um conjunto complexo de ser analisado, submetendo-se a hierarquias e diferentes modos de interpretação, mas devido, sobretudo, à dificuldade de se regular temas tão delicados como são os relativos à vida. Soma-se ainda a exigência de rapidez com que tais regras sejam elaboradas, pois as descobertas e invenções atualmente seguem ritmo desenfreado.

Com efeito, leia-se pensamento do juiz aposentado Alberto Silva Franco, publicado na Revista Bioética, do Conselho Federal de Medicina, e reproduzido em artigo do jornal O Estado de São Paulo: *“O direito foi, sem dúvida, apanhado de surpresa e seu equipamento conceitual se revelou inadequado, despreparado e, em algumas situações, até mesmo superado para equacionar os problemas propostos pelo progresso acelerado das ciências biomédicas.”*¹⁵

Realmente, o Direito levará tempo para solucionar questões como o patenteamento de genes; a clonagem animal e humana; os bancos de espermas; a cultura de tecidos; o mapeamento genético; a terapia genética; a fecundação assistida; a barriga de aluguel; o transplante de órgãos animais para os humanos - e, é claro, os organismos geneticamente modificados.

⁽¹⁴⁾ Vide exemplo de alergia relacionada à manipulação genética no item III.3: “Impactos na Saúde Humana”

⁽¹⁵⁾ NUNOMURA, 20 ago. 2001, p. A-7

Dada a íntima relação entre a ética e o direito, é possível que, mais à frente, para atender melhor às exigências sociais, o Biodireito se subdivida em campos mais específicos, para tratar de diferentes temas com maior profundidade e especialidade.

V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Extremamente complexa é a questão de que aqui se tratou. Conforme visto, o avanço da tecnologia na área da engenharia genética é de fato espantoso e exige da sociedade e do Direito posicionamento e regulação.

Será de todo mau tal desenvolvimento? Não será ele apenas o resultado mais explícito e agressivo de processos naturais, que tiveram início desde o surgimento do homem - o de buscar maiores facilidades e o de desvendar suas próprias origens? Por que a relutância em aceitar algo em direção ao qual a humanidade, consciente ou inconscientemente, sempre caminhou?

Fiorillo ressalta em sua obra que:

“Deve-se ter em vista ainda que ao longo da história a distância entre os avanços científicos e a sociedade tem gerado resistências às novas descobertas, porque o medo do novo e do incompreendido é uma característica da personalidade humana. A aceitação da sociedade diante da introdução de um novo processo tecnológico depende de múltiplos fatores: sociais, culturais, econômicos, religiosos, educacionais, e, principalmente, de esclarecimentos sobre os benefícios e malefícios dessa tecnologia.”¹⁶

O autor cita o exemplo da descoberta da vacina da varíola, em 1778. Edward Jenner, responsável pela façanha, foi muito criticado por acadêmicos e pela sociedade da época, o que atrasou em sessenta anos a utilização da vacina. Dúvidas quanto à sua segurança e aos seus limites éticos foram suscitadas - exatamente como hoje ocorre com os transgênicos.

Talvez o medo esteja na sensação de que os limites foram extrapolados, e de maneira realmente veloz, que não nos deu condições de refletirmos sobre o que estava acontecendo.

⁽¹⁶⁾ FIORILLO, *op cit.*, p. 172

O certo é que o século XXI não deixará tempo algum para pensarmos calmamente. As descobertas, invenções e usos referentes à estrutura genética irão nos atropelar e restar-nos-á somente a opção de, no rastro do progresso, tentar mais ou menos compreender o que ocorre e impor alguma barreira aos excessos. Segundo o cientista James Watson, descobridor da estrutura do DNA, *“os mistérios da vida estarão sob o controle das futuras gerações - dependendo da rapidez com que os segredos do DNA forem elucidados”*.

Sendo realistas, temos de admitir que o Brasil ficará para trás se não entrar na corrida da biotecnologia. É preciso que a regulamentação acompanhe os acontecimentos sociais de modo mais rápido possível e que se incentive em nosso país a pesquisa e a formação de recursos humanos, em todas as áreas do conhecimento.

Conforme foi visto também, o Direito não está sendo omisso em contemplar estes avanços da ciência e da tecnologia. Na verdade, está, na medida do que lhe é possível, cumprindo um de seus papéis fundamentais neste campo: o de frear o excesso de entusiasmo e alertar sobre os riscos advindos de práticas científicas ainda não dominadas.

Neste diapasão, resta-nos aguardar as mudanças que o Direito sofrerá para se adaptar a estes novos questionamentos. Novos ramos deverão surgir; os tradicionais poderão se modificar para abarcar os problemas da manipulação genética. De qualquer forma, todas as áreas envolvidas, dentro e fora do Direito, têm se mobilizado para suprir as enormes lacunas existentes.

O objetivo do homem, ao longo de todo o tempo de sua existência, sempre foi, de uma maneira ou de outra, o de atingir a perfeição. Buscamos os melhores modos de vida, o melhor conhecimento sobre nós mesmos e sobre a natureza, as melhores técnicas, a melhor arte, os melhores pensamentos, as melhores atitudes. Representaria a manipulação genética apenas mais um aspecto desta busca infindável pela perfeição?

Se a resposta for sim, não estaríamos diante de nada realmente novo - tão-somente diante de mais um avanço tecnológico, como tantos outros que fizeram a história, sempre em direção, seguindo um processo natural, a uma inatingível perfeição. Se a resposta for não, no entanto, algo diferente se nos coloca para reflexão: os limites do saber e da conduta humana.

VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Decreto nº 1752, de 20 de dezembro de 1995. Regulamenta a Lei nº 8974, de 5 de janeiro de 1995, dispõe sobre a vinculação, competência e composição da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 21 dez. 1995. Seção I, p. 21648

BRASIL. Decreto nº 3871, de 18 de julho de 2001. Disciplina a rotulagem de alimentos embalados que contenham ou sejam produzidos com organismos geneticamente modificados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 19 jul. 2001. Seção I-E, p. 01

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990

BRASIL. Lei nº 8974, de 5 de janeiro de 1995. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 06 jan. 1995. Seção I, p. 337

BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, 15 maio 1996

BRASIL. Lei nº 9456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção dos Cultivares e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 28 abr. 1997

EUROPA revê norma de rótulos para liberação de transgênicos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 26 jul. 2001

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. 290 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000. 971 p.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. *Homepage institucional*. Disponível em: <www.mct.gov.br>. Acesso em: 26 ago. 2001

NUNOMURA, Eduardo. Biotecnologia é novo filão de jovens advogados: Direito e ciência se desentendem ao avaliar o que é certo ou errado. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 20 ago. 2001. Geral, p. A-7

PINHEIRO, Sebastião. *Cartilha Sobre Transgênicos*. Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro - CREA/RJ, 28 nov. 1998

ROTULAGEM de transgênicos é obrigatória no País. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 18 jul. 1999. Geral, p. A-16

SCHOLZE, Simone H. C. Das Leis de Propriedade Intelectual à Legislação de Biossegurança: as Oportunidades da Biotecnologia e da Biodiversidade Brasileiras. *Ministério da Ciência e Tecnologia - Homepage institucional*, Brasília, 09 nov. 1999. Disponível em: <www.mct.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2001

TRANSGÊNICOS dividem indústria e produção. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 18 jul. 1999. Geral, p. A-15

ARTIGO

BREVES NOTAS SOBRE A REFORMA DO CPC PELA LEI Nº 10.358/2001

Valdeci dos SANTOS*

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vem sendo objeto de aperfeiçoamento e constantes atualizações desde que veio a lume a Lei nº 5.925, de 1 de outubro de 1973, que retificou vários de seus artigos, até o advento da Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, que alterou a redação de vários de seus dispositivos e acrescentou-lhe outros.

Desde a primeira até a última das leis referidas, pelo menos quarenta e nove outras trataram de introduzir modificações no estatuto processual civil, ora alterando apenas redação, ora revogando, ora atualizando, ora acrescentando dispositivos, o que bem demonstra ter sido incessante o trabalho para mantê-lo atualizado nestas últimas três décadas, principalmente nos anos noventa do século passado. E, talvez, esta seja a principal razão pela qual o Código - próximo de alcançar trinta anos de existência! - se apresente como um corpo de leis processuais bem adaptado ao seu tempo, em que pese ainda o excesso de formalismo, tendo agregado não apenas mudanças pontuais, mas também medidas inovadoras que têm contribuído decisivamente para tornar mais célere a prestação jurisdicional, como são exemplos os institutos da tutela antecipada, da ampliação dos títulos executivos, da ação monitória e do reforço da executividade das obrigações de fazer e não fazer.

É nesse contexto que deve ser objeto de breves notas a lei acima referida.

(*) Juiz Federal Titular da 5ª Vara de Campinas e Professor de Processo Civil na PUC-Campinas

O CPC E A LEI Nº 10.358/2001

Primeiramente, releva observar que o artigo 4º da Lei nº 10.358/2001, contém norma relativa à sua vigência, que se deu apenas três meses após sua publicação, estabelecendo, pois, uma *vacatio legis* tida como necessária pelo legislador para a adaptação dos destinatários aos comandos normativos nela veiculados. Assim, tendo sido publicada no Diário Oficial da União em 28 de dezembro de 2001, a lei é vigente desde 28 de março próximo passado.

Com relação às modificações legislativas, a abordagem far-se-á segundo a ordem prevista na lei e os artigos grafados como subtítulos referem-se, sempre, ao Código de Processo Civil.

Artigo 14. A primeira modificação e, a meu ver, a mais importante, ocorreu neste artigo, com a mudança de redação do *caput* e os acréscimos do inciso V e do parágrafo único.

Comparando a redação anterior e a atual do *caput*, verifica-se que o legislador corrigiu, muito pertientemente, uma impropriedade técnica ao substituir o vocábulo “competete” pelo termo “deveres”, pois, afinal, competência diz respeito a um conjunto de atribuições conferidas por lei a um agente político do Estado ou a um servidor público; enquanto deveres são a gama de obrigações atribuídas a alguém por lei. Porém, foi mais longe, conquanto a redação anterior fazia referência apenas às partes e aos seus procuradores e a atual impõe deveres às partes e a todos aqueles que de qualquer forma tenham participação no processo, quer dizer, procuradores das partes, testemunhas, peritos, oficiais de justiça, etc.

Aos deveres já previstos na referida norma processual, foi acrescentado, pelo inciso V, o dever das partes e de qualquer partícipe do processo de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraço à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.

Ora, cumprir com exatidão significa dar cumprimento na exata medida do que foi decidido e daquilo que constar da ordem exarada nos provimentos mandamentais oriundos do juiz e proferidos em quaisquer processos, como os de índole constitucional, *v.g.*, mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, etc., ou os previstos nas leis processuais comuns, não devendo, ainda, o responsável, embaraçar, por qualquer meio, a

efetivação, quer dizer, o cumprimento efetivo e pleno das ordens emanadas do magistrado, tanto em sede de antecipação de tutela, quanto em sede de liminar ou de qualquer outra medida acauteladora de direito, ou final, em instância de execução, visando garantir às ordens judiciais o máximo de efetividade e, com isso, atender ao objetivo fundamental da jurisdição de assegurar direito ou atribuí-lo a quem devido.

O parágrafo único foi acrescentado ao CPC pela lei em comento com o claro objetivo de dar efetividade e consequência à norma do inciso V, e cabe anotar, desde logo, que a violação dos deveres lá previstos constitui *ato atentatório ao exercício da jurisdição*, que é qualquer conduta comissiva ou omissiva da parte ou de partícipe do processo capaz de implicar em descumprimento total ou parcial de ordem mandamental, ou, ainda, em embaraço à atuação concreta do comando contido em provimento emanado do juiz.

Referida norma revela aplicação no direito brasileiro de modalidade de *contempt of court*. Penso, porém, que este instituto, próprio do direito anglo-saxônico, quanto ao aspecto criminal, onde é definido como contumácia e desrespeito ao tribunal, depende, ainda, de clara tipificação por meio de regra penal específica.

Assim, ocorrendo quaisquer das condutas previstas, poderá o juiz - portanto trata-se de faculdade do magistrado - aplicar ao responsável multa a ser arbitrada em cada caso, segundo a gravidade da ação ou omissão, em valor variável do mínimo até o máximo de vinte por cento do valor da causa. Portanto, o valor da penalidade deverá guardar, sob pena de nulidade, estrita *proporcionalidade* com o grau de culpa ou dolo, sendo de aplicação aqui, para os casos culposos, os graus de culpa tradicionalmente estabelecidos pelo Direito Civil, como culpa *levíssima* - aquela evitável apenas em face de diligência especial -, *leve* - aquela evitável com a adoção de diligência cuidadosa -, e *grave* - aquela evitável com a diligência normal do homem comum. Contudo, esta distinção serve mais como parâmetro de orientação para o magistrado, pois, na verdade, ele deve ter em mente a *extensão do dano causado* às partes no processo e ao exercício da jurisdição. As hipóteses de *dolo* processual são mais graves, pois nestes casos o agente atua com a *intenção* de causar um dano, devendo, pois, a multa tender para o valor máximo.

Referida multa deverá ser quitada dentro do prazo fixado pelo juiz, contado a partir do trânsito em julgado da decisão final da causa, quer dizer, da última decisão proferida nos autos e que fará coisa julgada. Não sendo paga, será objeto de inscrição na dívida ativa da União ou do Estado para fins de cobrança judicial.

Porém, a norma legal afasta a incidência da multa quando se tratar de advogado, pois, neste caso, a sujeição é exclusiva às sanções previstas na Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, devendo esta agir mediante representação do juiz ou do prejudicado pelo ato lesivo praticado.

De fato, dificilmente o causídico incidirá na prescrição da norma porque não lhe cabe no processo cumprir as ordens mandamentais, que são encargos próprios das partes, mais propriamente dos destinatários delas; e, ademais, não criará, diretamente, embaraço para o efetivo cumprimento da ordem judicial, podendo ocorrer que oriente o seu cliente ou terceiro nesse sentido, porém, materialmente, a conduta será praticada por estes, que responderão no processo perante o juízo. Porém, se eventualmente for constatada conduta inadequada do advogado por “prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la” (EOAB, art. 34, XVII), este responderá perante o seu órgão de classe por infração disciplinar, sujeitando-se à sanção de suspensão do exercício da advocacia, que poderá ser cumulada com multa, nas hipóteses de existência de circunstâncias agravantes (EOAB, art. 35 c.c. art. 39).

Contudo, se a conduta do advogado extrapolar o campo do dolo processual para constituir-se em infração penal, o juiz determinará a apuração desta, sem prejuízo da atuação do órgão de classe para apurar também eventual responsabilidade administrativa sancionada com pena disciplinar.

Insta, agora, verificar a quem, afinal, será aplicada a multa prevista no dispositivo legal que se refere, apenas, a *responsável*.

Deve se entender como responsável a parte destinatária do provimento mandamental, que deverá cumpri-lo conforme determinado na ordem emanada do juiz e sem criar embaraços à sua efetivação, podendo ser tanto parte no processo como um partícipe, por exemplo, o perito judicial.

Portanto, quando se tratar de ação envolvendo particulares a identificação do responsável não oferecerá maiores dificuldades, respondendo ele pela multa.

Todavia, quando se tratar do Estado, será possível a incidência da multa na pessoa do servidor público, já que a lei fala em responsável pela violação dos deveres previstos na norma legal?

Para responder a esta tormentosa questão, necessário se faz compreender a natureza da relação que se estabelece entre o Estado e seus agentes, conquanto aquele não tem vontade própria, sendo instituição ideal que opera no mundo dos fatos e faz realizar os seus objetivos através das pessoas que *legitimamente* o representam, estas sim dotadas de *voluntate*.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello (*in*, Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 8ª ed., 1996, p. 581/582) esclarece, com a percuciência de sempre, que “a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de *imputação direta* dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional - pouco importa se bem ou maldesempenhada -, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.”

Ora, em face dessa relação de imputação direta, a ação ou omissão do agente sempre fará radicar a responsabilidade no Estado, pois aquele age em nome deste e é por esta razão que a Carta Política de 1988, na esteira da tradição do direito constitucional brasileiro que vem desde 1946, consagra a *responsabilidade objetiva* do Estado, na modalidade do risco administrativo, e assegura o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º). Portanto, em princípio, os danos causados pelos agentes, nessa qualidade, fazem recair sobre o Estado a responsabilidade pelo ressarcimento dos prejuízos.

Porém, o objetivo da referida norma constitucional, ao responsabilizar diretamente o Estado, é o de oferecer ao lesado pela conduta do agente estatal um patrimônio solvente sobre o qual recairá o ônus em caso de reconhecimento do dever de indenizar. Por sua vez, a ação de regresso contra o servidor tem o sentido protetivo e de reparação do patrimônio do Estado quando este respondeu por indenização motivada por culpa ou dolo de seus agentes.

Assim sendo, impõe-se a conclusão de que apesar da relação de imputação direta entre servidor e Estado, é possível responsabilizar aquele nos

casos de descumprimento do dever previsto no inciso V do art. 14 do CPC, pois, rigorosamente falando, não se trata de responsabilidade administrativa típica, aquela que decorre comumente da ação ou omissão dos entes estatais no desempenho de suas atribuições administrativas, mas de responsabilidade decorrente de dolo processual, motivada pela violação de um dever em face do poder jurisdicional do próprio Estado.

Contudo, não me surpreenderá se vier a prevalecer nos juízos e tribunais a corrente que entende ser a responsabilidade única do Estado - inviabilizando, com isso, a aplicação da multa ao servidor - ao argumento de que o direito do lesado é o de ser reparado por aquele, respondendo os agentes estatais somente perante a Administração. A prevalecer essa opinião, a multa deverá ser aplicada à pessoa jurídica de direito público e perderá muito de sua efetividade, pois desaparecerá, no caso, a característica da personalidade, que deflagra o processo psicológico de pressão sobre o agente responsável pela violação do dever processual.

Do ponto de vista do Código de Processo Civil, releva anotar, como faz Marcelo Lima Guerra (*in*, Execução conta o Poder Público, monografia, Conselho da Justiça Federal, Brasília, s/d, p. 22 e 23), que “a sujeição de terceiros ao poder jurisdicional encontra expressa positivação no art. 339 do CPC, e de modo mais particular no art. 341 do mesmo diploma”, ao justificar a aplicação de multa diária ao próprio servidor responsável pelo cumprimento da obrigação. Comungando da mesma linha de pensamento, Renato Luís Benucci (*in*, Antecipação da Tutela em face da Fazenda Pública, Dialética, São Paulo, 2001, p. 73) assevera que “com efeito, embora o poder jurisdicional esteja limitado a proferir decisões finais apenas entre as partes do processo, não está impedido de emitir comandos destinados a remover obstáculos à efetividade destas decisões finais, como a ação ou a omissão de terceiros.”

De fato, o sentido da norma em comento e das demais alhures citadas, indica para um caminho de fortalecimento da atuação do juiz, com o objetivo de tornar mais efetiva a jurisdição. Referidos poderes estão longe de rivalizar com aqueles próprios dos juízes do sistema da *common law*, porém, representam um avanço para a garantia dos direitos das partes envolvidas no processo e encontram suficiente base jurídica nas normas acima e também no art. 461, principalmente no seu § 5º, que faculta ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas necessárias para tornar mais positiva a tutela pretendida ou para obter o resultado prático equivalente àquela.

Aliás, com relação às multas diárias, a jurisprudência tem admitido a sua aplicação, como se vê no excerto seguinte: “As ‘astreintes’ podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público, que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado” (STJ, Resp nº. 201.378/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 21.6.99, p. 212).

Artigo 253. A nova redação do dispositivo traz, no *caput* e no inciso I, o mesmo conteúdo da redação do *caput* anterior. A matéria que se encontrava organizada na cabeça do artigo foi colocada no inciso I e, no inciso II, veicula a norma de que haverá distribuição por dependência “quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores”.

O objetivo desta norma é o de evitar que a parte escolha o juiz mediante o artifício da desistência da ação anteriormente ajuizada - porque não lhe convinha vê-la apreciada pelo juiz a quem foi distribuída - e protocolar nova ação para vê-la distribuída para outro juiz.

Ora, permitir isso significaria coonestar fraude grosseira ao princípio do juiz natural, pois o objetivo da manobra é exatamente o de evitar a apreciação do feito por juiz cuja posição sobre a matéria não convém aos interesses da parte. Assim sendo, desiste-se da ação e ajuiza-se outra, apostando que esta será distribuída para outro juiz.

Cabe observar ainda que a norma compreende os casos de reiteração de pedido, tanto em feito isolado quanto em litisconsórcio com outros autores.

Artigo 407. Trata do prazo para apresentação do rol de testemunhas. Na redação anterior, as partes deveriam depositá-lo em cartório até 5 (cinco) dias antes da audiência. Na redação atual, incumbe às partes depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho, dentro do prazo que o juiz fixar ao designar a data da audiência e, se o magistrado se omitir, as partes deverão fazê-lo até 10 (dez) dias antes da audiência.

Portanto, a norma impõe, primeiramente, ao juiz o dever de fixar o prazo de apresentação do referido rol quando da designação da audiência, podendo, inclusive, ser inferior àquele previsto para as partes, dependendo de sua avaliação das circunstâncias do caso concreto. Apenas secundariamente, a norma atribui às partes o dever de apresentá-lo e o faz com a finalidade de suprir a omissão do juiz.

Artigo 431-A. Foi acrescido ao Código pela lei ora estudada e dispõe que “as partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova”.

A intenção do legislador com este dispositivo é permitir ampla fiscalização da feitura da prova pericial pelas partes e, sem dúvida, além de garantir maior transparência no processo, a norma se consubstancia em providência concreta para tornar efetivo o direito à ampla defesa, valendo-se os interessados não apenas de todos os meios legítimos para se defenderem, mas também fiscalizando as provas que são produzidas para a instrução do feito.

Artigo 431-B. Da mesma forma, foi acrescido ao Código pela lei ora anotada e dispõe que “tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico”.

A norma considera como perícia complexa aquela que envolve pelo menos duas áreas especializadas de conhecimento, como, *v. g.*, engenharia de produção e economia. Em casos assim, o juiz poderá - portanto trata-se de faculdade do magistrado - nomear mais de um perito e se o fizer, a parte também poderá indicar mais de um assistente técnico.

Não há dúvida de que se repete aqui a preocupação do legislador com a qualidade e a transparência na produção da prova e não é fora de propósito afirmar que a norma visa também a concreção do direito à ampla defesa.

Artigo 433. O parágrafo único teve a sua redação modificada na parte final e passou a vigor da seguinte forma: “Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo”.

A atual redação é clara quanto à necessidade de intimação das partes da juntada do laudo aos autos. Apesar de a redação anterior não ser incisiva, isso não queria significar que as partes não deveriam ser intimadas do laudo, pois o que se dispensava era a intimação dos assistentes técnicos que, aliás, continua desnecessária, pois estes profissionais continuam a ser entendidos como assessores das partes, devendo estas diligenciarem para que juntem aos autos o parecer crítico que elaborarem.

Artigo 575. Trata da competência para a execução fundada em título judicial e o inciso V foi modificado apenas para acrescentar que o

processo executivo correrá perante o juízo cível competente, tanto nos casos de sentença penal condenatória, quanto nos casos de sentença arbitral. Por outro lado, o inciso III deste artigo foi revogado pela lei ora anotada, pois tratava de conferir competência para execução ao juízo que homologara a sentença arbitral, porém esta não está mais sujeita à homologação pelo Poder Judiciário, na forma do artigo 18 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23. 9. 96).

Artigo 584. O dispositivo trata de enumerar os títulos executivos judiciais e teve alterado o inciso III para constar que se considera como tal a sentença homologatória de conciliação ou de transação, “ainda que verse matéria não posta em juízo”, e este acréscimo enseja às partes a possibilidade de se conciliarem ou transigirem sobre questão não colocada nos autos, porém adjacente e importante para a plena composição de seus interesses, numa louvável abertura que demonstra descortino e preocupação do legislador com o exercício da jurisdição como instrumento poderoso de pacificação social.

Ademais, a lei ora objeto de consideração acrescentou ao referido artigo o inciso VI para tratar da sentença arbitral. Na verdade, este título executivo já figurava na primeira parte do inciso III na sua redação anterior e o objetivo foi apenas o de apurar a técnica do dispositivo legal.

CONCLUSÕES

Feitas as considerações acima, é possível concluir o quanto segue.

1. A Lei nº 10.358/2001, coloca-se, da mesma forma que as demais leis anteriormente editadas, como meio eficaz de atualização do Código de Processo Civil brasileiro que, apesar de ainda ser excessivamente formalista, tem se mantido como um corpo de normas processuais capaz de oferecer resposta adequada à demanda por prestação jurisdicional mais célere e justa.

2. Referida lei estabeleceu *vacatio legis* de três meses para permitir a adaptação dos destinatários aos comandos normativos nela veiculados.

3. As principais modificações legislativas veiculadas pela lei encontram-se no art. 14, inc. V e parágrafo único, impondo aquele novo dever às partes e aos demais partícipes do processo e este conferindo ao juiz a faculdade de impor multa ao responsável pela violação do dever de cumprimento de ordens judiciais ou embaraço à efetivação das mesmas, condutas que se constituem em atos atentatórios ao exercício da jurisdição. Outrossim, referidos

dispositivos revelam aplicação no direito brasileiro de modalidade de *contempt of court*, mas, quanto aos aspectos penais, onde o instituto é definido como crime de contumácia e desrespeito ao tribunal, penso que pende ainda de clara tipificação por meio de lei específica.

4. Na dicção da lei, *responsável* é a parte ou todo aquele que, de qualquer forma, tenha participação no processo.

5. No tocante aos agentes públicos, apesar da relação de imputação direta de seus atos ao Estado, é possível a responsabilização pessoal daqueles, pois a norma contida no art. 37, § 6º., da Constituição Federal trata da responsabilidade objetiva para os casos próprios de ação ou omissão dos servidores no desempenho da chamada atividade administrativa. No caso, trata-se de responsabilidade decorrente de dolo processual, motivada pela violação de um dever em face do poder jurisdicional do próprio Estado.

6. Contudo, releva anotar que corrente doutrinária expressiva entende ser a responsabilidade única do Estado, que responde perante o cidadão, e tem ação de regresso contra o servidor. Essa posição, uma vez prevalente, inviabilizará a aplicação da multa diretamente contra o servidor, que poderá, no entanto, ser aplicada contra a pessoa jurídica de direito público, porém, destituída de quase toda a sua carga de efetividade, pois resta impessoal.

7. Do ponto de vista do Código de Processo Civil, a base legal para a aplicação de multas diárias (*les astreintes*) é sólida e a doutrina tem admitido o seu uso como instrumento legítimo de coação da parte recalcitrante no cumprimento das ordens judiciais.

8. A nova regra do art. 253 relativa à distribuição por dependência, tem por objetivo evitar que a parte faça uso do expediente da desistência de ação anteriormente ajuizada como meio de escolher o juiz, violando, com isso, o princípio do juiz natural.

9. O novo art. 407 preceitua que incumbe às partes do dever de depositar em cartório o rol de testemunhas no prazo fixado pelo juiz, ou com antecedência de dez dias da audiência quando o magistrado omitir-se na designação de outro prazo. Trata-se, pois, primeiramente, de dever do juiz e apenas na omissão deste é que as partes, secundariamente, deverão apresentar referido rol dentro do prazo previsto.

10. Ao determinar (art. 431-A) ciência às partes da data de início da perícia, o legislador garante maior transparência na condução do

processo e impõe providência concreta que torna mais efetivo o direito à ampla defesa.

11. Da mesma forma, o dispositivo contido no art. 431-B, facultando ao juiz a possibilidade de nomeação de mais de um perito quando se tratar de perícia complexa, que abranja mais de uma área especializada de conhecimento, demonstra a preocupação do legislador com a qualidade e a transparência da prova pericial e se constitui em mais um meio de concreção do direito à ampla defesa.

12. Os pareceres dos assistentes técnicos deverão ser oferecidos dentro do prazo comum de dez dias, contados da intimação das partes da apresentação do laudo pericial (art. 433). Portanto, a redação agora é clara quanto à necessidade de intimação das partes - contrariamente da anterior - , porém, somente destas, pois continua a dispensar a intimação dos assistentes, pois estes são apenas assessores das partes, que devem diligenciar para que apresentem em juízo os seus pareceres.

13. A modificação de redação do art. 575, teve apenas o objetivo de adequá-lo à nova forma de competência para a execução fundada em título judicial, principalmente em face da desnecessidade de homologação, pelo Poder Judiciário, da chamada sentença arbitral.

14. A mudança de redação do inciso III do art. 584, teve por objetivo acrescentar como título executivo judicial a sentença homologatória de conciliação ou de transação. Porém, ao acrescentar que referida sentença será objeto de homologação “ainda que verse matéria não posta em juízo”, enseja às partes a possibilidade de se conciliarem ou transigirem sobre questão não colocada nos autos, porém importante para a composição do conflito de interesses, numa abertura louvável que mostra o descortino do legislador e sua preocupação com o exercício da função jurisdicional como meio eficaz de pacificação da sociedade.

“ECOLOGIZAÇÃO” DAS SOCIEDADES E O DIREITO AMBIENTAL

Regis de MORAIS*

Raras foram as pessoas, já adultas na década de 1970, que não olharam com um misto de perplexidade, descrença e até compaixão para aqueles barcos do Greenpeace que eram atirados contra enormes navios cargueiros, os quais levavam artefatos para montagem de usinas atômicas ou simplesmente lixo atômico. Os ecologistas de então apareciam-nos como uns românticos delirantes, e muitos de nós os chamamos de “coitados”.

No entanto, a problemática ambiental hoje adentra importantes textos constitucionais, é responsável por um rico manancial de obras científicas e filosóficas, ficando claro - sobretudo com a ocorrência da Eco-92, no Rio de Janeiro - que os problemas ecológicos fariam parte sempre das pautas de discussão entre os mais destacados chefes de Estado de nosso mundo.

Hoje vemos, ante as urgências e a seriedade das questões ambientais, que os “coitados” foram todos aqueles que, diferentemente de ecologistas e ecólogos dos anos de 1970, demoraram a despertar de péssima resignação a uma dinâmica social predatória e foram lentos para entender as necessidades maiores da segunda metade do século XX e do início deste.

Encontramos já algumas preocupações ambientalistas no século XIX, mormente em sua segunda metade; mas a Ecologia só se consolidaria como ciência na década de 1930 - o que é uma das luzes produzidas pelo século XX, de vez que todo século é um vasto panorama de luzes e sombras. Hoje, são denominados *ecólogos* os cientistas da Ecologia; e *ecologistas* os cidadãos que militam ativamente na proteção do meio ambiente.

^(*) Doutor e Livre Docente em Educação. Professor Titular aposentado da Unicamp. Professor Titular convidado da PUC-Campinas. Professor Titular da UNISAL, Americana, SP. Professor do Curso de Direito do CREUPI.

Como atualmente contamos com expressões de especialização como educação ambiental, direito ambiental, teologia do meio natural e outras, objetivamos com o presente ensaio: a) o entendimento histórico-sociológico do processo de emergência ecológica; b) o estudo das ameaças ambientais que o ser humano tem promovido contra sua própria sobrevivência como espécie; c) o dimensionamento da importância da construção e constituição de um Direito Ambiental, no mundo ocidental e, em particular, no Brasil.

Com o desenvolvimento admirável dos meios de transporte e, sobretudo, dos recursos eletrônicos de comunicação humana, pudemos perceber que o Planeta Azul, de Iuri Gagarin, é pequeno e, logo, neste o longínquo não existe. O que, também, nos tem facilitado compreender que os ecossistemas terrestres são muito articulados como em um sistema fechado, no qual é impossível mexermos em um dos seus componentes sem alterarmos a posição e a qualidade dos demais.

Por conseguinte, uma espécie de tutela do meio ambiente em termos de cuidados estatais traduzidos em normatizações legais, faz-se - hoje mais do que nunca - imprescindível. E porque temos urgência quanto às proteções ambientais, não só é louvável a existência de determinações constitucionais, quanto o é também um criterioso desenvolvimento doutrinário em termos propriamente de Direito Ambiental.

Façamos uma trajetória histórico-sociológica antes do mais, não sem a prévia advertência de que esta não será uma abordagem jurídica, em sentido técnico.

1. O ADVENTO DO EXPERIMENTALISMO CIENTÍFICO: MODERNIDADE E CONTEMPORANEIDADE

Ainda se imagina, com certa freqüência, que as ameaças ecológicas, exacerbadas em nossa percepção nas décadas de 1960 e 1970, podem ser entendidas reportando-nos às dinâmicas da Revolução Industrial, sobretudo no ápice de sua primeira fase no século XIX. Mas, as raízes de tais ameaças devem ser buscadas onde verdadeiramente podem ser encontradas: no século XVI, com o advento da ciência experimental, o qual provocou vigorosa mudança de mentalidade no homem ocidental.

Acontece que antes, na Idade Média, nosso mundo era visto como algo dado por Deus e em cujas leis biológicas fundamentais o ser humano não

tinha o direito de intervir. A Idade Média acabou sendo um período densamente ecológico, em razão dessa visão sacral de natureza e mundo. Então, no Renascimento, tão pródigo de gênios na arte, na ciência, na filosofia e na teologia, o jovem físico italiano Galileu Galilei, após fazer com seus alunos o experimento da “Lei da Queda dos Corpos”, de Aristóteles, comprova que a referida Lei era perfeitamente lógica e, ao mesmo tempo, completamente equivocada.

Segundo Galileu, a linguagem do livro da natureza era uma linguagem matemática, a qual só poderia ser conhecida mediante experimentos. Ora, o filósofo inglês Francis Bacon avança para a frente de Galileu, noutras palavras argumentando que, ao contrário de ser sagrada, a natureza era *matéria neutra* a ser manipulada e investigada pela experimentação. Bacon chega ao ponto de escrever que, agora (séculos XVI e XVII), o homem precisava arrancar os segredos da natureza ainda que por meio de tortura.

O sociólogo Max Weber denominou, uma tal mudança de mentalidade, de “o desencantamento do mundo”. Afinal, contestada a visão do mundo como algo sagrado, pelos séculos que se seguiram o homem passou a manipular a natureza, intervindo crescentemente em suas harmonias biológicas essenciais. É, portanto, no Renascimento que encontramos as mais profundas raízes da atual problemática ecológica.

Todavia, os séculos XVI e XVII, bem como grande parte do XVIII, ainda se situavam naquilo que é historicamente chamado de *civilização pré-tecnológica*; assim, apesar da grande mudança de mentalidade, os impactos ambientais ainda não assustavam. Quando, nas últimas décadas do século XVIII e após a denominada Revolução Científica Moderna (XVI e XVII), inicia-se a chamada civilização tecnológica, a invasividade humana nas estruturas essenciais do mundo natural torna-se crescentemente ameaçadora. De tal modo que, neste início de século XXI, vamos constatando que vivemos a primeira grande crise ecológica produzida pelo ser humano.

Não é, por conseguinte, de espantar que a Idade Moderna configure uma progressão predatória do homem, e que a Idade Contemporânea se apresente como o ápice dessas atividades ecologicamente destrutivas. Afinal, foi em 1865 que George Perkins Marsh escreveu a primeira obra preocupada com as ações irresponsavelmente predatórias do ser humano contra o seu meio ambiente.

É, assim, importante que nos lembremos também de aspectos positivos na relação homem-mundo. Aldous Huxley, em seu livro de ensaios intitulado *A situação humana* (1977), chama nossa atenção para alguns aspectos positivos da ação humana:

- a) a criação, pelo homem, das pastagens tropicais e temperadas, mantenedoras do gado e facilitadora da alimentação;
- b) o transporte de plantas e animais de um lado para outro do planeta Terra, enriquecendo-o imensamente no que respeita à biodiversidade. O Brasil, por exemplo, teve e ainda tem o café como um dos sustentáculos de sua economia; tem o gengibre e alguns grãos, neste momento, como suas forças econômicas em razão desse transporte. Toda a América, enquanto continente, passou a usar os cavalos como poderosos animais de carga, assim como da Índia foram trazidas as galinhas, cujas carnes e ovos continuam sendo fundamentos da alimentação e de parte da economia de muitas partes do mundo.
- c) Enriquecimento do solo para ajardinamento de regiões áridas e semi-áridas (como no caso das atuais terras de Israel), e mais sementeiras, sistemas de irrigação e de armazenamento foram transportados para regiões necessitadas, com isto o ser humano enriquecendo o mundo e melhorando a qualidade de vida e a capacidade longeva do próprio homem (pp. 20-22).

Mas, está longe de ter sido apenas positiva e boa a ação humana sobre seu meio ambiente. A civilização tecnológica desencadeou a Revolução Industrial, e esta vem até os dias de hoje - agora em sua segunda fase. A chamada Primeira Revolução Tecnológica, cujo transcurso abrange todo o século XIX e a parte inicial do XX, foi a era da *automatização*, isto é, da substituição da força física no trabalho por novos engenhos viabilizados pelas novas formas de energia obtidas pelo século XIX: o vapor, o carvão, a eletricidade, etc. Já a denominada Segunda Revolução Industrial se refere à era da *automação*, a qual, desde a obtenção do primeiro computador na década de 1930 (pelo físico Norbert Wiener e equipe), propõe-se substituir o lento raciocínio humano pelo raciocínio vertiginosamente veloz dos circuitos eletrônicos.

Pois nesse percurso das Revoluções Industriais (1ª e 2ª), o homem iniciou e vem desenvolvendo uma corrida enlouquecida pela ânsia de

lucratividade, comprometendo claramente a integridade de seu habitat. Como lembrou, certa vez, em inesquecível discurso proferido na ONU Adlai Stevenson, nós habitamos uma pequenina nave espacial chamada Terra que exige muitos cuidados; mas não nos temos importado quase nada com o que o nosso habitat necessita para permanecer saudável. Logo, vivemos uma lógica industrialista profundamente autodestrutiva (Morais, 1988: 123).

