

O Poder Judiciário e os Deveres Humanos

(1)

Juiz Benedito Silvério Ribeiro

Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

1. Introdução

Foi uma honra muito grande aceitar o convite do Desembargador Manoel Carpena Amorim, DD. Diretor Geral da EMERJ, para falar sobre o tema: “O Poder Judiciário e as Garantias Constitucionais dos Direitos Humanos - Deveres Humanos”.

O tema, na verdade, se refere aos deveres nos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade da justiça e da paz no mundo.

Não se pode falar dos direitos sem dar a correspondente dos deveres.

A cidadania envolve o exercício pleno do direito pelo cidadão, o que significa a evolução em busca de uma vida melhor e, conseqüentemente, o progresso moral do homem. Os deveres se constituem na contrapartida desses direitos ligados à vida, à liberdade, à intimidade, à educação, saúde, trabalho, participação democrática e à vida das gerações futuras.

Farei algumas colocações sobre os deveres correspondentes a esses direitos.

2. Deveres Humanos relativos aos direitos de primeira geração

A Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. E assumindo forma de declaração, e não de tratado,

confirma o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, afirmando um código comum a ser seguido por todos os Estados. Representa o amplo consenso alcançado acerca dos requisitos mínimos necessários para uma vida com dignidade. É uma visão moral da natureza humana, tratando seres humanos como cidadãos autônomos e iguais e que merecem igual consideração e respeito.

Por essa razão, é conveniente falar dos deveres humanos, pela natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, reconhecimento explícito na Constituição Federal de 1998, como se vê no parágrafo 2º, do art. 5º.

A natureza dos deveres humanos decorre dos direitos naturais e inatos ou direitos positivos e históricos, ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. No dizer de Norberto Bobbio (A era dos direitos, RJ, Campus, 1992), a questão dos direitos humanos não é mais o de fundamentá-los, mas o de protegê-los.

O dever primordial que envolve os liames da família, pressupõe reciprocidade entre pais e filhos. No caso do dever de respeito dos pais para com os filhos está o da maternidade, relativamente à amamentação.

O dever de reciprocidade traz como consequência o pensionamento dos pais em relação aos filhos e vice-versa.

No caso de falta do dever do sustento material o nosso sistema penal prevê a figura do art. 244, do CP, ao considerar crime “deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inato para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários, ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente gravemente enfermo”.

Estes deveres relacionados aos direitos de primeira geração dizem respeito não só ao dever da mãe amamentar os filhos, como o dever dos pais pelo sustento, criação e alimentação, sob pena de prisão, destituição ou suspensão do pátrio poder. Esses deveres são aqueles decorrentes de obrigações primárias.

Há, ainda, outros deveres como o de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho (art. 342, do CP) e o dever de cumprir as leis, fazer ou não fazer em virtude de lei, sob pena de desobediência (art. 330, do CP).

Proposição:

Os deveres relativos aos direitos de primeira geração implicam em obrigações cujo descumprimento pode acarretar consequências civis e sobretudo penais.

3. Deveres Humanos relativos aos direitos de segunda geração

Esses deveres decorrem dos direitos sociais e econômicos, protegendo o indivíduo na questão da educação, saúde, trabalho etc.

A Constituição Federal estabelece como dever do Estado e da Família, o acesso de todos (art. 205, da CF), à educação, como condição plena de desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; atendimento em creche e pré escola às crianças de zero até 6 anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta do ensino noturno regular, adequado às condições do educando e atendimento ao educando, no ensino fundamental através de programas suplementares e material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208).

Em relação ao dever do trabalho inúmeros são estes, detendo-me apenas na norma do inciso XX, do art. 7º, sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (artigos 372 e s.s., da CLT).

Há, ainda, o dever de voto que no nosso sistema é obrigatório (art. 14, parágrafo 1º, inciso I, da CF). Também existe a obrigatoriedade consistente no dever de prestação do serviço militar.

Proposição:

O dever do Estado com a educação e o trabalho da mulher deve ser efetivado mediante garantias das normas constitucionais ou infra constitucionais.

