

Revista do Curso de  
Direito da Faculdade  
Campo Limpo Paulista

VOLUME 7 – 2009

COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO

VOLUME 52



**Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP**

Prof<sup>ª</sup>. Ms. Patrícia Gentil – **Diretora**

**Curso de Direito**

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues – **Coordenador**

**Conselho Editorial**

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues (editor); Prof. Dr. Luís Antônio Francisco de Souza (UNESP);  
Prof. Ms. Robson do Boa Morte Garcez (Mackenzie); Prof. Ms. Samuel Antonio Merbach de Oliveira

Publicada com o apoio da Fupesp –  
Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – v. 7 (2009) –  
Porto Alegre: IOB 2009 –  
v.; 16x23cm. – (CADO: Coleção Acadêmica de Direito v; 52)

ISSN 1980-1866

1. Direito. – I. Série.

CDU: 34

CDD: 340

(Bibliotecária responsável: Nádia Tanaka – CRB 10/855)

**REVISTA DO CURSO DE  
DIREITO DA FACULDADE  
CAMPO LIMPO PAULISTA**

Endereço para correspondência:

Rua Guatemala, 167 – Bairro Jardim América

CEP: 13231-230 – Campo Limpo Paulista - SP

Fone: (11) 4812.9400

Internet: [www.faccamp.br](http://www.faccamp.br)

E-mail: [marcosdomingues@faccamp.br](mailto:marcosdomingues@faccamp.br)

**IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.**

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca  
05036-060 – São Paulo – SP  
Caixa Postal 60036 – 05033-970

**Telefones para Contatos**

**Cobrança:** São Paulo e grande São Paulo (11) 2188.7900  
Demais Localidades 0800.7247900

**SAC e Suporte Técnico:** São Paulo e grande São Paulo (11)  
2188.7900

Demais Localidades 0800.7247000

**Renovação:** Grande São Paulo (11) 2188.7900  
Demais Localidades 0800.728388

Internet: [www.iob.com.br](http://www.iob.com.br)

## APRESENTAÇÃO

---

Chegamos ao sétimo volume da *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista*, e, novamente, contamos com a participação de professores, alunos e colaboradores externos.

Dessa feita, alguns textos contemplam o tema central da VII Semana Jurídica de nosso Curso: “Direitos Humanos – 61 Anos Depois”, como referência à vigência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948.

De outro lado, dois textos tratam do Mercosul, um escrito pelo Professor Samuel Antonio Merbach de Oliveira e outro pelas alunas Dolaine Regina de Souza Coimbra e Juliana Silva Rosa.

Sem desmerecer as outras colaborações, merece menção o artigo do Professor João Renato de Favre, “O Mundo Eletrônico Contemporâneo e as Breves Considerações sobre a Fronteira Deste com o Operador do Direito”, que coincide com palestra a ser proferida em nossa Semana Jurídica, com o título “Processo Eletrônico e Acesso à Justiça”.

Neste volume, pela segunda vez consecutiva, contamos com trabalhos de ex-alunos, Gilza Mariane Coutinho Borges e Talita de Brito, como demonstração dos vínculos que se formam com o corpo discente e a capacidade para a pesquisa dos seus integrantes.

Esperamos continuar com o prestígio de professores, alunos e pessoas do mundo jurídico na caminhada desta Revista, razão para a pesquisa e incentivo ao estudo do Direito.

Professor Dr. Marcos Abílio Domingues

Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista



# SUMÁRIO

---

1. A CONDIÇÃO HUMANA, A VOLTA DA POLÍTICA E A ANÁLISE DO MAL Luís António Francisco de Souza .....	7
2. OS DIREITOS HUMANOS E O ACESSO AO ENSINO SUPERIOR Marcos Abílio Domingues .....	20
3. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS – ALICERCES ÉTICOS PARA SEU EXERCÍCIO, EM UMA PERSPECTIVA CRISTÃ Robson do Boa Morte Garcez.....	28
4. CINEMA, DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA: UMA INTRODUÇÃO José Rubens Demoro Almeida .....	38
5. UMA REFLEXÃO SOBRE O PRONUNCIAMENTO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ Aparecida Dias de Oliveira Formigoni .....	48
6. RESPONSABILIDADE PENAL E CO-CULPABILIDADE Sabrine Pierobon de Souza .....	58
7. MERCOSUL E INTEGRAÇÃO REGIONAL Samuel Antonio Merbach de Oliveira.....	66
8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INTERPRETAÇÃO Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi .....	76