Renato Caporali, em seu bom livro intitulado *Ética e Educação*, faz competente panorama do avanço, ao longo da modernidade, do que esse professor denominou “A ética do interesse” (aqui interesse com sentido de lucro). Caporali, abordando a lógica básica das idades moderna e contemporânea, escreve:

*“Esta lógica pode ser assim resumida: (a) o mundo moderno surgiu com o **capitalismo**; (b) o mundo capitalista foi, desde sempre, o mundo da **riqueza**, quando as pessoas começam a colocar o essencial de sua energia na busca do enriquecimento; (c) o mundo da riqueza foi se tornando, cada vez mais definitivamente, o mundo do **dinheiro** e (d) dinheiro é algo que se consegue pela busca sistemática, competente e obsessiva do **auto-interesse**. O exercício do interesse é, portanto, perfeitamente legítimo. No limite da tese alguém diria: o interesse (lucro) é um **valor moral**” (1999: 71).*

Lembra-nos o mesmo pensador que o interesse é algo que nasce do *ego* e, se cultuado, transforma-se inevitavelmente em um delirante *egoísmo* (*Ibid.*, 72). Vemos, assim, com suas raízes na modernidade, o modo melhor de compreendermos todo o quadro de devastação ambiental que veio se desenvolvendo e, hoje, caracteriza brutalmente o nosso tempo. Hoje temos um habitat empobrecido em seus recursos minerais e vegetais (por louca extratividade), com tal grau de poluição atmosférica que trouxe aos pavores do chamado “efeito estufa”, o qual produz, ano a ano, progressivo aquecimento do nosso planeta, podendo isto vir a ter conseqüências catastróficas - como mostraram Stanley Kubrick e Steven Spielberg no belo filme *Inteligência Artificial*.

Graças às tecnologias de combustíveis (fósseis e atômicos) postas a serviço da ganância sem freios, poluem-se os ares, as águas, enfermizando a dinâmica dos ecossistemas. O jurista Rodrigo Andreotti Musetti, em sua obra *Da proteção jurídico-ambiental dos recursos hídricos*, observa com precisão:

“O grande e rápido crescimento da civilização moderna, as antigas concepções de desenvolvimento e a falta de reflexão e de conhecimento sobre os direitos fundamentais do homem, influenciados por desmedidos interesses econômicos, cada vez mais ávidos por novas fontes de lucro e de poder, encravados numa sociedade progressivamente imediatista e consumista, onde a concentração de riquezas faz aumentar o abismo entre as classes sociais, determinam a destruição dos ambientes naturais e conseqüentemente do humano, sob o pretexto de um desenvolvimento dito irremediável” (2001: p. 15).

Calquemos ênfase sobre o óbvio desrespeito à vida vegetal, animal e humana; bem como sobre o descaso relativamente aos mananciais de água (sobretudo potável) que vão sendo irresponsavelmente exauridos. Isto para nem adentrarmos o campo das outras duas ecologias mais novas: a social (que lida com a despoluição da interatividade humana, desde entre indivíduos até entre nações), e a ecologia da mente (que visa sanear o “espaço” interior humano, permitindo aos seres humanos livrarem-se das toneladas de lixo mental que lhe são atiradas por um meio social equivocado, especialmente através da *mídia*).

2. “ECOLOGIZAÇÃO” DAS SOCIEDADES

O cientista Mauro Grün, na sua obra *Ética e educação ambiental*, esboça de modo muito correto o processo de “ecologização” das sociedades, o qual se cumpre em décadas do século recém-findo. Sigamo-lo em tal esboço, para que posteriormente venhamos a compreender melhor a importância do despertar do nosso Direito em relação à problemática ambiental.

Grün lembra-nos que, em julho de 1945, era explodida experimentalmente no Deserto de Los Álamos (EUA - Novo México) a primeira bomba H, sendo que apenas dois meses depois, bombas atômicas dizimavam as populações de Nagasaki e Hiroshima. O *Homo Sapiens*, que tanto lutara por poder, entrava em pânico por ter perdido o poder sobre o seu poder. Tragicamente, entrávamos na “idade ecológica”. Já em 1962, Rachel Carson publica seu impressionante livro *Silent Spring*, levantando problemas graves de pesticidas na agricultura. Em 1968, Ehrlich expõe ao mundo sua

preocupação com o crescimento demográfico exponencial, o qual poderia inviabilizar a civilização a médio prazo (1996: 16).

O mundo ficou numa nebulosa de perplexidade até 1973, quando ocorre a primeira crise do petróleo, dando-se desabalada corrida em busca da energia nuclear. Aí tornam-se ostensivas as ações dos ecologistas, em sua luta anti-nuclear.

Antes, em 1972, tivera lugar em Estocolmo a “Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente”; e nesse mesmo ano o MIT, Massachusetts Institute of Technology, apresentou o *Relatório Meadows*, encomendado pelo Clube de Roma. O *Meadows*, podendo ter sido um tanto exagerado, foi o chamamento radical para que os cidadãos se envolvessem com a problemática ecológica. Nesse mesmo tempo, “é publicado em Londres o *Manifesto pela sobrevivência*”, que foi forte condenação do industrialismo consumista.

Em 1975, em Belgrado (ex-Iugoslávia), a *Unesco* promoveu um período de estudos sobre Educação Ambiental, contando com representantes de 65 países. Em 1977, em Tibilisi (Geórgia), é realizada outra conferência sobre Educação Ambiental, o que nos deixa ver o despertar mundial para o tema (*Ibid.*, 17). Em 1983, a assembléia geral da ONU cria a Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, com cujos trabalhos chega-se à proposta do chamado *desenvolvimento sustentável*, que preservasse o Meio Ambiente.

Assim foi que, em julho de 1992, 180 chefes de Estado reuniam-se na Eco-92, que teve lugar no Rio de Janeiro com repercussão mundial (*Ibid.*, 18).

Talvez este esboço ponha-nos claramente ante os olhos a “ecologização” das sociedades, ocorrida em certa parte por senso de responsabilidade e, em outra maior parte, por medo. Como anota Grün, vivemos o momento de um grande “medo planetário”, o qual foi descrito pelos sociólogos Alphandéry *et al.* do seguinte modo:

“(…) ao final deste segundo milênio, a expressão mais manifesta da ecologia é o medo. Não um medo surdo, apático e com vergonha de si mesmo, mas um medo ostensivo, que é dito e escrito, apregoadado e filmado, e se oferece em um espetáculo nas dimensões da mundialização da comunicação (...) os fenômenos da moda, o gosto sensacionalista da mídia não são,

no entanto, os únicos responsáveis. O grande medo ecológico cresce em terra fértil. Ele se alimenta da incessante descoberta de novos estragos do progresso, tanto em nossa porta quanto do outro lado do mundo. Cresce com inventário científico, constantemente renovado, com atentados graves, e mesmo irremediáveis, que o homem causou aos três elementos naturais - a água, o ar, a terra” (Apud Grün, 1996: 19).

Desde a Segunda Grande Guerra do século XX, nosso “medo planetário” vem crescendo, como se viu acima, por razões muito objetivas. Ora, o medo é um ser bifronte como Jano: tem um lado negativo e enfermizante, mas tem outro lado provocador de devidos despertamentos. Nosso temor ecológico tem trazido sofrimento e desencanto para as novas gerações; mas tem oferecido também o surgimento de Educação Ambiental e Direito Ambiental, como apenas dois exemplos grandemente positivos.

As mentes mais conscientes do nosso Brasil entram em sintonia com a “ecologização” mesmo na década de 1970. Nosso Direito Ambiental é desenhado, em suas linhas fundamentais, pela Constituição de 1988, de vez que antes apenas contávamos com normatizações esparsas e não-articuladas. A Eco-92 acontece de um modo novo: nas salas oficiais e nas ONGs, sendo que às vezes o que vinha das ONGs era mais interessante; mas, de todo modo, foi um acontecimento marcante na evolução do tratamento da problemática ambiental.

Neste início de século XXI, que não tem sido nada fácil em termos político-sociais, chegamos a um ponto crucial. É urgentíssimo que atentemos para os pedidos de socorro do meio ambiente; não dá mais para se tolerar quaisquer contemporizações. Gosto de lembrar a frase bíblica: “*O machado está posto à raiz da árvore*”; é a árvore da vida: ou a salvamos ou não nos salvamos.

Fizemos toda a trajetória das páginas anteriores porque queremos oferecer breves comentários ao nosso nascente Direito Ambiental de forma contextualizada, no tempo (História) e no espaço (de vida individual e social). Chegamos a imaginar que já se esteja cansado dos pragmatismos jurídicos que sucumbem às superficialidades tecnicistas. Naturalmente, há as mentes medianas e as preguiçosas, as quais fazem rapidamente sua escolha pelas técnicas legais e têm os teóricos na conta de figuras um tanto delirantes. Mas

se o que se quer é ser jurista, e não técnico com diploma de curso superior, toda preocupação analítica de alguma amplitude imaginamos ser bem vinda.

Neste ponto, após havermos buscado as origens renascentistas das nossas vicissitudes ambientais, bem como após - com o inestimável auxílio de Mauro Grün - termos descrito o processo de “ecologização” das sociedades, vemo-nos amparados para oferecer algumas reflexões referentes ao Direito Ambiental. Não tencionamos adentrar quaisquer meandros técnicos de tal Direito, em parte por interessar-nos mais a visão de totalidade, e em outra parte por não termos competência jurídica em nossa condição de sociólogo e filósofo.

Mesmo assim, queremos ser uma voz a mais a celebrar o surgimento e os desenvolvimentos de um Direito Ambiental que se vem sistematizando e afirmando, passo a passo, em nossa realidade.

3. DIREITO AMBIENTAL: UM DOS IMPORTANTES FRUTOS DA “ECOLOGIZAÇÃO” SOCIAL

A rigor, do mesmo modo que inexistente educação não-ambiental, inexistente Direito inteiramente alheio ao fator ambiental, de vez que as relações interpessoais e intergrupais envolvem, com frequência, patrimônios configurados no uso de mananciais de água, de solo e mesmo sub-solo, etc. Afinal, o homem é um *ser-no-mundo*, um *ser-com-o-mundo* e um *se-pelo-outro*, como precisamente o apontam os fenomenologistas. Mas, nem sempre o Direito esteve voltado, especialmente antes da “ecologização” das sociedades, para a contemplação específica da problemática ambiental.

Conforme já havíamos observado, antes da Constituição de 1988 tivemos, no Brasil, apenas algumas normatizações esporádicas e inarticuladas referentes aos problemas ambientais. A Constituição vigente mostrou precisa sensibilidade à “ecologização” das sociedades e às reais necessidades de proteção ao meio ambiente, estabelecendo, em seu Capítulo VI - artigo 225, os fundamentos da prevenção, da conservação e da preservação do ambiente natural brasileiro. Tal artigo se abre com o seguinte enunciado:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever

de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O artigo em foco, além de enunciar genericamente o direito de todos, especifica os fundamentos de conservação e preservação da fauna e da flora, a necessidade da educação ecológica, a fiscalização de atividades comerciais e industriais com impacto ambiental; também se preocupa diretamente com nossos recursos hídricos e a proteção dos ecossistemas brasileiros, dispondo sobre controle de manipulações genéticas e instalações de usinas que se utilizam de reatores nucleares, etc. Segundo o Dr. Marcello Cerqueira, professor de Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense, a Constituição de 1988, apesar de suas várias imperfeições, é o melhor e mais elaborado texto constitucional de nossa história imperial e republicana, mostrando consistência política e grande poder de resistência aos assaltos que os fisiologismos lhe têm feito (1997: 174).

Podemos dizer que a atividade legislativa tem sido intensa, a partir do artigo 225. No nível de conservação está a Lei 7.802 (11/07/1989), e seu regulamento, Decreto 98.816 (11/01/1990), que dispõem acerca de *danos ao meio ambiente*. Já no nível de preservação, temos a Lei 9.605 (12/02/1998), e seu regulamento, Decreto 3.179 (21/09/1999), estabelecendo uma *lei de crimes ambientais*. A Lei 9.649 (27/05/1998), dispõe sobre a conservação de nossos *Recursos Hídricos e a Amazônia Legal*; seguem-se:

- Lei 9.790 (23/03/1999), para defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável através de organização da sociedade civil de interesse público.
- Lei 9.985 (18/07/2000), que oferece garantias normatizadas a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e cria o SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação da natureza.
- Antes, a Lei 8.974 (05/01/1995), e depois a Medida Provisória 2.186-16 (23/08/2001), que contemplam a proteção do patrimônio genético e das manipulações de material genético.
- Lei 9.795 (27/04/1999), estabelece o dever de promoção da Educação Ambiental e instituição de Política Nacional de Educação Ambiental.

Pode ser que nosso elenco não esteja completo; mas o que desejamos foi mostrar como, em termos de Direito, as disposições

constitucionais caíram em solo fértil e traduziram reais necessidades. Isto torna mais difícil compreendermos, fora de um terreno de má fé exclusivista e egoísta, as atitudes do presidente estadunidense atual, George W. Bush, relativamente aos tratados internacionais de proteção ao planeta, como foi o caso, dentre outros, do Tratado de Kioto.

O hemisfério sul está longe de ombrear-se com o hemisfério norte em níveis poluídos; e a nação mais poluidora é a que, através de seu presidente, mais resiste às tomadas de posição ecológicas, evidenciando um chocante lema que talvez pudesse ser expresso assim: “Depois de mim, o dilúvio!”

No Brasil, temos ecólogos de excelente cepa, faltando-nos um número maior de cidadãos ecologistas. Mas, é de fundamental importância o despertar jurídico já ocorrido. Dirão muitos, com pessimismo, que as leis existem, mas com um aparato de fiscalização ainda irrisório; nós podemos dizer, lembrando-nos de nossa adolescência e juventude, que embora atualmente estejamos longe do ideal quanto às ações de defesa ambiental, também estamos longe do absoluto e silencioso descaso do passado, em relação às questões relativas ao ambiente.

A falta de funcionários em número adequado para fiscalização e aplicação das leis, nós a encontramos em todos os setores de nossa sociedade que, ainda que ocupando lugar de honra entre as dez maiores economias do planeta, arrasta dívidas interna e externa que só fazem crescer e emperrar a qualidade social de vida. Mas é importante que já contemos com um Direito Ambiental cujas expressões são, por assim dizer, de Primeiro Mundo. Para as mentes imediatistas, isto significará coisa pouca; mas não nos podemos esquecer de que o Brasil é ainda um país novo que, embora às vezes pareça apresentar sintomas de envelhecimento precoce, guarda potencialidades que podem vir a surpreender o mundo.

A “ecologização” das sociedades ofereceu-nos, dentre outros, dois grandes presentes: a Educação Ambiental e o Direito Ambiental, campos nos quais temos estudiosos e doutrinadores que têm sido respeitados e aplaudidos nas paragens do mundo industrial e civilizacionalmente desenvolvido. Eis algo que intriga a países de mais de dois mil anos: que brasileiros e hispano-americanos ocupem uma posição doutrinária importantíssima em relação a questões delicadas de ontem e de hoje. Embora novos como povo, temos

especial facilidade de auscultação do mundo atual, e imediata disponibilidade para afinar-nos com as vanguardas mundiais.

Naturalmente que não afirmamos isto com ingenuidade ufanista, imaginando os milhões de brasileiros desfavorecidos material e culturalmente, ou os ultra-favorecidos materialmente mas alienados, como partícipes de uma pronunciada consciência ecológica. Mas há uma *elite* em sentido grego: “os mais conscientes de si e do seu mundo”, que não se tem poupado nas lides relativas à prevenção, conservação e preservação do meio ambiente. Como se pôde ver nestas páginas, dessa elite fazem parte legisladores, juristas, educadores, historiadores, sociólogos e outros muitos profissionais.

Repitamos que este é um momento difícil, dada a urgência de maior engajamento ecológico por parte da cidadania em geral.

CONCLUINDO...

O povo diz, com a sabedoria que lhe é peculiar, que os otimistas podem, em sua caminhada, errar o caminho; mas que os pessimistas já começam tal jornada erradamente. Sempre ouviremos de muitos algo como: “De que valem leis tão boas, se não se tem contingente de funcionários ou vontade política para fazê-las valer?” No entanto, muito mais grave seria contarmos com multidões de funcionários que não tivessem boas leis para orientar suas atividades, pois, a importância das leis não deve ser reduzida ao imediatismo de sua plena aplicabilidade. O poeta e pensador alemão Goethe disse que, se procurarmos ver o ser humano tal como ele é apenas, acabamos por piorá-lo; mas se virmos o homem como é e tal como deve ser, podemos redimi-lo.

Temos sido muito mais prisioneiros da *mídia* (ou dos “mass media”) do que podemos imaginar. Ora, os meios de comunicação de massa tendem sempre a criar uma psicofera negativista, a qual põe em nós a impressão constante de que o ser humano, ao contrário de evoluir, vai de mal a pior. Afinal, o que é que faz notícia? Fazem notícia as exceções sociais, e principalmente as mais negativistas, como seqüestros, latrocínios, corrupções, agressões ao ambiente, etc. Esquecemo-nos de que milhões de seres humanos (e até bilhões) não seqüestram, não matam para roubar, não praticam homicídios, não são corruptos e procuram proteger o meio ambiente. À força de diariamente vermos, nos noticiários, as exceções sociais negativas

acabamos por imaginar que elas são a regra; que resta pouco a fazermos por nosso mundo e por nós mesmos.

O filósofo e poeta espanhol Miguel de Unamuno escreveu: “*É pena que ainda não se tenha escrito a história dos homens e mulheres sem história*”; a história desses anônimos imprescindíveis, que se somam no mundo aos bilhões, mas não fazem notícia para os jornais e telejornais. Unamuno sugere que é nesses anônimos que devemos pensar para avaliarmos a situação atual, pois eles são a sustentação das ilhotas visíveis da história eventual - a dos acontecimentos impressionantes.

Emociona-nos ler, em um jovem autor como o já citado Rodrigo A. Musetti, o comentário que este faz a idéias do alemão Hans Jonas, escrevendo:

“Prevenir a degradação ambiental, preservar o que nos resta dos ambientes naturais e recuperar seus atributos ambientais é uma necessidade vital; em verdade, significa preservar o que resta de nós mesmos, seres humanos, e recuperar as condições que garantam nossa própria sobrevivência com qualidade. Não se trata de ‘modismo ecológico’, de ‘bandeira verde’, de ‘ideologia de eco-chato’, etc. Trata-se de responsabilidade ética e social da geração presente para com ela mesma e para com as futuras” (Musetti, 2001: 15).

Eis por que o despertar para a problemática ambiental soa como música confortante na Constituição de 1988 e em seus desdobramentos normativos já comentados. É o Brasil, em sua imensa riqueza de ecossistemas, afinando-se com as preocupações mundiais evidenciadas pelo processo de “ecologização” das sociedades.

Nosso país nasce com o nascimento da modernidade, no século XVI; não escapa de ser vítima dos muitos equívocos dessa Idade Moderna, mas é também beneficiário de importantes conquistas científico-tecnológicas de tal Idade. E é, sobretudo, uma nação com potencial suficiente para, uma vez devidamente educada, auxiliar o mundo a reverter o hoje preocupante quadro de ameaças ecológicas. A Educação Ambiental e o Direito Ambiental, essas duas preciosidades que são luzes do século XX, vão ganhando terreno em nossa realidade consciencial, como das mais luminosas promessas para os tempos porvindouros.

Olhemos para que, muito recentemente e por força do chamado *efeito estufa*, desprende-se da calota polar um bloco de gelo de 192 km por

31 km de largura, levantando níveis marítimos e inundando mananciais de água doce. Graças a isso, 11 mil nativos de uma ilha receberam asilo da Nova Zelândia. Para isto olhemos a fim de constatar com que níveis de urgência nosso mundo está envolvido, e para que ajamos com consciência emergencial.

Estas páginas não pretenderam mais do que refletir sobre nossa inserção, no caso do Direito traduzida em leis, no núcleo mais vivo da contemporaneidade.

BIBLIOGRAFIA

HUXLEY, Aldous. *A situação humana (ensaios)*. São Paulo: Círculo do Livro, 1977.

MORAIS, Regis de. *Filosofia da ciência e da tecnologia*. Campinas: Papirus Editora, 6ª ed., 1988.

CAPORALI, Renato. *Ética e educação*. Rio de Janeiro: Griphus, 1999.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *Da proteção jurídico-ambiental dos recursos hídricos*. Leme: Editora de Direito, 2001.

GRÜN, Mauro. *Ética e educação ambiental - a conexão necessária*. Campinas: Papirus Editora, 4ª ed., 1996.

Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Ed. Saraiva, 29ª ed., 2002.

CERQUEIRA, Marcello. *Cartas constitucionais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro - a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª ed., 1995.

A HISTÓRIA DO DIREITO NO MERCADO COMUM DAS CIÊNCIAS DO HOMEM: PÉRICLES E A IMAGINAÇÃO DEMOCRÁTICA

Arnaldo Moraes GODOY¹

RESUMO

Analisa fontes de imaginação histórica para com a tradição democrática em Péricles, com base em Plutarco e Tucídides. Propõe que a admiração para com o legado ático traduz manipulação historiográfica que presta-se a justificar o presente com base num passado idealizado.

Palavras-Chaves: História do Direito. Democracia. Péricles.

ABSTRACT

The paper analyses sources of historical imagination towards the democratic tradition in Pericles, out of texts from Plutarch and Thucydides. The paper sets out that the admiration to Greek legacy renders historiographical manipulation that justifies the present on a idealized past.

Key Words: Law History. Democracy. Pericles.

O mercado comum das ciências do homem² caracteriza temas jurídicos e políticos como disciplinas de alto sabor literário. O presente artigo

⁽¹⁾ Procurador da Fazenda Nacional de Categoria Especial. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Diplomado em Direito Internacional pela Academia de Haia, Holanda.

⁽²⁾ A expressão é de Fernand Braudel, *Escritos sobre a História*, pág. 84.

propõe-se afirmar que excertos de democracia que informam o direito constitucional e a ciência política, a propósito da apoteose do ateniense Péricles, têm origem literária, centrada em textos de Plutarco (século II d.C.) e de Tucídides (século V a.C.) . Firme em Kant, o artigo protesta pelo relativismo na historiografia jurídica, dado que o conhecimento efetivo do passado pode ser inatingível, circunscrito que está ao ponto de vista daquele que o investiga³. Trata-se de inventariar a apropriação que a tradição ocidental fez dos historiadores gregos⁴, exercício universal de memória seletiva, que despreza a produção helênica após Alexandre⁵, glorificando o mundo ático, no qual pontificou Péricles, cujas falas reconstruídas oxigenam reflexões em torno da retórica⁶, do uso social da linguagem⁷, do idioma grego⁸, da idéia de cidadania⁹, da história do pensamento político¹⁰; Péricles é tomado por historiografia tradicional, que permeia a história do direito como ponto de inflexão de crítica documental erudita¹¹.

Plutarco e Tucídides estão entre os historiadores gregos que contribuíram para a idealização de Péricles, estadista ateniense que viveu de 500 a 429 a.C.. Péricles era reputado como homem de caráter forte, sóbrio, incorruptível e reservado¹². Sua honestidade fora apropriada por Maximiliano Robespierre, líder da Revolução Francesa, na descrição de Thomas Carlyle¹³. Os pensadores iluministas tinham Atenas em mais alta conta¹⁴, o luxo da cidade teria produzido grandes homens¹⁵, Péricles teria sido um exemplo deles, a inspirar a opção política.

Com base nesses historiadores antigos, Paul Harvey diz-nos que Péricles dominara Atenas graças a oratória persuasiva e caráter forte¹⁶.

(3) Rogério Forastieri da Silva, *História da Historiografia*, pág. 44.

(4) Jeanne Marie Gagnebin, *Sete Aulas sobre Memória e História*, pág. 15 e ss.

(5) Ernst Breisach, *Historiography*, pág. 250.

(6) George A. Kennedy, *A New History of Classical Rhetoric*, pág. 21.

(7) Peter Burke e Roy Porter, *História Social da Linguagem*, pág. 141 e ss.

(8) Geoffrey Horrocks, Greek, *A History of the Language and its Speakers*, pág. 24 e ss.

(9) François Châtelet, *História das Idéias Políticas*, pág. 20.

(10) Richard Tuck, *História do Pensamento Político*. In: Peter Burke, *A Escrita da História*, pág. 272 e ss.

(11) Ciro Flamarion Cardoso, *Uma Introdução à História*, pág. 45 e ss.

(12) Paul Harrey, *Dicionário Oxford de Literatura Clássica*, pág. 388.

(13) Thomas Carlyle, *História da Revolução Francesa*, pág. 341.

(14) Marco Antônio Lopes, *Voltaire Historiador*.

(15) Maria das Graças de Souza, *Ilustração e História*, pág. 86.

(16) Paul Harvey, op. cit., pág. 388.

Vivera com cortesia, Aspásia, mulher de muitos encantos. Na visão romântica de Paul Harvey, ao comentar Péricles:

*Seu objetivo político era fazer de Atenas uma democracia ideal, em que houvesse equilíbrio entre os interesses do Estado e os de cada cidadão, e capaz de exercer a liderança da Grécia e ser sua escola.*¹⁷

A tradição (com base também em Plutarco e em Tucídides) credita a Péricles obras públicas de primeira grandeza (o Pártenon, o Propileus, a Grande Muralha). Péricles teria morrido de peste. As sombras democráticas de Péricles foram enaltecidas por Tucídides, que narrou a guerra do Peloponeso. Tucídides, historiador ateniense, era dono de incomparáveis qualidades literárias, militares, políticas. Para Moses Finley:

*Com seus antecedentes familiares, Tucídides indubitavelmente recebera não apenas a melhor educação disponível à época, mas também experiência em assuntos políticos e militares.*¹⁸

Tucídides transcreveu a famosa oração fúnebre de Péricles, que teria sido pronunciada por ocasião das cerimônias em homenagem aos atenienses mortos no primeiro ano da Guerra do Peloponeso; não se sabe, porém, se a descrição realmente reproduz palavras de Péricles¹⁹. O discurso fúnebre é típica invenção ateniense, tema de trabalho de Nicole Loraux²⁰, que inventaria a história da oração fúnebre na pólis clássica. A oração aos mortos, segundo a aludida pesquisa, tinha função ideológica precisa, fazendo apologia do regime.

Orações fúnebres eram pronunciadas no kerâmikos, antigo cemitério de Atenas. Recentes escavações expuseram lápides, jazigos, túmulos; o material foi transportado ao Museu Arqueológico de Atenas ou deixado no próprio local, que hoje é aberto à visita. Tais discursos são fontes importantes para estudo do romantismo que tem em Atenas o puro e acabado exemplo do modelo democrático:

⁽¹⁷⁾ Op. cit., loc. cit.

⁽¹⁸⁾ Moses Finley, *The Portable Greek Historians*, pág. 217. Tradução livre do autor. With his family background, Thucydides undoubtedly received not only the best available education, but also early experience in military and political affairs.

⁽¹⁹⁾ Paul Harvey, op. cit., pág. 389.

⁽²⁰⁾ Nicole Loraux, *A Invenção de Atenas*.

(...) Não é estranho que o historiador, antes de recorrer à oração fúnebre para glorificar Atenas como pólis - modelo, sublinhe tudo o que faz dos funerais oficiais a emanação simbólica da pólis - democrática.²¹

O discurso de Péricles, como redigido por Tucídides, é amplamente divulgado no Brasil: Jaime Bruna, em compilação de Eloquência Grega e Latina²² e Agrippino Grieco, em Antologia da Eloquência Universal²³, além do próprio livro de Tucídides²⁴. A passagem é realmente memorável. Para Jaime Bruna:

Mais do que o elogio dos heróis tombados na luta, é um panegírico de Atenas e sua democracia.²⁵

É no discurso de Péricles que Tucídides insiste na idéia de Atenas como escola da Grécia:

Em suma, digo que nossa cidade, em seu conjunto, é a escola de toda a Hélade e que, segundo me parece, cada homem entre nós poderia, por sua personalidade própria, mostrar-se auto-suficiente nas mais variadas formas de atividade, com a maior elegância e naturalidade. E isto não é mero ufanismo inspirado pela ocasião, mas a verdade real, atestada pela força mesma de nossa cidade, adquirida em consequência dessas qualidades. (...)²⁶

Essa figura sólida (na imagem de Tucídides) fora ainda mais engrandecida por Plutarco, que assim narra o nascimento do plecaro ateniense:

Agariste sonhou que paria um leão e alguns dias depois pôs no mundo Péricles, o qual, ainda que bem feito de corpo, tinha a cabeça alongada e inteiramente fora de proporções. Por essa razão os artistas sempre o representaram de capacete, não querendo, parece, acusar esse defeito físico.²⁷

Plutarco esmerou-se também ao expor a educação de Péricles:

Mas o principal mestre de Péricles, aquele que mais lhe comunicou a altivez e a gravidade tão pesadas para o chefe de

⁽²¹⁾ Idem, *Ibidem*, pág. 40.

⁽²²⁾ Jaime Bruna (org.), *Eloquência Grega e Latina*.

⁽²³⁾ Agrippino Grieco (org.), *Antologia da Eloquência Universal*.

⁽²⁴⁾ Tucídides, *História da Guerra do Peloponeso*.

⁽²⁵⁾ Jaime Bruna, *op. cit.*, pág. 10.

⁽²⁶⁾ Tucídides, *Oração de Péricles*. In: *A Guerra do Peloponeso*, págs. 99 e 100.

⁽²⁷⁾ Plutarco, *Vidas Paralelas*, vol. 1, pág. 312.

*uma democracia; que, numa palavra, elevou e exaltou a dignidade de seu caráter, foi Anaxágoras, de Clazômenas, chamado pelos contemporâneos de 'o Espírito'.*²⁸

Ainda, vinculou à educação de Péricles seu comportamento altaneiro, superior, que fica bem demonstrado no episódio do insulto :

*Certa feita, insultado na ágora por um indivíduo de somenos, suportou durante todo o dia suas insolências, sem nada dizer e sem interromper os despachos urgentes. À noitinha, quando se recolhia, o impertinente o seguiu com palavras injuriosas. Chegado à porta de sua casa quando estava totalmente escuro, ordenou a um dos servidores que apanhasse uma tocha e acompanhasse o homem até sua residência.*²⁹

As gerações que lêem Plutarco e Tucídides ficam tocadas pelos exemplos de altivez que eles sugerem. Para os efeitos do presente artigo, não se trata de negar-se as virtudes do Péricles histórico. Elas são visíveis, palpáveis, comprovadas pelo copioso legado arquitetônico de Atenas: Pártenon, Odeon, Propileus. O Pártenon é o maior símbolo da grandeza ateniense, do século em que Péricles viveu. É reproduzido em capas de livros de direito³⁰. É um ícone. Símbolo de época que se diz admirável, o Pártenon é testemunho de seu tempo³¹. Presenciou todas as metamorfoses, transformações. Assistiu ao período helenístico, ao domínio romano, às pregações do apóstolo Paulo³², ataques de normandos, venezianos, domínio dos turcos, guerras de independência, saques do Lord Elgin³³, presença nazista, a libertação, a era

⁽²⁸⁾ Idem, *Ibidem*. pág. 314.

⁽²⁹⁾ Idem, *Ibidem*. pág. 315.

⁽³⁰⁾ Entre outros, Marcos Antônio Striquer Soares, *O Plebiscito, o Referendo e o Exercício do Poder*, além de Miguel Reale, *Experiência e Cultura*. Bases de colunas gregas também são encontradas na capa de Direito Constitucional, de Alexandre de Moraes. O desenho de um grego segurando um papiro, típica figura do orador, vem estampado na capa de *A Constitucionalização Simbólica*, de Marcelo Neves.

⁽³¹⁾ Para um acurado levantamento do dia-a-dia na época de Péricles, consulte-se Robert Flacelière, *La Grèce au Siècle de Péricles*.

⁽³²⁾ As passagens do Apóstolo Paulo na Grécia, especialmente em Atenas, podem ser estudadas em Robert S. Kinsey, *With Paul in Greece*, e em Otto F.A. Meinardus, *St. Paul in Greece*.

⁽³³⁾ O Lord Elgin foi um embaixador inglês que levou para Londres os mármores do Pártenon, que hoje encontram-se expostos no Museu Britânico. Melina Mercouri, cantora grega que fora Ministra da Cultura, liderou um movimento com o objetivo de se reconduzirem os mármores a seu local originário. Consulte-se *The Destiny of the Parthenon Marbles*, editado pelo Dr. Richard Hubbard Howland, onde se encontram os pronunciamentos feitos em Washington, D.C., U.S.A., em 13 de fevereiro de 1999, na Corcoran Gallery of Art, em jornada realizada para debater a questão dos chamados Mármores de Elgin.

dos coronéis, arqueólogos orgulhosos e soberbos, os cliques das máquinas de fotografias na era do turismo de massa. Voltemos a Plutarco:

As obras iam sendo levantadas com imponência, beleza e graça inimitáveis. Os artistas portavam em perfeição técnica, mas o mais admirável foi a rapidez da execução. Essas obras todas, das quais cada uma parecia dever exigir várias gerações sucessivas para ser completada, ficaram prontas no período mais brilhante de uma única carreira política. (...) Fídias a tudo provia e tudo supervisionara para Péricles. (...) O que não faltava eram grandes arquitetos e artistas para os trabalhos. Calícrates e Ictino construíram o Pártenon de cem pés.³⁴

Fídias é o grande nome ligado ao Pártenon³⁵. Porém, para mácula do romantismo que constrói Atenas, lembre-se que Fídias foi processado, por desvio de fundos, como informa Mário Attilio Levi, em biografia de Péricles:

Durante as obras na Acrópole, Fídias foi denunciado (438 ou 437) por ter apropriado indevidamente de quantidades de marfim adquiridas para a estátua criselefantina de atená destinada ao Pártenon.³⁶

Ainda, segundo o mesmo Mário Attilio Levi, Fídias não enfrentara a justiça:

Fídias não enfrentou o processo, preferindo ir instalar-se no Peloponeso: não se deve ver nisso uma prova de culpabilidade, mas antes um sinal de total desconfiança na justiça ateniense.³⁷

Plutarco refere-se às ligações de Péricles com Aspásia. A tradição nos dá conta de Aspásia como célebre hetaira (cortesã) que caíra nas graças de Péricles, com quem teve um filho, que levou o nome do pai³⁸. Segundo Plutarco:

⁽³⁴⁾ Plutarco, op. cit., pág. 324.

⁽³⁵⁾ Pártenon, em grego Parthenon (“quarto das virgens”, daí quarto da virgem por excelência, sem templo), templo de Athena Parthenos, Atenas (“virgem Atena”), ou Palas Atenas, obra-prima da arquitetura grega, construído na época de Péricles sobre as fundações de um primeiro templo que a invasão persa impediu de concluir, conforme nota de rodapé em Plutarco, *Vidas Paralelas*, vol. 1, pág. 324.

⁽³⁶⁾ Mário Attilio Levi, *Péricles*, pág. 249.

⁽³⁷⁾ Idem, *Ibidem*, loc. cit.

⁽³⁸⁾ Paul Harvey, *Dicionário Oxford de Literatura Clássica*, pág. 389.

Enquanto a Aspásia, diz-se que Péricles a procurou atraído por sua ciência e sabedoria política. Também é verdade que Sócrates costumava freqüentar-lhe a casa na companhia de amigos, e que os íntimos de Aspásia compareciam com as esposas para ouvi-la discorrer, muito embora o seu trabalho fosse um ofício nada honesto ou respeitável: ela formava jovens cortesãs.³⁹

Vicki León, em obra recente de vulgarização de mulheres audaciosas da antigüidade, dá sua versão, um pouco mais ácida:

Ela traficava coisas muito mais perigosas - os atenienses realmente detestavam que uma mulher pudesse usar seu cérebro e perspicácia política para conquistar o respeito e a amizade de Péricles, Sócrates e outros homens instigadores e agitadores. Homens poderosos a procuravam - não para sexo, mas para aconselhamento sobre oratória. Aspásia também não tinha problemas no departamento de qualidades físicas; Péricles, o líder divorciado de Atenas, a adorava. Impossibilitados de se casarem, eles viviam juntos como marido e mulher e tiveram um filho, também batizado de Péricles. Pensando bem, ele a tratava melhor do que uma esposa ateniense era tratada: passando em casa duas vezes por dia para beijá-la, discutindo tudo com ela, desde filosofia até rumores do mercado, e lhe dando respeito, amor e liberdade de movimento durante duas décadas.⁴⁰

Plutarco biografou Péricles em pormenor, noticiando também sua morte:

Crê-se então que a peste o atingiu. A crise não foi, como nos demais casos, nem aguda nem violenta, lembrando antes um langor prolongado, de fases diversas, que o foi lentamente consumindo no corpo e minando na alma.⁴¹

E remata, com grande dose de subjetividade:

⁽³⁹⁾ Plutarco, op. cit., vol. 1, pág. 334.

⁽⁴⁰⁾ Vicki León, *Mulheres Audaciosas da Antigüidade*, pág. 172.

⁽⁴¹⁾ Plutarco, op. cit., vol. 1, pág. 348.

*No que diz respeito a Péricles, os acontecimentos logo fizeram ver aos atenienses o que ele valia e quão digno era de saudades.*⁴²

A biografia de Péricles, feita por Plutarco, assim como as passagens de Tucídides, contribuem na formação do Péricles idealizado, plasticamente vislumbrado numa cópia romana de estátua do político ateniense, que se encontra em Tívoli. É a imagem do estadista vigoroso, sério, devotado à pátria e à democracia. É figura recorrente na tradição ocidental (vai ser apropriado pela historiografia jurídica norte-americana) e aparece, convencionalmente, no início da tradição democrática, como anotou Michael Lind:

*A disciplina de civilização ocidental (conhecida como 'western civ' ou WC) afirmava que a história euro-americana entre Péricles e Thomas Jefferson não passara de um longo e lamentável desvio.*⁴³

O direito constitucional e a ciência política têm conjunto referencial que formata a idéia de democracia. Enquanto espaço do razoável, do político, de convencimento, a democracia cristaliza-se em instantes pretéritos, e nesse sentido Péricles vem sendo apropriado há mais de dois séculos, por intermédio de Plutarco e de Tucídides. Certa imaginação histórica metafórica e irônica, que passa por Hegel, Michelet, Ranke, Tocqueville, Burckhardt, Marx, Nietzsche e Croce, fomenta interminável sistema de referência, que presta-se a justificar a realidade presente e os projetos futuros em criações e variações do passado. O discurso político e jurídico passa a ser uma atividade literária. E isso é preocupante na medida em que a manipulação do passado passa a ser a medida da falsificação do tempo presente.

BIBLIOGRAFIA

BRAUDEL, Fernand. *Escritos sobre a História*. São Paulo: Nova Perspectiva, 1992. Tradução de J. Guinsburg e Tereza Cristina Silveira da Mota.

BREISACH, Ernest. *Historiography*. Chicago : University of Chicago Press, 1994.

⁽⁴²⁾ Idem, *Ibidem*, pág. 349.

⁽⁴³⁾ Michael Lind, *A Segunda Queda de Roma*. Artigo, in: Folha de São Paulo, Caderno Mais, 8 de outubro de 2000, pág. 9.