4. Deveres Humanos relativos aos direitos de terceira geração

Esses deveres se referem aos interesses difusos¹ e permitem a participação do cidadão na vida democrática, como forma de participação na vida política. A falta de norma regulamentadora pode ser questionada através do mandado de injunção (art. 102, II, a, 105, I, h e 121, § 1º, da CF) ou ainda a participação dada ao cidadão para pleitear a anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio público. Este procedimento pode ser feito através da ação popular cujo objetivo é o dever da moralidade administrativa. Ou ainda a ação civil pública destinada à busca da reparação e proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à reparação por infração da ordem econômica e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, sempre referentes àqueles interesses.

O dever de cidadania se expressa na participação do cidadão na vida da *polis*.

Na verdade, os deveres estão afetos à própria garantia dos direitos, com isso significando a necessidade da função jurisdicional harmonizadora de direitos e deveres do indivíduo.

A cidadania se expressa na falta de norma regulamentadora através do mandado de injunção (Artigos 102, II, a, 105, I, h e 121, §1º, da Constituição Federal). O Eminent Desembargador Lair Loureiro² aponta julgado da Sessão Plenária do Tribunal de Justiça de São Paulo, de mandado de injunção procedente, de servidores municipais, no caso enfermeiras, que pretendiam percepção de adicional noturno superior ao diurno, por direito assegurando na Constituição da República, artigos 7º, IX e 39 e na da Lei Orgânica do Município de São Paulo em seu artigo 96, §2º, aplicando analogicamente os preceitos do mandado de segurança coletivo à falta de regramento processual adequado.

Outro exemplo de cidadania é a participação dada ao cidadão para pleitear a anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio público³.

¹ Antônio Rulli Júnior, *Universalidade da Jurisdição*, São Paulo, Oliveira Mendes ed., 1998.

² Lair da Silva Loureiro e Lair da Silva Loureiro Filho, *Mandado de Segurança e Mandado de Injunção*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, pp.383-390.

³ Desembargador Antonio Raphael Silva Salvador, *Ação civil pública - aspectos processuais*, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, co-edição APAMAGIS, 1997, pp.6-7.

Diz a norma do inciso LXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. É alguém que “...age em nome próprio e no exercício de um direito seu, assegurado constitucionalmente”.⁴ O sujeito da ação popular defende interesse da sociedade enquanto entidade coletiva destituída de personalidade jurídica. É o aspecto de participação política e democrática da cidadania, um meio especial de acesso à jurisdição, com a característica de controlador da legalidade administrativa dos atos de governo, evitando-se a lesividade, a ilegalidade e a imoralidade.

A ação civil pública se destina à busca da reparação e proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à reparação por infração da ordem econômica e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, sempre referentes àqueles interesses (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985). São interesses que recebem proteção possível não pelo cidadão, como acontece na ação popular, mas por outros legitimados, como determinado na lei.

A ação civil pública se apresenta como instrumento político de participação, porque permite a preservação de bens e valores relevantes para a comunidade, em última análise, protege a sociedade através de seus interesses difusos. A questão do meio ambiente ligada à idéia de que o homem é parte integrante da natureza, fundamento de respeito às condições físicas do próprio planeta. Com esta finalidade vem se pronunciando os julgados dos nossos Tribunais. EMENTA: Constitucional. Ação direta. Liminar. Obra ou atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente. Estudo prévio de impacto ambiental. Diante dos amplos termos do inc. IV do par. 1º, do art. 225, da Carta Federal, revela-se juridicamente relevante a tese de inconstitucionalidade da norma estadual que dispensa o estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais. Mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na competência do legislador federal, já que a este cabe disciplinar, através de normas gerais, a conservação da natureza e a proteção ao meio ambiente (art. 24, inc. VI, da Constituição Federal),

⁴ Celso Bastos, *Curso...*, pp.223/224.

não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o parágrafo. 3º, do art. 24, da Carta Federal, já que esta busca suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais, ausentes na espécie. Medida liminar deferida. (S.T.F., ADIMC 1086/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 01/08/1994). EMENTA: Processual civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento de compra e venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade, doutrina. Jurisprudência. Recurso provido.