## COLABORAÇÕES EXTERNAS

1. O MUNDO ELETRÔNICO CONTEMPORÂNEO E AS BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FRONTEIRA DESTE COM O OPERADOR DO DIREITO João Renato de Favre .....	90
2. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O BIODIREITO Gilza Mariane Coutinho Borges .....	107
3. ARBITRAGEM: UMA QUESTÃO CULTURAL Ana Maria Malaco Pereira .....	124
4. CRIMES DE INFORMÁTICA Talita de Brito .....	140

## COLABORAÇÕES DE ALUNOS

1. O MERCADO COMUM DO SUL COMO MECANISMO PARA O FORTALECIMENTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS ENTRE OS PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL E DEMAIS BLOCOS INTERNACIONAIS Dolaine Regina de Sousa Coimbra e Juliana Silva Rosa .....	146
---	-----

2. A JUSTIÇA DO TRABALHO E O ENSINO MÉDIO REGULAR	
Geraldo Cassoli Junior .....	150
3. DISSÍDIOS COLETIVOS: ALTERAÇÕES DECORRENTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45	
Ana Lucia Krause, Cristiane Nascimento Souza Carvalho e Sonia Marques Soares .....	155
 NORMAS PARA PUBLICAÇÃO .....	 160
FUPESP – UMA FEDERAÇÃO DE DESTAQUE .....	162

# A CONDIÇÃO HUMANA, A VOLTA DA POLÍTICA E A ANÁLISE DO MAL

---

**Luís Antônio Francisco de Souza**

Professor Assistente, Doutor do Departamento de Sociologia e Antropologia  
– Unesp – *Campus* Marília.

**RESUMO:** O pensamento de Hannah Arendt (1906-1975) pode ser considerado uma investigação sobre as origens do totalitarismo e as consequências sociais e políticas de uma vida ameaçada. A análise de Arendt, portanto, desdobra-se em uma busca para compreender como a condição humana converteu-se na negação da pluralidade e do direito à justiça, na medida em que o domínio público tornou-se opaco e liberou as experiências privadas, incompatíveis com a lógica da *pólis*. A morte produzida pelo totalitarismo nos adverte sempre que a redução da condição humana a apenas um de seus aspectos tem o potencial de ameaçar a vida na face da terra.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hannah Arendt; totalitarismo; genocídio; holocausto; banalidade do mal; espaço público.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Vida activa e a era moderna; 2 O antissemitismo; 3 Homens descartáveis; 4 O mal absoluto; 5 O mal banal; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O homem pode perder todos os chamados direitos do homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade. (Hannah Arendt, 2004a, p. 331)

O pensamento de Hannah Arendt (1906-1975) pode ser considerado uma investigação sobre as origens do totalitarismo e as consequências sociais e políticas de uma vida ameaçada. A vida coletiva se define, para Arendt, como um conjunto de práticas, ações e comportamentos compartilhados entre os diferentes atores e grupos sociais. O campo onde se dá essa vida é a política. A política é condição fundamental da vida coletiva e espaço no qual os indivíduos se encontram e experimentam seus valores mais importantes, como liberdade, moralidade, justiça e felicidade.

A análise de Arendt, portanto, desdobra-se em uma busca para compreender como a condição humana converteu-se na negação da pluralidade e do direito à justiça, na medida em que o domínio público tornou-se opaco e liberou as experiências privadas, incompatíveis com a lógica da *pólis*.

A origem do mal absoluto (o genocídio) emerge dessa conversão da condição humana, baseada no agir, pensar e julgar, em uma vida voltada apenas para o reino da necessidade, expresso na figura do *animal laborans*.

A vida, patrimônio fundamental da política, durante o século XX, tornou-se descartável, e os povos, descartáveis por excelência, foram confrontados com os campos de concentração e de extermínio. A morte produzida pelo totalitarismo nos adverte sempre que a redução da condição humana a apenas um de seus aspectos tem o potencial de ameaçar a vida na face da terra.