- BRUNA, Jaime (org.). *Eloquência Grega e Latina*. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d..
- BURKE, Peter e PORTER, Roy. *História Social da Linguagem*. São Paulo: UNESP, 1997. Tradução de Álvaro Hattner.
- BURKE, Peter. *A Escrita da História*. São Paulo: UNESP, 1992. Tradução de Magda Lopes.
- CARDOSO, Ciro Flamarion. *Uma Introdução à História*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- CARLYLE, Thomas. *História da Revolução Francesa*. São Paulo: Melhoramentos, s.d.. Tradução de Antônio Ruas.
- CHÂTELET, François. *História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.
- FINLEY, Moses (edit). *The Portable Greek Historians*. New York: Penguin Books, 1977.
- FLACELIÈRE, Robert. *La Grèce au Siècle de Périclès*. Paris: Hachette, 1996.
- GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Sete Aulas sobre Memória e História*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- GRIECO, Agrippino. *Antologia da Eloquência Universal*. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d..
- HARVEY, Paul. *Dicionário Oxford de Literatura Clássica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987. Tradução de Mário da Gama Kury.
- HORROCKS, Geoffrey. *Greek, a History of the Language and its Speakers*. London: Longman, 1987.
- HOWLAND, Richard Hubbard (edit.). *The Destiny of the Parthenon Marbles*. Washington: Society for the Preservation of the Greek Heritage, 2000.
- KENNEDY, George A.. *A New History of Classical Rhetoric*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.
- KINSEY, Robert S.. *With Paul in Greece*. Nashville: The Parthenon Press, 1957.
- LEÓN, Vicki. *Mulheres Audaciosas da Antigüidade*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997. Tradução de Miriam Groeger.

LEVI, Mário Attilio. *Péricles*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1991. Tradução de Antonio Agenor Briquet de Lemos.

LIND, Michael. *A Segunda Queda de Roma*. Artigo in Folha de São Paulo, Caderno Mais, 8 de outubro de 2000.

LOPES, Marco Antônio. *Voltaire Historiador*. Campinas: Papyrus, 2001.

LORAUX, Nicole. *A Invenção de Atenas*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994. Tradução de Lilian Valle.

PLUTARCO. *Vidas Paralelas*. São Paulo: Paumape, 1991. Tradução de Gilson César Cardoso.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O Plebiscito, o Referendo e o Exercício do Poder*. São Paulo: Celso Basto Editor, 1998.

SOUZA, Maria das Graças. *Ilustração e História*. São Paulo: Discurso Editorial, 2001.

TUCIDIDES. *A Guerra do Peloponeso*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987. Tradução de Mário da Gama Kury.

PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À SAÚDE

Luiz CIETTO*

RESUMO

O presente trabalho é uma introdução ao estudo dos direitos humanos e suas relações com os direitos à saúde. É feita uma breve análise do sentido e evolução dos direitos humanos e do sistema de saúde brasileiro em face de nosso ordenamento jurídico. Questiona-se a eficácia da tutela jurisdicional na garantia dos direitos à saúde e registra-se a recente tendência jurisprudencial do STF, do STJ e outros tribunais. Sugere-se que as questões relativas aos direitos à saúde poderão ter soluções mais abrangentes e consentâneas com os direitos humanos, se fundamentadas nos preceitos e princípios constitucionais, ampliados, elaborados e consolidados, preferentemente à legislação ordinária.

INTRODUÇÃO

O estudo racional dos **direitos humanos** enseja a oportunidade de análise profunda da questão e não apenas um tratamento perfunctório em seu plano discursivo. Possibilita cotejar o pensamento dos que julgam mais importante defini-los e fundamentá-los, com a idéia dos que entendem ser fundamental garantir a eficácia de tais direitos.

^(*) Professor Titular da FCM - UNICAMP. Livre-Docente e Doutor pela UFRJ. Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Advogado Militante no Estado de São Paulo.

Por seu turno, o **tema da saúde** continua revestido da mais **alta relevância**, por se tratar de elemento vital a todo ser vivente, subsistindo **inquestionável** a sua **atualidade**, máxime quando estudado sob o **enfoque dos direitos humanos**.

Adotamos integralmente a visão de um ilustre membro do Ministério Público carioca¹ ao afirmar que a delicada questão da saúde, seja como direito individual, seja coletivo, e a celeuma provocada por suas demandas, irresolvidas, ou apenas parcialmente solucionadas, caracteriza de modo marcante o momento social vivido neste vertiginoso processo social de transformação.

O sistema de saúde brasileiro necessita de urgente reformulação. Segundo classificação divulgada pela Organização Mundial da Saúde, o Brasil é o 125º país do mundo em qualidade de sistema de saúde, atrás de países como o Paraguai, El Salvador ou Butão².

Saúde, tanto pessoal quanto pública, é um dos mais significativos aspectos da cidadania. Daí seu exaustivo tratamento no texto constitucional, contemplado com mais de cinquenta referências.

Embora as questões de tratamento da saúde sejam geralmente do âmbito médico-ético, transcendem tais limites, para alcançar a esfera jurídica, quando se busca proteção mais ampla e completa da pessoa humana.

Portanto, merecem análise especial aspectos como os direitos do paciente, a responsabilidade profissional de toda a equipe de saúde, tanto no campo ético, como na esfera penal e civil, incluindo a questão da reparação dos danos.

Debate-se muito a questão da: “ética nas comunicações”, “ética na política”, “bioética”, sendo freqüentes os “movimentos pela ética” e pelos direitos humanos, em defesa da cidadania.

Por outro lado, é inegável a preocupação atual pela definição do próprio ser humano. Segundo Veloso³, tem crescido de tal forma a inquietude com a pergunta: **Que é o homem?**, que esta passou a ser

(1) SIMÃO, Ronaldo. Temas de saúde em direitos individuais e coletivos : espaços abertos ao Judiciário. ADCOAS 1014568 – Março, 2002. p. 1.

(2) KFOURI Neto, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

(3) VELOSO, Mario. O Homem, Pessoa Vivente. 1. ed. Brasília/DF: Alhambra, [199_]. p. 7.

o ponto central das preocupações teológicas e filosóficas da presente geração. E acrescenta: por esta razão Wolfhart Pannenberg disse que estamos vivendo na “era da antropologia”.

Prosegue este eminente teólogo⁴, para dizer que a antropologia teológica do século XX pode ser dividida em duas partes: clássica e humanista. A antropologia clássica desenvolve-se durante a primeira metade do século e tem como cenário a desumana atitude do homem revelada nas duas grandes guerras mundiais. Na segunda metade do século esta cede lugar à antropologia humanista que exalta a dignidade do homem. Tal atitude aparece na Conferência de Genebra, por ocasião do Concílio Mundial de Igrejas, celebrado sob o tema “Os cristãos na revolução técnica e social de nosso tempo”. Duas palavras se destacam no relatório desta Conferência: humanismo e humanização. Trata-se em verdade de um novo humanismo do século XX, pois, recorda Veloso, a palavra humanismo tem estado presente na teologia cristã desde a Renascença (século XVI): expressava o redescobrimento do humano e os valores culturais do mundo antigo. As duas tendências na antropologia do século XX, a clássica e a humanista têm estado em conflito através de toda a história da teologia cristã, como registra Roger L. Shinn⁵.

A Dignidade Humana

Estudar a questão da saúde em sua íntima relação com os direitos humanos, analisar suas implicações com os direitos e garantias fundamentais e avaliá-la como um direito pode projetar o tema a suas culminâncias.

É inegável que o assunto se avulta quando centramos o enfoque na **dignidade humana**.

Ser humano é a condição única e exclusiva para qualificar-se como sujeito de direitos, segundo o pensamento jusnaturalista.

Obra prima e final da criação, dotado com o sinete da excelência e perfeição, aí está o homem, integrando as maravilhas da natureza. E eis que tudo era muito bom! Diz o Criador.

⁽⁴⁾ Ibid, p.16-17.

⁽⁵⁾ Ibid, p. 17.

Homem: único ser capaz de amar, descobrir a verdade e criar a beleza.

E por oportuno, há que se afirmar o primado da igualdade. Ninguém é superior aos demais. Embora alguns sejam considerados mais iguais do que seus pares, segundo correntes político-filosóficas extremadas, **todos os seres humanos merecem igual respeito.**

Mas, **que é o homem, afinal?**

Coincidentemente, tanto o notável teólogo **Veloso**, como o brilhante jurista pátrio **Comparato**⁶, iniciando suas respectivas obras, fazem referência à eminente posição do homem na ordem da criação, como descrita de forma cintilante pelo salmista Davi, em seu

Salmo 8: 3-8:

3. Quando olho para o céu, que tu criaste,
e para a lua e as estrelas,
que puseste nos seus lugares –
4. que são os seres humanos para que
penses neles?
Que são as pessoas para que te
preocupes com elas?
5. No entanto fizeste o ser humano inferior
somente a ti mesmo e lhe deste a honra e a
glória de um rei.
6. Tu lhe deste poder sobre todas as coisas que criaste
e o fizeste dominar tudo:
7. as ovelhas e o gado e também os animais selvagens;
8. os pássaros e os peixes
e todos os seres que vivem no mar.

Sendo o homem o ponto central das preocupações teológicas e filosóficas em nossa era da antropologia, impõe-se destacar a **dignidade humana**, como sua característica distintiva e expor os fundamentos desta.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2.

Já mencionamos os fundamentos religiosos, bíblicos, magistralmente expostos no transcrito Salmo 8, em caráter exemplificativo.

Quanto ao fundamento filosófico, bem nos lembra Comparato que a indagação central de toda a filosofia é bem esta: Que é o homem? E prossegue comentando que a **racionalidade** é atributo exclusivamente humano e revela-se sobretudo no sentido reflexivo, a partir do qual Descartes deu início à filosofia moderna.

Ao analisar os fundamentos científicos, e para os que acolhem a teoria de Charles Darwin, considere-se que “não é por acaso que o ser humano representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas”, como relata Comparato⁷.

Com estas considerações introdutórias, parece-nos oportuno o momento para algumas reflexões sobre a discutida e atual questão dos direitos humanos.

I - SENTIDO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1. CONDIÇÃO VIGENTE

É indiscutível a importância e merecido o destaque que tem sido dado aos estudos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Senão, vejamos.

Para o jusnaturalismo, como já afirmamos acima, ser humano é a condição única e exclusiva para qualificar-se como sujeito de direitos. Relembre-se, outrossim, a relevância do respeito ao primado da igualdade de todos.

Neste contexto, e no cenário subsequente à devastadora segunda guerra mundial, surgem movimentos de reconstrução dos direitos humanos, colocando-os como fundamentos éticos da ordem internacional contemporânea.

⁽⁷⁾ Ibid, p. 4.

2. MARCO INICIAL

2.1 - Evolução histórica

Em lapidar síntese, Comparato⁸ discorre sobre a pessoa humana e seus direitos e a evolução histórica do tema.

Esclarece que “foi durante o período axial da História que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas **foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional** a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que **“todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”**”.

E aduz o respeitado jurista: “ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: **a lei escrita**, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada”.

Prossegue dizendo que a lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas **foi em Atenas que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política**.

Demonstram estes estudos que a definição boeciana de pessoa foi integralmente adotada por Santo Tomás na *Summa Theologica*. Para ele o homem seria um composto de substância espiritual e corporal.

Segundo conclusão de Comparato⁹, foi **sobre esta concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano**, não obstante as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica ou cultural. **É essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos**.

⁽⁸⁾ Ibid, p. 12.

⁽⁹⁾ Ibid, p. 19.

2.2 - Registros bíblicos

Ainda sobre o marco inicial, Steiner¹⁰ assevera haver poucas referências em obras consagradas de direito internacional sobre a lenta introdução de normas de proteção à pessoa humana no cenário normativo. Lembra, por exemplo, que “alguns estudiosos encontram em certas disposições do Código de Hamurabi, gravado há mais de três mil anos, afirmativas de autolimitação do poder desse monarca absoluto, e de supremacia das leis sobre tal poder”. Fala, ainda, que encontramos na Bíblia, no Antigo Testamento, o reconhecimento de determinados direitos fundamentais, como o direito de asilo, a solidariedade para com os órfãos e viúvas, a identidade de origem de todos os homens, a fraternidade. Há, igualmente, em diversas religiões e tradições filosóficas dos povos a noção de que os seres humanos são detentores de determinados direitos, completa esta destacada autora, que também comenta outros marcos históricos importantes.

Por seu turno, Regis de Moraes¹¹ cita as autorizadas palavras de Rogério Gesta Leal que afirma: “A lei mosaica, com os Dez Mandamentos, constitui um autêntico código de ética e de comportamento social, cujo cumprimento identifica um conteúdo e uma prática voltada aos direitos humanos mais tarde protegidos. A própria Bíblia tem um conteúdo essencialmente humanista..., que se consolidou no cristianismo”.

2.3 - Ainda os primórdios

Todavia, Steiner se posiciona, ao lado de Robertson e Merrils, ao considerar os tratados bilaterais e plurilaterais de eliminação do tráfico de escravos e de abolição da escravatura como os primeiros textos internacionais de proteção dos direitos humanos¹².

É oportuno lembrar as considerações extensivas de Comparato em seu estudo histórico já citado. A escravidão acabou sendo universalmente abolida, como instituto jurídico, somente neste século. Mas **a concepção**

⁽¹⁰⁾ STEINER, Sylvania Helena de Figueiredo. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 25/28.

⁽¹¹⁾ Sociologia jurídica contemporânea. Campinas : Edicamp, 2002. p. 199.

⁽¹²⁾ *Ibid* p. 28.

kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão; tais como o engano de outrem mediante falsas promessas, ou os atentados cometidos contra os bens alheios. E este filósofo vai além ao afirmar: “se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem”.

Não vemos como discordar da triste constatação de Comparato sobre a criação de um universo concentracionário no século XX, a confirmar a justeza da visão ética kantiana.

Relembre-se o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista, gigantescas máquinas de despersonalização, na adequada qualificação do nosso eminente jurista, demonstrando seu horror.

Referindo-se a Roberto Adorno, afirma Comparato¹³ que não se pode esquecer, por analogia, a transformação das pessoas em coisas, embora de modo menos espetacular, pelo sistema capitalista extremado. E acontecimento trágico, embora às vezes sutil, é “o processo de reificação em que acabou se transformando hodiernamente o consumidor e o eleitor, por força da técnica de propaganda de massa, em mero objeto de direito. A engenharia genética, por sua vez, tornou possível a manipulação da própria identidade pessoal, ou seja, a fabricação do homem pelo homem”.

Fala, ainda, nosso insigne jurista aqui citado, sobre a justificativa do reconhecimento dos direitos e liberdades individuais e também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, tal como enunciados nos artigos XXVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2.4 - Magna Carta da Inglaterra - 1.215

Este documento também é citado como um marco significativo na evolução dos direitos humanos.

⁽¹³⁾ Ibid, p. 23: Cf., sobre o assunto, a tese *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1996.

A Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João, conhecido como João Sem-Terra, e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês, é uma declaração de autolimitação do monarca, e foi ratificada, com alterações, por seus sucessores, informa Comparato¹⁴. A declaração régia reconhece que os direitos próprios dos dois estamentos livres - a nobreza e o clero - existiam independentemente do consentimento do monarca. E aí surge o embrião da democracia moderna. Três disposições desta Carta ainda fazem parte da legislação inglesa hoje vigente.

2.5 - Outros importantes marcos

A seguir, Comparato prossegue discorrendo sobre a instituição da Lei de *Habeas Corpus* em 1.679, e sobre a Declaração de Direitos, em 1.689, na Inglaterra.

Significativos pontos da evolução histórica dos direitos humanos apontados por este autorizado autor são: **a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte; as Declarações de Direitos da Revolução Francesa; a Constituição Francesa de 1.848; a Convenção de Genebra de 1.864, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, entre muitos outros surgidos posteriormente.**

2.6 - Reconstrução dos direitos humanos

Para Piovesan¹⁵ a **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, aprovada em 10 de dezembro de 1948, é o **“marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos”**, no período pós-segunda guerra mundial.

Discorre esta eminente jurista sobre a introdução da concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e

⁽¹⁴⁾ Ibid, p. 67.

⁽¹⁵⁾ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos, in GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia, coord. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 18-22.

indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada.

Prosseguindo, leciona esta autora, com propriedade, sobre o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que se vale da adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais.

Esclarece que, no âmbito das Nações Unidas, forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, coexistindo neste os sistemas geral e especial, surgindo, ao depois, o sistema normativo regional de proteção, com vistas à internacionalização dos direitos humanos no plano regional, especialmente na Europa, América, e África.

O principal instrumento do sistema americano é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Os sistemas europeu e africano contam com instrumentos e organismos semelhantes.

É oportuno enfatizar o esclarecimento de Piovesan¹⁶ ao citar o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, ao disciplinar normas de interpretação, estabelece: “nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”. Assim, fica consagrado o princípio da prevalência da norma mais benéfica, a saber, a Convenção só deve ser aplicada se ampliar, fortalecer e aprimorar o grau de proteção de direitos, vedada qualquer aplicação restritiva ao exercício de direitos previstos na ordem jurídica de um Estado-parte ou em tratados internacionais por ele ratificados. “A interpretação a ser adotada no campo dos Direitos Humanos é a axiológica e teleológica, que conduza sempre à prevalência da norma que melhor e mais eficazmente proteja a dignidade humana”, justificando-se, inclusive, o monitoramento

⁽¹⁶⁾ Ibid, p. 26

internacional, com mecanismos de responsabilização, completa magistralmente esta respeitável jurista.

Discute-se a respeito da inclusão dos direitos sociais, que compreende o direito à saúde, no âmbito dos direitos humanos, havendo autores que a negam, para afirmar que apenas os direitos de primeira geração aí estão incluídos. A Convenção Americana não os contempla, limitando-se a determinar aos Estados que envidem esforços no sentido de alcançá-los.

Mas, tal abrangência foi ampliada em 1988, quando a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção, incluindo os direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador), que entrou em vigor em 1999.

2.7 - Consolidando os pensamentos sobre as origens

Ratificamos os registros da evolução histórica aqui consignados pelos autores já mencionados e concordamos com as conclusões de Moraes¹⁷ a seguir sintetizadas.

De fato, os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atual, são resultantes da fusão de várias fontes, “desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.

Os direitos humanos fundamentais apresentam-se, pois, como elementos indispensáveis a qualquer constituição, que busque consagrar o respeito à dignidade humana, determinar a limitação de poder e garantir o pleno desenvolvimento da personalidade humana, como afirma Moraes. A positivação destes direitos em sede constitucional significa a garantia de livre e completo acesso de todos à Justiça, para exigir a devida tutela

⁽¹⁷⁾ MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2002. p. 19-21.

jurisdicional, e a realização de um verdadeiro Estado de direito democrático.

II - DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

1.1 - Conceito e abrangência

A própria evolução histórica dificulta a formulação de um exato conceito de direitos humanos. Todos concordamos não ser fácil defini-los, confirmando o vetusto aforismo *omnia definitio periculosa est*.

Para alguns autores, direitos humanos e direitos fundamentais não têm o mesmo significado, nem a mesma abrangência. Outros falam em direitos humanos fundamentais.

Daí temos a definição de Moraes¹⁸, concorde integralmente com a definição da UNESCO:

“O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como *direitos humanos fundamentais*”.

Amaral¹⁹ declara que “A questão terminológica, em direitos humanos, é tratada com grande percuciência por Peces-Barba e Peres Luño”. E prossegue:

“Demonstram esses autores que com freqüência **faz-se confusão entre as expressões direitos humanos, direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais e**

⁽¹⁸⁾ Ibid, p. 39.

⁽¹⁹⁾ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p.88.

direitos fundamentais²⁰, confusão que não é devida apenas a escolas filosóficas, mas também a filiação ideológica”.

Amaral emprega preferencialmente, neste citado trabalho, as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. *Direitos humanos* é expressão usada para referir aos **direitos inerentes à dignidade da pessoa humana**, que **independem de positivação**. Já a expressão *Direitos fundamentais* é empregada para referir aos **direitos humanos reconhecidos em um dado ordenamento**.

Contudo, Amaral²¹ cita também o ponto de vista de Ricardo Lobo Torres a respeito destas momentosas expressões, a saber:

“Os direitos fundamentais ou direitos humanos voltam a se acercar da idéia de direito natural e de natureza das coisas, constituindo pedra angular da concepção de Estado Social de Direito. Os direitos da liberdade preexistem à Constituição e ao Estado, posto que radicam na própria natureza humana. Não é o Estado que cria os direitos fundamentais, senão que apenas os

⁽²⁰⁾ *Direitos humanos* é seguramente um dos termos mais usados. Ele é empregado ora em referência “a una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna (Peces-Barba Martinez), ora para identificar um sistema de direito positivo. *Direitos naturais* é expressão facilmente associada ao jusnaturalismo e, talvez por isso, em certo desuso. Seu significado está ligado a direitos prévios ao ordenamento positivo, que têm dimensão jurídica e podem ser descobertos racionalmente na natureza humana e que são limites ao direito objetivo e ao poder jurídico.

Direitos públicos subjetivos é expressão cunhada na escola de iuspublicista alemã, de cujas obras destaca-se a de Jellinek: *Direitos públicos subjetivos*. Esse termo estrema os direitos como limites ao poder, excluindo sua aplicação às relações entre particulares e, como bem destaca Peres Luño, é “una categoria histórica adaptada al funcionamiento de um determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo econômico-social de nuestro tiempo.”

Liberdades públicas é expressão consagrada na doutrina francesa e tem características positivistas, em contraposição à ambigüidade da expressão *direitos do homem* da declaração de 1789. Todavia, seu significado está ligado aos direitos de primeira geração, aqueles voltados contra o Estado, o que limita bastante seu uso, vez que não há direitos que não reclamem alguma atuação estatal.

Direitos morais é expressão originada da cultura anglo-saxã que vem tendo grande difusão nos meios jurídicos de língua espanhola em função da obra “Ética e Direitos Humanos” do professor Carlos Santiago Nino. É termo profundamente ligado ao jusnaturalismo, embora haja uma diferença de conotação. Os *direitos naturais* defendidos especialmente no passado seriam direitos racionalmente dedutíveis da natureza humana e, como tais, tenderiam a ser universais e atemporais. Já os *direitos morais* costumam estar mais ligados a teorias de justiça procedimental, o que torna possível admiti-los como histórica e geograficamente mutáveis.

Direitos fundamentais é expressão empregada para designar os direitos humanos positivados em uma dada sociedade. No Brasil, por exemplo, fala-se em incluir a moradia como direito fundamental.

⁽²¹⁾ *Ibid*, p. 152.

garante, por efeito de sua própria constituição no espaço aberto pela liberdade individual”.

1.2 - Características

Ao confirmar a elevada posição dos (por ele chamados) “**direitos humanos fundamentais**” em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, Moraes²² atribui-lhes as seguintes características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade.

2 - EVOLUÇÃO DAS CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina moderna tem classificado os direitos fundamentais em gerações, de acordo com a ordem histórica cronológica de seu reconhecimento pelas constituições.

Celso de Mello²³ classifica os direitos fundamentais em três gerações, da seguinte forma:

2.1 - Direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade.

2.2 - Direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade.

2.3 - Direitos de terceira geração - materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF - Pleno - MS número

⁽²²⁾ Ibid, p. 41.

⁽²³⁾ In MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2002. p. 44-46.

22164/SP - rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206).

Moraes²⁴ entende que os *direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*.

Sobre os *direitos fundamentais de segunda geração*, prossegue Moraes, citando Themístocles Brandão Cavalcanti, que esclarece ser do “começo do nosso século” a inclusão desta nova categoria de direitos nas declarações. Explica também que se incluem entre os chamados direitos sociais, os relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice e outros.

Comentando os *direitos de terceira geração*, completa Moraes ao dizer que modernamente esta categoria protege, constitucionalmente, os chamados *direitos de solidariedade* ou *fraternidade*, incluindo o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. Exemplifica a positivação do direito ao meio ambiente sadio e sua defesa, citando o art. 19, parágrafo 8º, da Constituição Política da República do Chile e a Constituição da República da Coreia.

2.4 - Direitos de quarta geração (bioéticos)

Lizt Vieira²⁵ inclui na classificação em apreço uma quarta geração, a dos direitos bioéticos, abrangendo:

2.4.1 - definições quanto à proteção da vida, ante ameaças de intervenções indevidas nas estruturas vitais;

2.4.2 - definições quanto à criação de novas formas de vida por engenharia genética, ou mesmo quanto a modificações transgênicas.

Analisando as gerações de direitos, este autor ainda aponta um grande conflito no mundo contemporâneo.

⁽²⁴⁾ Ibid, p. 45.

⁽²⁵⁾ Cidadania e globalização (1988), in MORAIS, Regis de. Sociologia Jurídica Contemporânea. Campinas, Edicamp, 2002. p. 213-214.

Para ele, a garantia da efetividade da primeira geração de direitos (civis e políticos), bem como da segunda geração (direitos sociais) exige um Estado forte e mais intervencionista. Sem esta mudança, a chamada “economia de mercado” do atual neoliberalismo continuaria fracassando na resolução dos problemas sociais.

Amaral²⁶ recorda que os direitos sociais, via de regra, voltam-se não a uma abstenção do Estado (como nos direitos relacionados ao valor liberdade e classificados como direitos negativos), mas a uma ação, o que lhes dá a característica de positivos. E numa síntese da argumentação tradicional sobre a efetividade destes direitos, vale-se da seguinte lição de Norberto BOBBIO:

O reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado - e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.

Comentando o disposto na Constituição italiana, diz este autor que as normas referentes a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. E a seguir pergunta: que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem e permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado? Que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente direito?

2.5 - Dimensões dos Direitos Fundamentais

Ainda com relação à classificação dos direitos fundamentais, reportamo-nos à posição de Amaral²⁷, que assevera:

⁽²⁶⁾ Ibid, p. 57-58.

⁽²⁷⁾ Ibid, p. 131.

“Embora seja usual a **classificação em gerações de direitos, a terminologia não é adequada** quer para os direitos fundamentais quer para os direitos humanos”. E prossegue este autor ao dizer: **Mais apropriado é falar em dimensões de direitos fundamentais**, já que a realidade atual das antigas liberdades liberais não é a mesma que existia no século XIX.”.

E completa Amaral, dizendo que mesmo os direitos tidos por negativos comportam reivindicações de prestações estatais positivas, pelo que, mais próprio trabalhar com cada uma dessas pretensões.

Apesar de muitos percalços, ainda nos parece possível constatar significativo avanço e grande desenvolvimento nos direitos humanos e fundamentais, tanto em âmbito local, como regional e internacional. A luta há de ser geral. Ninguém está dispensado deste notável empreendimento da humanidade.

Como afirma Regis de Moraes²⁸, para a construção atual dos direitos do homem importa *o ser humano* todo e todos os seres humanos.

III - DIREITO À SAÚDE

1. Conceito

A Organização Mundial da Saúde - OMS conceitua **saúde** como o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Ao que acrescentaríamos ainda o espiritual.

Como se pode observar, é significativamente ampla a abrangência conceitual e consideravelmente profunda sua área de ação.

Este bem, de tão grande importância para a conservação e desenvolvimento da vida humana, seria, em realidade, um direito de todo ser humano? Isto será objeto de nossas considerações e análises neste capítulo.

2. Amplitude do problema

Fala-se muito em crise da saúde pública brasileira. Entretanto, os problemas relacionados à assistência da saúde, compreendendo os aspectos

⁽²⁸⁾ Ibid, p. 214.

de recuperação, promoção, reabilitação e prevenção das doenças, não é apanágio de países sub-desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. Trata-se, como veremos, de problema universal.

Há até especialistas na matéria que, sem negar a existência de graves problemas na área, discutem a procedência da aludida crise, quer em seu aspecto semântico ou ainda em seu aspecto técnico, ampliando a análise para incluir seus aspectos políticos.

Outro ponto polêmico diz respeito à indagação: **é a saúde efetivamente um direito, e um instrumento afirmativo da cidadania?**

Como se pode vislumbrar desde logo, trata-se de questão das mais complexas, intrincadas e polêmicas, a desafiar a argúcia e pertinácia de quantos se propõem a estudá-la.

Se analisarmos a cobertura de saúde da população, constataremos que os problemas mais simples de saúde respondem por grande massa de óbitos na infância, sem falarmos nos idosos desvalidos. As doenças degenerativas cada vez mais crescem em importância epidemiológica.

A assistência à saúde é um problema até em países desenvolvidos. Vejamos, por exemplo, os Estados Unidos da América do Norte, que gasta 13,6% de seu PIB neste setor, o que alcança US\$ um trilhão de dólares por ano. Este valor de investimento setorial sobrepuja qualquer outro país do mundo, quer em termos relativos, como absolutos. Apesar de tão expressiva alocação orçamentária, 17% da população é desprovida de qualquer tipo de seguro-saúde. Estes são atendidos apenas em serviços de emergência ou clínicas beneficentes. Mesmo os assistidos pelo *Medicaid* ou pelo *Medicare*²⁹ não estão imunes a problemas.

Muito embora haja cobertura sanitária para a grande maioria da população pobre, Amaral³⁰ relata que não se consegue debelar eficientemente a cárie infantil, que em 80% dos casos ocorre num subgrupo que corresponde a 25% do total de 52 milhões de horas de aulas perdidas por ano. E cita a ocorrência de demandas judiciais, requerendo tratamento médico custeado pelo Estado, quando este não é dado satisfatoriamente.

⁽²⁹⁾ Medicaid: seguro-saúde cujo custo é dividido entre os governos federal e estadual, destinado a famílias de baixa renda. Medicare: seguro-saúde público, destinado aos idosos que tenham contribuído por mais de dez anos, deficientes físicos e doentes renais crônicos.

⁽³⁰⁾ *Ibid*, p. 22-23.

No Brasil, embora tenham diminuído os índices de mortalidade infantil, estes ainda ultrapassam os limites tolerados pela OMS. Também ocorrem endemias e até epidemias, que ceifam milhares de vidas, sendo expressiva a insuficiência da assistência à saúde oferecida pelos serviços públicos. Segundo dados do Ministério da Saúde, uma em cada dez mortes no Brasil ocorre sem assistência médica³¹. E mesmo o sistema privado de assistência, constituído pelos diversos tipos de planos de saúde pagos, é insuficiente, sendo objeto de inúmeras ações judiciais.

3. DIREITO SUBJETIVO E DIREITOS SOCIAIS

É incontestável que a categoria **direito subjetivo** tem sido, de há muito, fundamental na teoria do direito ocidental, sem embargo de análises e críticas doutrinárias.

Igualmente, tem sido outorgada primazia ao direito subjetivo na prática jurídica dos tribunais, pelos operadores e usuários do direito, enfim, por todos os envolvidos com o campo jurídico.

Em todos os questionamentos está sempre presente a idéia de direito subjetivo. Tenho direito de fazer isto? Tenho direito de fazer aquilo?³²

Por outro lado, dispõe o art. 75 do nosso Código Civil: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Logo, pode-se deduzir logicamente: **direito subjetivo é direito de ação**.

Todavia, vem se consolidando ultimamente uma espécie de “direitos” quase desprovido de tutela. Referimo-nos aos direitos sociais. Segundo o disposto no art. 6º de nossa Constituição Federal (“verbis”):

São direitos sociais a educação, a **saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Quais as ações que asseguram, garantem e viabilizam os tais “direitos sociais?” A quem corresponde o dever reflexo respectivo?

⁽³¹⁾ Ibid, p. 23-24.

⁽³²⁾ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In FARIA, José Eduardo (organizador). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2002. p. 113-114.

LOPES³³ pergunta e ele mesmo responde às suas próprias perguntas, num percuciente estudo. Diz tratar-se de análise mais ampla e profunda que a exegese e a filologia jurídicas. Insere-se no campo da teoria geral do direito, pois trata do ordenamento de modo geral e de uma categoria jurídica em si, antes de ser um instituto particular. Alcança as raízes da organização da cidadania. E completa: “Coloca-se também na esfera da Filosofia do Direito, visto que diz respeito à justificação racional da justiça de uma norma e, muito particularmente, à realização da justiça”.

É indiscutível que os direitos sociais constituem tema da mais alta relevância e atualidade para os operadores e usuários do direito. Integram hoje considerável número de ações sub-judice, estão em discussão nos legislativos e na administração pública, sendo objeto de preocupação dos estudiosos do direito.

Deve-se reconhecer, entretanto, que os direitos sociais, mesmo reconhecidos como direitos subjetivos, diferem substancialmente dos direitos individuais, pois sua fruição é distinta.

Não se trata de saber simplesmente se existe uma possibilidade de agir em juízo. Antes, urge reconhecer a necessidade de ação estatal para a completa efetividade dos direitos sociais.

Preliminarmente, é necessário esclarecer se todos os cidadãos têm o direito de exigir, judicialmente, a execução real de políticas públicas e a prestação individual de serviços públicos. Em seguida, resta saber se e como o Judiciário poderia determinar a execução de políticas públicas, respeitando a independência e harmonia dos poderes.

A prestação de serviços está diretamente relacionada a planejamento e à disponibilidade de recursos. “Sem os planos, sem os orçamentos, nada de política pública pode ser implementado. Paradoxais e quase inúteis seriam, então, as decisões judiciais a respeito de qualquer direito social?” À sua própria indagação, novamente LOPES³⁴ responde: “eventualmente não”. E desta complexa questão voltaremos a tratar mais adiante neste trabalho.

Ante a insuficiência de instituições de saúde, da rede de ensino, de servidores qualificados para a prestação dos serviços, qual a providência cabível? Terão preferência os afortunados detentores de uma liminar ou tutela

⁽³³⁾ Ibid, p. 113-114.

⁽³⁴⁾ Ibid, p. 133-134.

antecipada? E como ficariam os demais, igualmente necessitados e à espera do atendimento?

A viabilidade jurídica desta solução é instigante e altamente discutível, quando somos obrigados a considerar que o serviço público é obrigado a respeitar os princípios da universalidade, impessoalidade, isonomia, subordinando-se, ainda, o atendimento a certas prioridades.

Assim, **surgem grandes dificuldades para defender direitos sociais com instrumentos individuais.**

Ademais, impõe-se considerar o fato de **muitos dos direitos sociais não serem exercíveis exclusivamente contra o Estado**, como muito bem nos lembra LOPES³⁵. E exemplifica: o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art.225 da Constituição Federal), ou o direito à promoção da defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII, e art. 170, V). Como se observa, o conflito de interesse não está, primariamente, entre o Estado e o cidadão, mas entre cidadãos. E completa este respeitável jurista, afirmando: **“Cada vez mais, os direitos sociais interessam à proteção de alguns cidadãos contra outros, capazes de violarem a ordem pública, o bem comum, o gozo pacífico do patrimônio comum da humanidade, etc.”**.

Mencionando a criação de alguns **remédios constitucionais destinados à exigibilidade concreta dos direitos**, poder-se-ia falar do **mandado de injunção**, previsto no art. 5º, inciso LXXI. Este, porém, parece mais indicado para a proteção de direitos negativos (limitação do poder público), do que à defesa ativa e promocional dos direitos sociais. Outro é a iniciativa popular de leis, disciplinado pelo art. 61, parágrafo 2º, embora não incluído no âmbito judicial.

3.1 - Os *novos* direitos sociais

Os chamados *novos* direitos sociais estão integrados a diversos dispositivos do nosso texto constitucional vigente, e também a anteriores. Constam ainda de diversas constituições contemporâneas. **Diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos** e deles se distinguem, não apenas **por serem coletivos**, mas também **por exigirem remédios distintos**, segundo entende Amaral³⁶.

⁽³⁵⁾ Ibid, p. 131

⁽³⁶⁾ Ibid, p. 59-60.

Assim, os direitos da liberdade (negativos) têm sede constitucional. Já os direitos sociais (positivos) dependeriam de meios materiais, e da mediação legislativa e orçamentária. Esta é a posição da doutrina dominante, muito embora persistam grandes polêmicas quanto à possibilidade de direitos a prestações positivas diretamente da constituição. É o caso do direito americano. Enquanto as constituições de cinquenta estados norte-americanos asseguram prestações positivas, os tribunais estaduais relutam em reconhecer tais normas como geradoras de deveres estatais³⁷. Adiante, discutiremos mais detidamente a posição dos tribunais brasileiros sobre este tema.

De acordo com esta mencionada dicotomia, apresentam-se três grandes correntes, a saber:

3.1.1 - a dos que entendem ser exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais;

3.1.2 - a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos;

3.1.3 - a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, ficando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

4. DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

4.1 - Da Constituição Republicana de 1.889 à atual

Em nosso ordenamento jurídico o ápice do sistema de saúde ascendeu à dignidade constitucional, enquanto coube à legislação ordinária organizar o Sistema Único de Saúde - SUS. Daí encontramos o tema formalmente abordado nas diversas constituições, a começar pela Constituição Republicana de 1.889. Esta atribuía a responsabilidade estatal pelo setor saúde, tendo instituído o Departamento Nacional de Saúde como órgão responsável pela saúde pública.

Já a Constituição Federal de 1.946 instituiu um Sistema Nacional de Saúde, integrado ao Ministério da Saúde. E aos municípios atribuiu a responsabilidade pelo atendimento de urgência.

⁽³⁷⁾ AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 60-61.

A Constituição de 1.988 avança em matéria de políticas de saúde, ao adotar um conceito de seguridade social.

Logo no início, no art. 6º estabelece os direitos sociais, dentre os quais a saúde. No art. 7º dispõe sobre direitos do trabalhador, visando à melhoria de sua condição social, e disciplina a questão salarial, para garantir o atendimento de necessidades básicas, como moradia, educação e **a saúde**, entre outras.

A Carta Magna, no Título VIII (Da Ordem Social) abre o Capítulo II (Da Seguridade Social), dispondo sobre saúde, previdência e assistência social, denotando significativa inspiração no *Welfare State* europeu. A Seção II trata especificamente - Da Saúde.

4.2 - Particularidades da Constituição de 1.988

4.2.1 - Saúde - direito de todos e dever do Estado

O vasto direito constante do título em epígrafe inclui a garantia da redução do risco de doença e de outros agravos. Garante, também, **acesso universal e igualitário** às ações e serviços. E isto não é tudo, pois garante, ainda, além de tratamento curativo, a **promoção, proteção e recuperação da saúde**, bem como ações preventivas e de reabilitação.

Isto é o que reconheceu o constituinte, no **art. 196** da vigente Constituição Federal.

Este amplo e compreensivo conceito estabelece, desde logo, um compromisso com o princípio da universalidade da prestação dos serviços e ações, e mais, sob os auspícios e responsabilidade estatais. No plano discursivo, o Estado assume os riscos em prol da cidadania e do reconhecimento da saúde como direito social. No campo das realidades fáticas, e diante da frieza assustadora do espectro das possibilidades, seria o caso de se indagar: este dispositivo é viável ou constitui mera utopia?