I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) A nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) A indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) A obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula.

II - Como já assinalado anteriormente (R.ESP. 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob o influxo de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos num só tempo. (S.T.J., R.ESP. 105215/DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento em 24/06/1997).

Não há mais dúvida de que o próximo século será marcado pelo direito coletivo.

A partir do século XIX as Constituições passaram a ter a forma escrita e a característica de rígidas, protegendo os direitos do indivíduo e estabelecendo o Estado de Direito.

Esta nova perspectiva levou à estruturação do poder político através da separação dos poderes.

A jurisdição ganhou relevo como função autônoma dentro da separação dos poderes, embora as constituições da Europa mantivessem a função atrelada à administração. Ao contrário, a Constituição americana previa a independência da função como poder autônomo. No direito brasileiro, a tradição sempre foi de função autônoma e independente.

Mas, deve-se reconhecer que a rigidez constitucional significa autonomia da jurisdição que é sempre prevista no Estado de Direito como garantia dos direitos fundamentais do indivíduo.

No direito constitucional brasileiro a tradição é de prestígio da função jurisdicional, como pedra angular do sistema.⁵

O Estado de Direito tem por fundamento o princípio da legalidade e como tal só através da função jurisdicional é possível manter a ordem criada, com a responsabilidade de instituições livres, condição da paz e da educação do povo, valores do bem viver e de honestidade, inclusive administrativa e legislativa. A Constituição do Império (1824) e as que se seguiram na República (1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988) sempre consideraram a jurisdição como o lado interno da soberania do Estado, dando-lhe a natureza de função independente. A perfeição da função caminhou para a universalidade e, como consequência, para a universalização de seu instrumento. É uma conquista própria do constituinte brasileiro e dos nossos juristas.

Proposição:

Os deveres decorrentes dos interesses difusos ou coletivos devem estar amparados por procedimentos capazes de proteger o patrimônio público contra atos lesivos e a proteção do meio ambiente e do consumidor.

5. Deveres Humanos decorrentes dos direitos de quarta geração

Esses deveres decorrem dos direitos à vida das gerações futuras.

A engenharia genética e a clonagem acarretaram mudanças rápidas na sociedade. A evolução da ciência revela os mitos do desconhecido e o

⁵ Cândido Motta Filho, *Rui Barbosa e o Poder Judiciário*, RDP, 1/159-169, São Paulo, R.T. :“O Judiciário, como ele demonstrou, teve na história das instituições políticas brasileiras, um roteiro que não o desmereceu” (p.165)

desconhecido sempre foi causa de instabilidade. Na medida em que se explica o mito, determinando-se a natureza das coisas é que se torna ciência, trazendo segurança, e a jurisdição só pode normalizar o que é conhecido, o que é seguro no presente e no futuro, diante do princípio da segurança jurídica; porque qualquer *decisum* sobre o que não é conhecido é julgamento privado de qualquer fundamentação. O próprio direito positivo se assenta sobre o que é conhecido: a mudança com estabilidade social trazida pela evolução da própria consciência histórica.

O próprio erro profissional, decorrente do atraso da ciência, não é punido, mas, tão somente o erro médico decorrente da negligência, da imprudência e da imperícia.

É dever do Estado a preservação da ordem social e moral e a condição humana também exige evolução que preserve valores e normatize a questão da manutenção artificial da vida, transplante de órgãos, a fertilização *in vitro*, a clonagem, entre outros, superando preconceitos, e permitindo evolução ética.

A jurisdição não faz saltos porque sua ética não permite distanciamento da lei e da realidade, qualificando-se pelo seu resultado, ou seja, a solução do caso concreto satisfazendo os anseios das partes e da sociedade, sem deixar resquícios, para evitar a insatisfação social e da própria consciência histórica, no binômio que pode ser aceito pelo indivíduo e não ser aceito pela comunidade naquele momento, ou vice-versa.

Proposição:

O Estado tem o dever de manter ascendência sobre as experiências científicas relativa à engenharia genética e clonagem, garantindo o direito à vida das gerações futuras. ◆