## 1 VIDA ACTIVA E A ERA MODERNA

A discussão fundamental de Hannah Arendt diz respeito à indagação sobre o que estamos fazendo. Nesse sentido, o livro *A condição humana* (1989) investiga o que é específico à nossa atual condição, através do estudo das atividades que formam nosso estar no mundo.

A nossa condição é denominada por ela de *vida activa* e é caracterizada por três formas de atividades. A ação que corresponde à atividade humana por excelência, na medida em que está ligada à liberdade. A ação se dá no espaço público e nos leva à pluralidade, por meio do uso compartilhado da palavra. O labor, que é aquilo que o homem faz para a satisfação de suas necessidades vitais, como beber, comer, dormir, mover-se. E o trabalho, que é aquilo que auxilia o homem a produzir um mundo artificial, diferente do mundo natural dado ao homem pelo nascimento. O trabalho permite ao homem dominar a natureza através do emprego da técnica e da fabricação de instrumentos.

Na era moderna, o trabalho assume consecutivamente duas formas: o artesanato e a fabricação.

O *homo faber* é expressão do trabalho realizado pelos artesãos, com forte envolvimento de amplos aspectos da vida na realização das atividades. As atividades visam a um suplemento do mundo, mas nunca sua substituição. O ponto de inflexão do *homo faber* é a revolução científica dos séculos XVII e XVIII, cujo paradigma é o telescópio de Galileu.

A fabricação corresponde ao trabalho alienado, dentro do ambiente fabril. Na última e mais recente fase da sociedade moderna, há o império do *animal laborans*, que realiza um trabalho fragmentado e dirigido pelo ritmo das máquinas.

Na história do ocidente, Arendt vê a corrosão do domínio público, cristalino e transparente entre os gregos. Eles tinham uma definição estrita de domínio público como espaço da liberdade e outra definição do domínio privado como espaço da necessidade e, portanto, da submissão à tirania.

Essa corrosão pode ser observada mais amplamente na emergência de um domínio desconhecido pelos gregos, no cenário da grande cidade imperial romana: a *civitas*, a esfera do social. Na Idade Média, o domínio público também passou por uma modificação crucial, através da afirmação da vida contemplativa como atividade mais



importante na hierarquia das atividades humanas: o trabalho metódico de oração com vistas à afirmação do mundo extraterreno.

No ocidente, a obscuridade do domínio público se converte no espaço necessário e opaco da sociedade civil no qual se encontram tanto as atividades políticas (que perdem espaço) e as atividades econômicas (antes restritas à esfera da casa). É nesse cenário que vamos encontrar o ocidente quando ocorrem os três eventos principais que definiram o caráter da era moderna: a) a descoberta da América; b) a Reforma e a Contra-Reforma; e c) a invenção do telescópio. Os precursores desses grandes eventos inaugurais não eram revolucionários e seus motivos e intenções ainda estavam vinculados à tradição.

Esses eventos encurtaram as distâncias e ajudaram a mapear quase todas as fronteiras desconhecidas no mundo e fora dele. Eles permitiram a conversão do nosso mundo, bem como a própria definição da condição humana, na terra: uma pequenina esfera achatada, circulando o astro maior do sistema solar.

Arendt chama esse processo de “apequenamento da terra”. Ele se dá na proporção direta da alienação do homem de seu mundo, pois a verdade deve ser buscada na observação dos astros e estrelas. Segue na mesma direção o processo, iniciado pela filosofia cartesiana, de alienação na direção de um mundo interior, pois a verdade deve ser buscada em nossos processos cognitivos e subjetivos. Em ambas as perspectivas, a verdade não pode ser mais encontrada no mundo comum e público, que já não diz mais nada aos homens.

O desenvolvimento da ciência, da técnica e do capitalismo teve como consequência o sacrifício da mundanidade. Essa ligação com o mundo público e comum, para Arendt, somente é possível quando subvertermos a lógica do *animal laborans* e resgatarmos a capacidade humana de agir de forma coletiva e concertada.

## 2 O ANTISSEMITISMO

Uma das grandes contribuições da reflexão de Hannah Arendt é retomar o tema do antissemitismo e compreender como ele se converteu em razão de Estado, em forma de afirmação da violência do totalitarismo. Para a autora, os judeus têm uma história importante na medida em que eram um grupo facilmente convertido em bode expiatório e responsável pelos males que assolam a história. É frequente a referência aos judeus como arquitetos e prestidigitares ocultos dos males que afligem as sociedades.