A propósito da **universalidade do atendimento** pelos serviços públicos de saúde, determinado pelo referido dispositivo da Constituição, entendemos oportuno lembrar as judiciosas **palavras do infectologista David Uip**, professor da Faculdade de Medicina da USP e diretor de uma entidade de apoio a aids, reproduzidas por Amaral³⁸:

⁽³⁸⁾ Ibid, p. 36.

“Acho que isso é engano de retórica: não há recursos para atender todos com dignidade. ... o Estado tem de saber até onde pode chegar, e a sociedade vai ter de ... fazer o resto. O modelo está pronto. (...). Se você tira do SUS os 41 milhões de pessoas que têm plano de saúde, o atendimento para quem fica vai melhorar.”

O art. 197 disciplina aspectos de relevância pública para as ações e serviços de saúde, e atribui competência ao Poder Público para legislar sobre sua regulamentação, fiscalização, controle e execução direta, terceirizada, ou exercida por pessoa física ou jurídica de direito privado.

4.2.2 - Garantias dos direitos à saúde

Ao abordar este tópico, aflora desde logo a intrigante pergunta: a solução dos problemas de saúde é uma questão técnica, jurídica ou organizacional?

Vale considerar os esclarecimentos especializados de Elias³⁹, ao ponderar que boa parte das **decisões** cotidianas sobre saúde é de natureza **política** e não técnica, como usualmente pode parecer aos não especialistas.

Explica este autorizado autor: “Mesmo se considerando os intrincados problemas técnicos vigentes no setor, a maior parte dos problemas e desafios a serem enfrentados persistem sendo os políticos”. E completa: **“O processo decisório na gestão da saúde requer decisões de natureza essencialmente políticas, ainda que estribadas nas informações técnicas”**.

É verdade que a questão organizacional é importante. Não se pode pensar em um eficiente sistema de saúde, sem a prévia definição de sua estrutura organizacional, com planos, programas e a indispensável provisão orçamentária.

Para Elias, por exemplo, um dos graves problemas a impedir o pleno desenvolvimento e cumprimento das finalidades do setor saúde é a questão da dualidade do sistema, tendo um setor público e outro privado, com visível hipertrofia deste último.

⁽³⁹⁾ ELIAS, Paulo Eduardo. A saúde como política social no Brasil. In ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Direitos humanos: visões contemporâneas. São Paulo, 2001. p. 135-136.

E mais, entende ser impossível falar-se em saúde como direito num sistema mercantilizado, com forte seletividade econômica. Não adianta conceder-se até status constitucional para a saúde e privá-la dos recursos necessários.

A primeira empresa de medicina de grupo, constituída em 1.957 em São Bernardo do Campo - SP, foi a SAMCIL - Serviço de Assistência Médica ao Comércio e Indústria Limitada. Destinava-se a atender os empregados da nova indústria automobilística Volkswagen do Brasil.

O setor privado cresceu e se fortaleceu sem qualquer controle estatal durante quase meio século. Somente a partir de 1.998 o Governo iniciou a regulamentação do setor privado de saúde.

Portanto, para este autor, o problema básico é estrutural. Julga inconcebível alcançar eficácia e justiça social num sistema dual de saúde, com superdimensionamento e prevalência absoluta do setor privado sobre o setor público.

Numa sociedade com alto grau de desigualdade e exclusão como a nossa, a saúde precisa ser integrada a um programa social global, para ser capaz de atingir seus objetivos. Recuperar a saúde de quem e para que, é a questão fundamental segundo Elias. As políticas de saúde devem ser políticas de Estado, para poder livrar-se das intervenções instáveis, características da alternância do poder.

Numa situação de tantas iniquidades e desrespeito à cidadania, é previsível a eclosão de conflitos e litígios a desafiar a eficácia da tutela jurisdicional e a efetividade do processo.

4.3 - O Sistema Nacional de Saúde vigente

Já ultrapassamos o saudoso tempo do médico de família, um generalista conhecedor de todos os fatores influentes na problemática da saúde, capaz de atender completamente o grupo familiar, de forma simples e econômica. Um profissional que procedia a cuidadosa anamnese, para chegar a um seguro diagnóstico e eficaz terapêutica, mesmo não dispondo dos múltiplos recursos técnicos auxiliares atuais. Época em que os tratamentos se circunscreviam, em geral, a fórmulas, preparadas nas farmácias de manipulação.

O extraordinário desenvolvimento científico, o fascinante avanço tecnológico, as transformações nas estruturas organizacionais, conduziram à necessária divisão do trabalho, atingindo a super-dimensionada especialização profissional moderna. A consequência natural é o agravamento dos custos, que se tornaram insuportáveis, gerando a necessidade de total reformulação do sistema de saúde.

O Direito acompanha essa evolução e organiza instrumentos jurídicos disciplinadores das prestações legais e contratuais exigidas pelo sistema⁴⁰.

4.3.1 - Estrutura organizacional

O **sistema** legal referente à saúde é uma **unidade**, esclarece Beneti⁴¹.

Para alcançar o atendimento universal, segundo o art. 198 foi instituído uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um **sistema único de saúde**, sujeito às diretrizes seguintes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

O financiamento geral do sistema é atribuição comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, nos termos do art. 195.

O parágrafo único do art. 194 atribui competência ao Poder Público, nos termos da lei, para organizar a seguridade social (e, por via de consequência, a instrumentalização do pleno exercício do direito à saúde, como esclarece Ronaldo Simão⁴²), com base nos princípios da universalidade,

⁽⁴⁰⁾ BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI Filho, Sidnei Agostinho. Planos e seguros de saúde. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 316.

⁽⁴¹⁾ Loc. cit. Essa unidade é integrada pelo setor público e pelo setor privado: a) no setor público, a Prestação Pública, direito constitucional, que deve ser assegurada a todos no Brasil, realiza-se por intermédio de prestações por serviço social - INSS, sendo destinada a trabalhadores e dependentes, em modalidade semelhante, no Chile, à do FONASA (Fundo Nacional de Assistência à Saúde) oriunda dos planos de cobertura à saúde do Reino Unido; b) no setor privado, instrumentaliza-se pelos contratos de serviços de saúde - planos e seguros de saúde, matéria ora regulada pela Lei 9.656, de 03-06-1998 (Lei de Plano e Seguro-saúde).

⁽⁴²⁾ Opus cit. p. 2-3.

uniformidade, seletividade, irredutibilidade, eqüidade, diversidade, e, finalmente, o caráter democrático do sistema.

4.3.1.1 - O Sistema Público

Num exercício de retrospectiva histórica, Elias⁴³ nos leva a 1.923, para nos mostrar um significativo marco da preocupação do Estado brasileiro nas políticas sociais. Refiro-me à Lei Elói Chaves. São nossos primeiros passos na direção das conquistas consagradas pela Revolução francesa há dois séculos, sintetizados na iniciativa do Senador Elói Chaves, afirma este autor.

Entretanto, com seu agudo poder de análise crítica, levanta uma relevante questão:

Qual a concepção subjacente acerca da saúde? E esclarece: a saúde, em tempo algum foi concebida para abarcar a totalidade da população brasileira. Nunca adotamos a concepção universalista e por isto pagamos o tributo desta cultura na atualidade. E acrescenta, de forma categórica, afirmando que é pouco significativo o fato de a Constituição brasileira vigente declarar a saúde como um direito, quando a política do cotidiano a desqualifica como tal, pois desde a sua gênese, a saúde foi formulada de forma mercantilizada, vinculada ao mundo do trabalho. Lembra Elias que, naquela época já havia países europeus que promoviam a desmercantilização da saúde, e passavam a tratá-la como um benefício social universal.

O sistema público de prestação de serviços de saúde aos trabalhadores do setor privado associa-se ao sistema previdenciário. A contribuição para manutenção do setor envolve a participação de empregadores e empregados, constituindo a seguridade social, hoje centralizada no Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS⁴⁴. Quanto ao atendimento à saúde dos servidores públicos é efetuado através os diversos institutos e convênios mantidos pelo setor público.

⁽⁴³⁾ Ibid, p. 137-139.

⁽⁴⁴⁾ A legislação básica do INSS é a Lei 8.213/91, alterada pelo art. 12 da Lei 9.528/97; Decreto n. 357/91, e Decreto n. 611/92.

4.3.1.2 - O Sistema Privado

O sistema privado de assistência à saúde é facultativo, sob a forma contratual. O contrato particular pode envolver cobertura total ou parcial dos custos dos referidos serviços. Trata-se dos planos de assistência e seguros de saúde⁴⁵, que descreveremos a seguir.

Este setor engloba, além dos chamados planos de saúde, o seguro saúde, as cooperativas de saúde, as entidades de autogestão e empresas e capital estrangeiro. Cuidaremos, ainda, dos órgãos controladores deste sistema.

4.3.1.2.1 - Planos e Seguros de Saúde

A Lei 9.656, de 03-06-1998, ora em vigor, “procurou adequar o sistema aos imperativos constitucionais e, o que é de extrema relevância na matéria, às prescrições de garantia do direito à luz do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11-09-1990)”, ensina Beneti⁴⁶, com exemplar propriedade. Com vistas ao aperfeiçoamento do sistema, foram editadas, a seguir, várias medidas provisórias. As mais importantes Medidas Provisórias, modificadoras da Lei 9.656/98, são as de n. 1.801, de 25-03-1999, e 1.976-21, de 10-12-1999.

⁽⁴⁵⁾ Dispõe a C.F., art. 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Parágrafo 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fim lucrativos. Parágrafo 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. Parágrafo 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. Parágrafo 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

Os Planos de assistência e seguros de saúde são regulados, atualmente, pela Lei n. 9.656/98, com dispositivos alterados pela Medida Provisória 1.976/-24, de 09-03-2000.

⁽⁴⁶⁾ *Ibid*, p.319. Sobre a aplicabilidade do sistema de proteção ao consumidor de planos e seguros de saúde, ver, por todos, *Luiz Antonio Rizzatto Nunes*: “A Lei 9.656/98 foi elaborada para regular as operações das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços de assistência à saúde. É preciso lembrar que tais pessoas jurídicas são típicas prestadoras de serviços, conforme enquadramento do art. 3º, *caput*, c/c com o parágrafo do mesmo artigo do Código de Defesa do Consumidor, e os usuários dos planos e seguros de saúde são considerados, de sua parte, típicos consumidores (art. 2º, *caput*, do CDC)”(Comentários à Lei de Planos e Seguro-Saúde. São Paulo: RT, 1999, p. 13).

Segundo esta legislação, são duas as espécies no sistema: **os planos de assistência e os planos de seguro de saúde**. Os primeiros prestam assistência, enquanto os segundos cobrem os riscos relacionados à saúde.

Pelos planos de assistência as empresas próprias prestam serviço de assistência médico-hospitalar e ambulatorial, e também odontológica, incluindo o fornecimento de medicamentos. Organizam-se através de convênios ou de planos. Os inscritos nos planos pagam uma mensalidade, passando a ter direito aos benefícios após os prazos de carência. Os planos de seguro cobrem os riscos relacionados à saúde.

Há variados planos, com níveis diferenciados de padrão de atendimento e amplitude de cobertura. As empresas atendem os usuários através de rede hospitalar e de serviços diagnósticos próprios ou credenciados. Sem pormenorizar, mencionamos os diversos planos.

A legislação vigente prevê os seguintes modelos possíveis:

a) Plano de referência, ou básico (art.10), sendo este o de maior relevo. Destina-se a tratamento médico-hospitalar, no Brasil, com padrão de enfermaria.

b) Planos especificados ou setorizados (art. 12 e seguintes), que podem ser oferecidos pelas operadoras, além do obrigatório plano referência. As especificidades dizem respeito à composição ou qualidade dos associados: contratação individual ou familiar, contratação coletiva por adesão, além de outras especificações quanto à extensão temporal e quantitativa dos serviços, carências, etc.

SEGUROS DE SAÚDE

Quanto aos contratos de seguro-saúde, estes são realizados por seguradoras e prestadoras de assistência à saúde. Ou, pode-se firmar contratos com seguradoras para reembolso de futuras despesas médicas, com livre escolha dos médicos e hospitais pelo segurado.

4.3.1.2.2 - Cooperativas de saúde e entidades de autogestão

A legislação pertinente em vigor abrange todas as possibilidades de negócios jurídicos do setor relativo à prestação de assistência à saúde.

Portanto, estão incluídas em seu âmbito também as cooperativas e entidades de autogestão ou administração.

O sistema de autogestão é regulamentado pela Lei 9.656/98 e pela Resolução n. 5, do Conselho de Saúde Suplementar, de 3 de novembro de 1.998.

Ele se destina exclusivamente ao atendimento de empregados ativos, inativos, pensionistas, ex-empregados, bem como a seus respectivos familiares, de uma ou mais empresas, ou também a participantes e dependentes de associações, sindicatos ou entidades de classes profissionais.

A contratação da rede credenciada de serviços e a administração de sua rede própria é realizada de forma direta. A terceirização é por meio de convênios de reciprocidade com entidades congêneres.

As normas de regulamentação são muitas, procurando prevenir qualquer burla à lei. Estas normas dizem respeito, especialmente, a questões relativas a restrições a doenças e tratamentos, limites de carência, restrições a idade, etc.

Em relação à atuação de **empresas e capital estrangeiro** a legislação concede permissão apenas em associação com empresas nacionais.

O processo de registro dessas empresas é meticuloso, e passa pelo crivo dos Conselhos Regionais de Medicina e/ou Odontologia, além da Agência Nacional de Saúde.

4.3.2 - Órgãos Controladores

4.3.2.1 - Agência Nacional de Saúde - ANS

As operadoras dos planos de saúde são controladas pela **Agência Nacional de Saúde – ANS**, subordinada ao Ministério da Saúde e ao **Conselho Nacional da Saúde Suplementar - Consu**.

A ANS foi criada pela Lei 9.691/2000, e é o órgão normatizador de todas as atividades na área. É o órgão responsável pela aprovação de novos planos, registro de operadoras e análise de novos produtos criados e pelo controle geral.

A aprovação dos reajustes de preços também está sob a responsabilidade da ANS, e limitam-se às empresas previamente autorizadas.

É exatamente contra este órgão controlador que os empresários do setor tecem as maiores críticas. Segundo Beneti⁴⁷, eles entendem que há excesso de regulamentação, além de muitas taxas (verdadeiros impostos), sem a correspondente prestação de serviços, sem desenvolver o mercado ou elevar a qualidade do sistema. Essa pesada carga e a imposição de certas taxas acabaram obrigando estes empresários a ingressar em juízo, com obtenção de liminar, sustando tais medidas.

4.3.2.2 - Câmara de Saúde Suplementar

Também criada por lei, a Câmara de Saúde Suplementar, a qual tinha, entre outras, competência para expedir normas sobre a atividade geral dos seguros privados de saúde, nos termos do art. 6º da Lei 9.656/98. Isto em acréscimo à sua competência privativa para se pronunciar acerca de matéria de sua audiência obrigatória. Este órgão, porém, foi substituído pelo Consu.

Mas o Consu também não goza de muito prestígio. Beneti⁴⁸ comenta: “além da via legislativa tradicional, acompanhada pelas Medidas Provisórias do Poder Executivo Federal, existem, hoje, mais dois órgãos da administração federal com poderes para remendar o complexo tecido em que se transformou a Lei 9.656/98 em apenas dois anos”.

4.3.3 - Considerações sobre a legislação vigente

Beneti e Beneti Filho⁴⁹, tecendo considerações sobre a legislação atual dos planos de saúde rememoram a origem da Lei 9.656/98. Dizem que a lei teve longa e difícil tramitação, sete anos, num período em que os planos de saúde eram campeões de reclamações nos Procons e outras entidades de defesa do consumidor. Conseqüentemente, a lei se revestiu de caráter extremamente protetivo. Há, entretanto, quem entenda ser de boa qualidade os serviços prestados por tais empresas. Fux⁵⁰, por exemplo, afirma que “os

⁽⁴⁷⁾ Ibid, p. 324.

⁽⁴⁸⁾ Ibid, p. 325.

⁽⁴⁹⁾ Ibid, p. 323.

⁽⁵⁰⁾ FUX, Luiz. Tutela de urgência e plano de saúde. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000. p. 24

denominados “Planos de Seguro Saúde” oferecem aos que a ele aderem excelentes serviços médico-hospitalares, sem o dispêndio imediato de vultosa quantia, compensada pelo pagamento paulatino das mensalidades”.

Esta lei se mostrou muito falha, apesar de sua longa tramitação. Tanto que, no dia seguinte à sua entrada em vigor, o Governo Federal editou a primeira medida provisória, alterando substancialmente suas disposições. Hoje já existem mais de trinta medidas sobrepostas.

Como já foi observado, o princípio da legislação regulamentadora dos planos de saúde surge no espírito protecionista do Código de Defesa do Consumidor, onde se encontra englobado o sistema de saúde, conclui Beneti.

Mas a pacificação da legislação sobre os planos e seguro saúde está na pendência do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

5 - A DEFESA DOS DIREITOS À SAÚDE: POSSIBILIDADES, LIMITAÇÕES E TENDÊNCIAS

5.1 - Considerações gerais

Como já analisamos, a questão dos direitos à saúde enseja farta discussão quanto à sua natureza, fundamentos, classificação dos direitos, e outros aspectos, bem como quanto à instrumentalização de sua defesa. Surgem acalorados debates doutrinários e divergências jurisprudenciais, quando se demandam direitos da saúde. Como direitos sociais, a saúde encontra sérias limitações nas lides individuais.

Sendo os recursos disponíveis nesta área sempre escassos ou insuficientes, há que se estabelecer critérios de alocação. Os critérios de alocação são objeto de estudo da justiça distributiva e de seus princípios que, dada as naturais limitações do presente trabalho, não serão aqui abordados, ficando para outra oportunidade.

Todavia, as implicações práticas da questão nos levam a considerar a necessidade de cuidadoso tratamento hermenêutico e judiciosa fundamentação jurídica por parte dos operadores do direito na defesa destes inalienáveis direitos, essencialmente ligados à própria vida, e recomendam também o questionamento do papel do Judiciário. Se tudo se modifica, e

com velocidade sempre ascendente, é difícil que só a justiça deixe de modificar-se. As decisões judiciais devem evoluir constantemente.

5.2 - Eficácia da tutela jurisdicional

Merece consideração a respeitável assertiva do eminente **Ministro Asfor Rocha**⁵¹: *“como coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para atualizar o conteúdo da lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável”*.

Tanto na esfera das reivindicações judiciais em face do Poder Público, quanto nas relações jurídicas no âmbito privado, nota-se significativa evolução no pensamento e atuação do Judiciário em matéria de direitos da saúde.

Com relação aos acalorados debates sobre o caráter programático de normas constitucionais sobre saúde e quanto à possibilidade de tutela de direitos fundamentais originários o Supremo Tribunal Federal tem evoluído em suas decisões. As posições doutrinárias também não são pacíficas. Destas questões nos ocuparemos mais adiante.

Merece nossa atenção a análise do pensamento dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça - STJ, e dos Tribunais dos Estados no que tange à interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos diversos contratos de natureza privada, envolvendo relações de consumo, incluídos os contratos de planos e seguros de saúde.

Considera-se relevante a discussão sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde. Avulta a questão da cobertura assegurada aos clientes, especialmente quanto ao aspecto temporal, e no que tange às doenças por ela abrangidas, e ainda sobre as cláusulas abusivas.

Quanto à **limitação temporal** ao direito de usufruir o plano de saúde, informa o referido Ministro do STJ, houve uma inicial divergência entre as Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

⁵¹) ROCHA, Asfor César. Temas de medicina na jurisprudência do STJ. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 371.

Para dirimir a divergência, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afetou à Segunda Seção o julgamento do REsp. n. 251.024/SP, julgamento realizado em 03-04-2000, a pacificar o entendimento no sentido de que, sendo a doença coberta pelo contrato de seguro, não se pode impor limite temporal para o seu tratamento, porque o consumidor não tem como prever quanto tempo durará a sua recuperação.

Do v. acórdão restou sumariado (*verbis*):

II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Quanto ao rol das **doenças abrangidas** pelos planos de saúde, sabe-se que as empresas do ramo se utilizam de **cláusulas de exclusão** das chamadas **doenças preexistentes**, ou seja, as que já se manifestavam no beneficiário no momento da contratação, mesmo que de forma modesta ou incipiente.

Contudo, a **abrangência** ou não dessas doenças dependerá da prova de que o mal já afligia o consumidor ao tempo da contratação, bem como de que o mesmo tinha efetivo conhecimento desse fato.

Essa é a linha de decisão no AgRgAg n. 3.727/SP e nos REsp. n. 40.491/RJ e n. 191.241/PR.

No REsp. n. 198.015/GO (Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 17.05.1999), decidiu-se que “se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume o risco do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar”.

Resta registrar que em diversos **precedentes** tem sido admitida a **cobertura de Aids por planos de seguro-saúde**, desde que não tenha havido má fé do segurado, bem como restrição à referida síndrome no período da contratação, ou que a empresa não tenha providenciado a feitura de exames prévios.

⁽⁵²⁾ Ibid, p. 3-7.

Por oportuno trazemos à colação pronunciamentos de órgãos do Judiciário ao dirimir conflitos referentes a questões de saúde, conforme relato do ilustre membro do Ministério Público carioca, Ronaldo Simão⁵², ao intervir em ação movida contra o Poder Público. São suas as seguintes narrativas.

“Recentemente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro veio a pronunciar decisão em lide envolvendo o poder público estadual em face de número significativo de pleiteantes, em reivindicação referente a tema de saúde coletiva, de pronunciada atualidade.

Refiro-me à querela em que entidades de defesa e cidadãos portadores do vírus da imunodeficiência humana pretenderam compelir o órgão governamental específico ao fornecimento gratuito e sistemático dos medicamentos desenvolvidos recentemente, e popularizados sob a genérica denominação de coquetéis e que levaram à cronificação da doença, estendendo, a princípio ilimitadamente, a sobrevida dos soropositivos.

A ação, ainda em forma de medida cautelar, foi proposta originariamente frente ao Juízo Fazendário, que, tendo deferido liminarmente a pretensão, obrigou o poder público ao fornecimento dos medicamentos ao universo dos solicitantes.

Esta circunstância levou a Procuradoria do Estado a produzir agravo de instrumento, em que, em face da intervenção obrigatória do Ministério Público, a nós coube formular o parecer cabível, afinal acolhido unanimemente pelo Tribunal”.

Em idêntico sentido, e de forma sensivelmente mais precisa, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, também em ação cautelar promovida contra o estado:

Ação Cautelar. Liminar contra o Estado. Fornecimento de coquetel de medicamentos para tratamento da AIDS. Admissibilidade. Estando presentes as condições especiais do processo cautelar, do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, posto que o direito à vida é o maior deles e que a droga é de comprovada eficácia, porém custosa e fora das possibilidades econômicas dos enfermos, é dever do Estado custeá-la. Inteligência do art. 196 da CR. Liminar mantida. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento 22.239 -5-São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Felipe Ferreira - 18-12-96 - v.u.).

Prosseguindo na análise do tema, Simão acrescenta:

“Os exemplos apresentados parecem eloqüentes de como, através de adequado exercício interpretativo, pode o conflito de interesses em matéria de saúde, quando laborado de forma embasada frente ao Poder Judiciário, produzir deslinde significante de superior exercitação de cidadania.

Até mesmo com repercussão na sociedade como um todo, eis que, nesta específica matéria, lides como as aqui referenciadas, em somatório a outras similares, raras, aliás, findariam por resultar na imediata generalização da prática de distribuição dos produtos em nível nacional, como hoje se vê.

Curiosamente nem por isto o alegado caos financeiro nos orçamentos de saúde que pretensamente resultaria de decisão favorável aos pleitos jamais aconteceu; nada, pelo menos, além da desordem já conhecida de todos...

Trata-se, pois, de uma faceta da complexa questão da garantia de preservação da saúde, individual e pública, cuja solvabilidade vem de ter berço nos órgãos judiciários do país”.

5.2.1 - Abrangência dos litígios sobre saúde

Cada vez se amplia mais o campo de litígios sobre saúde, tanto em relação aos entes públicos, como no que tange ao Plano Privado de Assistência à Saúde. Ações condenatórias, declaratórias e mandamentais são propostas. Vicejam medidas cautelares e pedidos de tutela antecipada. Os direitos tutelados abrangem amplo espectro, versando sobre aspectos contratuais os mais diversos, como prazo e tipo de internação, carência, doenças pré-existentes, publicidade enganosa, responsabilidade civil de profissionais de saúde, solidariedade dos hospitais, e outros.

Os **tribunais têm protegido** inclusive os **danos morais de pacientes e familiares**. Sobre o tema Rizzatto Nunes narra marcantes decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo⁵³:

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Dano moral - Plano de saúde - Pessoa idosa e seriamente doente - Profundo desgosto diante da ameaça constante de não receber tratamento médico-hospitalar contratado - Verba devida - Valor fixado que não se afigura elevado,

⁽⁵³⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde (Lei n. 9.656, de 3-6-1988). 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 268-273.

sopesadas a extensão dos danos e a posição sócio-econômica da contratada - Recurso não provido.

O v. acórdão é de 15 de outubro de 1998, sendo Relator o douto Desembargador Ivan Sartori.

Veja-se este outro interessante enfoque do direito à saúde, sutilmente captado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ampliando a abrangência da garantia deste direito.

DANO MORAL - Empresa prestadora de serviços médico-hospitalares - Descrédenciamento de hospital sem prévio aviso - Associado e familiares submetidos à demora vexatória e humilhante em face desse desligamento - Indenização devida - Apelo provido.

(AC 62.883-4 - SP - Aptes.: R.R.G e outros - Apdo.: C.T.) (Voto n. 2.653)

O v. acórdão é de 11 de fevereiro de 1999, sendo relator o douto Desembargador Testa Marchi que, em seu VOTO, faz assertivas de grande significância, dignas de registro, a saber:

3. O não-atendimento da paciente pelo convênio porque a empresa prestadora de serviços médicos não avisou, com antecedência, o associado sobre o descrédenciamento do hospital, o que provocou demora e desconforto à usuária e seus familiares, expondo-os a vexame público, está a exigir a reparação do dano moral sofrido, sabido que este tem também função punitiva para o ofensor.

De fato, só não foram prestados melhores serviços pelo hospital pelo fato de não mais existir o convênio. Se a cliente tivesse sido avisada com antecedência pelo réu, certamente seus familiares procurariam outro estabelecimento em busca de tratamento, sem necessidade de incorrerem nos riscos da demora no atendimento e de se exporem às dificuldades, obstáculos, dissabores e aflição que a situação lhes causou. A dor, o vexame e humilhação, no caso, fugiram à normalidade de uma demora num nosocômio qualquer, não estando fora de órbita a necessidade da reparação porque o réu descuroou do exercício de suas atividades, pois lhe competia avisar, com a antecedência necessária sobre o desligamento daquele hospital, cabendo-lhe indenizar a segurada e seus familiares que se viram impedidos do atendimento com presteza, provocando um desconforto e uma situação que gerou sofrimento, angústia, humilhação e abatimento moral, além de obrigar os autores a

procurarem a Justiça para o ressarcimento dos gastos tidos com o tratamento.

Outrossim, não é exercício regular do direito o encerramento do convênio entre a empresa prestadora de assistência médico-hospitalar e o nosocômio, sem prévio aviso ao associado, fazendo com que este se dirija ao hospital descredenciado quando o caso requeria tratamento de urgência, ofendendo a sua integridade moral como também de seus familiares acompanhantes, atingindo-os internamente no seu sentimento de dignidade, causando-lhes não só constrangimentos ou melindre e, indiscutivelmente, dano moral pelos sentimentos repulsivos que a dispensa unilateral do nosocômio, sem prévio aviso, gerou.

5.3 - Tendências jurisprudenciais do STF e STJ

5.3.1 - O entendimento do STF

Importantes discussões doutrinárias afloram quando em estudo a relevante questão do **direito à saúde**.

Pode-se defender o direito originário a prestações positivas do Estado, sem a intermediação do legislador? É plausível a defesa da teoria maximalista ou estamos presos às decisões minimalistas? Que dizer da posição doutrinária da proteção do mínimo existencial?

O Supremo Tribunal Federal - STF tem evoluído no julgamento destas questões em recursos apreciados em 1.999 e 2.000. Proferiu importantes decisões sobre o fornecimento de remédios para aidéticos, ampliando sobremaneira seu posicionamento quanto ao direito em apreço.

Lobo Torres, comentando julgamentos do STF sobre o direito à saúde, produz percuciente estudo, a que denominou “O Supremo Tribunal Federal e as Decisões Minimalistas”.⁵⁴

⁽⁵⁴⁾ TORRES, Ricardo Lobo. O Supremo Tribunal Federal e as decisões minimalistas (comentário à ementa do AGRRE 273.834-4, Ac. de 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, D.O.U. de 02.02.2001, p. 137). In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de direitos humanos (v. 3). Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 388-391.

Informa o jurista que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da legislação gaúcha - Leis n. 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 - que reconheceu o direito dos portadores de AIDS, sem recursos financeiros, à obtenção de medicamentos por parte do Estado.

Esclarece que as decisões do STF deram pela constitucionalidade com o argumento de que as leis ordinárias eram plenamente compatíveis com o art. 196 da Constituição Federal.

No RE 242.859 - RS, sendo relator o Min. Ilmar Galvão, decidiu a 1ª Turma, em 29.06.99, DJ 17.9.99:

“ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93), por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados.”

Diz Lobo Torres que as ementas dos acórdãos proferidos no RE (AgRg) 271.286 - RJ (Informativo 210) e no RE 267.612 (decisão de 2.8.2000, DJU de 23.8.2000, informativo 202), em que foi relator o Min. Celso de Mello, reproduzem aproximadamente o mesmo texto.

Segundo suas palavras, “exurgem dos acórdãos referidos algumas conclusões da maior importância para o futuro dos direitos fundamentais no Brasil”.

A **primeira conclusão** diz respeito ao **acatamento ao princípio da “reserva do possível”** ou da “reserva do orçamento”. Ou seja, a proteção estatal se faz baseada em lei estadual, compatível com a Constituição e com a legislação federal para aidéticos (Lei n. 9.313/96), que também prevê medicamento gratuito. Afirma Lobo Torres que o STF não afirmou o direito originário a prestações positivas do Estado, sem a intermediação do legislador, como defendia antigamente o professor português J.J. Gomes Canotilho.

A **segunda conclusão** deste jurista consiste em que o fornecimento de medicamento se restringe às pessoas carentes, enquadrando-se, portanto, na **proteção do mínimo existencial** que, como assevera, é região na qual os **direitos sociais**, como o direito à saúde curativa, **se transformam em direitos fundamentais**, ganhando, para alguns, o status de direitos fundamentais sociais.

A seguir, **Lobo Torres** faz acurado **comentário** sobre o **AGRRE 273.834-4, STJ, Ac. de 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, D.O.U. 02.02.2001**.

Reconhece que a conclusão é justa e de grande alcance. Mas critica o STF por estender-se demasiadamente na fundamentação, e declara que esta trouxe desnecessárias dúvidas para a afirmação do direito à saúde no país. Prefere seguir a linha do constitucionalista americano Cass Sunstein, segundo o qual “as decisões dos tribunais constitucionais devem ser minimalistas, isto é, devem se restringir à solução do caso emergente, sem generalizações que lhes vinculem as ulteriores decisões”.

Afirma que o referido acórdão, “preferiu adotar o estilo maximalista, esparramado e bombástico”, ao proclamar de forma retórica e contrastante com o teor e o alcance da decisão que:

“O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196).

Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário a assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSISTENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

Após a fiel transcrição supra, comenta Lobo Torres que “a leitura da longa e desnecessária ementa pode conduzir à conclusão de que o direito ao fornecimento de remédios é obrigação do Estado e direito fundamental do contribuinte. É inegável que **as ementas maximalistas deixam sem respostas as principais indagações que se fazem sobre os direitos humanos** e conduzem à banalização de tão importante temática”. E apresenta as indagações seguintes:

a) o direito à saúde, qualificando-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, é protegido em sua extensão máxima em todo o Brasil ou apenas em Estados, como o Rio Grande do Sul, que expediram legislação específica?

b) o direito a medicamentos estende-se, além da AIDS, a outras doenças terminais?

c) o direito a medicamentos e a prestação de medicina curativa restringe-se aos carentes ou beneficiam toda a população?

d) como fazer nas hipóteses de inexistência de verba orçamentária ou de programas específicos, ou de garantias institucionais (hospitais e centros médicos)?

e) em que extensão tem o Estado o dever de prolongar a vida dos doentes terminais, utilizando a tecnologia moderna?

E o eminente jurista conclui seu comentário dizendo que “a questão apresenta intrincados problemas jurídicos e éticos que desaconselham decisões tão genéricas e superficiais como as que o STF vem proferindo”.

5.3.2 - Direito à saúde: norma programática ou direito fundamental originário?

Ainda sobre o mesmo tema, e a mesma decisão do STF, parece-nos oportuno destacar a **posição do magistrado federal e docente de direito Leonardo Tavares⁵⁵**, que declara:

A decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal fundamenta-se na efetividade da prestação, pelo Estado, do direito social à saúde pública previsto no art. 196 da Constituição da República:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Segundo José Afonso da Silva, citado por Tavares, a saúde é uma espécie de direito da seguridade social, ao lado dos direitos à assistência e previdência social (art. 194 e art. 6º, da CF/88), sendo normatizada por meio de regras de natureza programática ou de baixa densidade.

Para Tavares **“todas as normas constitucionais, mesmo a que fixam programas ou tarefas prestacionais por parte do Estado, possuem caráter de autênticas normas jurídicas**, no sentido de que, na falta de ato legislativo concretizador, se encontrariam aptas a desencadear algum efeito jurídico, seja para colmatar a produção legislativa ou deixar de recepcionar normas infraconstitucionais editadas anteriormente à Carta com ela incompatível, **não parecendo sustentável hodiernamente o fato de que essas normas seriam meras proclamações de cunho ideológico e político”**.

Comentando a supra referida decisão do STF sobre o direito à saúde este jurista esclarece que a decisão em apreço apóia-se não apenas nas disposições do art. 196 da Constituição Federal, mas também na legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul, instituidora de programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. Assim, entende

⁽⁵⁵⁾ TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito à saúde (STF) : Comentário à jurisprudência. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de direitos humanos (v. 3). Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 392-401.

que a decisão do Supremo “não enfrentou diretamente o tema da possibilidade de se exigir do Estado determinada prestação do direito à saúde com base exclusivamente na norma constitucional, pois havia legislação ordinária integradora”.

A dificuldade surge, diz Tavares, na efetivação de norma constitucional garantidora de direito fundamental de natureza social e de cunho prestacional carente de complementação legislativa.

Aqui teremos a oportunidade de ampliar nossas considerações sobre os *novos* direitos sociais, iniciadas anteriormente no item 3.1 deste estudo.

Na ausência da integração legislativa, apresentam-se três correntes doutrinárias, buscando solucionar o problema.

A **primeira** delas defende a **máxima efetividade da aplicação direta dos direitos prestacionais positivos sem a necessidade de integração legislativa**. É a **teoria maximalista**, segundo a qual seria possível exigir do Estado as prestações sociais vinculadas à saúde, com fundamento em ilação interpretativa do texto constitucional. No caso, deve-se prover a saúde pública como direito subjetivo individual a ser cobrado do Estado com apoio exclusivo na normatividade do art. 196 da Carta Magna. Segundo Tavares, este é o entendimento de **Luís Roberto Barroso** ao afirmar: **“em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no máximo possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional”**.

Todavia, como se depreende da exposição, esta importante tese desconsidera a limitação real das previsões orçamentárias. Aliás, Tavares afirma que a posição da máxima eficácia não dá elementos suficientes para a solução do conflito e que seus defensores parecem conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional.

Uma **segunda** corrente reconhece a existência de limitações na obrigatoriedade das prestações estatais, impostas pela reserva da possibilidade orçamentária, também conhecida como **teoria da reserva do possível**. Em situações de escolhas dramáticas caberia ao Estado demonstrar que tem motivos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas, num processo de inversão do ônus da prova. Ao Judiciário ficaria reservado o julgamento da razoabilidade

e da faticidade dessas razões. A opção política, segundo esta escola, é preferencialmente do legislativo e executivo, cabendo ao judiciário apenas o controle da razoabilidade.

Tavares reconhece a necessidade de uma terceira opção. E argumenta: “a tese da máxima efetividade na concretização de direitos sociais de cunho prestacional, apesar de sedutora, corre o risco de cair no vazio da impossibilidade de aplicação prática”, face às restrições orçamentárias.

Já a imposição fria da teoria do possível pode ser considerada tímida demais, especialmente em casos imprevisíveis ou impossíveis de inclusão em previsões orçamentárias. Não se pode descartar, ainda, o fundamentado argumento de incompetência do Judiciário na escolha de destinação de despesas, diante da discricionariedade do legislador e do executivo nesta matéria. Por outro lado, pode-se considerar de extrema passividade a intervenção do Judiciário apenas para controle da razoabilidade da opção do Legislativo ou Executivo. Isto porque podem surgir situações em que esta tese, embora bem aplicada tecnicamente, pode levar a conseqüências injustas, lesivas de outros princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana.

Neste quadro descrito, e buscando-se o necessário equilíbrio, parece haver espaço para uma **terceira opção**, que resguarde a exigência judicial de **um mínimo de prestações estatais, capazes de garantir a sobrevivência humana**, respeitada a discricionariedade de opções legislativas e executivas na alocação de recursos.

Considere-se que, estando em jogo a dignidade da pessoa humana, não podem prevalecer as opções dos mandatários do povo, embora legítimas, diante de uma agressão aos princípios permanentes estabelecidos pelo Poder Constituinte, também legitimamente eleito, afirma este mesmo jurista. E pondera não ser o caso de invasão de poderes. Trata-se, isto sim, do **controle de constitucionalidade** e exercício da nobre função de **guarda da constituição** (art. 102, caput, da Constituição da República). Com grande propriedade, Tavares esclarece não haver infração à limitação do exercício das funções do Poder, mas tão somente evita-se que este princípio venha a servir de “escudo formal à preservação dos valores mais caros estabelecidos na Constituição e protegidos por cláusula de imutabilidade - os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Completando seu pensamento, Tavares parte da “visualização de diversas dimensões do conceito de cidadania para chegar ao parâmetro do **mínimo existencial** ou **mínimo social**⁵⁶, aquém do qual a existência humana encontrar-se-ia ameaçada, condição que exige prestações positivas do Estado, a fim de cumprir o fundamento da República relacionado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), valor unificador de todos os direitos fundamentais”.

Tavares cita Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁷ que, balizando o mínimo existencial, sustenta: “a existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta... E prossegue: É no direito à saúde ... que se manifesta de forma mais contundente a vinculação de seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana... **Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham opor** - além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada - **os habituais argumentos de ausência de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. No caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestações materiais** (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), **diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado** (social ou não) **que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça**”.