Entretanto, o antissemitismo tradicional tem uma forte coloração religiosa, que retoma os temas da diáspora e da perseguição de judeus e reforça a necessidade de assimilação dos mesmos às culturas e países em que estão inseridos. O aparecimento e o crescimento do antissemitismo moderno estão ligados à assimilação judaica e ao fenecimento dos valores religiosos e espirituais do judaísmo. Segundo Hannah Arendt,

é comum entre os judeus a confusão entre o moderno antissemitismo e o antigo ódio religioso antijudaico.

O antissemitismo moderno é desprovido de conotação religiosa e assume sua face mais terrível quando há a redefinição das fronteiras dos Estados, no contexto da Primeira Guerra. Os judeus constituíam um povo sem Estado. Para garantirem sua existência enquanto grupo separado, eles buscavam fortalecer as alianças entre governos, Estados e aristocracias. Como viviam sempre à margem da participação política, como financistas, conselheiros e intelectuais, acabaram não adquirindo experiência política. Sem a política e sem os direitos de igualdade, os judeus rapidamente foram convertidos em não cidadãos, fadados à luta pela sobrevivência.

Arendt observa com perspicácia a relação que se estabelece entre o declínio do Estado-nação europeu e o crescimento dos movimentos antissemitas. O antissemitismo converte-se, assim, na forma da intolerância religiosa e nacional por excelência. Ele teve forte impacto na opinião pública, ávida para culpar o “povo eleito” pela crise que se seguiu à guerra. O antissemitismo moderno deve ser entendido dentro da estrutura geral do desenvolvimento do Estado-nação. Sua origem deve ser encontrada nas funções desempenhadas pelos judeus no decorrer dos últimos séculos, sobretudo no que diz respeito ao papel de financistas internacionais e de fiéis da balança nos conflitos entre Estados-nações.

Os judeus não formavam uma classe nem pertenciam a qualquer das classes dos países em que viviam. Como grupo, não eram nem trabalhadores, nem gente da classe média, nem latifundiários, nem camponeses. Sua riqueza parecia fazer deles membros da classe média, mas não participavam do seu desenvolvimento capitalista; mal eram representados nas empresas industriais; e, se na última fase de sua história europeia chegavam a conduzir importantes empresas, dirigiam pessoal burocrático ou intelectual e não o operariado. Em outras palavras, embora seu *status* fosse definido pelo fato de serem judeus, não era por suas relações com as outras classes. A proteção especial que recebiam do Estado (quer sob antiga forma de privilégios, quer sob forma de leis especiais de emancipação, de que nenhum outro grupo necessitava e que, muitas vezes, precisava de reforço legal ulterior, por causa da hostilidade da sociedade) e os serviços especiais que prestavam a governos impediam, ao mesmo tempo, que submergissem no sistema de classes, e que se estabelecessem como classe. Assim, mesmo que ingressassem na sociedade, formavam um grupo bem definido que preservava a identidade mesmo dentro de uma das classes com as quais se relacionavam. (Arendt, 2004a, p. 33)

Os judeus ainda eram valiosos na guerra, pois podiam ser utilizados como elemento não nacional, assegurando a paz. Os judeus, mesmo em relação a esse papel, tornaram-se inúteis com o tempo. No século XX, a guerra tradicional por território e por acesso às riquezas (que mantinha as relações jurídicas e sociais nos territórios

anexados e/ou ocupados) perdeu espaço. As guerras ideológicas (que objetivavam a aniquilação do inimigo) tornaram os judeus inúteis.

Hannah Arendt aponta inclusive uma contradição terrível que marcou o destino dos judeus na Europa. Eles ficaram divididos entre igualdade e privilégio. A igualdade daria aos judeus a condição de serem protegidos integralmente pelo Estado, mas teriam de abrir mão de seus privilégios de semicidadãos. Essa condição ambígua colocou os judeus entre o antissemitismo, a assimilação e a afirmação identitária.