Considerando o estágio atual da evolução doutrinária, e os precedentes jurisprudenciais, Tavares afirma:

“As prestações relativas à garantia da dignidade da pessoa humana no conceito do mínimo existencial teriam a natureza de direitos fundamentais originários, ou seja, direitos subjetivos a prestações estatais deduzíveis diretamente das normas constitucionais consagradoras”.

⁵⁶ Termo utilizado por John Rawls em *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 370.

⁵⁷ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, ed. Livraria do Advogado, 1988, p. 294/299.

Para J.J. Gomes Canotilho, *apud* Tavares⁵⁸, pode-se constatar a existência de direitos originários a prestações quando, “a partir da garantia constitucional de certos direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício desses direitos; e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitucionais desses direitos”.

Se o Estado deixar de cumprir sua obrigação constitucional de garantir o mínimo existencial, caberá a intervenção do Judiciário para determinar seu cumprimento. Do contrário, perecerá a força normativa da Carta Magna, garantidora dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, Tavares recomenda toda prudência na verificação do limite do mínimo existencial, nos casos concretos, a fim de se evitar a invasão da competência legislativa.

5.3.3 - Tutela de direitos fundamentais originários e a separação de poderes

Sobre a momentosa questão da incompetência do Judiciário para decidir sobre direitos individuais à saúde, que envolvam alocação de recursos, matéria de competência do Poder Legislativo e sujeita à discricionariedade do Poder Executivo, façamos algumas reflexões adicionais.

Está assentado que o **princípio da separação de poderes**, como princípio organizatório estrutural, é uma das grandes constantes do Estado Constitucional, segundo ensina o douto constitucionalista Canotilho⁵⁹. Assim, ficam bem estabelecidas as funções dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Mas, observe-se, trata-se de um princípio de **separação e interdependência**. E este “**não é um esquema constitucional rígido, nem há que considerá-lo como um dogma de valor intemporal**”, afirma o conceituado jurista citado.

⁽⁵⁸⁾ Ibid, p. 399.

⁽⁵⁹⁾ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra - Portugal : Livraria Almedina. p. 549-553.

Canotilho defende a inexistência de uma separação absoluta, propugnando pela prevalência da teoria do núcleo essencial, com fixação de funções fundamentais (legislativas, administrativas e jurisdicionais), sem qualquer caráter de exclusividade. O que se busca, o fim colimado é a proibição do monismo do poder.

5.3.4 - Posição do STJ sobre direitos fundamentais originários e a saúde

Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça ficou firmado o entendimento da possibilidade de ser determinada a prestação do direito à saúde fundada diretamente na norma constitucional.

É o que se deduz da conclusão a que chegou a 1ª Turma do STJ, como transparece na transcrição seguinte da ementa do ROMS n. 11183/PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 04/09/2000, p. 00121:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88. ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltado para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade do maior de todos os bens, que é a própria vida.

2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.

3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no

sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG n. 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp n. 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).

4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196 da CF/88 normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”(art. 196).

5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

Como se pode observar, o tema dos direitos à saúde é muito polêmico, intrigante e assaz desafiador para os operadores e estudiosos do direito, especialmente os interessados em aspectos éticos e sociais de nosso ordenamento jurídico e do processo.

Questões ético-jurídicas emergem de forma abundante, especialmente no contexto do direito internacional dos direitos humanos, a desafiar nossa motivação, criatividade e argúcia na solução destes graves problemas, num desafiador combate ao claro ambiente de exclusão social.

Todavia, analisando nossa legislação, a doutrina e a novel tendência jurisprudencial, podemos vislumbrar sinais de alterações promissoras neste campo.

Por isto, já **podemos concluir** que, apesar da acirrada polêmica sobre a natureza e extensão dos direitos à saúde, **todos têm o direito de exigir, administrativa ou judicialmente, a execução real de políticas públicas e a prestação individual de serviços públicos, pois a saúde, além de um direito, é um instrumento afirmativo de cidadania.**

Pelos expressivos exemplos trazidos à colação, também somos autorizados a **concluir** que, **através de adequado exercício integrativo, os interesses em matéria de saúde terão soluções mais abrangentes e consentâneas com os direitos humanos, se formos buscar os fundamentos nos preceitos e princípios constitucionais, preferentemente à legislação ordinária.**

Com efeito, os constituintes tiveram um amplo descortino em suas formulações sobre saúde, tendo haurido princípios de fontes superiores, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que começa a ser reconhecido pelos nossos tribunais.

Todo nosso esforço deverá ser no sentido de consolidar, ampliar e tornar realidade efetiva as conquistas alcançadas em formulações de nossa Carta Magna.

Creemos que podemos finalizar afirmando que, embora sejam elevados os princípios e significativos os direitos relativos à saúde, já integrados em nosso ordenamento jurídico, há um longo caminho a palmilhar, para vencer a distância entre o plano discursivo e a áspera realidade fática.

As conquistas a alcançar certamente estão integradas aos estudos e elaborações doutrinárias e jurisprudenciais. É da mais alta relevância a participação dos operadores e estudiosos do direito, especialmente nos campos do Direito Constitucional, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Processual Civil, sempre em busca da viabilização do acesso à Justiça, no seu mais amplo sentido, revelado pela eficácia da tutela jurisdicional e efetividade do processo.

V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro, 2001.

ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Direitos Humanos: Visões contemporâneas. São Paulo: Método Editoração e Editora Ltda, 2001.

BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI Filho, Sidnei Agostinho. Planos e seguros de saúde In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra - Portugal : Livraria Almedina.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

ELIAS, Paulo Eduardo. A saúde como política social no Brasil. In: ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Direitos humanos: visões contemporâneas. São Paulo, 2001.

FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FUX, Luiz. Tutela de urgência e plano de saúde: doutrina, legislação, jurisprudência. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro (Coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

KFOURI Neto, Miguel. Culpa médica e ônus da prova : perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de Direitos Humanos (Diretores). Vol. 02. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

_____. Arquivos de Direitos Humanos (Diretores). Vol. 03. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Regis de. Sociologia jurídica contemporânea. Campinas: Edicamp, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde (Lei n. 9.656, de 3-6-1988). 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2000.

ROCHA, Asfor César. Temas de medicina na jurisprudência do STJ. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito à saúde (STF): comentário. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de direitos humanos (v.3). Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. O Supremo Tribunal Federal e as decisões minimalistas. In MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de direitos humanos (v. 3). Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

VELOSO, Mario. O homem, pessoa vivente. Brasília/DF: Alhambra, [199_].

ARTIGO

ÉTICA MÉDICA

Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo GAMA*

1. INTRODUÇÃO

A preocupação com a conduta médica vem aumentando dia após dia. Isto decorre de várias causas. Apontamos como uma delas o culto do aprimoramento técnico-profissional e, em contrapartida o comportamento ético transferido para um plano secundário.

O exercício da Medicina está sujeito às normas jurídicas e estas tutelam o comportamento dos médicos com relação aos seus pacientes.

A possibilidade de um médico ser responsabilizado por um erro ou falha em sua conduta profissional enseja numerosos e complexos problemas jurídicos.

A finalidade deste estudo é analisar de forma breve o conteúdo ético que deve nortear a conduta médica, com relação aos seus pacientes.

Inúmeras são as questões que envolvem a interpretação ética. Neste estudo, porém delimitamos o tema à conduta que o médico deve ter com o seu paciente, já que estamos estarecidos com fatos que tiveram repercussão nacional. Estamos a nos referir ao exercício da cirurgia plástica sem ter a habilitação apropriada e da conduta deplorável de um dos melhores pediatras da cidade de São Paulo com os seus pacientes¹. O Código de Ética Médica é vigente, não é letra morta. Destarte, esperamos processos éticos justos e sérios dos Conselhos de Medicina.

(*) Professora do Curso de Direito do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal - SP Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - SP. *Advogada*

(1) Revista Veja. Edição de 27 de março de 2002.

2. CONCEITO

Cada profissional tem padrões éticos diferenciados. Os padrões éticos pelos quais os médicos devem conduzir as suas condutas estão reguladas pelo Código de Ética Médica, vigente desde 26 de janeiro de 1988.

O Código de Ética Médica tem como conteúdo normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem.

Pessini e Barchifontaine, citados por Tereza Vieira, definem ética como: “uma tentativa para se determinar os valores fundamentais pelos quais vivemos. Quando vista num contexto social, é uma tentativa de avaliar as ações pessoais e as ações dos outros de acordo com uma determinada metodologia ou certos valores básicos”.² Valores com conteúdo moral e jurídico.

A partir do momento em que o paciente procura o médico para algum tipo de tratamento, a sua conduta deve respeitar os princípios éticos constantes no Código de Ética Médica, e não somente de acordo com a sua personalidade moral e científica

Para denunciar uma atitude que transgrida o disposto no Código de Ética Médica não depende o reclamante da assistência de um advogado. É preciso somente dirigir-se ao Conselho Regional de Medicina, para que eles apurem os fatos e iniciem o processo de ética correspondente. (Podendo inclusive, ser feita a denúncia por correspondência).

O Código de Ética Médica é elaborado pelo Conselho de Medicina, o qual possui competência normativa. Miguel Reale afirma com toda propriedade que: “ao invés da análise do dever, de maneira geral e abstrata, à maneira de Kant, o dever é compreendido em relação ao “homem situado”, isto é, enquanto membro de dada categoria social. É evidentemente nesse sentido especial que a lei vigente confere ao Conselho competência para elaborar um Código de Deontologia Médica”.³

3. ESCORÇO HISTÓRICO

No Brasil, a Lei n. 3.268, de 30.9.1957, erigiu o Conselho Federal e os Conselhos Regionais em “órgãos supervisores de ética profissional em

⁽²⁾ Bioética e Direito, p. 16.

⁽³⁾ O Código de Ética Médica, p. 52.

toda a República”, e as normas éticas reguladoras do exercício profissional da Medicina contidas no Código de Ética da Associação Médica Brasileira, foram elaboradas pelo Conselho Federal de Medicina em obediência ao art. 30 da Lei 3.268, publicado no Diário Oficial da União de 11.1.1965.

Posteriormente, em 26 de janeiro de 1988 foi publicado no Diário Oficial da União o Código de Ética Médica que hoje se encontra em vigor.

As sanções para os casos de culpa, decorrentes do exercício da Medicina, vem de longa data: o Código de Hamurábi (2.394)^a C.) já se referia a questões ligadas ao comportamento médico, nos arts. 218, 219 e 226, cominando pena aos médicos ou cirurgiões que cometessem lesões corporais e matassem um homem livre ou escravo. A pena prevista no art. 218 era de Talião (da qual encontramos resquícios na Lei das XII Tábuas). A mão do médico era o órgão considerado culpado pelo insucesso. Mais tarde, a obrigação decorrente da culpa do médico foi transformada em pena pecuniária.

Revelando um pouco da história, cumpre-nos afirmar que, no antigo Egito, os médicos ostentavam elevada posição social e se confundiam, muitas vezes, com sacerdotes. Desde que respeitassem as regras contidas no “Livro Sagrado”, mesmo que o paciente viesse a morrer, o médico era considerado imune à responsabilidade.

Para os antigos gregos, a negligência do médico era punida. Assim a história nos remete ao relato de Plutarco, pelo qual, um médico foi crucificado porque dirigiu-se ao teatro, abandonando seu cliente, que veio a falecer, configurando-se negligência médica. E, por volta do ano 1300, foi reconhecida a atividade médica perdendo seu caráter empírico tornando-se ciência. Permanecem até nossos dias alguns ensinamentos da época da efervescência cultural grega, apontamos como um deles o *juramento* que fazem os profissionais da Medicina, antes de exercer a profissão. Hipócrates é o criador do “*sagrado juramento*”, que permanece atual, e é através do qual o médico obriga-se a respeitar o Código de Ética Médica.

No início do Século XIX, a França se posicionava favorável à não-responsabilização dos médicos. Nesta época, quase desapareceu a responsabilidade jurídica do médico. Com a decisão da Academia de Medicina de Paris, em 1829, que proclamou a exclusiva responsabilidade dos médicos. O exercício da medicina, passou a estabelecer uma relação inquestionável entre o médico e o paciente.

Levando-se em consideração que, a estrutura social da época, pretendia consagrar uma situação especial de imunidade, reconhecia-se que: para que houvesse responsabilidade médica, seria necessário provar-lhe falta grave, imprudência visível, manifesta imperícia. O Procurador-Geral Dupin e a Corte de Besançon, em 1844, não obstante o impacto de uma ou outra decisão seguiram tal teoria – que Jorge Mosset Iturraspe denominou “responsabilidade eufemística”. Seguindo este entendimento Vera Mari Jacob de Fradera afirma: “lograram os Tribunais daquele país firmar uma jurisprudência, ao longo dos anos, na qual tem sido enfatizado que o médico, como profissional, está sujeito às sanções da lei, e que, ao aplicá-las, devem ser os Tribunais prudentes, a fim de não se configurarem injustiças”.⁴

O resultado não obtido pelo médico que, por muito tempo, o paciente aceitava como uma fatalidade, hoje percorre outros caminhos. Assim, a respeito deste assunto, Celia Weingarten afirma que: “desde esa confianza ciega y falta de cuestionamiento científico-social de entonces, se inicia un camino inverso de desmistificación y quiebra de la inmunidad del que los médicos han gozado hasta no hace mucho tiempo, aún cuando algunos resabios de esa época lamentablemente perduran”.⁵

4. O MÉDICO DEVE GUARDAR ABSOLUTO RESPEITO PELA VIDA HUMANA

A sociedade tem o direito de se proteger dos médicos irresponsáveis, que ignoram os princípios constantes no Código de Ética Médica.

Um dos princípios que compõe o Código de Ética Médica diz o seguinte: “o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”. A propósito, Léo Meyer Coutinho explicita: “o médico, mais do que ninguém, está obrigado a respeitar não só a vida, mas o ser humano como um todo. É degradante e não merece exercer a profissão, aquele que utiliza seus conhecimentos para ferir essa dignidade”.⁶

⁽⁴⁾ A Responsabilidade Civil dos Médicos, p. 119.

⁽⁵⁾ *Estado de la Doctrina y la Jurisprudencia en la Responsabilidad Medica*, p. 40.

⁽⁶⁾ Código de Ética Médica Comentado, pp. 16-7.

Porém, o Código de Ética Médica não está adstrito somente a uma simples declaração de princípios, e sim contém disposições disciplinares relativas ao exercício da Medicina.

No Capítulo I, do Código de Ética Médica, constam os princípios fundamentais da ética médica. O primeiro princípio dispõe: “a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade, e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza”.

O Código de Ética Médica está composto por XIV capítulos. No Capítulo I, constam os Princípios Fundamentais; o Capítulo II, dispõe sobre os Direitos do Médico, o Capítulo III, cuida da Responsabilidade Profissional; o Capítulo IV, trata dos Direitos Humanos; o Capítulo V apresenta a Relação com Pacientes e Familiares; o Capítulo VI, explicita sobre a Doação de Transplantes e Tecidos; o Capítulo VII examina as Relações entre Médicos, o Capítulo VIII, disciplina respectivamente sobre a Remuneração Profissional, o Capítulo IX, sobre o Segredo do Médico; o Capítulo X, sobre o Atestado e Boletim Médico; o Capítulo XI, sobre a Perícia Médica; o Capítulo XII, sobre a Pesquisa Médica; o Capítulo XIII, sobre a Publicidade e Trabalhos Científicos; e finalmente o Capítulo XIV, contém as Disposições Gerais.

Os princípios que compõem o Código de Ética Médica constituem o sustentáculo do exercício da atividade médica.

5. PENAS APLICÁVEIS ÀS INFRAÇÕES ÉTICAS

O Código de Ética Médica, prevê as seguintes penalidades em seu art. 22: “as penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até trinta dias;
- e) cassação do exercício profissional *ad referendum* do Conselho Federal”.

Sobre o assunto Léo Meyer Coutinho esclarece: “sabemos ainda, por experiência, o quanto é trabalhoso o processamento ético, muitas vezes

por delitos praticados em estabelecimentos hospitalares, porquanto seus diretores, quando não envolvidos, e mesmo as comissões de ética, pouco ou nada fazem. A título de sugestão para o futuro, que seja próximo, que se adapte a legislação de forma a permitir, em linhas gerais, o seguinte:

- que as comissões de ética dos hospitais, eleitas, empossadas e com atribuições definidas, tenham competência para processar e julgar os delitos éticos praticados pelos médicos nos respectivos hospitais;
- que seja encaminhada cópia da sentença ao Conselho respectivo para arquivamento;
- que da punição aplicada caiba recurso ao Conselho Regional respectivo, como última instância;
- que o processamento seja regulado por Resolução baixada pelo Conselho Federal de Medicina, para que haja uniformidade de ação.

Essas medidas agilizariam a ação dos Conselhos, evitando a impunidade ou que a punição seja tão tardia, representando quase o mesmo”.⁷

Compete aos Conselhos Médicos como afirma Miguel Reale “não apenas uma função normativa, mas também a de atuar, ao mesmo tempo como “juizadores e disciplinadores da classe médica”, visando zelar “pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente”.⁸

6. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Um atendimento médico consiste juridicamente num contrato, ele tem início quando o paciente expõe o problema de saúde ao médico e este se propõe a tratá-lo.

A duração deste contrato pode variar, consistindo em apenas uma consulta, ou ter duração maior quando for necessário um tratamento mais prolongado, com ou sem internação.

⁽⁷⁾ Código de Ética Médica Comentado, p. 11.

⁽⁸⁾ O Código de Ética Médica, p. 48.

A responsabilidade civil existe desde o primeiro contato com o médico; se este causar dano físico ou psíquico ao seu paciente terá de indenizá-lo. Porque o dano ao corpo pode provocar uma lesão patrimonial. A propósito Maria Helena Diniz diz o seguinte: “o dano à integridade corporal e à vida humana é direto e extrapatrimonial, mas pode provocar indiretamente uma lesão patrimonial, constitutiva de dano emergente e de lucro cessante. O corpo humano, ao lado do valor moral que representa, pode originar um valor econômico que deve ser indenizado. A integridade física é um bem suscetível de apreciação pecuniária, de modo que sua perda deverá ser reparada, levando-se em conta não só todas as manifestações, atuais e futuras da atividade que possam ser avaliadas, mas também as circunstâncias relativas àqueles que pleiteiam a indenização”.⁹

Sobre o mesmo assunto, Nestor José Forster afirma: “o princípio geral que respalda a obrigação de indenizar em decorrência da responsabilidade civil é o de que aquele que causar dano a alguém deve ressarcir-lo. Tal princípio não era, inicialmente, aplicado à situação que passou a ser denominada de erro médico, tendo em vista que a profissão médica sempre se revestiu de aura de sacralidade, inibindo os eventuais lesados de pleitearem indenização, e a despeito do que dispõe o art. 1545 do CC¹⁰., definidor da obrigação do médico de indenizar, “sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento”. Todavia, esse quadro se alterou, substancialmente, motivado por diversos fatores, entre eles a conscientização de que o erro praticado pelo médico é punível e indenizável como qualquer outra ação ou omissão que, diante de imperícia, tenha causado dano a alguém”.¹¹

O novo Código Civil que entrará em vigor em janeiro de 2003 trata sobre a indenização referente à responsabilidade civil do médico, nos arts. 944 a 951. E o Código Civil vigente nos seus arts. 1.537 a 1540.

Ainda sobre a indenização Maria Helena afirma: “a lesão ao corpo, em regra, repara-se pela cura, de forma que o modo de ressarcir previsto no art. 949 do Código Civil é indireto, por estabelecer dever de indenizar a vítima das despesas com o tratamento e de recompor o seu patrimônio pelo

⁽⁹⁾ Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil, v. 7, p. 68.

⁽¹⁰⁾ No Código Civil que entrará em vigor em janeiro de 2003, o art. referente à responsabilidade civil, é o art. 927.

⁽¹¹⁾ Cirurgia Plástica Estética: Obrigação de Resultado ou Obrigação de meios?, p. 406.

pagamento de lucros cessantes até o final da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove ter sofrido”.¹²

A indenização abrange também as despesas com o tratamento nos seguintes termos: “se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu” (Novo Código Civil, art. 950). O prejudicado, ainda, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

A lesão à integridade física também constitui ilícito penal, previsto no art. 129 do Código Penal, o qual dispõe: “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Sobre a responsabilidade civil e penal, João Batista Lopes afirma: “no antigo Direito Francês, a responsabilidade civil e a penal não se distinguiam: o autor do dano era castigado com uma pena privada. Posteriormente, porém, a idéia da pena foi substituída pela de indenização, logrando-se enunciar um princípio geral de responsabilidade civil (direito à reparação sempre que houvesse culpa ainda que leve)”.

7. CONCLUSÃO

Atualmente, contestam-se, por diversos modos, os comportamentos de profissionais de diversas áreas (profissionais omissos e disiduosos), seja dos ocupantes dos cargos públicos como dos profissionais liberais, é auspicioso ver a sociedade procurando buscar formas de reparações, exigindo os seus direitos.

Todas as profissões liberais têm os seus princípios deontológicos e a medicina deve priorizar a proteção do ser humano. Os médicos devem constituir uma esperança e não uma ameaça à vida humana.

A sociedade clama por uma real e pontual aplicação do Código de Ética Médica. A conduta médica não é ditada pela consciência individual do médico e sim por um Código de Ética que precisa ser respeitado. E sempre que

⁽¹²⁾ Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil, v. 7, p. 69.

a conduta do médico com relação ao seu paciente ocasione um dano físico ou psíquico este terá às despesas do tratamento, assim, segundo Silvio Rodrigues: “nas despesas de tratamento, incluem-se todas as necessárias para obter a cura”.¹³

O Brasil pela classificação da OMS (Organização Mundial da Saúde) ocupou a 125ª posição, atrás de países como o Paraguai, El Salvador e Butão.¹⁴ Todavia, conta nosso país com profissionais que, na área, ocupam lugares de destaque, que, “além de produzir informações inéditas para o banco de dados do Projeto Genoma, conseguiu, em tempo recorde, dominar as principais estratégias de seqüenciamento de DNA”,¹⁵ apesar do descaso com a pesquisa e a saúde.

8. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Responsabilidade Civil do Médico*, in Revista Jurídica n. 231. Porto Alegre: Editora Síntese, 1997.

ANDORNO, Luis O. *La Responsabilidad Civil Médica*, in Revista Ajuris n. 59. Porto Alegre: Ed. Ajuris, 1993.

AZZUZ, Álvaro Jorge. *Responsabilidade civil do Médico*, in Revista Jurídica da Universidade de Franca Ano 4 - n. 6. Franca: Universidade de Franca, 2001.

BLOISE, Walter. *A Responsabilidade Civil e o Dano Médico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Civil das Clínicas, Hospitais e Médicos*, in Revista Jurídica n. 159. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1991.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Civil do Ato médico - Ato Médico - Contrato de Meios*, in Revista Jurídica n. 207. Porto Alegre: Editora Síntese, 1995.

COUTINHO, Léo Meyer. *Código de Ética Médica Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁽¹³⁾ Direito Civil. Responsabilidade Civil, v. 4, p. 221.

⁽¹⁴⁾ Rosana Jane Magrini, Erro Médico, p. 72.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil, v. 7. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FORSTER, Nestor José. Cirurgia Plástica Estética: Obrigação de resultado ou obrigação de meios? In Revista Ajuris n. 69. Porto Alegre: Ed. Ajuris, 1997.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. *A responsabilidade Civil dos Médicos*, in Revista Ajuris n. 59. Porto Alegre: Ed. Ajuris, 1993.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad Civil del Médico*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1985.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*, in Revista Jurídica n. 170. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1991.
- KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- MAGALHÃES, Teresa Ancona lopes. Responsabilidade civil dos médicos, in Responsabilidade Civil, coord. Yussef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MAGRINI, Rosana Jane. Erro Médico, in Revista Jurídica n. 274, Porto Alegre: Notadez, 2000.
- MAGRINI, Rosana Jane. *Erro Médico II*, in Revista Jurídica n. 280, Porto Alegre: Notadez, 2001.
- MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *A responsabilidade Penal por Erro Médico*, in Revista Jurídica Ano 2 n. 3. Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, 1998.
- MONTALVÃO, A Siqueira. Erro Médico: Teoria, Legislação e Jurisprudência. Campinas, Julex Edições, 1998.
- PEDRASSI, Cláudio Augusto. *Responsabilidade civil dos Médicos*, in Revista da faculdade de Direito de Pinhal, v. 1, n. 1. Espírito Santo do Pinhal: Faculdade de Direito, 1998.
- PONDE, Lafayette. *Notas Sobre a Responsabilidade Civil dos Médicos*, in Revista da Faculdade de Direito de Pelotas, v. 6 n. 7. Pelotas: Ed. Da Faculdade de Direito, 1961.
- RAMANELLO NETO, Jerônimo. Responsabilidade Civil dos Médicos. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1998.
- REALE, Miguel. *Código de Ética Médica*, in RT n. 503. São Paulo: Ed. RT, 1977.

ÉTICA MÉDICA

Revista Veja. Edição de 27 de março de 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Carlos Eduardo Thomaz da. *A ética e o direito. Uma visão comportamental*, in Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta Ano I - n. 2. Jundiá: Ed. Escolas e faculdades Padre Anchieta, 2000.

VIEIRA, Tereza Rorigues. Bioética e Direito. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1999.

WEINGARTEN, Celia. *Estado de la Doctrina y la Jurisprudencia en la Responsabilidad Medica*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS n. 13/14. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1997.

ASPECTOS DO TEMA DA JUSTIÇA EM REALE E BRAZ TEIXEIRA

Constança Marcondes CESAR*

A justiça, focalizada como virtude e como instituição, é o ponto axial das meditações de Miguel Reale e de Antonio Braz Teixeira, no âmbito da Ética e da Filosofia do Direito. Na intersecção da Ética e Política, Ética e Direito, o tema é abordado numa perspectiva histórico-crítica, pelos dois pensadores.

Para Reale, na sua *Filosofia do Direito*, o termo aparece relacionado com as noções de bem comum, alteridade e valores, e é enfocado numa perspectiva histórica, que parte de Aristóteles e Para Braz Teixeira, no texto *Sentido e Valor do Direito*, a justiça é a questão filosófica central do Direito, enquanto “valor ou princípio de que o Direito depende”¹. Desta forma, o Direito converge com a Ética, na meditação sobre a justiça, embora a abordem de modos diversos.

Nos dois autores, a questão da justiça é o ponto nodal que articula o Direito, a Axiologia e a Ética; em ambos, no plano ontológico, a reflexão sobre a justiça põe em relêvo a consideração do homem como pessoa e as relações inter-humanas.

Reale, na meditação sobre as relações entre justiça e bem comum, mostra o estreito vínculo entre pessoa e sociedade, apoiando-se em Aristóteles, Scheler e Unamuno. Para êle, a pessoa é o valor - fonte do Direito, uma vez que na sua Axiologia Jurídica busca *o justo* como o valor mais alto, entendendo-o como “*a coexistência harmônica e livre das pessoas segundo proporção e igualdade*”².

(*) (PUC de Campinas - IBF)

⁽¹⁾ A. BRAZ TEIXEIRA, *Sentido e Valor do Direito*, Lisboa, INCM, 2000, p. 38.

⁽²⁾ M. REALE, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1975, vol. 1, p. 247.

A justiça é expressão do bem comum, intersubjetivo, e seu pressuposto é o valor da pessoa humana, da liberdade, como fundamento da ordem jurídica. Para nosso autor, a experiência jurídica é histórico-cultural, “de natureza ética” e “normativa”, e “tem como valor fundante o bem social da convivência ordenada, ou o valor do justo”³.

Direito e Moral, Direito e Ética são, contudo, distintos; para o filósofo, “a Moral cuida, de maneira direta, imediata e prevalecente, do bem enquanto individual e (...) o Direito se preocupa, de maneira direta, imediata e prevalecente, do bem enquanto do todo coletivo, isto é, do bem comum ou justiça”⁴. A Ética abarcaria a Moral e o Direito, sendo a “ciência normativa da conduta ou do comportamento humano”⁵.

A justiça, considerada como virtude, é mostrada em Aristóteles, Santo Tomás e os juristas romanos; hoje, o sentido que o termo assume tem segundo Reale, um caráter objetivo, institucional, designando a ordem social que realiza o bem comum, segundo a liberdade e a igualdade⁶. Optando, contra o individualismo e o coletivismo, por uma concepção personalista do homem, Reale afirma que a plenitude deste é a pessoa, e nesse valor fundamenta o seu culturalismo jurídico, no qual o tema da *alteridade* ocupa um lugar exponencial.

Para o nosso autor, a idéia de pessoa implica um elemento ético, na medida em que, sendo um “eu”, acha-se em relação com outros “eus” e reconhece seu valor. Daí o filósofo afirmar: “... a relação de um ‘eu’ com outro ‘eu’ (*alteridade*) é o fundamento da Ética”⁷. Nosso pensador se apóia na Escola fenomenológica, recorrendo, para suas análises, principalmente às obras de Scheler. Afirma a pessoa como valor supremo, em torno do qual gravitam constelações axiológicas, apoiadas no verdadeiro, belo, útil, santo e bem, sendo este último valor ligado à Ética, Moral e Direito⁸.

A dimensão pessoal funda a dignidade do ente “que *é e deve ser*, tendo consciência dessa dignidade”⁹. Para Reale, “o homem [é aquele]

⁽³⁾ id., *ibid.*, p. 248.

⁽⁴⁾ id., *ibid.*, p.249.

⁽⁵⁾ id., *ibid.*

⁽⁶⁾ id., *ibid.*, pp.250-251.

⁽⁷⁾ id., *ibid.*, p. 254. Ver tb. M.REALE, *Verdade e Conjectura*, Lisboa, Fundação Lusíada, 1996, *passim*.

⁽⁸⁾ id., *Filosofia do Direito*, p. 215.

⁽⁹⁾ id., *ibid.*, p.192.

cujo *ser* é seu *dever ser*¹⁰; é quem institui, com sua atividade criadora, um mundo “à sua imagem e semelhança”, o mundo da cultura¹¹. A pessoa, como “autoconsciência espiritual, é o valor que dá sentido a todo evoluir histórico, ou seja, o valor a cuja atualização tendem os renovados esforços do homem em sua faina civilizadora”¹².

É nesse valor e na consideração da relação pessoa-sociedade, pessoa-alteridade, que o autor fundamenta a teoria do culturalismo jurídico personalista¹³. Criador de cultura, de bens, o homem tutela o que cria, o que realiza. O Direito consiste nessa busca de tutelar os bens, expressando o justo, isto é, a harmonia entre “liberdade, normatividade e poder”¹⁴. Enquanto instituição, a justiça é a expressão dos valores de convivência; “pressupõe o valor transcendental da pessoa humana”, fundamentando toda a ordem jurídica¹⁵. Realizando o justo, o Direito expõe a sociedade como comunidade concreta, comunhão de fins, cooperação e coexistência de pessoas, e objetiva o “*bem social ao bem comum*”, visando a “*justiça nos limites das circunstâncias histórico-sociais*”¹⁶.

Combinando a abordagem histórico-crítica, a descrição fenomenológica e a hermenêutica, Reale estabelece sua teoria da justiça, ponto de encontro da Axiologia, Ética e Direito.

Braz Teixeira aborda o tema da justiça na sua correlação: a) *com a Filosofia do Direito*, uma vez que aquela constitui a finalidade desta; b) *com a Ética* - distinguindo-a da Moral -, uma vez que a *Ética Social* aborda o problema da justiça, confluindo, assim com a Filosofia do Direito; c) *com a Axiologia*, dado que o valor justiça constitui o fundamento do Direito; d) *com a Ontologia*, posto que esta reflete sobre o homem como pessoa, consciência e liberdade, capaz de relações intersubjetivas e de criação de cultura.

A meditação do pensador português inscreve o tema da justiça no contexto mais amplo da discussão sobre o sentido e o valor do Direito, partindo

⁽¹⁰⁾ id., *ibid.*, p.193.

⁽¹¹⁾ id., *ibid.*

⁽¹²⁾ id., *ibid.*, p.194.

⁽¹³⁾ id., *ibid.*, p.200, p.254.

⁽¹⁴⁾ id., *ibid.*, p.199.

⁽¹⁵⁾ id., *ibid.*, p.247.

⁽¹⁶⁾ id., *ibid.*, vol.2, p.621.

de uma caracterização da ontologia do Direito e desembocando numa reflexão sobre o conteúdo axiológico que o caracteriza.

A metodologia histórico-crítica empregada por nosso autor o leva, no exame da ontologia do Direito, a perpassar as orientações contemporâneas a respeito do assunto, para, em seguida, estudar as convergências entre a Filosofia do Direito e a Antropologia Filosófica, no que tange às relações entre o homem e a cultura. Para o filósofo, “...o Direito é uma realidade *radicalmente humana* (...) num duplo sentido : (...) é criação do homem e (...) refere-se direta e exclusivamente à vida do homem”¹⁷. O homem, ser de conhecimento e ação, orienta-se por valores, dentre os quais o verdadeiro, o belo, a justiça e a liberdade são os mais importantes. No exame do tema, Scheler e os autores da Escola fenomenológica são freqüentemente citados, de modo que as fontes utilizadas por nosso autor confluem com as utilizadas por Reale. Mas estão presentes, também, além de Scheler, Hartmann, Ortega, autores como Romero, Cassirer, Berdiaeff, Zubiri, Buber, os portugueses Álvaro Ribeiro, Leonardo Coimbra, o brasileiro Vicente Ferreira da Silva.

Para Braz Teixeira, o homem é pessoa, realidade espiritual, valor e fim em si, expressão do espírito e da liberdade¹⁸; é, ainda, um ser social, dialógico, cujo verdadeiro mundo é o “da relação ‘eu-tu’ ”¹⁹.

Mostrando as possibilidades de aproximação e também a distinção entre Ética e Direito, põe em relevo o tema do *justo*, critério de valor para solucionarmos os inelutáveis conflitos de interesses que ocorrem na vida social.

Caracterizado pela sua dimensão axiológica, pois pressupõe a liberdade e regulamenta condutas segundo princípios e valores, o Direito tem também uma dimensão temporal, histórica. Daí o filósofo dizer : “Partindo da Justiça como *princípio, valor* ou *ideal*, o Direito é, pois, o *meio* de que o homem se serve para alcançar uma adequada ordenação de sua conduta social com o *fim* de coordenar o exercício da liberdade de cada um com a liberdade dos restantes, realizando, desse modo, o bem comum da sociedade política”²⁰.

(17) A. BRAZ TEIXEIRA, op. cit., p.103.

(18) id., ibid., p.116.

(19) id., ibid., p.117.

(20) id., ibid., pp.136-137.

Se o Direito converge com a Moral e a Ética, é, contudo, distinto destas. Ordem normativa, como o Direito, a Moral tem por objeto “o conhecimento de como se comportam os homens (...) [é] *ciência dos costumes ...*”, enquanto a Ética é “ciência especulativa sobre o dever ser da conduta em função do Bem”²¹.

Examinando o Direito como ordem normativa, Braz Teixeira se afasta tanto dos teóricos que “identificam Direito com a Moral, considerando o primeiro uma parte ou aspecto da segunda” como dos que distinguem radicalmente as duas ordens²².

Nosso autor aponta quatro tópicos de distinção entre Direito e Moral: esta última considera a conduta levando em conta “o sentido que tem para a vida do sujeito”, vinculando-se à consciência individual, à intenção, à interioridade, e “ao Direito apenas importa o alcance ou a dimensão social dessa mesma conduta”, enquanto leva em conta “o bem social ou o bem comum”, a exterioridade da conduta²³.

Ademais, a Moral se caracteriza pela unilateralidade, a sanção íntima, e “o Direito se define (...) pela sua *bilateralidade atributiva*, em que a cada direito corresponde sempre um dever, e vice-versa ...”²⁴. Mas dialogam, Direito e Moral, na medida em que a concepção moral de uma época se expõe no plano jurídico.

A reflexão do filósofo português sobre a ontologia do Direito culmina na Axiologia do Direito. Esta é entendida como meditação sobre o justo natural e a idéia de justiça, discussão sobre o fundamento do Direito.

A abordagem histórico-crítica da idéia de direito natural leva Braz Teixeira a identificar os elementos comuns às doutrinas jusnaturalistas, partindo das concepções de natureza, na Antiguidade, Idade Média e pensamento moderno. Para o autor, não se trata de fazer mera cronologia, mas de, prescindindo “de uma visão puramente cronológica e historicista da sucessão das doutrinas...”, estabelecer uma tipologia das concepções.

Estudando a questão na filosofia contemporânea, Braz Teixeira perpassa as teorias da escola neo-kantiana, da existencial e de seus críticos,

⁽²¹⁾ id., *ibid.*, p.141.

⁽²²⁾ id., *ibid.* Na primeira perspectiva, nosso autor inclui Dias Ferreira e Farias Brito; na segunda, Thomasius, Kant, Kelsen e Hart.

⁽²³⁾ id., *ibid.*, pp.145-147.

⁽²⁴⁾ id., *ibid.*, p.221.

como Kelsen, Bobbio, Alf Ross. Enfoca ainda os autores que discutem a própria possibilidade da existência de direitos naturais, como Hart e a fundamentação do jusnaturalismo na natureza das coisas, como Reinach, Welzel e Radbruch propuseram, dentre outros.

É importante reter, desse panorama histórico-crítico que o exame, feito pelo autor português, das concepções tradicionais e modernas, põe em relêvo que “o Direito se inscreve no domínio da cultura e das criações espirituais, apresentando, por isso, uma essencial dimensão axiológica, a referência constitutiva e fundante a valores, princípios, idéias ou ideais”. Mais ainda : que o problema da Filosofia do Direito é o problema da justiça, “(...) entendida como valor, princípio, a idéia ou o ideal de que o Direito enquanto ser depende...”²⁵.

A justiça é enfocada como *virtude* e como *princípio*, sendo a primeira, a perspectiva da Ética e a segunda, a da Filosofia do Direito e da Axiologia. Como virtude diz respeito à ação e às relações interpessoais. Em uma perspectiva histórico-crítica ou “tipológica”, como prefere denominá-la, nosso autor estuda a justiça como princípio, valor ontológico. Confronta tal enfoque com a tradição que, a partir dos sofistas e ressoando em Hume, Bentham, Mill, considera a justiça como convenção humana. Finalmente, apresenta as teorias da justiça no pensamento contemporâneo, pondo em evidência que a atualidade do tema se deve às “aporias com que se defronta (...) o pensamento jusnaturalista”²⁶, à crise do Estado e à necessidade de se “garantir certos princípios essenciais nas diversas ordens jurídicas”²⁷. Reconhece cinco grandes orientações sobre o assunto, na filosofia atual : as concepções *emotivistas*, representadas por Kelsen e Alf Ross; as *formalistas*, de que del Vecchio, Perelman e Walzer seriam os expoentes; as *historicistas*, com Miguel Reale, Robert Nozick; as *teleológicas*, representadas por Luigi Bagolini, Ilmar Tammelo, Emil Brunner, Sérgio Cotta; e, as *deontológicas*, das quais a mais relevante é a teoria de John Rawls. Aponta também as críticas que Rawls recebeu de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Paul Ricoeur, de modo a apresentar um vasto panorama do tema.

Estudioso da obra de Reale, que aproxima da del Vecchio “pela sua matriz neo-kantiana”²⁸, mostra que o filósofo brasileiro não considera

⁽²⁵⁾ id., *ibid.*, p.240.

⁽²⁶⁾ id., *ibid.*

⁽²⁷⁾ id., *ibid.*, p.250.

⁽²⁸⁾ id., *ibid.*

possível “alcançar uma idéia absoluta de Justiça, independente das conjunturas históricas” e que a justiça “possibilita que os restantes valores valham”, garantindo “uma composição isenta e harmônica de interesses...”²⁹, de modo que tratando “igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (...) as desigualdades progresivamente diminuem (...)”³⁰. Para Reale, segundo Braz Teixeira, a justiça é idéia transcendental, cultural e existencial, correlacionada com a de pessoa, “valor fonte de todos os valores”, que se realiza “como intersubjetividade, de que a Justiça é a medida social”³¹.

Braz Teixeira se interessa pela justiça “num sentido objectivo, como valor, princípio ou idela e não subjectivo, como virtude ...”³². Partindo da concepção tradicional, inspirada em Aristóteles, põe em relêvo as relações entre justiça e Direito, *lei, igualdade, equidade*³³. Para nosso autor, a justiça é o princípio que sustenta o Direito, e este deve ser aferido por aquela. O fundamento da justiça é o respeito à pessoa humana, à sua liberdade de realizar-se como tal. A qualidade dominante da justiça é, então, a afirmação da liberdade, da igualdade. Esta não pode ser entendida como igualdade matemática, mas como igualdade proporcional, imparcialidade, equidade.

O filósofo português identifica justiça e equidade, uma vez que a justiça, sendo sempre concreta, não pode ter como critério a igualdade matemática, porque não há igualdade real de condições e oportunidades, nem a lei, dada a generalidade que que caracteriza esta última³⁴.

O exame do tema prossegue, na obra de nosso autor, através da consideração dos atributos da justiça, sua gnoseologia e sua relação com outros valores.

Atributos da justiça são a *insubstancialidade*, pois ela é valor-horizonte, nunca plenamente realizado; a *bilateralidade*, uma vez que implica as relações inter-humanas; a *equivalência* ou *proporcionalidade*, equilíbrio entre as partes envolvidas. Propondo um normativismo concreto, Braz Teixeira afirma que são mais importantes, na realização da justiça, o juiz do que o legislador, a jurisprudência e o costume que a lei e a norma.

(29) id., *ibid.*, p.251.

(30) id., *ibid.*

(31) id., *ibid.*, p.277.

(32) id., *ibid.*

(33) id., *ibid.*, p.282.

(34) id., *ibid.*, p.288.

Sendo valor, princípio, a justiça não é objeto de um conceito, de uma definição, mas deve ser apreendida na existência, de modo intuitivo-emotivo. Relaciona-se “com a *ordem*, a *paz*, a *liberdade*, o *respeito pela personalidade individual*, a *solidariedade* ou a *cooperação social* e a *segurança* ...”³⁵.

A meditação metafísica sobre a justiça, que é o objetivo último de nosso autor, implicaria a interrogação sobre Deus, o mal, a discussão das “relações entre Justiça e a caridade”³⁶, a ontologia da liberdade, de modo a se compreender o tema no horizonte do significado do homem no universo.

Nos dois filósofos, Reale e Braz Teixeira, a reflexão sobre a justiça tem como denominador comum a referência à obra de Scheler, à fenomenologia existencial. Para ambos, a pessoa humana é o ponto focal : é o valor fonte de todos os demais valores, segundo Reale; é o valor que possibilita ao homem sua realização, assevera Braz Teixeira. Os dois reconhecem, assim, o homem como o pólo de referência do tema da justiça.

Reale desdobra sua reflexão no horizonte de uma meditação sobre a cultura, cuja finalidade é expressar o bem comum, a dimensão espiritual e criadora do homem. Braz Teixeira aprofunda sua discussão do assunto, inscrevendo-a no horizonte de uma metafísica de cunho existencial, que põe em primeiro plano as relações do homem com o mundo, com os outros e com Deus.

⁽³⁵⁾ id., *ibid.*, p.290.

**BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE A OBRA DE PAUL RICOEUR**

João Carlos José MARTINELLI*

PAUL RICOEUR nos deixou uma excelente obra, integrada por conceitos, concepções e pensamentos os mais variados possíveis, sobre as questões atinentes à vida humana e principalmente, na busca de seu exercício com justiça e dignidade. Dotado de extremo senso crítico e de uma visão humanista manifestamente abrangente, contrariou, comparou e aprimorou princípios até então tido como clássicos e mesmo idéias contemporâneas. Apesar se apurar um certo requinte intelectual que procura outorgar a convivência entre os seres, não se olvida em seus trabalhos, dos atributos que entende necessários ao alcance da felicidade, tais como a solidariedade, a tolerância, a compreensão do Justo pela tensão entre o bem e o mal, a ética da convicção, o uso do senso da qualidade nas relações, a percepção das prerrogativas entendidas como direitos básicos, a consciência nítida da responsabilidade de convívio, a defesa de todos e de cada um contra lesões reconhecidas como tais, física e espiritualmente.

Para ele, as coisas acontecem segundo um padrão ético que refere a códigos e condutas de indivíduos ou grupos. Para o comportamento concreto no cotidiano de cada um, há normalmente um procedimento consensual, que representa determinada baliza. As variações ou deturpações mais contundentes desse marco costumam ter explicações psicológicas e sociológicas. Numa sociedade em plena mudança, entretanto, novos padrões entram em cena antes que os tradicionais desapareçam, de modo que, o problema do conjunto de atitudes e reações dos indivíduos no meio social, das manifestações e da convivência garante interferências sérias,

(*) É mestrando em Direito Processual Civil junto à Faculdade de Direito da PUC-Campinas).

que devem ser constantemente repensadas. Os juízos de valor são muito díspares conforme a camada sócio- cultural dos indivíduos. A sociedade é mais do que a soma de seus membros; a instituição (sociedade) é bem mais que e bem diferente da adição de papéis e a relação social não se reduz aos termos da relação.

Ao nascer, a pessoa já encontra uma sociedade estruturada, com critérios estabelecidos, inclusive em normas escritas. A lei resume uma ética de comportamento público, conduzindo um tipo de juízo de valor. Os critérios são culturais, não dependem da intervenção pessoal de ninguém. As relações concretas na sociedade se transformam e mudam os juízos praticados na realidade, que acabam por forçar alterações nas normas, convencionadas para proteger a convivência social. A ética garante a concordância entre as pessoas, variando no tempo histórico e conforme o lugar. Os códigos evidentemente prevêm interdições, sanções, punições para os transgressores da ética que tem, portanto, um caráter social, mas exige a adesão pessoal, para que os atos humanos sejam efetivamente realizados segundo um padrão aceitável. Enfim, a norma só faz sentido se orientada à prática.

Concluimos assim, que o fundamento da ética repousa em atos voluntários, depende da vontade de cada um, mas essa vontade não pode ser confundida com desejo pessoal que não leva em conta a racionalidade necessária à convivência. A vontade é resultado de uma escolha, mas esta não pode deixar de considerar o bem comum. Há, portanto, necessidade de aproximação com uma racionalidade de critérios que sejam bons para todos. Principalmente nas instituições de poder é fundamental essa aproximação, porque os seus agentes se defrontam com decisões importantes que afetam a todos. Tanto que Ricoeur reconhece uma dupla face da política: o pessimismo, segundo o qual o poder é indivisamente violência e falsidade, e o otimismo, que funda a racionalidade e a legitimidade políticas.

Sua obra é de extrema importância às ciências humanas, à compreensão da ética e da política e em especial, destaque-se, a sua contribuição à hermenêutica, descrevendo inclusive, a denominada “Hermenêutica Crítica”, ou seja, imaginar o mundo possível proposto pelo texto e, logo, agir o texto, interpretá-lo na singularidade atual das nossas

situações; há necessidade de estabelecer métodos críticos que permitam fixar a distância histórica e de linguagem introduzida pelo tempo e pelas diferenças de contexto.

Acreditamos, ainda, que Paul Ricouer foi o precursor da denominada “ética do futuro”, hoje tão debatida pela UNESCO, através de sua unidade de Análise e Previsão, dirigida por Jérôme Bindé, quando se expressou textualmente que **“é preciso impedir que o horizonte de espera fuja e aproximá-lo do Presente, por um escalonamento de projetos intermediários ao alcance de nossa ação”** (Folha de São Paulo, pág. 3 - cad. 01 - 28.09.1997).

O MUNDO COMO COISA EM SI E A IMAGEM HUMANA DO MUNDO

Luís Fernando Lobão MORAIS

É amplamente reconhecido e ensinado que o conhecimento humano constitui um sistema de representações simbólicas do mundo exterior. Apesar de esta ser uma afirmação filosoficamente problemática e controvertida, as pessoas em geral a adotam como fundamento para as suas ações. Dia após dia, elas planejam cuidadosamente as suas ações, confiadas em que a imagem que têm do mundo é verdadeira.

Poucos param para pensar se a confiança, que têm nessa imagem, possui bom fundamento. Alguns filósofos se destacaram por formular tal questão e tentar encontrar respostas possíveis para ela. É conhecida a doutrina kantiana, segundo a qual o sujeito cognoscente sabe que existe um mundo objetivo, mas não sabe como ele é. Em poucas palavras, para Kant, o mundo objetivo é uma coisa em si, não uma imagem com contornos nítidos. Sabemos da sua existência, pode-se dizer até que essa existência é muito bem fundamentada, mas as características, as determinações do mundo ao nosso redor permanecem incógnitas.

Entre o mundo como coisa em si e a imagem que temos do mundo medeia um abismo, que os filósofos costumam considerar insuperável por meios lógicos ou científicos. Gianni Vattimo escreve¹:

“Nas idéias nietzschianas de niilismo e de vontade de poder anuncia-se a interpretação da modernidade como consumação final da crença no ser e na realidade enquanto dados objetivos que o pensamento deveria limitar-se a contemplar para se conformar às suas leis. Numa famosa página do Crepúsculo dos ídolos, Nietzsche percorre as etapas

(¹) É mestrando em Direito Processual Civil junto à Faculdade de Direito da PUC-Campinas).

(²) Vattimo, Gianni. *Acreditar em acreditar*. Lisboa, Relógio D'água Editores, 1998. p. 19.

desta consumação. No início, a filosofia grega pensou em situar a verdade do mundo num além metafísico - o mundo das idéias de Platão, idéias cujo caráter definido e estabilidade deveriam garantir a possibilidade de conhecer de modo rigoroso as coisas móveis e mutáveis da experiência cotidiana; depois, muito mais adiante na própria história filosófica da idéia de verdade, veio a descoberta kantiana de que o mundo da experiência é co-constituído pela intervenção do sujeito humano (sem as formas a priori da sensibilidade e do intelecto não existe mundo, só uma coisa em si da qual, porém não sabemos nada, a não ser que não podemos negar que existe); por fim, o pensamento toma consciência de que aquilo que é verdadeiramente real, como dizem os positivistas, é o fato positivo, isto é, o dado verificado pela ciência; mas a verificação é justamente uma atividade do sujeito humano (ainda que não o seja do sujeito individual), e a realidade do mundo de que falamos identifica-se com aquilo que é produzido pela ciência nas suas experiências e pela tecnologia com os seus instrumentos. Já não existe um mundo verdadeiro, ou melhor, a verdade reduz-se toda àquilo que é determinado pelo homem, ou seja, à vontade de poder.”

Desde Kant, a imagem que temos do mundo, com base na qual agimos e nos comunicamos com os nossos semelhantes, não é númeno, mas fenômeno. Como fenômeno, essa imagem constitui uma representação amplamente, talvez totalmente subjetiva da realidade externa. Referindo-se ao fato de que toda descrição da realidade, por mais sofisticada que seja, é uma construção humana, o filósofo norte-americano Richard Rorty escreve²:

“Para compreender minha afirmação de que o nominalismo é melhor resumido pela doutrina de Gadamer segundo a qual só a linguagem pode ser compreendida, exponho a objeção óbvia a esse argumento. Os ‘tecnicos’³ são rápidos em protestar que o paradigma do aumento da compreensão remonta à apreensão da natureza do universo físico nas ciências modernas - um universo que não é linguagem. A réplica nominalista a tal objeção é: nós nunca compreendemos nada exceto sob uma descrição, e não há descrições privilegiadas.

² Rorty, Richard. “A utopia de Gadamer”. In *Folha de S. Paulo*, 13/02/2000, Caderno Mais. pp. 11-12.

³ Palavra usada para designar os defensores da primazia da ciência como forma de conhecimento. Aos “tecnicos”, geralmente se opõem os “obscuros”, considerados defensores da religião. A classificação é obviamente pejorativa.

“Não há como desviar de nossa linguagem descritiva para alcançar o objeto tal como é em si mesmo - não porque nossas faculdades sejam limitadas, mas porque a distinção entre “para nós” e “em si mesmo” é uma relíquia de um vocabulário metafísico, que sobreviveu à sua utilidade.”

Ante essas considerações de filósofos contemporâneos, as questões, que queremos estabelecer como motivo de reflexão neste artigo, são: Por que o ceticismo e o niilismo são posições tão adotadas pelos filósofos nos últimos tempos? Existem motivos sólidos a fundamentar a impossibilidade de se conhecer o real, sem a intermediação da linguagem? Para tentar encontrar respostas plausíveis para estas perguntas, é preciso remontar ao problema do conhecimento do eu.

Para Descartes, a existência do eu é o conhecimento mais básico e fundamentado, que a razão é capaz de formular. Temos consciência de que pensamos. É impossível viver e não ter pensamentos conscientes ou inconscientes. Porque pensamos, sabemos que existimos.

A certeza da existência do eu não depende de qualquer conhecimento advindo dos sentidos. Não nos reconhecemos como existentes, fundamentalmente, porque vemos, ouvimos ou tocamos o nosso corpo físico. Reconhecemo-nos como existentes, antes do mais, porque podemos continuar pensando independentemente dos sentidos, porque o nosso pensamento não parece depender de dados do mundo exterior para durar. Pelo contrário, as análises introspectivas mais bem elaboradas nos mostram que somos capazes de continuar pensando independentemente de qualquer informação, oriunda dos cinco sentidos⁴.

Por essas razões, a certeza que temos de existir enquanto seres pensantes é maior que a certeza de qualquer outra proposição. A auto-existência do eu, não como um ser no meio de outros, não como um ser no espaço, mas como um puro intelecto é o conhecimento mais evidente e adequado a servir de fundamento para a construção de outros conhecimentos, que se pode formular. Se for possível extrair desse puro pensamento, ou seja, do pensamento não contaminado pela pressuposição da existência de um mundo externo, a existência de um único ser diferente do eu, não como pressuposto adotado arbitrariamente, mas como corolário lógico de um

⁽⁴⁾ A afirmação de que o pensamento não depende dos dados dos sentidos para ocorrer, como formulada no texto, é de natureza estritamente lógica. Não está em questão se o eu é capaz de produzir ou encontrar uma fonte de energia apta a sustentar indefinidamente o pensamento, mas se o pensamento pode-se manter estruturado sem a utilização de dados dos sentidos.

raciocínio, estaremos diante de uma prova verdadeiramente apodítica da natureza enquanto objeto distinto do eu.

Neste ponto, é necessário fazer um esclarecimento. O método mais adequado ao estudo do eu é a introspecção racional, cujo objetivo principal é compreender se, e até que ponto, os pensamentos do sujeito cognoscente são lógicos. Em palavras bem simples, a introspecção tem por finalidade apontar, dentre as miríades de pensamentos do eu, aqueles que possuem sustentação lógica inquestionável e aqueles que não a possuem. É verdade que a introspecção, desde logo, distingue entre os pensamentos, que se parecem formar a partir de dados do mundo exterior, e os pensamentos, cuja gênese é logicamente independente dos sentidos. A distinção entre essas duas espécies de pensamento impõe-se com uma força irresistível.

É preciso esclarecer, entretanto, que uma tal espécie de distinção não tem fundamento claro. É certo que pensamos alguns objetos como existentes num mundo fora de nós e outros como existentes apenas na nossa própria estrutura mental, porém o caráter lógico dessa distinção não é imediatamente evidente. E se estivermos iludidos a respeito da existência exterior dos objetos aparentemente percebidos pelos sentidos? Sabemos com certeza que pensamos; não sabemos se o que pensamos existe fora de nós. É preciso encontrar uma prova da existência exterior dos objetos do pensamento, para que possamos afirmar essa mesma existência como inequívoca.

Eis a razão por que, sempre que fizermos menção de objetos do mundo exterior, no presente exercício de introspecção, estar-nos-emos referindo, de início, a objetos, não certamente, mas apenas possivelmente existentes no mundo exterior. À noção da existência desses objetos não estaremos emprestando qualquer certeza lógica.

Se não temos qualquer certeza da existência de um mundo exterior, porém, precisamos-nos precaver contra a tendência de considerar que os nossos pensamentos são representações. Toda representação o é de alguma coisa. Quando dizemos que as nossas idéias são representações, estamos preparando o caminho para afirmar que os objetos dessas representações existem num mundo externo⁵. Ora, a existência de um mundo externo não

⁽⁵⁾ É possível um conhecimento representativo do próprio eu, porém esse conhecimento não tem as características de imediatidade e evidência apodítica do auto-conhecimento. Quando se auto-representa, quando cria uma idéia sobre si mesmo, o eu vai além da simples sensação de existência, que tem ao pensar. Por isso dizemos que formular uma representação, ainda que de si mesmo, é pensar algo distinto do eu enquanto objeto de conhecimento imediato.

pode ser admitida apressadamente. Por isso o conhecimento do eu não deve ser entendido, de início, como representação.

O conhecimento mais básico, que o eu elabora, é melhor caracterizado como vivência destituída de função descritiva ou com função descritiva fundamentalmente questionável. Queremos dizer que as intuições mais simples do eu são vivências ou experiências cognitivas imediatas e irreduzíveis, não representações.

Cada vivência cognitiva do eu tem por objeto um ou mais entes e fatos reais ou imaginários, acerca dos quais o sujeito pensa e cuja existência ou ocorrência, no plano de um mundo externo, ele postula. Os objetos das vivências do eu são os objetos do conhecimento. Com o conjunto desses objetos, o sujeito pensante constrói o universo de fatos, pessoas e coisas, dentro do qual a sua vida transcorre e ao qual ele não cessa de fazer referência, ao se comunicar com outros sujeitos.

A partir dos objetos das suas vivências cognitivas simples, o eu elabora vivências compostas. Pode-se dizer que os objetos das vivências cognitivas mais repetidas e associadas à sobrevivência do indivíduo (fome, sede, dor etc.) têm uma participação muito maior do que outros objetos nas vivências compostas pelo sujeito. Isso tem importantes conseqüências. Por um lado, a representação da realidade com base na maior repetição de certas vivências ou na maior importância de outras vivências para a sobrevivência permite ao indivíduo adaptar-se melhor ao mundo, que ele crê existente. Por outro lado, a seleção dos aspectos mais repetidos e importantes para a sobrevivência torna extremamente subjetiva a imagem, que o eu faz do mundo. Esta é uma perda inevitável. É o preço, que o eu paga, para poder chegar a uma síntese, e para essa síntese ser existencialmente significativa.

Inevitável é que o conhecimento sintético formulado pelo indivíduo seja, portanto, muito mais uma representação subjetiva do que uma imagem completamente confiável do mundo. O conhecimento surgido com base nas vivências mais repetidas⁶ e nas vivências, que o eu reputa serem causas de emoções associadas à sua sobrevivência, é inevitavelmente marcado por um

⁽⁶⁾ Quando dizemos que certas vivências se repetem, queremos dizer, na verdade, que elas se assemelham. Não há duas vivências rigorosamente repetidas. Cada vivência é única e irrepetível. Porém, ela se assemelha a outras vivências, em maior ou menor medida. Observando a semelhança, maior ou menor, entre os objetos das suas vivências cognitivas, o eu faz a síntese, referida no corpo do texto, em que predominam as vivências mais semelhantes.

alto grau de subjetividade⁷. O mundo não é só o que o eu percebe. Menos ainda se pode dizer que ele é só o que o eu percebe mais repetidamente, ou o conjunto dos objetos de pensamento, a que o eu atribui maior importância existencial. O mundo é o que é. Ele é o conjunto de todos os objetos, percebidos ou não, percebidos menos ou mais repetidamente, percebidos como importantes ou não para a sobrevivência dos sujeitos, que o pensam.

Por todo o acima exposto, a passagem das vivências cognitivas simples aos estados mentais sintéticos não é muito adequadamente descrita como uma sucessão de estados mentais, mas como uma espécie de composição de vivências cognitivas, que ocorrem simultaneamente, sem que o sujeito pensante se confunda. Algumas vezes, a composição das vivências cognitivas ocorre inconscientemente. Outras vezes, ela se dá conscientemente. A diferença entre as composições conscientes e inconscientes de vivências cognitivas é que, nas primeiras, emerge um estado mental novo, pelo qual o sujeito passa a reconhecer e identificar, não apenas os objetos do seu pensamento, mas o próprio processo lógico a ele subjacente.

Falsa é a dicotomia, que distingue qualitativamente a consciência da inconsciência. A mente consciente e o inconsciente não se diferenciam, no que diz respeito às operações mentais básicas, que os constituem. No fundo, tudo o que pensamos é parte da consciência, pois tudo é composição de

⁷⁾ Géza Szamosi cita um experimento, conduzido no Instituto de Tecnologia de Massachussets (MIT), no qual o cientista J. Y. Lettvin e sua equipe “inseriram um pequenino eletrodo no nervo ótico da rã para registrar sua reação aos estímulos externos. Os olhos da rã foram então expostos a vários estímulos óticos e se registraram os impulsos elétricos das fibras do nervo ótico do animal. Os resultados foram uma revelação [...] Os diferentes grupos de fibras não reagem a toda luz ou mesmo a toda luz padronizada. A retina da rã é muito mais que o equivalente biológico da emulsão fotográfica. Processa a informação recebida de forma altamente sofisticada, ampliando algumas características, suprimindo outras e separando a informação relevante da irrelevante. Conseqüentemente, só houve uma resposta a padrões significativos. Algumas células reagem, por exemplo, se um pequeno objeto passasse pelo campo visual. A equipe de pesquisa escreveu: ‘Fomos tentados a chamá-las de detectoras de insetos.’ Naturalmente, o olho da rã precisa reagir a pequenos objetos voadores - insetos. Os insetos são um dos alimentos da rã. Outra classe de fibras reagia quando uma grande sombra passava repentinamente pelo seu campo visual. Essas fibras poderiam ser chamadas de ‘detectoras de cegonhas’ . Detectar aves predatórias que se aproximam repentinamente é tão importante para a rã como detectar insetos. Significativamente, se os pequenos objetos ou as grandes sombras não estavam se movendo, as células óticas paravam de reagir; moscas e mosquitos não ficam parados no ar, nem uma cegonha em mergulho” (Szamosi, Géza. *Tempo e espaço - as dimensões gêmeas*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1998. p. 33). Em que pese o experimento da equipe de Lettvin não ter força comprobatória, na reflexão desenvolvida no nosso texto, uma vez que ele se utiliza de dados sensíveis, cuja validade dissemos não poder ser aceita apressadamente, julgamo-lo ilustrativo.

vivências, por meio das quais o sujeito se torna consciente de alguma coisa. A mesma espécie de operação mental consciente está à base da consciência em sentido estrito e do inconsciente. A diferença é que as sínteses cognitivas conscientes, como dissemos, são compostas por vivências muito mais repetidas e importantes para a produção das emoções associadas à sobrevivência do eu do que as sínteses inconscientes. Tão repetidas são as vivências, que entram na composição das sínteses conscientes, que as vivências inconscientes acabam por ser submersas. Pode-se afirmar que as sínteses conscientes ofuscam as inconscientes⁸, fazendo surgir um estado mental novo, pelo qual o sujeito cognoscente se dá conta, não apenas dos objetos da síntese consciente, mas também das linhas gerais do processo psicológico, por que ela se constitui.

Algumas vezes, a mente fracassa na tentativa de formular determinadas sínteses conscientes. Em situações extremas, pode acontecer de o fracasso estender-se a todas as tentativas de síntese consciente, realizadas pelo sujeito. Em tais casos, a pessoa perde, completamente, a consciência. É o que acontece durante o sono⁹. Tanto nos períodos de baixa como de alta atividade mental, verificados durante o sono, o sujeito permanece inconsciente, não porque ele não esteja pensando. É equivocado considerar que a mente pára, ou muda qualitativamente o seu proceder, durante o sono. Enquanto dorme, o sujeito pensa pelos mesmos procedimentos básicos, que se realizam na sua mente durante a vigília. É verdade que, durante os períodos de baixa

⁸ O ofuscamento das sínteses cognitivas inconscientes pelas sínteses conscientes é uma experiência, que se realiza no plano do eu. Ele não significa que os fins, cognitivos e motores, das sínteses inconscientes não sejam alcançados. Pelo contrário, a mente humana se destaca pela prodigiosa capacidade de executar um número incalculável de procedimentos inconscientes, extraindo conclusões cognitivas certas e impulsionando reações motoras bem coordenadas, ao mesmo tempo em que se concentra, e chega até mesmo a dirigir, dentro de certos limites, os procedimentos cognitivos, que constituem o objeto central dela a cada momento, a saber: os objetos da consciência.

⁹ Não é despidendo reiterar que as referências, feitas no corpo do texto, a experiências cognitivas, cujo fundamento lógico depende dos sentidos, não pressupõem que tais experiências realmente aconteçam do modo como as concebemos. A hipótese de investigação adotada pelo texto (de que a imagem de mundo, formulada pelo eu, não pode ser confirmada ou infirmada) simplesmente não permite concluir, apressadamente, que as experiências, cujo fundamento lógico depende de um mundo externo, sejam verdadeiras. Por esse motivo, palavras como “sono” não indicam que as experiências físicas, que pensamos ocorrerem durante o sono, realmente ocorram do modo como as concebemos. Sono, no texto, é um sono subjetivo, é uma composição mais ou menos desordenada de idéias, cujo sentido global o sujeito não compreende e que lhe ocorre, mais ou menos ciclicamente, a cada período de cerca de vinte horas

atividade mental, verificados durante o sono, o input sensorial¹⁰ cai a níveis extremamente baixos. Porém, ele não cessa completamente, assim como o processamento abstrato das sensações também não pára. O que acontece, durante o sono, é a diminuição, não a cessação ou a transformação qualitativa, da atividade mental.

A característica que diferencia o sono da vigília é que, no primeiro, a mente não consegue encontrar vivências mais repetidas do que outras. Não as encontrando, a mente não chega a uma síntese final a respeito do mundo ou da posição do sujeito pensante nele. Isso não significa, absolutamente, que a mente não pense, ou que ela pense de outra maneira, durante o sono. Significa apenas que a mente não consegue chegar a uma síntese a respeito do mundo a ela exterior.

A mente está acostumada a pensar com base nos dados, que lhe parecem chegar por meio dos sentidos. Quando o input desses dados cessa, durante o sono, a mente se perde. Ela deixa de ser capaz de formular uma síntese dos estados mentais, que a compõem, simplesmente porque não encontra estados mentais tão repetidos, quanto os que lhe sobrevêm, principalmente mediante a visão, durante a vigília¹¹.

⁽¹⁰⁾ Por *input* sensorial, entendemos a recepção de dados, aparentemente provindos do mundo externo por meio dos cinco sentidos.

⁽¹¹⁾ Quando se encontra desperto, o eu recebe dados sensíveis abundantes do mundo ao seu redor. Essas informações são tão numerosas e tão mais nítidas do que as outras informações, em que o sujeito é capaz de concentrar a sua atenção, que a síntese ao final formulada acaba por ser a imagem de um mundo externo. A participação da visão nessa síntese é particularmente relevante no caso do ser humano e de outros animais. A consciência, humana e animal, numa medida bastante considerável, parece ser filha da informação visual. Somente a visão explica por que formamos uma nítida imagem do mundo fora de nós, mas não do mundo dentro de nós, isto é, das entranhas do nosso corpo. Não logramos constituir um quadro tão nítido dos nossos órgãos quanto o que temos do mundo fora de nós, porque dos primeiros só recebemos informações táteis, coletadas por células especializadas, que as despacham ao cérebro, enquanto do mundo exterior recebemos informações visuais, auditivas, olfativas etc. No caso do ser humano, as informações visuais são de longe as mais importantes, dentre todas as que ele recebe do mundo ao seu redor e que lhe permitem se tornar consciente desse mesmo mundo. É preciso esclarecer, entretanto, que a grande importância das informações visuais, para a formação da nossa imagem do mundo, não significa que a consciência não se constitua sem as informações visuais. Os seres destituídos de olhos, os cegos de nascença, enfim todos os seres dotados de comportamento padronizado, inteligente, mas que não processam informações visuais, fazem prova de que a consciência pode-se constituir sem a visão. A consciência é uma potência adaptativa. Quando não é capaz de se desenvolver com base na visão, na audição ou no olfato, ela se desenvolve com base em algum outro sentido ou protosentido.

Tendo-se constituído e expandido a partir dos dados dos sentidos, a consciência não está acostumada a trabalhar sem eles. Leva tempo para ela se adaptar a um psicorama, constituído por um input sensorial tão reduzido. Quando, após tentativas intensas de atingir uma síntese dos pensamentos sonambúlicos, o sujeito finalmente se aproxima de encontrar um padrão geral, com base no qual ele pode começar a entender o que está-se passando com os seus pensamentos, a surpresa produzida pela descoberta de um mundo coerente, a partir de informações tão caóticas, produz uma descarga emocional, que desperta o indivíduo. O sono acaba, e a síntese não chega ao fim.

Essa parece ser a razão, por que a mente nunca chega a formar uma síntese geral dos seus estados cognitivos, mas permanece inconsciente, durante o sono. Permanecer inconsciente não é não pensar. Tampouco é pensar de um modo distinto daquele como se pensa durante a vigília. A única diferença entre os pensamentos, que temos enquanto em vigília e no período do sono, é que, com os primeiros, a mente consegue formar uma síntese coerente do mundo externo, ao passo que com os últimos não.

A perda da consciência não ocorre, porém, apenas durante o sono, mas também durante os desmaios, os surtos psicóticos, as alienações mentais e a situação da pessoa às portas da morte. O que importa assinalar é que, em todos esses casos, a inconsciência se deve à mesma causa fundamental, a saber: ao fato de o eu não conseguir formular uma síntese dos seus estados mentais.

Pode-se concluir, com base na argumentação até aqui desenvolvida, que a consciência em sentido amplo (incluindo a consciência em sentido estrito e a inconsciência) só se estrutura, a partir de vivências irreduzíveis a qualquer forma de linguagem simbólica. Todo o conhecimento humano é vivência, ou composição de vivências. O que chamamos representação, isto é, a parte do conhecimento construída com base em signos, é um conjunto de operações mentais de composição de vivências, elas sim irreduzíveis. Ainda que extremamente importantes para a estruturação do conhecimento humano, não são essas representações subjetivas do mundo, e sim as vivências a partir de que elas são feitas, que constituem os tijolos fundamentais do saber.

Antes de ser representação, o conhecimento é vivência. A diferença entre estas duas espécies de cognição se fundamenta no fato de que a lógica intrínseca à experiência ou vivência fundamental do existir exclui, por

completo, as categorias de um mundo externo e de um eu existente ao lado de outros sujeitos. O eu não é capaz de encontrar qualquer prova apodítica da existência de um mundo externo ou de outros eus. Isso introduz uma mudança sutil, mas absolutamente fundamental na lógica interna ao sistema do seu pensamento. Se representação é uma descrição de algo distinto do próprio eu, vale dizer, de objetos imaginários ou externos ao eu, como estes não podem ser pressupostos existentes, segue-se que, para ser lógico, o conhecimento não pode ser representação. Esta é uma das conclusões lógicas mais fundamentais, a que podemos chegar e de que devemos partir.

Se não é representação, entretanto, o conhecimento deve ser descrito como outra coisa. Ele deve ser descrito como vivência, porque ao contrário da tese da representação, que pressupõe a existência de algo distinto do próprio sujeito pensante, a tese do conhecimento como vivência não o pressupõe. Nisto reside a sua força lógica. Enquanto vivência, o conhecimento não incide no vício lógico fundamental de supor a existência de um mundo externo.

Estabelecido como parece haver ficado, que o conhecimento é vivência, cumpre esclarecer, em seguida, que as vivências cognitivas do eu se sobrepõem para formar vivências compostas. A própria autoconsciência resulta de um processo de composição dessa espécie. Não nos tornamos autoconscientes ao termos qualquer vivência isolada. Tornamo-nos autoconscientes ao termos muitas vivências, das quais resulta a convicção de que existimos enquanto indivíduos distintos dos objetos vivenciados. Em outras palavras, a autoconsciência emerge de uma composição de vivências.

Resumindo, podemos dizer que o mundo do eu é formado por vivências simples, vivências compostas e representações. A diferença entre essas duas últimas espécies de conhecimento é que, nas vivências compostas, o significado lógico dos elementos de composição é o mesmo, quando esses elementos são tomados isoladamente e na síntese cognitiva de que eles participam, ao passo que, nas representações, o significado dos elementos é um, quando eles são tomados separadamente, e outro quando eles são integrados às representações. Tanto as vivências compostas como as representações são combinações de vivências simples. A diferença é que, para formar as primeiras, não é necessário alterar o significado das vivências simples nelas integradas, enquanto para formar as últimas é necessário alterar profundamente o significado dos elementos vivenciais simples, que as integram.

O MUNDO COMO COISA EM SI E A IMAGEM...

Bergson escreve¹²:

“Eis a imagem que denomino um objeto material; tenho dela a representação. De onde provém que essa imagem não pareça ser em si mesma o que é para mim? É que, solidária à totalidade das outras imagens, ela se continua naquelas que a seguem, assim como prolonga as que a precedem. Para transformar sua existência pura e simples em representação, bastaria suprimir de uma feita o que a segue, o que a precede e também o que a preenche, de modo a não conservar a não ser a crosta exterior da imagem, isto é, sua película superficial. O que distingue a imagem presente, a realidade objetiva, de uma imagem representada é a necessidade que a primeira possui de agir por meio de cada um de seus pontos sobre todos os outros pontos das outras imagens, transmitindo a totalidade do que recebe e opondo a cada ação uma reação igual e contrária, enfim o fato de ela não ser senão um caminho pelo qual passam de todas as maneiras as modificações que se propagam na imensidão do universo. Eu converteria essa imagem em representação se a pudesse isolar, se sobretudo pudesse isolar o seu invólucro exterior.”

Note-se que Bergson considera a representação uma espécie de alteração artificial do mundo, operada pelo sujeito pensante. Estamos de acordo com isso. Para nós, representação é o pensamento criado, não apenas pela composição, mas também pela alteração do significado de vivências cognitivas do eu. Pelo artifício representativo, o eu se utiliza de determinadas vivências, não para indicar o que elas originalmente indicavam, mas para simbolizar outros objetos reais ou imaginários. Desse modo se desenvolve toda uma linguagem apta a descrever realidades complexas e criar objetos lógicos.

Além de trabalhar com vivências simples e irreduzíveis, portanto, o eu trabalha, também, com vivências compostas e representações. As vivências simples são inconscientes. As vivências compostas e as representações podem ser conscientes ou inconscientes. De qualquer forma, é com base nos tijolos fundamentais das vivências simples e compostas que o eu estrutura o seu pensamento.

Colocado o problema do conhecimento humano nos termos acima, a decisão gnoseológica fundamental, a decisão capaz de determinar, mais do que qualquer outra decisão ou conceito, se um sistema de pensamento é

⁽¹²⁾ Bergson, Henri. *Matière et mémoire*. 28ª ed., Paris, Librairie Félix Alcan, 1934. p. 23.

idealista ou realista, não é a que se propõe entre o racionalismo e o empirismo, mas a que se propõe entre a hipótese, que entende a autoconsciência e a consciência do outro como constituídas pelo mesmo processo lógico, e a hipótese que supõe que elas são constituídas por processos diversos. Esta é a questão fundamental.

Há duas soluções possíveis para tal questão. Se supusermos que a autoconsciência e a consciência do mundo se constituem pelo mesmo processo lógico fundamental, estaremos adotando um sistema de convicções realista, porque a certeza da existência do eu será transferida para a existência do mundo externo. Por outro lado, se supusermos que a autoconsciência e a consciência do outro se constituem por processos distintos, a certeza associada à existência do eu não servirá para fundamentar a existência do outro. Estaremos no terreno movediço do idealismo.

A decisão entre a identidade ou a não-identidade dos processos lógicos, por meio dos quais o autoconhecimento e o conhecimento do mundo se estabelecem, não pode ser tomada, porém, por razões estritamente lógicas, como as que vimos de apresentar. Haverá sempre um quê de arbitrariedade, na tomada dessa decisão. O que não significa que a decisão será, simplesmente, irracional. É possível demonstrar que tanto a decisão pela identidade como pela não identidade, entre os processos de constituição do autoconhecimento e do conhecimento do mundo, são parcialmente racionais. A decisão pela identidade é ainda mais racional do que a decisão pela não-identidade, primeiramente porque ela é muito mais simples. É certo que a simplicidade não constitui um critério definitivo de verdade, porém ela é muito mais vantajosa do que a complexidade, como critério de escolha de conclusões provisórias, na busca pela verdade¹³.

Com base no princípio da simplicidade, portanto, quer-nos parecer que a hipótese da identidade entre os processos de formação da autoconsciência e da consciência do outro e do mundo deve ser adotada, de preferência à hipótese da não identidade. É muito mais simples conceber que a mente

⁽¹³⁾ Isso não significa que a simplicidade seja melhor do que a complexidade, enquanto método científico. Edgar Morin demonstrou, de modo bastante aceitável, que a complexidade funciona melhor do que a simplicidade como método de construção de saberes profundos, porém, como critério final de decisão entre duas teorias científicas, a simplicidade é que apresenta vantagens em relação à complexidade. Se, depois de estudarmos uma determinada questão em toda a sua complexidade (adoção da complexidade como método de pensamento), nos depararmos com duas conclusões igualmente possíveis, a mais simples delas deverá ser adotada.

trabalha com um mesmo processo lógico fundamental do que com dois processos distintos e até opostos, como acontece quando admitimos que o autoconhecimento e o conhecimento do mundo são produzidos por operações cognitivas diversas. Se o conhecimento do mundo resulta de um processo empírico qualitativamente distinto do processo, por meio do qual o conhecimento do eu se constitui, temos que a mente é um pouco esquizofrênica, nas suas instâncias fundamentais.