O único povo não nacional da Europa sofreu mais que qualquer outro com o colapso dos Estados nacionais. O colapso da solidariedade europeia provocado pela guerra correspondeu ao colapso da solidariedade interjudaica. Os povos europeus começaram a não se ver como semelhantes e a não se importar com o destino de outros povos. Os judeus começaram a acreditar que sua condição étnico-religiosa-nacional os distinguia de outros judeus: “A aniquilação física dos indivíduos de origem judaica parece então estar sendo precedida pela destruição moral do grupo e pela autodissolução comunitária, como se o povo judeu devesse sua existência exclusivamente aos outros povos e ao ódio que deles emanava” (Arendt, 2004a, p. 42).

### 3 HOMENS DESCARTÁVEIS

O contexto histórico que vai da Primeira à Segunda Grande Guerra trouxe consequências terríveis para os grupos sociais que ainda não estavam totalmente inseridos no contexto dos Estados nacionais. Foi um período de guerras civis cruéis e sangrentas. As guerras foram seguidas pela migração em massa dos que não eram bem-vindos e não podiam ser assimilados. Esses povos e grupos, fora da região de origem, permaneciam sem pátria e sem proteção: tornavam-se apátridas. Quando perdiam o direito a pertencer a um Estado, perdiam todo e qualquer direito. Os apátridas e os refugiados eram considerados o refúgio da terra.

No interior desse processo, surgiram dois grupos de vítimas da perda de um lar: os apátridas e as minorias. Eles perderam mesmo os direitos considerados inalienáveis: não tinham direito ao trabalho, não podiam requerer uma posição social, não podiam ter propriedades e não dispunham de Estado que os representasse e protegesse. A situação dos sem pátria era inclusive utilizada como instrumento de política de imigração forçada, na medida em que os regimes totalitários usaram, sem receios, medidas de desnacionalização.

O problema dos destituídos de Estado como sendo também destituídos de direitos já havia começado com a Revolução Francesa, na medida em que esta vinculou de forma forte os direitos do homem com a soberania nacional. Mesmo um instrumento precário, como os Tratados das Minorias, eram mecanismos de assimilação das minorias que estivessem presentes em apenas um Estado e que, portanto, eram consideradas

assimiláveis. A questão da assimilação e da resistência das minorias à assimilação abriu constantemente dúvidas quanto à lealdade das minorias aos países em que estavam situadas (Arendt, 2004a, p. 302-306).

Os Estados-nações sempre haviam representado o domínio da lei, e nele se baseavam, em contraste com o domínio da burocracia administrativa e do despotismo – ambos arbitrários. De modo que, ao se romper o precário equilíbrio entre a nação e o Estado, entre o interesse nacional e as instituições legais, ocorreu com espantosa rapidez a desintegração dessa forma de governo e de organização espontânea de povos. E a desintegração, por mais curioso que pareça, começou precisamente no momento em que o direito à autodeterminação era reconhecido em toda a Europa, e quando a convicção fundamental da supremacia da nação sobre todas as instituições legais e “abstratas” do Estado tornava-se universalmente aceita. (Arendt, 2004a, p. 309)

Contradição das contradições, as minorias não tinham Estado, mas estavam localizadas em um dado território. E, nesse sentido, precisavam de proteção adicional para sua autopreservação, da preservação da língua e da cultura. Os Tratados das Minorias não previam a mobilização em massa dos povos sem Estado. Após a Segunda Guerra, no entanto, houve iniciativas de repatriação das minorias, o que criou enormes dificuldades, pois muitas vezes as pessoas eram repatriadas para locais onde não tinham mais laços ou para locais que não desejavam ir.

A condição de apátrida é terrível. É o mais recente fenômeno de massas da história. Desde a Primeira Guerra, um número cada vez mais significativo de pessoas vivia à margem da lei e do direito, com enormes dificuldades de retomar suas vidas e a normalidade garantida pelos princípios jurídicos. Os apátridas passaram para o centro das preocupações dos organismos internacionais no momento em que foram assimilados à condição dos refugiados, no contexto imediatamente posterior à Segunda Grande Guerra.

Até a terminologia aplicada ao apátrida deteriorou-se. A expressão “povos sem Estado” pelo menos reconhecia o fato de que essas pessoas haviam perdido a proteção do seu governo e tinham necessidades de acordos internacionais que salvaguardassem a sua condição legal. A expressão *displaced persons* foi inventada durante a guerra com a finalidade única de liquidar o problema dos apátridas de uma vez por todas, por meio do simplório expediente de ignorar a sua existência. O não reconhecimento de que uma pessoa pudesse ser sem Estado levava as autoridades, quaisquer que fossem, à tentativa de repatriá-la, isto é, de deportá-la para o seu país origem, mesmo que esse se recusasse a reconhecer o repatriado em perspectiva como cidadão ou, pelo contrário, desejasse o seu retorno apenas para puni-lo. Como os países não totalitários a despeito do clima de guerra, geralmente têm evitado repatriações em massa, o número de pessoas sem Estado era substancialmente elevado. (Arendt, 2004a, p. 313)

No auge do processo de mobilização em massa dos povos sem Estado, começaram as políticas de suspensão do direito de asilo, do direito de hospitalidade. Um dos mais importantes símbolos dos direitos do homem na esfera das relações internacionais rapidamente foi corroído pela perseguição aos apátridas.

Outra questão que frequentemente surgia na agenda dos governos no contexto de dissolução e crise dos Estados-nacionais em relação aos apátridas foi a constatação de que “era impossível desfazer-se deles e era impossível transformá-los em cidadãos do país de refúgio, pois somente havia duas formas de resolver o problema: repatriação ou naturalização” (Arendt, 2004a, p. 314). Dada a dimensão da situação e as dificuldades ideológicas, o problema parecia não ter solução, pois tanto a repatriação como a naturalização falharam.

Pode parecer que a indeportabilidade de uma pessoa sem Estado impedisse um governo de expulsá-la; mas, como o homem sem Estado – um fora da lei por definição – era uma anomalia, ficava completamente à mercê da polícia que, por sua vez, não hesitava em cometer ilegalidades para conter o número de indesejáveis. [...] Os apátridas eram, então, contrabandeados para os países vizinhos. [...] o que criava conflitos de fronteira. [...] Enquanto se discutia o que fazer para que o apátrida se tornasse deportável novamente, o campo de concentração tornava-se o único substituto prático a uma pátria: era o único território que o mundo tinha a oferecer aos apátridas. (Arendt, 2004a, p. 317-318)

A condição do apátrida era terrível também porque ele ficava em uma situação de constante ilegalidade, ou melhor, de liminaridade. Sem direito à residência e sem o direito de trabalhar, o apátrida tinha de viver nos limites da lei, em transgressão à ela, *estando constantemente sob ameaça de prisão sem mesmo ter cometido nenhum crime*. No caso do apátrida, a hierarquia de valores era invertida. Ele era uma anomalia e para escapar dessa situação de liminaridade, de ilegalidade, de insegurança social e jurídica, às vezes era melhor cometer um crime, pois o criminoso tinha direitos que eram negados ao apátrida.

Aliás, para verificar a situação de uma pessoa expulsa da legalidade, para Arendt, bastava perguntar para essa pessoa se ela estaria em melhor condição caso cometesse um crime: “Um pequeno furto pode melhorar sua condição legal” (Arendt, 2004a, p. 319). O que, afinal, parecia sem precedentes dentro do totalitarismo não era, no final das contas, a perda da cidadania prefigurada na perda do lar, mas antes a impossibilidade mesma de que o apátrida pudesse encontrar um novo lar (Arendt, 2004a, p. 327).

A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei e da liberdade de opinião – fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades – mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade. Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não

de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los. Só no último estágio de um longo processo, o seu direito à vida é ameaçado; só se permanecerem absolutamente supérfluos, se não se puder encontrar ninguém para reclamá-los, as suas vidas podem correr perigo. Os próprios nazistas começaram a sua exterminação dos judeus privando-os, primeiro, de toda condição legal, isto é, da condição de cidadãos de segunda classe, e separando-os do mundo para ajuntá-los em guetos e campos de concentração; e antes de acionarem as câmaras de gás, haviam apalpado cuidadosamente o terreno e verificado, para sua satisfação, que nenhum país reclamava aquela gente. O importante é que se criou uma condição de completa privação de direitos antes que o direito à vida fosse ameaçado. (Arendt, 2004a, p. 329)

Arendt diz que a maior privação dos direitos humanos é a privação de um lugar no mundo. Quando alguém deixa de pertencer à comunidade, não é privado do seu direito à liberdade, mas do direito à ação, não do direito de pensamento, mas do direito de opinião. Por isso, para Arendt, o fundamental da discussão sobre direitos humanos é a questão “do direito de ter direitos e direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada” (Arendt, 2004a, p. 330).