Se a premissa da não identidade for adotada, efetivamente, o eu viverá mergulhado em dois mundos: um mundo constituído pelas operações empíricas e outro constituído pelas operações racionais, a que nos referimos. Esses dois mundos não se comunicarão, de um ponto de vista lógico, mas apenas de um ponto de vista analógico. Em outros termos, estaremos muito próximos da clivagem tantas vezes rejeitada da realidade em um plano natural e um plano metafísico.

Por outro lado, se adotarmos a premissa da identidade entre os processos de construção do autoconhecimento e do conhecimento do mundo, teremos assentado a base cognitiva necessária à asserção de que a realidade é uma só, vale dizer, de que só existe o plano da natureza. Parece que este último ponto de vista é bastante superior ao primeiro.

O argumento mais forte a favor da hipótese da identidade é, porém, o que parte da seguinte consideração: se o eu é uma entidade composta, os elementos que o compõem distinguem-se uns dos outros, de modo que afirmar a existência do eu implicará, necessariamente, afirmar a existência do outro. Também esta asserção não pode ser definitivamente comprovada, mas parece se fortalecer pela constatação de que o autoconhecimento é, ele próprio, também composto.

É preciso distinguir, cuidadosamente, entre a afirmação de que o eu é composto e a afirmação assemelhada, porém distinta, de que o autoconhecimento é composto. Quando analisamos cuidadosamente essas duas afirmações, torna-se impossível compreender por que o autoconhecimento deveria formar-se, como de fato se forma, apenas após a difícil síntese de um número bastante elevado de estados mentais, se o eu é simples, e não composto. Por que, para conhecer um objeto tão simples, deveria ser necessário um processo tão complexo de composição de estados cognitivos? A resposta mais coerente a estas perguntas é a que sustenta que o autoconhecimento é composto, porque o eu é também composto. Ora, a

afirmação de que o eu é composto pressupõe a existência de elementos de composição distintos entre si, vale dizer, a existência de um mundo com múltiplos seres. A partir da autoconsciência, chegamos à consciência do mundo.

Por baixo da consciência do eu, pode estar a consciência de múltiplos seres, que compõem esse eu, de modo que o que pensamos ser percepção (de um outro ser) seja autoconsciência. No fundo, autoconsciência e percepção (conhecimento sensível) talvez sejam a mesma coisa. A única diferença é que a autoconsciência, por ser uma espécie de percepção apenas do próprio eu, não pressupõe o espaço, enquanto a percepção de objetos distintos do eu pressupõe a coexistência do eu e de outros seres no espaço. Assim como nos reconhecemos, porém, tornando-nos conscientes dos elementos, que entram na nossa constituição, reconhecemos os outros seres, tornando-nos conscientes dos elementos, que os compõem. O processo de formação de uma e da outra destas cognições é o mesmo.

Se o autoconhecimento e o conhecimento sensível não se diferenciam, podemos considerar, efetivamente, que a autoconsciência e a consciência, que o eu tem do corpo que o reveste, constituem uma só espécie de cognição. Pelo mesmo processo por que se torna consciente de si, o eu se torna consciente, também, do seu corpo e do mundo que o circunda.

Com base numa pura meditação sobre o autoconhecimento, é possível chegar, portanto, a uma prova da rigorosa possibilidade lógica do realismo. Possibilidade ou probabilidade, dependendo do juízo efetivado. Em um ou em outro caso, o idealismo não parece constituir uma conseqüência necessária do pensamento moderno, como os textos de Vattimo e de Rorty, citados no início deste artigo, dão a entender. Pelo contrário, as razões a favor do realismo gnoseológico parecem sobrepujar as razões, invocadas em apoio ao idealismo.

A posição realista é ainda mais fortalecida, quando consideramos o papel das emoções, na estruturação do conhecimento. As emoções são, em geral, entendidas como ocorrências psíquicas distintas do conhecimento. Enquanto este se estrutura com base em uma lógica invariável, costuma-se considerar que as emoções desenvolvem-se com base em instintos e escolhas imprevisíveis. Pior do que isso: não se vislumbra maneira de incluir as emoções como elos, na cadeia dos juízos e raciocínios, que os sujeitos cognoscentes constroem, porque elas não obedecem às leis de ilação lógica.

Este é o ponto de vista ainda hoje predominante, acerca das relações entre emoção e conhecimento.

Sob a ótica deste trabalho, porém, a distinção entre emoção e conhecimento não se sustenta. Para nós, as emoções constituem um sistema rigorosamente lógico, com base no qual o indivíduo age no mundo. A diferença, entre conhecimento não emocional (conhecimento em sentido estrito) e emoção, é que o primeiro é especulativo, ao passo que a última é prática. Essa diferença, porém, não anula o fato de que, estruturalmente e do ponto de vista dos elementos que os constituem, conhecimento e emoção configuram um mesmo fenômeno.

Em Liberdade e direito, assim nos pronunciamos acerca das emoções¹⁴:

“Podemos considerar as emoções, em geral, como transformações ou percepções de transformações ocorridas no corpo do sujeito cognoscente. O abalo característico das emoções, que as diferencia das cognições, é resultado de reações orgânicas bem definidas. Quanto mais a reação do organismo ao conhecimento de um objeto foge à normalidade, mais forte é a emoção provocada. A visão de um mesmo objeto todos os dias não costuma suscitar emoção muito forte, porque desencadeia reações corriqueiras no organismo. Já a visão de um objeto novo, quanto mais reações orgânicas inusitadas provoca, mais emoções desencadeia, porque a emoção é um conjunto de reações orgânicas ao conhecimento ou a percepção destas reações pelo sujeito cognoscente.

“As emoções se chamam afeições, quando associadas a reações orgânicas involuntárias, assim como a fome, a sede, os calafrios, as sensações de calor, as palpitações, o choro, a dor, os sintomas das doenças, os prazeres sexuais e as necessidades fisiológicas de toda espécie, ou sentimentos, quando associadas a reações voluntárias. As afeições são provocadas diretamente por estímulos exteriores. Embora o indivíduo possa avaliar mentalmente o estímulo e suas conseqüências, nas afeições esta avaliação e as reações que se seguem não são voluntárias, mas involuntárias. Já os sentimentos são provocados pelos estímulos seguidos da avaliação racional (reflexiva, isto é, voluntária) que o indivíduo faz deles ou simplesmente pela avaliação racional de lembranças, sem a intervenção de estímulos.”

⁽¹⁴⁾ Moraes, Luís Fernando Lobão. *Liberdade e direito - uma reflexão a partir da obra de Goffredo Telles Júnior*. Campinas, 2000, Copola. p. 359.

Entendidas nos termos da citação acima, emoções são processos orgânicos, associados às reações das pessoas e que produzem estados de consciência. Os estados de consciência, produzidos pelas emoções, como todos os estados de consciência, são ocorrências cognitivas e nada mais do que isso. A única diferença é que as emoções são estados cognitivos, produzidos no interior de processos orgânicos decisivos para o desencadeamento das reações mais visíveis e relevantes do indivíduo no mundo.

Tão íntima é a relação das emoções com as ações do indivíduo que se pode dizer que o conhecimento não emocional (conhecimento em sentido estrito) se constitui pela influência do meio sobre o indivíduo, a emoção é o início do processo de reação do indivíduo ao meio, e a reação propriamente dita é o prolongamento da emoção para fora do organismo.

A função da emoção é deflagrar reações adequadas à sobrevivência do indivíduo, no meio em que ele se encontra. Para que essa função seja cumprida, reações metabólicas são executadas, resultando nos estados de consciência, que caracterizam as emoções. Não há dúvida de que o encadeamento entre estados de consciência e reações, a que nos referimos, é absolutamente lógico, do ponto de vista dos fins visados pelo processo emotivo.

As afeições (emoções involuntárias) têm uma outra característica, que as diferencia ainda mais do conhecimento não emocional: ao contrário dos sentimentos, elas nunca resultam na percepção ou representação de objetos. Durante a afeição, apenas sentimos. Não percebemos ou representamos qualquer objeto intimamente relacionado à própria afeição. Esta é, sem dúvida, a característica, que mais contribui para que as afeições pareçam distintas do conhecimento.

Apesar de não produzirem percepção ou representação de objetos, ainda assim, as afeições podem e devem ser consideradas conhecimento. Elas podem e devem ser consideradas conhecimento sem objeto¹⁵. Afeições são

⁽¹⁵⁾ Como indicado no corpo do texto, a afirmação de que as afeições são conhecimentos sem objeto não pode ser estendida aos sentimentos (emoções conscientes). Ao contrário das afeições, os sentimentos parecem sempre levar a verdadeiras representações de objetos. Sempre que temos sentimentos, lembramo-nos das pessoas ou coisas amadas, aborrecidas etc. Embora não estejamos absolutamente certos de que as representações desses objetos sejam causadas por emoções, o caso parece ser esse, já que a emoção é muito melhor produtora de recordações do que o simples pensamento abstrato. O poder espantoso, que as emoções têm de despertar lembranças, confirma que os sentimentos, diferentemente das afeições, possuem objeto – os objetos das recordações. Também por esta característica dos sentimentos, as emoções revelam sua natureza cognitiva.

cognições, porque são estados de consciência, produzidos e associados a outros estados de consciência, de acordo com regras bem definidas. Pode-se afirmar que as regras, segundo as quais as afeições e os sentimentos são produzidos e conectados uns aos outros, compõem a Lógica das Emoções, que não se distingue da Lógica Formal, a não ser pela circunstância de que opera a partir de um contexto fático e em função de fins predeterminados, ao passo que a Lógica Formal opera num nível formal e sem fins predeterminados. Respeitadas estas diferenças, em todo o restante, as leis de ilação da Lógica das Emoções reproduzem ou se assemelham às leis de ilação da Lógica Formal.

A Lógica das Emoções se parece, mas não pode ser confundida também com a Lógica Material Clássica. Tanto a primeira como a outra destas lógicas opera a partir de contextos fáticos. Este é o motivo, por que elas se assemelham. Porém, há várias diferenças, que tornam inconfundíveis as Lógicas Emocional e Material. A primeira é o modo como cada uma opera a partir de contextos fáticos. Enquanto a Lógica Material Clássica opera de maneira neutra, sem emitir valorações, a Lógica das Emoções opera com base em valorações.

À raiz de toda emoção, está um ato valorativo. Gostamos de uma pessoa, porque a consideramos boa, bela ou inteligente. Ou não gostamos dela, por a considerarmos má, feia ou estúpida. Estes são julgamentos lógicos, porque se baseiam num critério rigorosamente invariável: a sobrevivência do indivíduo ou da espécie. Ser bom, belo ou inteligente é ser dotado de características favoráveis à sobrevivência do indivíduo ou da espécie; ser mau, feio ou estúpido é possuir características, que dificultam a sobrevivência¹⁶.

Embora ocorram com base em critérios objetivos relacionados à sobrevivência, porém, os julgamentos avaliativos à base das emoções são percebidos como subjetivos, porque se fazem acompanhar por uma espécie de abalo, cuja presença não é percebida durante os estados apenas cognitivos (não-emocionais). O abalo, associado aos julgamentos emocionais, constitui o diferencial específico das emoções.

⁽¹⁶⁾ Pode parecer que a relação da beleza e outros valores morais ou estéticos com a sobrevivência é muito remota, porém é preciso considerar que toda emoção instintiva é resultado de um longo processo de aprendizagem. Nenhuma cognição arraigada surge aleatoriamente, mas é aprendida por experiências reais, que conduzem, todas, ao mesmo resultado. No caso da beleza, a contribuição de determinados indivíduos à sobrevivência de outros faz com que aqueles, cuja sobrevivência foi facilitada, ao final de um longo processo, considerem belos os que a facilitaram.

Que é o abalo emocional? É um estado cognitivo sem objeto? É um estado não cognitivo? Quer-nos parecer que o abalo emocional é a percepção intensificada de um fato. As percepções apenas cognitivas têm a mesma natureza, e uma intensidade muito menor, que a do abalo emocional. Quando percebemos uma coisa, percebemo-la com um abalo extremamente suave. Tão suave que passa despercebido. Esta é a situação mais comum. Quando a coisa ou situação percebida é considerada importante para a sobrevivência do indivíduo ou da espécie, porém, o resultado é outro. A percepção importante ativa um número de outros estados cognitivos associados a pequenos abalos. A soma desses abalos produz um abalo total, percebido como emoção. Desse modo o abalo da cognição em sentido estrito transforma-se em emoção¹⁷.

É certo que a explicação, que vimos de fornecer para o abalo emocional, é uma entre outras possíveis. Ela apresenta a vantagem de não supor a diferenciação fundamental, tantas vezes suposta, porém questionável, entre conhecimento e emoção. Ao contrário das teorias, que adotam essa última diferenciação, a explicação que abraçamos permite uma transição simples e natural da cognição à emoção.

Na medida em que é constituída por estados de consciência, de acordo com regras bem definidas, a emoção pode ser entendida como composição de vivências cognitivas. Nenhuma emoção é simples. Toda emoção é composta pelo mesmo processo de formação das vivências cognitivas sintéticas. Também por este aspecto, a semelhança entre a emoção e o conhecimento em sentido estrito é indisfarçável.

*Em Liberdade e direito, continuamos*¹⁸:

“O organismo parece decidir soberanamente as emoções que irá produzir, em função dos fins de sobrevivência e reprodução que governam o seu comportamento. Estes fins sobrepõem-se às afinidades e aversões, tanto físicas como químicas, que se estabelecem entre as substâncias associadas ao processamento das emoções e as células dos seres vivos.”

De acordo com o texto acima, a decisão a respeito dos fins, a que o processamento das emoções tenderá, é tomada com base no interesse dos

⁽¹⁷⁾ De acordo com o texto, não há conhecimento sem alguma espécie de abalo. A diferença entre o conhecimento não emocional e a emoção seria que, nesta última, a quantidade de conhecimentos interligados é muito maior do que no primeiro, fazendo com que a soma dos pequenos abalos associados aos conhecimentos interligados seja proporcionalmente mais significativa.

⁽¹⁸⁾ Morais, Luis Fernando Lobão. *Liberdade e direito – uma reflexão a partir da obra de Goffredo Telles Júnior*. Campinas, 2000, Copola. p. 363-364.

seres vivos. Todas as emoções têm por finalidade facilitar a sobrevivência e dificultar a extinção de indivíduos e espécies. Seja o exemplo do animal, perseguido por um predador. Colocando-se em fuga, o animal procura sobreviver. Isso não quer dizer que ele esteja consciente do risco, representado pela morte. Mais freqüentemente, o animal se coloca em fuga, por consciência da dor e do sofrimento, mais imediatamente associados ao ataque do predador. Seja por consciência da morte ou do sofrimento, no entanto, fato é que o animal perseguido pratica os atos necessários à sua sobrevivência.

A rigorosa correspondência entre o processamento das emoções e os fins de sobrevivência dos seres e espécies vivas leva-nos a concluir que as emoções constituem o critério, com base no qual os seres selecionam, consciente ou inconscientemente, os seus comportamentos. Isso corresponde a dizer que o processamento das emoções e o comportamento produzido com base nelas são inteiramente lógicos. Não há comportamento, a não ser movido por emoções. Como as emoções são fenômenos lógicos, pode-se afirmar que não há comportamento, a não ser lógico.

À semelhança das engrenagens de uma máquina, as emoções são movidas pelo conhecimento não emocional e movem o comportamento. Uma mesma linguagem lógica preside o movimento conjunto desses que são os três campos básicos da atividade humana: a cognição não emocional, a emoção e o comportamento. Se não fosse assim, não seria possível que o movimento, iniciado num campo, se estendesse aos demais.

A linguagem lógica do movimento conjunto do conhecimento em sentido estrito, das emoções e do comportamento é a das leis e princípios da razão. Tanto o conhecimento como a emoção e o comportamento são racionais. A questão, que aqui nos preocupa, é como as emoções se estruturam, como elas vêm a constituir um conhecimento, ao mesmo tempo, complexo e padronizado.

Consideramos que não há estruturação de conhecimento, a não ser pela experiência do sujeito cognoscente no mundo. Assim como o intelecto de um físico vai-se estruturando gradualmente, conforme ele adquire mais experiência, também o aprendizado de uma emoção pressupõe muitas experiências prévias. Nenhuma estruturação emocional é possível, a não ser pela experiência.

Como adquirimos, porém, consciência das emoções inatas? O bebê, quando nasce, já sente frio, calor, medo, afeição. Como ele tem

consciência do frio, do calor, do objeto que lhe infunde medo ou desperta afeição é difícil estabelecer. Pode-se pensar que as emoções atrativas se fundam no conhecimento de que o ser, pelo qual se sente atração, favorece a sobrevivência do ser atraído, ao passo que as emoções repulsivas se fundam na consciência de que o ser, pelo qual se tem aversão, constitui um empecilho à sobrevivência. O animal, por exemplo, sente atração pela presa e aversão pelo predador. A questão, que nos preocupa, é: como o animal sabe que a presa representa a sua sobrevivência, e o predador, a sua morte? Como ele o sabe, acima de tudo, logo ao nascer, antes de ter, pela primeira vez, se defrontado com uma presa ou um predador?

Se o conhecimento só se estrutura pela experiência, certo é que os seres, que nascem com consciência de determinadas emoções, adquiriram essa consciência em vidas passadas. Não se diga que o conhecimento é geneticamente determinado. Admitir que os genes explicam o conhecimento inato é criar uma fenda na noção, sempre tão comprovada, de que o conhecimento nasce da experiência. É muito difícil sustentar essa posição, pelo simples fato de que vemos, repetidamente, todas as espécies de conhecimento se estruturarem, sem exceção, a partir da experiência. Não pode ser diferente com os conhecimentos inatos. Como os genes não têm qualquer experiência, os conhecimentos inatos, principalmente emotivos, devem ter sido adquiridos em existências passadas.

Pensemos no bebê, que nunca se aproximou do fogo. Ele aparentemente não sabe que o fogo queima. No instante em que a sua mão toca o fogo, porém, ele a retira imediatamente, aos gritos. Por quê? Porque a criança sabe que o fogo é nocivo à sua sobrevivência. Sabe tão bem que todo o seu ser reage, quando a mão se aproxima do fogo. Esta reação tão prevalente se deve a um conhecimento muito bem estabelecido, com que o infante já vem ao mundo. Apenas ele não se recorda desse conhecimento, até se queimar ou sentir a presença do fogo.

Considerados como tendências à produção de comportamentos determinados, todos os instintos dos diferentes animais são determinados por emoções. Pode-se até afirmar que os instintos são emoções, no sentido amplo que atribuímos a esta palavra. Ora, se as emoções constituem cognições, e as cognições se estruturam a partir da experiência (nihil est in intellectu quod non fuerit in sensu), segue-se que o conhecimento instintivo de cada ser tem de se haver estruturado ao longo de uma ou mais existências terrenas.

O MUNDO COMO COISA EM SI E A IMAGEM...

Não é preciso dizer que o ponto de vista, cujos traços fundamentais vimos de esboçar, se baseia na teoria platônica da anamnese. Conhecer não é aprender, é recordar-se do que já se sabia em existências passadas. Nos diálogos Mênon e Fédon, Platão expõe a idéia de que a mente já vem ao mundo com todas as noções universais, com base nas quais ela identifica os objetos. No Fédon, Sócrates e Símiias travam o seguinte diálogo¹⁹:

“Sócrates: Digamos que exista um objeto tal qual a igualdade - não a igualdade entre um e outro pedaço de madeira, mas a igualdade absoluta, que poderia ser considerada superior a esta. Podemos afirmar a existência de uma tal igualdade?

“Símiias: Sim [...]

“Sócrates: Como, então, obtemos o conhecimento dela? Será que observamos as igualdades entre objetos materiais, assim como pedaços de madeira e de pedra, e delas haurimos a idéia de uma igualdade diferente, porque absoluta? Existe uma diferença entre as igualdades, que observamos no mundo material, e a igualdade absoluta [...] Se, olhando para um objeto, alguém observa que ele almeja ser de uma certa maneira, porém não chega a realizar plenamente essa sua tendência, pode-se concluir que a pessoa, que tira essa conclusão, já tinha um conhecimento prévio do padrão, a que o objeto tende [...] Esse é o caso dos objetos iguais, que não realizam a igualdade absoluta. Antes de termos começado a ver, ouvir ou perceber por meio dos sentidos, devemos ter tido conhecimento da igualdade absoluta. Do contrário, não nos teria sido possível compreender o critério, pelo qual identificamos como iguais dois objetos materiais. Essa é a razão por que o conhecimento da igualdade deve ter sido adquirido por nós antes de termos, pela primeira vez, identificado dois objetos iguais, vale dizer, antes de termos nascido. Ora, se adquirimos esse conhecimento antes de termos nascido, ou seja, se já nascemos fazendo uso desse conhecimento, então conhecemos, não só o que é igual, maior ou menor, mas também todas as outras idéias. Não estamos falando apenas da igualdade, mas da beleza, bondade, justiça, santidade e tudo o mais, em que imprimimos, como selo distintivo, o nome de essência.”

Como se vê, a partir do exemplo da igualdade, Platão generaliza, para todas as idéias, a doutrina de que o conhecimento é

⁽¹⁹⁾ Platão. *Phaedo*. In *Great books of the western world*, vol. 6. Chicago, *Encyclopaedia Britannica*, 1993. p. 229.

recordação. Não é diferente na passagem do Mênon, em que Sócrates fundamenta a anamnese em conhecimentos simples de geometria. Pode-se afirmar com segurança que, em Platão, a doutrina da anamnese é sustentada exclusivamente com fulcro nas noções lógicas fundamentais.

Essa espécie de argumentação é plausível, mas não é, de maneira alguma, definitiva. Tanto é que, no Organon²⁰, Aristóteles preferiu adotar a posição intermediária, segundo a qual possuímos o poder inato de conhecer, mas não possuímos conhecimentos inatos. A maioria dos pensadores, de Aristóteles a esta parte, adotou o posicionamento do Estagirita, de preferência à anamnese platônica.

O próprio Santo Agostinho, em que pese a sua dívida para com Platão, sustentou uma versão modificada da teoria da anamnese, formulada pelo grande filósofo grego. Lê-se nas Confissões²¹:

“O conhecimento de fatos, que não alcançam a nossa mente sob a forma de imagens sensoriais, mas são por nós reconhecidos intelectualmente, sem o concurso de imagens, ocorre mediante a coleta de informações que, embora turvas e confusas, já estavam contidas na memória.

“[...] A memória também contém inúmeros princípios e leis, relativos aos números e às dimensões. Nenhum destes pode-lhe ter sido transmitido por meio dos sentidos do corpo, por isto que eles não podem ser vistos, ouvidos, cheirados, saboreados ou tocados. É possível ouvir os sons das palavras, pelas quais o significado desses princípios e leis é expresso, quando discutido, mas uma coisa são as palavras, outra, os princípios. As palavras podem ser escritas em latim ou em grego. Os princípios não se expressam em latim, nem em grego. Eles não se apresentam revestidos de qualquer espécie de linguagem. Já tive oportunidade de observar linhas, desenhadas por arquitetos. Algumas vezes, elas são tão finas como o fio, tecido pelas aranhas. Mas os princípios, a que me referi, são diferentes. Eles não são imagens de coisas, que os olhos do corpo nos revelam. Temos ciência deles reconhecendo-os dentro de nós, sem necessidade de referência a qualquer objeto material. Com ajuda dos sentidos do meu corpo, vim a reconhecer os números utilizados para contar os objetos. Porém, o princípio do número, por meio do qual eu conto, não é o mesmo que a contagem dos objetos. O princípio do

⁽²⁰⁾ Aristóteles. *Organon*. Analítica Posterior, Livro II, Cap. 19.

⁽²¹⁾ Agostinho, Santo. *Confissões*. Livro 10, Capítulos 11 e 12.

número tampouco é a imagem das coisas por nós contadas, mas algo que se sustenta por uma espécie de direito próprio. Se alguém é cego para isto, que se ria de mim: terei pena dele.”

O livro, em que a versão agostiniana da anamnese é exposta de modo mais cristalino, talvez seja o De magistro. Nesse diálogo mantido com o seu filho Adeodato, Santo Agostinho sustenta que ensinar consiste em transmitir signos (sinais) representativos dos objetos aos aprendizes. Os próprios objetos obviamente não são transmitidos, nem a verdade a respeito deles. De acordo com Agostinho, a verdade está dentro de cada um. O que os signos fazem é despertar a atenção do sujeito pensante para ela. Por isso, ensinar é transmitir signos, aprender é recordar.

Uma diferença fundamental entre as doutrinas do conhecimento de Platão e Santo Agostinho, é que, para o primeiro, a alma adquire numa outra vida o conhecimento, com que vem ao mundo, ao passo que, para o último, Deus é quem infunde na alma esse conhecimento. Inobstante tal diferença, Platão e Santo Agostinho concordam em que todo conhecimento independente da experiência é infundido na alma antes do nascimento. Como o conhecimento dos objetos materiais pressupõe consciência prévia das idéias perfeitas deles, em toda e qualquer circunstância, conhecer é lembrar-se.

Discordamos deste ponto de vista. Entendemos que a anamnese explica apenas uma parte dos conhecimentos ditos independentes da experiência. Muita coisa do que conhecemos é construída por nós. Sejam, por exemplo, as leis da relatividade de Einstein. Na sua formulação matemática, essas leis podem ser concebidas independentemente da experiência. Nem por isso se pode afirmar que elas já eram conhecidas antes do século XX²².

Muito do conhecimento a priori é construído e reconstruído pelo sujeito durante sua vida. Porém, inegavelmente, uma parte desse conhecimento parece ser mesmo inata. O problema é que a doutrina da anamnese não pode ser demonstrada apenas com base nas idéias

⁽²²⁾ Outra importante diferença entre as versões da doutrina da anamnese sustentadas por Platão e Santo Agostinho e a apresentada, em breves linhas, no presente artigo diz respeito à preexistência do sujeito cognoscente. Para Platão, antes de se encarnar, o sujeito teria vivido e aprendido as noções do conhecimento inato no mundo das idéias. Para Santo Agostinho, o sujeito não teria tido uma preexistência. Simplesmente, as noções do conhecimento inato ter-lhe-iam sido infundidas por Deus, no ato da concepção ou pouco depois. Em que pese a respeitabilidade destes pontos de vista, parece mais acurado considerar que o sujeito adquiriu as noções do conhecimento inato numa existência terrena anterior a esta.

lógicas, como os filósofos platônicos pretendiam. Na verdade, a fundamentação da anamnese exclusivamente em idéias lógicas, assim como as geométricas, constitui o principal motivo de essa teoria não se ter tornado a doutrina gnoseológica mais aceita ao longo da História do Pensamento. A preexistência da alma é uma, apenas uma, das explicações possíveis para o uso, que o ser humano faz das idéias a priori. O argumento mais forte, a favor da doutrina da anamnese, não parece ser o das idéias a priori, mas o das emoções, pois estas últimas constituem uma espécie de conhecimento muito mais complexo e flagrantemente baseado na experiência do que as idéias a priori. Sendo mais complexas e tendo sido estruturadas em resposta a problemas práticos de sobrevivência dos animais, quer-nos parecer que as emoções inatas só podem ter-se desenvolvido durante uma existência terrena anterior desses mesmos animais²³.

Não é objetivo do presente artigo aprofundar excessivamente o ponto particular da doutrina da anamnese. O que nos interessa mais especificamente é estudar a gênese da imagem humana do mundo. As emoções têm uma revelação muito importante a fazer sobre este assunto.

Robert Plutchik desenvolveu uma teoria, segundo a qual determinadas emoções básicas se combinam para formar emoções compostas. São emoções básicas a alegria, a aceitação, o medo, a surpresa, a tristeza, a aversão, a raiva e a expectativa. Quando duas emoções vizinhas, dentre estas oito, são combinadas, gera-se uma díade primária. Assim, por exemplo, alegria combinada com aceitação dá amizade, medo combinado com surpresa resulta em susto. Já quando duas emoções distantes se combinam, resulta uma díade secundária. Exemplos de díades secundárias são a culpa, formada pela soma da alegria e do medo, e o mau humor, formado pela combinação da tristeza com a raiva. Por fim, se duas emoções ainda mais distantes se combinam, temos uma díade terciária. São díades terciárias o deleite, formado pela soma da alegria e da surpresa, e a ansiedade, constituída pela mistura da expectativa com o medo²⁴.

⁽²³⁾ Outra razão por que a anamnese não costuma ser adotada como ponto de vista a respeito do conhecimento é que as pessoas tendem a considerar o conhecimento do bebê extremamente simples. Essa simplicidade, porém, não é inequívoca. Os bebês apresentam conhecimentos, que pressupõem toda uma cadeia extremamente complexa e abstrata de outros conhecimentos, assim como as emoções instintivas.

⁽²⁴⁾ Plutchik, Robert. *Emotion: a psychoevolutionary synthesis*. Nova York, 1980, Harper & Row.

Ainda que possam ser relativizadas, as combinações de emoções de Plutchik permitem entender que as emoções obedecem a uma simbologia racional, pois somente objetos redutíveis a signos podem ser somados, comparados ou intercambiados. Isso mostra que as emoções são racionais ou, pelo menos, racionalizáveis.

Mais importante ainda: as emoções básicas parecem ser redutíveis a duas: a aversão e a atração (denominada aceitação por Plutchik). A raiva pode ser reduzida à aversão mais a surpresa. A alegria é a combinação da atração com a expectativa. O medo é a aversão mais a expectativa. Ainda que tenhamos de utilizar algumas outras emoções básicas, para explicar as que Plutchik menciona, todas elas resultam da combinação da aversão ou da atração com outra(s) emoção(ões).

Ora, tanto a atração como a aversão pedem um objeto. Atração é atração por algo. Aversão também é aversão por alguma coisa. Em outros termos, se o eu sente atração, e a atração é racional, como vimos que toda emoção o é, algum objeto atrator tem de existir. Semelhantemente, se o eu sente aversão, e a aversão é racional, algum objeto repugnante tem de existir. O eu não existe sozinho.

As emoções fazem prova de que existe algo além do eu. É importante frisar que essa prova não coloca a existência de um mundo externo no início da perquirição sobre a natureza das emoções. Consideradas como puras experiências mentais, independentemente da pressuposição da existência de um mundo exterior ao sujeito, as emoções pedem outros objetos.

Não se diga que as leis de ilação, que ligam o sentimento de atração à existência de um objeto atrator ou o sentimento de aversão à existência de um objeto, que justifique a aversão, são relativas. Não se diga que elas podem ser aceitas ou rejeitadas. As leis de ilação do pensamento são tão objetivas e imediatas quanto o próprio pensamento. Bergson diria que essas leis são dados imediatos da consciência. Não podemos rejeitá-las, pelas mesmas razões por que não podemos rejeitar o fato do pensamento. A evidência do pensamento e das leis, que relacionam uns aos outros os objetos pensados, são exatamente do mesmo tipo apodítico²⁵.

⁽²⁵⁾ Assim como Descartes disse “Penso, logo existo”, seria possível afirmar “Sinto (emociono-me), logo o outro existe”. A evidência destas duas proposições é do mesmo tipo.

A evidência apodítica da existência do outro, porém, não prova que os seres, que conhecemos por meio dos cinco sentidos, existam do modo como os concebemos. Uma coisa não implica a outra. Existe algum ser, não necessariamente os seres que concebemos, fora do eu.

Este é o ponto de chegada da presente tentativa de reflexão sobre o conhecimento humano. Vimos que o autoconhecimento, como dado imediato da consciência, é absolutamente evidente, que as emoções constituem parte do nosso autoconhecimento e que, como tais, elas participam da evidência absoluta deste. Isso é suficiente para nos levar à afirmação do realismo gnoseológico. Existe um mundo objetivo. Mais do que isso: é possível propor que o mundo subjetivo do pensamento e o mundo objetivo podem ser conectados, pelo menos, por analogia²⁶. De acordo com este posicionamento, que poderíamos denominar realismo fraco, as representações descritivas do mundo são verdadeiras, na medida em que se assemelham ao próprio mundo.

O realismo, a que vimos de nos referir, é um realismo por semelhança, por analogia, mas não deixa de ser realismo. É preciso dizer, entretanto, que existe ainda uma outra espécie de realismo: o realismo forte, segundo o qual a conexão entre o mundo subjetivo da mente e os seres do mundo objetivo se dá, não por analogia, mas por necessidade. Esse segundo tipo de realismo pode ser sustentado, fundamentalmente, pela pressuposição de que o autoconhecimento e o conhecimento do outro se constituem pelo mesmo processo lógico. Se isso for verdadeiro (e é bem possível que o seja), a certeza associada ao autoconhecimento aplicar-se-á ao conhecimento do outro. Teremos, por essa via, a fundamentação não apenas do mundo como coisa em si, mas como objeto bem definido, cuja imagem nos é fornecida incessantemente pelos sentidos.

Desde o Capítulo VII do livro Liberdade e direito - uma reflexão a partir da obra de Goffredo Telles Júnior, vimo-nos empenhando em mostrar que o conhecimento sensível se dá pela coincidência ou empatia física entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido. Essa coincidência é necessária, exatamente porque não há diferença entre o conhecimento

⁽²⁶⁾ Por conexão entre o mundo do pensamento e o mundo objetivo, queremos dizer a identificação dos objetos de um desses mundos com os objetos do outro, assim como as imagens de todos os cavalos já vistos por nós correspondem à idéia abstrata de cavalo, concebida pelo nosso intelecto.

sensível e o autoconhecimento. Poder-se-ia perguntar por que só temos conhecimento imediato de nós mesmos, e não do outro, se ele existe necessariamente. Só temos conhecimento imediato do nosso próprio ser, porque conhecimento pressupõe coincidência. O eu coincide consigo mesmo: por isto ele se conhece. Segundo o mesmo princípio, quando o eu coincide com um outro ser (apenas quando isto acontece), ocorre o conhecimento sensível²⁷. Desta conclusão resulta uma sólida fundamentação para a imagem, que temos do mundo.

Vimos, no início deste artigo, que as críticas, desenvolvidas a respeito das possibilidades do conhecimento humano, desde a época de Hume e de Kant até a atualidade, parecem resolver-se, para muitos autores, na mais completa inviabilização do realismo gnoseológico. Entre o mundo como ele é em si mesmo e a imagem humana do mundo, existiria um abismo intransponível pelo conhecimento. Esse ponto de vista profundamente cético pode parecer

⁽²⁷⁾ O conhecimento mais básico da realidade se dá por empatia, quer dizer, pela capacidade, que os seres cognoscentes têm, de coincidir consigo mesmos e com energias emitidas por outros seres. Essa capacidade de coincidência pode ocorrer por contato local, entre objetos constituídos por átomos, ou à distância, entre partículas elementares. A ocorrência da primeira espécie de interação é facilmente verificável pelo senso comum. Explicamo-la detalhadamente no Capítulo VII de *Liberdade e direito – uma reflexão a partir da obra de Goffredo Telles Júnior* (Campinas, Copola, 2000). Já a última espécie é atestada pelo famoso experimento, conduzido pela equipe do físico Alain Aspect, que Amit Goswami descreve com as seguintes palavras: “O experimento, realizado por Alain Aspect e seus colaboradores, mostrou claramente que, quando dois objetos quânticos são correlacionados, se medimos um deles (produzindo, destarte, o colapso de sua função de onda), a outra função de onda entra também instantaneamente em colapso – mesmo a uma distância macroscópica, mesmo quando nenhum sinal há de espaço-tempo para lhes mediar a conexão. Einstein, no entanto, provou que todas as conexões e interações no mundo material têm que ser mediadas por sinais que viajam através do espaço (princípio de localidade) e, portanto, ser limitadas pela velocidade da luz.”

[...Alain Aspect] “usou fótons de polarização correlacionada que emergiam em direções opostas, a partir de uma fonte de átomos de cálcio. Um detector foi colocado na trilha de cada feixe de fótons. O aspecto crucial do experimento - e que lhe tornou a conclusão irrefutável - foi a inclusão de um interruptor que, na verdade, mudava a direção da polarização de um dos detectores a cada 10 bilionésimos de segundo (tempo mais curto do que o tempo de viagem da luz ou de qualquer outro sinal local entre duas localizações de detectores). Ainda assim, a mudança da direção de polarização do detector dotado de interruptor mudava o resultado da medição na outra localização - exatamente como a mecânica quântica dizia que deveria acontecer” (Goswami, Amit. *O universo autoconsciente - como a consciência cria o mundo material*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 2000. pp. 85-86, 151).

A conclusão, extraída por Goswami do experimento de Aspect, no sentido de que as partículas menores que o átomo interagem mesmo quando situadas a anos-luz de distância, se baseia no fato bem estabelecido de que elas trocam informações a velocidades superiores à da luz.

baseado em sérias considerações filosóficas, mas não resiste a uma análise crítica. É claro que o problema do fundamento último do conhecimento não pode ser definitivamente resolvido, mas uma coisa parece certa: os pontos de vista céticos e idealistas não contam com a supremacia absoluta, tão freqüentemente alardeada. Pelo contrário, a imagem clara e bem definida, que os sentidos nos dão do mundo, parece assentar-se em bases bastante sólidas. Da mesma forma, em termos gerais, o processamento racional dessa imagem pelo sujeito cognoscente está longe de obliterar as marcas originais, que o mundo imprimiu sobre ela.

ARTIGO

FALSA IDENTIDADE: BREVES NOTAS JURÍDICO-INSTINTUAIS

Carlos Henrique MACIEL*

I - DO INTRÓITO

Por meio deste ensaio, proponho evocar tormentosa polêmica acerca da necessidade de imposição de sanção penal ao sujeito que, inquirido pela autoridade competente em procedimento regular, negligencia informes concernentes à sua pessoa ou fornece dados qualificativos inverídicos com o propósito de homiziar-se à ação escoreita da Justiça. O fato ocorre com maior frequência no interrogatório conduzido pelo Delegado de Polícia durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, em que o acusado, não portando documento pessoal e possuindo antecedentes criminais, aproveita o ensejo para declarar nome fictício ou dizer-se falsamente menor de idade.

A questão é investigar se há transgressão à norma incriminadora do art. 307 do Código Penal, que assim define o delito de *falsa identidade*:

“Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.”