#### 4 O MAL ABSOLUTO

Segundo Celso Lafer (2006), a teoria política definiu duas dimensões do mal: o mal ativo, associado à vontade de poder, à prepotência, ao exercício da violência em todas as suas formas; e o mal passivo, que se refere à perspectiva das vítimas que sofrem uma pena sem culpa. A guerra representa a combinação destas duas dimensões. E a experiência totalitária também é expressão desse mal na forma da corrosão das proteções tradicionais oferecidas pelo direito do Estado.

Na verdade, segundo Arendt, o totalitarismo criou um fosso, um hiato entre o passado e o futuro. Na experiência totalitária, não há limites para a manipulação da política e não há limites para a sujeição das pessoas. Tudo é possível no regime do medo e da tirania absoluta.

A diferença fundamental entre as ditaduras modernas e as tiranias do passado está no uso do terror não como meio de extermínio e amedrontamento dos oponentes, mas como instrumento corriqueiro para governar as massas perfeitamente obedientes. O terror, como o conhecemos hoje, ataca sem provocação preliminar e suas vítimas são inocentes até mesmo do ponto de vista do perseguidor. (Arendt, 2004a, p. 26)

E mais, a dominação por meio do terror cria uma situação em que nem mesmo os membros do *status quo* (oficiais nazistas, policiais e juizes, por exemplo) estão livres do medo. Um regime totalitário precisa conceber e apresentar o terror como instrumento necessário e cotidiano.

O totalitarismo foi responsável pela ruína das noções tradicionais que sustentavam os direitos dos homens e dos cidadãos. Na visão tradicional do direito, os seres humanos, considerados em seu aspecto jurídico-político, isto é, em termos de cidadania, não podem ser considerados supérfluos ou descartáveis. O problema é que o totalitarismo investe exatamente na transformação dos seres humanos e seres sub-humanos, sobre os quais o poder do Estado pode ser exercido de forma ilimitada.

Como sugere Celso Lafer, a partir da leitura de Hannah Arendt, a ruptura ocorreu no plano jurídico, quando a lógica do razoável, constitutiva da tradição jurídica, já não consegue dar conta da ausência de razoabilidade que caracteriza o totalitarismo. O totalitarismo foi um desdobramento inesperado e não razoável dos valores da modernidade.

Essa ruptura faz com que a modernidade não possa mais oferecer critérios seguros para a ação futura e conceitos para o entendimento dos acontecimentos passados. Após a experiência totalitária, o presente está só e a vida é vivenciada, como na perspectiva do sobrevivente, dia a dia, de forma resignada.

Por essa razão, segundo Hannah Arendt, o paradigma do totalitarismo é o campo de concentração, pois assinala a dissociação brutal entre direitos humanos e direitos dos povos. No contexto do nacional-socialismo, os refugiados e os apátridas perderam a cidadania e, conseqüentemente, seu lugar no mundo. Eles foram expulsos da trindade constitutiva do mundo moderno: não pertenciam mais a um povo definido, nem a um Estado e nem a um território. Eles perderam o direito ao acesso à cidadania e às garantias legais, bem como não puderam sequer apelar para princípios universais de direitos humanos. As pessoas, grupos sociais, populações inteiras não encontravam mais lugar no mundo. Eles tornaram-se desnecessários, supérfluos, acabando por encontrar seu destino e lugar nos campos de concentração. Dando razão à leitura de Giorgio Agamben (2002), os apátridas e os povos sem Estado tornaram-se matáveis, porque foram convertidos em vida nua.

Assim, Hannah Arendt pode perceber com clareza que a questão fundamental dos direitos humanos não é, como muito se tem dito, de afirmação de um repertório cada vez mais amplo de direitos. Ao contrário, a questão fundamental para ela é definir a cidadania como “direito a ter direitos”, pois os princípios da igualdade e da dignidade dos seres humanos não são um dado, produzido pelo simples fato do nascimento. Os direitos são, na verdade, um construto que emerge da inserção política dos homens e mulheres no mundo público. Em resumo, para Arendt, a cidadania representa “o direito de pertencer a uma comunidade política” pela via da afirmação dos direitos humanos (Lafer, 2006, p. 113-114).

A situação de fato que criou as condições para o genocídio foi justamente o problema dos seres humanos supérfluos e como tais encarados, posto pela experiência totalitária e juridicamente ensejado pela privação da cidadania.