II - DA POLÊMICA

Não são raros os arestos que, com supedâneo no postulado da *autodefesa*, sustentam a descaracterização de qualquer ilícito penal na

(*) Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e Professor de Direito Constitucional da PUC-Campinas.

hipótese, porquanto, ao assim fantasiar, o agente objetiva unicamente a manutenção do *status libertatis*, ainda que moralmente reprovável a conduta simulada.¹

O argumento nuclear desse entendimento é o de que toda pessoa é naturalmente impelida a preservar a própria liberdade física, não sendo dela exigível, portanto, a prestação de qualquer informação potencialmente dotada de força capaz de retirar-lhe aquela condição. Aduzem que o serviço público conta com elementos outros para a perfeita identificação do increpado (como arquivos de dactiloscopia), o que tornaria inócua a palavra ardilosa. Ademais, não havendo o sistema repressivo pátrio encampado o *crime de perjúrio* em relação ao imputado, bem como tendo o Estatuto Básico delineado o *direito ao silêncio*, e considerando-se que a lei penal adjetiva permite a livre expressão do interrogado, conseqüentemente não incorreria no injurídico, por ausência do dever contrário, o indiciado ou réu que faltasse com a verdade.

Em sentido visceralmente oposto estão os que detectam a punibilidade do mencionado comportamento a título de *crime de falsa identidade*,² visualizando presentes, na essencialidade, os elementos que integram o tipo criminal definido no art. 307 do Código Penal.³ *Venia permissa*, situo aqui a melhor orientação.

Explico.

III - DAS NOTAS JURÍDICAS

O raciocínio que passo a desenvolver inicia-se pela anatomia legal e doutrinária do *ato de interrogatório*. Entre nós, a ouvida do incriminado

(1) Cf. JUTACRIM 73:384, 90:228, 91:404, 97:291; RF 317:330; RJTJSP 124:468; RT 228:71, 512:393, 532:414, 561:361, 576:396, 608:352, 613:347.

(2) Cf. JUTACRIM 44:169, 55:242, 78:415, 81:386, 83:67; RJDTACRIM 4:104, 15:87; RJDTACRSP 11:88; RJTJSP 14:454, 71:321, 101:433, 124:470; RT 547:324, 561:339, 603:341, 608:295; RTJE 62:261.

(3) Anote-se que a matéria em comento não constitui simples violação do preceito sancionador estatuído no art. 68 da Lei das Contravenções Penais, Ao fabular em torno dos dados pessoais exigidos pela autoridade, o sujeito visa à obtenção de vantagem em proveito próprio, com o que realiza aquele elemento subjetivo do injusto exigido para a configuração do crime de falsa identidade. Portanto, a ação suplanta a infração contravencional aludida, a qual, pelo caráter subsidiário de suas modalidades, não indaga da intenção ou escopo de quem atua, dispensando aquele *plus*. Assim lecionam Damásio E. de JESUS, *Lei das Contravenções Penais Anotada*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 2ª ed., 1994, p. 226, e Manoel Carlos da COSTA LEITE, *Lei das Contravenções Penais*, Ed. RT, S. Paulo, 1976, p. 445.

pelo Instrutor constitui procedimento de ofício, diante do que dispõe o Código de Processo Penal, *in verbis*:

“**Art. 185.** O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado.”⁴

Mais adiante, o mesmo *Codex* descreve o ritual a ser obedecido para aquele cumprimento:

“**Art. 188.** O réu será **perguntado** sobre o seu nome, naturalidade, estado, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão e onde exerce a sua atividade e se sabe ler e escrever, e, depois de cientificado da acusação, será **interrogado** sobre:

I- onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

II- as provas contra ele já apuradas;

III- se conhece a vítima e as testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

IV- se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer dos objetos que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

V- se verdadeira a imputação que lhe é feita;

VI- se, não sendo verdadeira a imputação, tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a que deve ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

VII- todos os demais fatos e pormenores, que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII- sua vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, no caso afirmativo, qual o juízo do processo, qual a pena imposta e se a cumpriu.

⁽⁴⁾ Contudo, há países, como os Estados Unidos da América, que impedem seja o suspeito ou acusado compelido à sua inquirição, eis que a realização do ato fica na inteira dependência de seu prévio e incoercível assentimento. No Brasil, tão-somente a Lei de Imprensa sujeitou a execução do interrogatório do réu à sua manifestação expressa neste exato sentido (cf. art. 45, III, da Lei Federal nº 5.250/67).

Parágrafo único. Se o acusado negar a imputação no todo ou em parte, será convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações.”⁵

Como se percebe, o réu é submetido a uma consulta bifronte pela autoridade que o interroga, **devendo**, em primeiro lugar, identificar-se e, em seguida, querendo, expor sua versão a respeito do que é indagado, com a ressalva de que eventual indiferença poderá ser reputada em seu desfavor.⁶

“Distinguem-se, no interrogatório, duas partes. O chamado interrogatório de identificação é aquele por meio do qual o Juiz procura inteirar-se de que a pessoa contra quem foi proposta a ação penal é aquela que está presente à audiência para ser interrogada. Deverá, por isso, o acusado ser perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado civil, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce sua atividade, e se sabe ler e escrever.

Por outro lado, esse interrogatório de identificação, muitas vezes, supre deficiências das qualificações indiretas, e, além disso, tal qualificação é necessária para o preenchimento do boletim individual a ser remetido ao Instituto de Identificação e Estatística, a que se refere o art. 809 do CPP.

Terminado o interrogatório de identificação, o Juiz, em seguida, passará ao interrogatório de mérito, ou, como lhe chamam os autores italianos, interrogatório objetivo. Dando início a essa segunda parte, o Juiz deverá dar ciência ao imputado da acusação que pesa sobre ele.”⁷

Por envolver perguntas diretamente ligadas à prática infracional sob investigação, o denominado interrogatório de mérito deve ser conjugado em harmonia com o *princípio do contraditório*, dogma universal que capacita o réu ao exercício de todos os instrumentos úteis à refutação, em igualdade de condições, da acusação contra si infligida.⁸ Ora, se a todo acusado é assegurado o direito de rebater a imprecisão, há que predominar o apotegma *nemo tenetur se detegere*, o que impede a autoridade pública de coartá-lo à auto-incriminação. Cuida-se da consagração daquilo que os

⁵ Sublinhei. Insista-se que a regra exposta normatiza inclusive a conduta da autoridade policial, tendo em vista a prescrição veiculada pelo art. 6º, V, do CPP.

⁶ Cf. art. 186 do CPP.

⁷ Cf. Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 17ª ed., 1995, v. III, p. 248-249.

⁸ Cf. art. 5º, LV, da Constituição do Brasil.

norte-americanos apelidaram de *privilege against self-incrimination*⁹ e que o regime constitucional aborígene traduziu em termos de *direito ao silêncio*.¹⁰

Como corolário desse arcabouço histórico, que garante a ampla defesa entre os povos civilizados e como consequência de sua interpretação lógico-sistemática, o ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro sequer se preocupa em penitenciar aquele que transige com a autenticidade dos fatos durante a inquirição meritória, à medida que dele não se exige a virtude da sinceridade.¹¹ Por isso, cabe dizer que o interrogatório objetivo é elevado à categoria de meio de defesa e não exorbita da qualidade de simples *ônus*, porque, na mensagem lapidar de PONTES DE MIRANDA, a conduta do litigante “não se equipara ao dever da testemunha”.¹²

A razão impõe conclusão diversa em torno do interrogatório de identificação. Esta fase preliminar do ato processual tem a finalidade de oferecer um juízo de cognição relativo à pessoa do réu, tornando possível a colheita de informações particulares que o destacam dentre os demais integrantes da comunidade. A individualização do acusado é medida imprescindível ao *due process of law*, eis que serve a inúmeros objetivos de responsabilidade da administração da Justiça: outorga ao Mediador a certeza de que o indivíduo à sua frente corresponde com exatidão ao pólo passivo da relação processual;¹³ propicia importante subsídio para a formação da estatística de que se vale o Poder Público para a elaboração de uma política de controle da criminalidade em prol da sociedade;¹⁴ pode inibir a troca de pessoas em audiência quando uma empresta o nome à outra, manobra utilizada por marginais escolados que redundam na frustração do reconhecimento do

⁽⁹⁾ Tal axioma foi positivado na Constituição dos EUA por intermédio da Emenda V, de 25 de setembro de 1789, ao rezar que nenhuma pessoa “será obrigada a depor contra si própria em processo criminal...” (apud Bernard SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1966, p. 417).

⁽¹⁰⁾ Com efeito, preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil:
“Art. 5º.

.....
LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
.....”

⁽¹¹⁾ Mesmo a lei adjetiva civil exime à parte de depor sobre fatos criminosos a ela imputados (cf. art. 347 do CPC).

⁽¹²⁾ Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1974, t. IV, p. 268.

⁽¹³⁾ Cf. art. 41 do CPP.

⁽¹⁴⁾ Cf. art. 23 do CPP.

autor do delito pela vítima, com sério e, às vezes, inexpugnável prejuízo à busca da verdade real; e, muito mais que isso, evita que a pena passe da pessoa do criminoso,¹⁵ porque, ao se socorrer da qualificação de outrem, quiçá por meio da exibição de documento adulterado, o zombeteiro pode perfeitamente desencadear a prolação de sentença expiatória em detrimento de um inocente, bem como a execução de eventual mandado de prisão contra esse último, que, inclusive, terá indevidamente seu nome lançado no rol dos culpados e sofrerá as habituais agruras trazidas pelos inúmeros transtornos burocráticos a conturbarem sua vida normal.

Tais os motivos que animaram o Legislador a proclamar especial zelo na identificação real do acusado.¹⁶ Trata-se de medida administrativa que se insere na ordem processual, investindo a cautelosa autoridade estatal de um poder a que corresponde a obrigação do réu em atendê-lo. Então, a apresentação dos dados pessoais pelo interrogado não é apenas ônus, mas *dever*, que, não observado, subordina o inadimplente às penas da lei.

Cumpra à Administração Pública o impedimento das transgressões e a manutenção da paz, papéis que desempenha mediante o exercício do poder de fiscalização, em cuja dimensão se instala a necessidade de conhecimento sobre a vida dos membros da sociedade, preservada a intimidade deles. Para tanto, e à vista de motivo razoável, os funcionários públicos gozam *ratione officii* da faculdade de solicitar, ou mesmo exigir, que o administrado permita ser identificado. *In exemplis*, a “ação policial preventiva está a exigir dos agentes policiais o conhecimento dos cidadãos de suas circunscrições e lhes dá, assim, competência para interpelar qualquer pessoa sobre a sua identidade.”¹⁷ Aquele que se mantém incógnito perante a exigência legal proveniente da autoridade administrativa age *contra legem* e profana a norma resguardada pelo art. 68 da LCP; caso seu silêncio tenha por alvo a obtenção de alguma vantagem, certamente ocorrerá ofensa a bem jurídico diverso, e seu autor cometerá o delito definido no art. 307 do CP.

Ora, não seria lógico que o desatendimento pelo particular à ordem promanada de qualquer servidor competente da Administração por mera suspeita levasse à *sanctio juris*, enquanto que o primeiro ficaria incólume quando o reclamo se originasse da autoridade policial ou judiciária em

⁽¹⁵⁾ Cf. art. 5º, XLV, da CF.

⁽¹⁶⁾ Cf. art. 259 do CPP.

⁽¹⁷⁾ Cf. Manoel Carlos da COSTA LEITE, *op. cit.*, p. 445.

procedimento regular ou devido processo legal. Haveria séria e evidente desconsideração à *intentio legis*. Então, o Delegado e o Juiz têm, em sua integridade, o poder de forçar o interrogado à identificação. Admissão em contrário, eminentemente arbitrária, resultaria em *flatus vocis*.

Se, durante o interrogatório de mérito, está o indivíduo autorizado a tergiversar, não lhe cabe, contudo, negar o oferecimento de seus próprios dados pessoais por ocasião do interrogatório de identificação. Neste sentido a doutrina de MANOEL CARLOS DA COSTA LEITE: “Segundo o art. 186 do CPP poderá o réu recusar-se a responder às perguntas que lhe forem formuladas, mas esta faculdade só concerne às perguntas que tangem ao mérito da acusação e jamais às perguntas que constituem a qualificação.”¹⁸

Não é plausível falar-se aqui em *autodefesa*, até porque no interrogatório de identificação inexistente imputação, senão a indispensabilidade de qualificação do que responde. Consoante se colocou *ab initio*, há os que sugerem que a renitência ou falseamento no ato de identificação por parte de quem teme ser preso ou continuar encarcerado configuram mecanismo individual de autoproteção, que, emergido de raízes instintuais, encontra ressonância e agasalho jurídicos por intermédio do *princípio da ampla defesa*, pelo que repelem a possibilidade de expiação *in casu*.

A assertiva é duplamente falaciosa.

Primum, há que se ressalvar que nenhum princípio jurídico é absoluto, mesmo aquele constitucionalizado à guisa de direito individual.¹⁹ A oposição a ataque ou a risco concreto é garantida em prol do indivíduo pela estrutura normativa, de acordo com as condições materiais previstas na legislação penal comum,²⁰ sendo que, no âmbito processual, a segurança resulta *ope constitutionis*.²¹

A defesa em juízo ou fora dele precisa ser *ampla*, não absoluta. O direito ao contraditório deve ser colocado em termos científicos e sobre bases mais exatas, dispensando-se o socorro à metafísica ou a tons poéticos que

⁽¹⁸⁾ Cf. Manoel Carlos da COSTA LEITE, *op. cit.*, p. 444.

⁽¹⁹⁾ “Os direitos clássicos não desapareceram. Perderam, tão-somente, o seu caráter absoluto para ganhar uma dimensão mais relativa surgida da imperiosidade de compatibilizar o direito com outros princípios constitucionais.” (cf. Celso RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 12ª ed., 1990, p. 157-158). Assim também pensa José AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, S. Paulo, 9ª ed., 1993, p. 166-167).

⁽²⁰⁾ Cf. arts. 24 e 25 do CP.

⁽²¹⁾ Cf. art. 5º, LV, da CF (c/c art. 261 do CPP),

embaraçam seu real entendimento e sucumbem no metajurídico. Já é hora de se proceder à crítica dos que fazem proselitismo fácil em torno de um conceito que possui limitações técnico-jurídicas, dos que nele procuram uma tendência totalizante e unificante que se compraz em aplicá-lo indistinta e cabalmente à realidade completa.

A exegese e o emprego de qualquer proposição jurídica demandam sua conformidade com os lindes e elementos prescritos pela norma incidente. A plenitude da defesa, portanto, é um direito universal da pessoa, mas que deve ser exercitado dentro do campo que lhe resta, uma vez respeitadas as condicionantes estabelecidas pela legislação em vigor. Aquela máxima tradicional, que encontra sua primeira restrição no axioma da igualdade das partes, não pode ser oposta a determinadas medidas legais que trazem certo desconforto ao réu, como, por exemplo, sua sujeição a prazos,²² sua retirada da sala de audiências quando se porta inconvenientemente²³ ou por solicitação da testemunha receosa,²⁴ seu dever de comparência em Juízo sob pena de revelia,²⁵ o ônus de demonstrar o que alega,²⁶ a utilização de meios lícitos para produção provas,²⁷ etc...

Sabidamente, a lei obriga sejam os acusados em geral qualificados pela autoridade, considerando como típica e antijurídica a ação de desprezo materializada por aqueles que se omitem ou enganam. A recusa torna-se ilícita, até porque o interrogatório de identificação não é instrumento de defesa, qualidade que é própria do interrogatório de mérito. Se pudéssemos, *ad argumentandum tantum*, considerar como autodefesa o ardil exprimido pelo acusado no instante de sua identificação, ainda assim concluiríamos pelo imperativo do castigo criminal, eis que nem toda manobra defensiva é amparada pelo Direito: a vigente legislação processual penal não força o interrogado a narrar o verdadeiro, mas o força a se identificar. Para asseverar que outro não pode ser o remate, ousou ir mais longe: o encargo aludido é compromissado pela Carta Magna nacional, que, ao preconizar que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”,²⁸ logicamente, elenca a missão de

(22) Cf. art. 798 do CPP.

(23) Cf. art. 796 do CPP.

(24) Cf. art. 217 do CPP.

(25) Cf. art. 366 do CPP.

(26) Cf. art. 156 do CPP.

(27) Cf. art. 5º, LVI, da CF, c/c arts. 332 do CPC e 3º do CPP.

(28) Cf. art. 5º, LVIII, da CF.

se qualificar o acusado de alguma forma, tarefa a que ele não pode ele resistir.

Com efeito, a *legítima defesa* é afastada de plano dada a ausência de qualquer “agressão” precedente a ser repelida pelo sujeito, além do que não há “injustiça” na indagação que lhe é dirigida.

O regime do *estado de necessidade*, por sua vez, não pode ajudar quem, por possuir antecedentes criminais ou gravame de qualquer espécie, determinou por vontade a preexistência do “perigo” de que agora tenciona subtrair-se. A ninguém é lícito adquirir *favor juris* por ensejo da própria torpeza.

Também não é caso de invocar-se o instituto da *inexigibilidade de conduta diversa*. A culpabilidade tem por núcleo o juízo de reprovação que advém da conduta infringente, ou seja, a ação violadora só é punível quando praticada sob circunstâncias toleráveis em que era normalmente reclamável do *homo medius* um agir conforme ao Direito. Então, não estaria sujeito à censura social aquele que cometesse o ato sob o império de situações extremas e invencíveis não subsumidas no estado necessário. *Ultra posse nemo tenetur*. Sem reprovabilidade não há culpabilidade. “A não exigibilidade de conduta diversa supõe que a ocorrência excede a natural capacidade humana de resistência à pressão dos fatos, pois se o Direito não impõe heroísmos, reclama uma vontade anticriminosa firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal.”²⁹

O benefício em análise apenas incide em condições de excepcionalidade provocadas por circunstâncias anormais demandadoras de esforço quase sobre-humano para sua superação.³⁰ Eis a advertência de ANÍBAL BRUNO, no entanto: “Se o reconhecimento da não exigibilidade como causa geral da exculpação abre espaço no sistema penal àquele movimento de justiça que ajusta a prática punitiva a exigências de humanidade e da consciência jurídica, por outro lado, uma aplicação indiscriminada do princípio poderia alargar uma brecha no regime, por onde viriam a passar

⁽²⁹⁾ Cf. Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1967, t. II, p. 105.

⁽³⁰⁾ “O julgamento da normalidade das circunstâncias, entretanto, vai até onde a situação permite que a representação do resultado oposto ao Direito se imponha como motivo preponderante na determinação da vontade no sentido de um comportamento de acordo com a norma. Até este momento é exigível que o agente deixe de praticar o fato ilícito.” (cf. Aníbal BRUNO, *op. cit.*, t. II, p. 98, nota de rodapé).

casos onde evidentemente a punibilidade se impõe, com a conseqüência de enfraquecer a necessária firmeza do Direito Penal.”³¹

Segundo a *communis opinio doctorum*, as causas de exclusão da culpabilidade motivadas pela inexigibilidade de comportamento diferente estão no Código (hipóteses legais)³² ou fora dele (hipóteses supralegais).³³ Para uns, a lei penal delas fez *numerus clausus*, aprisionando-as sob as modalidades de “coação irresistível e obediência hierárquica”;³⁴ para outros, são situações inominadas que exercem o papel de eliminador geral da culpa *lato sensu*. Fosse qual fosse a colocação a ser assumida, não estaria protegido pelo princípio o acusado que afirmasse qualificação contrária à verdade.

Porque não se mostra mínimo vínculo de subordinação entre a autoridade e o acusado, obviamente não se cogita de qualquer graduação funcional capaz de refletir a obediência hierárquica. E, porque é obrigação da autoridade inteirar-se da qualificação do acusado, falece eventual *vis compulsiva* na exigência que assim se torna lícita; ademais, considerando-se que o acusado, de uma forma ou de outra, fora o causador da situação de risco à própria liberdade, não se poderia falar em “coação irresistível”, porquanto ninguém pode exercer coação sobre si mesmo (*nullus proprie cogitur a se ipso*).

Ainda que se o entenda de natureza sobrenormativa, o instituto não acolheria o relapso. Os interrogatórios, inclusive as inquirições policiais em geral, são medidas procedimentais ordinariamente previstas na legislação e, em especial no que concerne à colheita dos dados pessoais, realizadas com lisura, jamais podendo ser catalogadas como “circunstâncias anormais” que não pudessem ser suplantadas pelos homens comuns. Tanto é verdade que é fato notório que a esmagadora maioria dos acusados fornece a identidade com correção.

⁽³¹⁾ Cf. Aníbal BRUNO, *op. cit.*, t. II, p. 102.

⁽³²⁾ Cf. Heleno Cláudio FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, Ed. José Bushatsky, S. Paulo, 1976, p. 226; Nelson HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 5ª ed., 1978, v. I, t. II, p. 26.

⁽³³⁾ Cf. Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1967, t. II, p. 106; Damásio E. de JESUS, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1985, v. I, p. 387-389; Giuseppe BETTIOL, *Direito Penal*, Ed. RT, S. Paulo, 1971, v. II, p. 142-143; Vicente SABINO JR., *Princípios de Direito Penal*, Ed. RT, S. Paulo, 1965, v. I, p. 180.

⁽³⁴⁾ Cf. art. 22 do CP.

IV - DAS NOTAS INSTINTUAIS

Secundum, o querer, em tal situação, atribuir a essência da mentira a uma resposta instintiva do indivíduo implica em lamentável *reductio ad absurdum*. Significa mesmo ignorar o conteúdo característico das excitações mais primárias do ser, retirá-las do quadro de elementariedade, onde devem permanecer, e alçá-las indebitamente para o embasamento de uma atividade intelectual, tomando-as como ponte que se dirige à desculpa e fazendo-se *tabula rasa* das inúmeras questões que se suscitam no terreno ético.

“Considera-se, ordinariamente, como instinto um ato desempenhado por um animal, sobretudo quando é novo e inexperiente, ou um ato desempenhado por muitos indivíduos, da mesma forma, sem que saibam prever o fim, ainda que somente pudessemos desempenhar o mesmo ato com o auxílio da reflexão e da prática.”³⁵ Logo, o instinto reúne um arcabouço de propriedades que o distinguem das demais performances do ente vivo: hereditariedade, inatismo, disposição psicofísica, forma rudimentar de proceder, repetição esquemática e estereotipada, especialidade e especificidade, resistência à modificação e, principalmente, cegueira, são algumas delas.

O instinto é a maneira geneticamente herdada de adaptação ao ambiente que confere ao ser vivo, independentemente da experiência, um comportamento tipificado por uma operação pré-designada, biologicamente condicionada e padronizada para cada espécie; portanto equivale a uma reação inconsciente e inexorável do indivíduo a um estímulo externo e que visa à satisfação de suas necessidades originárias. Dentre os impulsos naturais destaca-se o *instinto de autoconservação*, de que a legítima defesa - segundo muitos - é expressão jurídica, nele incluída a luta pela manutenção da livre deambulação. Mas isto não quer dizer que toda ação do ser humano que pretende a liberdade seja um ato instintivo ou, ao menos, *exclusivamente* instintivo.

Para que o anelo da autopreservação possa traduzir o único *leitmotiv* da criatura, e assim justificar um comportamento mais extremado, faz-se mister que o sujeito aja instantânea e impensadamente diante do

⁽³⁵⁾ Cf. Charles DARWIN, *A Origem das Espécies*, Ed. Hemus, S. Paulo, 1975, p. 230.

perigo.³⁶ Ora, é certo que não se conduz por puro instinto aquele que, ao ser inquirido por outrem, com todas as garantias formais e com tempo suficiente para meditar e criar estórias, refletidamente falseia ao se manifestar por meio de versão adrede preparada. Ninguém está obrigado pela Natureza a mentir sob tais condições. Quem inventa nomes, endereços, filiação, data de nascimento e demais informações fictícias, atua *calculadamente, deliberadamente, conscientemente*, e em sua conduta externa não se vislumbra qualquer das propriedades do instinto.

Não se perca o óbvio: o Direito não pode voltar as costas à Natureza. O *normativo* e o *físico* não são realidades paralelas, como também não são coincidentes; apenas são diversos e entrelaçados. *Ex necessitate jus oritur*. “Os conceitos de que usa o jurista são conceitos de dois mundos diferentes: o *mundo fático*, em que se dão os fatos físicos e os fatos do mundo jurídico, quando tratados somente como fatos do mundo fático, e o *mundo jurídico* em que só se leva em conta o que nele entrou, colorido pela regra jurídica que incidiu. O mundo jurídico está, pois, todo, no pensamento do jurista e do povo. Por isso mesmo, é a soma dos fatos jurídicos.”³⁷

PONTES DE MIRANDA consignou que o *mundo da realidade* é repleto de **fatos** que não se confundem e tampouco se repelem, porquanto sobre os mesmos podem recair, ou não, as *regras jurídicas*: quando não tocados pela norma de Direito, permanecem na categoria de **fatos ajurídicos** (*acontecimentos simples*); se sofrem a operação mental denominada **incidência da norma** (força jurígena), transmutam-se em fatos jurídicos, dando ensejo a **relações jurídicas** e passando a compor o chamado *mundo jurídico*, subconjunto do *mundo real*. A fronteira que divide os dois campos

⁽³⁶⁾ A afirmação não diligencia relacionar o instinto a um ato meramente mecânico. A bem da verdade, não se pode ignorar a presença de um certo componente volitivo ou resquício de inteligência na atitude instintual. Daí a advertência de Henri BERGSON: “Não há inteligência onde não se descubra vestígio de instinto, nem instinto, sobretudo, que não esteja envolto numa franja de inteligência. Esta franja de inteligência é que foi causa de tantos enganos. Pelo fato de que o instinto é sempre mais ou menos inteligente, concluiu-se que inteligência e instinto sejam coisas da mesma ordem, e que não há entre eles senão uma diferença de complexidade ou de perfeição, e sobretudo que um dos dois seja exprimível em termos do outro.” (v. *A Evolução Criadora*, Coleção “Os Pensadores”, Ed. Abril Cultural, S. Paulo, 1979, cap. II, p. 177). Jean PIAGET chegaria a conclusão semelhante: “No que concerne (...) ao instinto, constatou-se que nem sua infalibilidade nem principalmente sua imutabilidade são absolutas, e encontra-se em certos casos (Deleurance) uma pequena margem de aprendizado que parece fazer transição com a inteligência” (v. *Sabedoria e Ilusões da Filosofia*, Coleção “Os Pensadores”, Ed. Abril Cultural, S. Paulo, 1979, cap. III, p. 133).

⁽³⁷⁾ Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*, Ed. Bookseller, Campinas, 1998, t. I, p. 21.

é oferecida pela **norma jurídica** (*direito objetivo*) como produto evolutivo da escala de adaptação social e elemento limitativo do que deve, ou não, adentrar no mundo do Direito dentro de uma dada contingência histórica (*nullum factum, nullus effectus sine norma*). A incidência da regra jurídica sobre a situação de que cuida é incontornável e alheia à vontade humana, acompanhando a inexorabilidade da lei física da gravitação universal: a regra jurídica sempre *incide* (“recai sobre”); o que virá a se concretizar, ou não, é a sua **aplicação**.

Conquanto possa apresentar-se vasto, o campo de incidência de qualquer norma jurídica jamais é ilimitado. A regra jurídica é intrinsecamente condicionada por seus próprios elementos descritivos, abrangendo e atingindo tão-somente os fatos naturais ou sociais por ela previstos. Ao conjunto dessas ocorrências retiradas do *mundo dos fatos*, e aptas à incursão normativa, dá-se a denominação de suporte fático.³⁸ Trata-se de enunciado pré-jurídico revelador de uma hipótese fática sobre que incorre a norma (*suporte fático abstrato*), ou do próprio fato quando materializado no mundo (*suporte fático concreto*).

Portanto, o Direito tem firmada sua exequibilidade até o momento em que a norma jurídica não destoa da realidade fática que lhe é subjacente. A observação remonta a MONTESQUIEU, para quem as leis políticas devem estar de acordo “com a ordem das coisas sobre as quais são elas estabelecidas.”³⁹ Este conteúdo inspirador de todo sistema regente é chamado *princípio da realidade*, por meio do qual se reclama da norma jurídica uma identidade minimamente razoável com o mundo fático, conferindo àquela condicionantes para sua efetiva aplicação. Ao Poder Público incumbe editar regulamentos de direito objetivo toleráveis pelo cotidiano, suscetíveis de execução e dotadas de praticabilidade, a menos que pretenda ver suas prescrições relegadas ao descaso pelo cidadão impossibilitado de dar-lhe cumprimento em função da coerção aberrante que estejam a contemplar. *Ad impossibilia nemo tenetur*.

⁽³⁸⁾ “Suporte fático, assim, é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois de que se concretizam (= ocorram) no mundo os seus elementos, é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, **se poderá falar em conceitos jurídicos**.” (cf. Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do Fato Jurídico*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1985, p. 53).

⁽³⁹⁾ Cf. MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, Coleção “Os Pensadores”, Ed. Abril Cultural, S. Paulo, 1979, liv. 1º, cap. III, p. 28.

A aproximação que urge existir entre ambos os universos - o *natural* e o *normativo* - não pode redundar em sufocamento de um pelo outro. Quando a lei positiva se sobrepõe à cadeia rotineira das coisas, distorcendo-a ou desconsiderando-a, recai no inexecutável, e até no ridículo. Por outro turno, se o natural comandasse o jurídico, este não passaria de superfetação, à medida que haveria um automatismo implacável na realização do valor social, houvesse ou não normatização; a regra de direito seria despicienda frente à sua concretização genuinamente mecânica, pois, “se ela coincidissem com os fatos, não precisaria de eventual aplicação; nem seria possível a cisão lógica e política ‘incidência-aplicação’.”⁴⁰

O Instinto (como elemento da Natureza) é reconhecido pelo Direito (como complexo de leis). Parece que outra não é a fonte material da legítima defesa e do estado necessário senão o empuxo biopsicológico específico que, de modo inabalável e imediato, dirige o organismo à manutenção de seus bens primários; aqui, atenta ao arranjo regular das coisas, a disciplina normativa razoavelmente evita a superveniência do ilegal e protege quem atua dentro das balizas e sob as condições de perigo que enuncia. Por isso, o indivíduo não é penalizado.

Contudo, a constatação desse reconhecimento não pode significar a subjugação global do ordenamento jurídico às pulsões naturais. O apelo ao instinto não pode reabilitar todas as ações humanas no domínio social, muito menos no mundo das normas, porquanto, *a contrario sensu*, estar-se-ia procedendo a uma total identidade entre o natural e o jurídico. Para a comprovação do argumento, mais uma vez sou constrangido a invasões filosóficas e psicológicas.

Ao investigar o teorema da motivação, SCHOPENHAUER chegou a uma insólita conclusão: “Todo *querer* se origina da necessidade, portanto, da carência, do sofrimento.”⁴¹ A *vontade* schopenhaueriana é *desejo*; mas, todo desejo é *necessidade* de satisfação, uma compulsão ao suprimento de uma ausência. A mente humana possui uma camada superficial a que denominamos *consciência* e que se submete ao imperfeito princípio da razão;

⁽⁴⁰⁾ Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1970, t. I, p. 9.

⁽⁴¹⁾ Cf. Arthur SCHOPENHAUER, *O Mundo como Vontade e Representação*, Coleção “Os Pensadores”, Ed. Abril Cultural, S. Paulo, 1980, liv. III, § 38, p. 26).

todavia, em suas profundezas, encontra-se o *inconsciente*,⁴² onde se instala o apetite central com sua irracionalidade. A natureza prefere preservar a espécie ao indivíduo, motivo por que o instinto sexual é uma manifestação perfeita do elementar desejo de vida. A sexualidade é a grande geradora das emoções e o núcleo, portanto, de toda ação humana revestida de intencionalidade. O consciente brota do inconsciente. A conduta não é livre em si mesma: se agimos do modo que desejamos é porque agimos de modo basicamente necessário.

Mais tarde, viria a teoria psicanalítica de SIGMUND FREUD a sustentar que a civilização humana nasceu desde o momento histórico em que controlou os instintos; reprimiu-os e adiou-os, mas não os extinguiu. A concepção freudiana dos processos mentais abriu na humanidade imensa chaga narcísica ao esclarecer que a *consciência* não passa de um filete superficial emergido do embate entre forças inconscientes que ora propendem o indivíduo para a execução de atos constitutivos e preservativos, ora o impelem à prática de atos destrutivos. A descoberta derrubara a razão humana do pedestal majestático e sublime em que até então reinara soberanamente.

Para o incomparável pesquisador vienense, os instintos em geral corresponderiam às forças antitéticas existentes por trás das tensões causadas pelas necessidades do id, representando as exigências somáticas que são feitas à mente. O *instinto de vida* (Eros) seria a pressão interna cuja energia motriz - a **libido** - estimula a criação de novas e maiores unidades vitais (*pulsões sexuais*), bem como a manutenção delas (*pulsões de autoconservação*), devido à sua força conglutinante. O *instinto de morte* (Tânatos) já seria o conjunto de tendências inatas que objetivam o retorno ao estágio inorgânico e que por sua força desagregadora - a destrudo - faz com que o indivíduo dirija a agressividade contra o mundo externo ou contra si próprio.

⁽⁴²⁾ "A idéia dos filósofos sobre aquilo que é mental não era a da psicanálise. A maioria esmagadora deles vê como mental apenas os fenômenos da consciência. Para eles, o mundo da consciência coincide com a esfera do que é mental. (...) O que, então, um filósofo pode dizer perante uma teoria que, como a psicanálise, assevera que, contrariamente, aquilo que é mental é em si próprio *inconsciente*, e que ser consciente constitui apenas uma *qualidade*, capaz ou não de advir a um ato mental específico e cuja retirada talvez possa não alterar esse ato sob nenhum outro aspecto?" (cf. Sigmund FREUD, *As Resistências à Psicanálise*, "Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud", Ed. Imago, Rio de Janeiro, 1976, v. XIX, p. 268-269). SCHOPENHAUER, portanto, teria ido além das especulações filosóficas tradicionais.

Então, elementos inconscientes movem a vontade e a atividade do homem, pois “o ego está sujeito também à influência dos instintos, tal como o id, do qual, como sabemos, é somente uma parte especialmente modificada.”⁴³ Por isso, FREUD não se reporta ao *livre arbítrio*, mas ao *arbítrio motivado*.⁴⁴

Com apoio nessas lições, não nos distanciariamos da verdade se disséssemos que *todo comportamento relevante tem um grau de instintividade*. O ato volitivo é sempre plasmado por um componente determinístico - o instinto - que lhe serve de pano de fundo. E, se assim é, não haveria como legitimar-se toda e qualquer atuação humana sob o pretexto de que guarda uma base pulsional: a indistinção acarretaria concretamente uma sistemática e reiterada inviabilidade para a escolha de aflição ao ofensor, e, à semelhança de como Pompéia caíra arruinada diante do Vesúvio, todo sistema normativo, sobretudo o criminal, seria transformado em letras mortas. Haveria uma antinomia insolúvel, um ilogismo extraordinário. O natural estaria sobrepondo-se ao legal, esmagando-o.

Como se poderia, *exempli gratia*, reprimir os crimes contra a liberdade sexual em que o intenso afloramento da motivação instintiva é mais evidenciado e de contundência gritante? Deixaria de ser criminoso aquele que, agindo impulsivamente e movido por paixão ou violenta emoção, ferisse o semelhante?⁴⁵ A idiossincrasia do particular poderia preponderar mais que a instrumentalização da paz comunitária?

Incogitável, com certeza, a expunção da criminalidade da conduta por nela simplesmente constar a presença de algum matiz instintual. Para que isso ocorra, há que existir uma situação de fato em que seja digno pontificar o aforismo *necessitas non habet legem*. Insista-se: não há possibilidade jurídica de isenção por apego ao instinto onde ele não existe, ou, se existe, não é predominante, ou, ainda que prevalecente, a ação por ele desencadeada extrapola as condicionantes legais.

Se a autodefesa (ordem natural) fosse guindada à classe do absoluto e pudesse com frequência garantir a impunidade de quem realiza os

⁽⁴³⁾ Cf. Sigmund FREUD, *O Ego e o Id*, “Obras Psicológicas...”, v. XIX, p. 55.

⁽⁴⁴⁾ Cf. Sigmund FREUD, *Psicopatologia da Vida Cotidiana*, “Obras Psicológicas...”, v. VI, p. 303-304.

⁽⁴⁵⁾ “Um excesso de agressividade sexual transformará um amante num criminoso sexual, enquanto que uma nítida diminuição do fator agressivo torna-lo-á acanhado ou impotente” (cf. Sigmund FREUD, *Esboço de Psicanálise*, “Obras Psicológicas...”, v. XXIII, p. 174).

elementos do tipo legal (ordem social), constituiria uma causa eximente de natureza extralegal, *ipso facto* conduzindo a absurdos chocantes. Tampouco ao mais piedoso dos mortais pareceria razoável a absolvição do delinqüente que, para esquivar-se à prisão, matasse o policial executor do mandado judicial. É porque isto não estaria de acordo com a “ordem das coisas”.

V - DO EPÍLOGO

Pelo que se conclui, pratica a infração de falsa identidade - e a tal título deve ser punido - o agente que, para obter ou manter a liberdade, apresenta qualificação indevida à autoridade, pois seu intuito de defesa assim expressado não encontra amparo na legislação. Máxime porque com tal situação não se coadunam as justificativas ou dirimentes penais.

Aquele que descaradamente atraiçoa, fingindo ser outro, utiliza-se de inaceitável escárnio para lançar no deboche a Administração Pública e seus agentes. Para o que assim age é reservado tratamento rigoroso notadamente por parte do Magistrado, a quem incumbe zelar pela dignidade da Justiça e restabelecer seu prestígio quando abalado de maneira tão sorrateira.⁴⁶ Ora, se ele próprio não reprime com eficácia as manobras temerárias cometidas por meio de ações malévolas em feitos sob sua alçada, como poderia o Poder Judiciário exigir severo respeito dos jurisdicionados à Instituição? Prevaricar à punição do sátiro é, s.m.j., capitular diante do falseamento, do engodo, da frustração, do desvirtuamento e do acinte; *data magna venia*, é faltar ao dever fixado *ex auctoritate legis*.

A conduta explanada é censurável sob todos os aspectos; a incriminação, inarredável.

⁽⁴⁶⁾ Cf. arts. 251 do CPP e 125, III, do CPC.

Editoração: Beccari Propaganda e Marketing

Rua Pedro Álvares Cabral, 183 - Campinas - S.P. - Fone Fax (19) 3255-6311
beccaripropag@uol.com.br

Impresso por: Gráfica e Editora Tecla Tipo Ltda. - Fone: (19) 3216-5566
gtt@teclatipo.com.br