Aqueles que se viram reduzidos à mera existência em todos os assuntos de interesse público foram arrebanhados por falta de um lugar no mundo, nos campos de concentração. (Lafer, 2006, p. 115)

Daí, portanto, a importância da definição do genocídio como crime contra a humanidade. O genocídio não é apenas e tão somente uma violência contra um determinado povo ou grupo na forma da morte em massa e sem piedade. É mais que isso, o genocídio representa a recusa radical e absoluta do princípio da diversidade, da pluralidade e dos direitos humanos. Nesse sentido, é preocupante encontrarmos, após a experiência terrível do holocausto e de outras formas de genocídio provocadas em contextos diversos, a persistência de “situações sociais, políticas e econômicas que contribuem para tornar os homens supérfluos e sem lugar num mundo compartilhado” (Lafer, 2006, p. 116).

As análises de Hannah Arendt permitem resgatar a importância da resistência à tirania, na forma da desobediência civil, pois ela é uma forma extrema de dissidência que resgata o agir e o interesse público. Essa preocupação vai aparecer em outros momentos da análise da autora, tanto no estudo as revoluções quanto na pesquisa sobre a resistência pacífica engendrada pelos ativistas de direitos civis nos Estados Unidos na luta contra a discriminação racial.

A análise de Hannah Arendt também é reconstrutiva do direito, na medida em que coloca como fundamento da política a necessidade do ato de julgar e, nesse sentido, o direito é dimensão pública (visível, comum) e também privada (intimidade: o direito a estar sozinho). Está aí um importante diálogo com o pensamento de Juergen Habermas, para quem a crise da modernidade se dá no momento em que os limites estritos entre a esfera pública e a esfera privada perdem sua objetividade. A retomada dos direitos humanos requer, na visão de Hannah Arendt:

- A afirmação da cidadania como direito a ter direitos (os direitos não são dados, são construídos);
- A definição do genocídio como crime contra a humanidade;
- A constituição de uma comunidade política em termos de direito à autodeterminação, do direito à nacionalidade e, por fim, a resistência à opressão;
- A afirmação de direitos à informação e à intimidade. (Lafer, 2006, p. 123)

## 5 O MAL BANAL

Em contraste com o mal absoluto da guerra e do extermínio, o livro de Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém*, é um relato sobre o lado banal, mas não menos obscuro, dos subsolos da terrível máquina de deportação e de extermínio montada pela Alemanha nazista. É o relato sobre como o totalitarismo e o antisemitismo se encontram e produzem efeitos que não puderam ser antecipados e que lançaram



irresistivelmente a sociedade contemporânea no olho da modernidade e de suas profundas ambiguidades.

O livro é fruto da cobertura que a autora fez do famoso julgamento do alto-funcionário nazista, responsável pelos transportes dos judeus para os campos de concentração e de extermínio, tarefa que ele cumpriu com zelo e com determinação, dentro da mais firme lógica racional e da mais segura competência profissional.

O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram, e ainda são, terrível e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e de nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante do que todas as atrocidades juntas, pois implicava que – como foi dito insistentemente em Nuremberg pelos acusados e seus advogados – esse era um tipo novo de criminoso, efetivamente *hostis generis humani*, que comete seus crimes em circunstâncias que tornam praticamente impossível para ele saber ou sentir que está agindo de modo errado. (Arendt, 2003, p. 299)

O julgamento em si promoveu um sem-número de polêmicas, afinal, trata-se de fazer justiça histórica às vítimas do jugo nazista, vítimas em grande parte que ainda não haviam encontrado justiça. Afinal, o julgamento de Nuremberg não tratou do extermínio de judeus, tratou dos crimes cometidos pelos nazistas contra a humanidade. Era o momento histórico de realizar a justiça para o povo judeu, vítima incontestemente das câmaras de gás. O julgamento ocorreria dentro do Estado de Israel, em uma Corte judaica, contra um criminoso que foi responsável pelo massacre de inocentes.

O fato de Eichmann ter sido sequestrado pela polícia secreta de Israel dentro da Argentina (supostamente não extraditava criminosos nazistas), o que, sem dúvida, poderia ter causado um incidente internacional, já mostrava a complexidade da tarefa que estava sendo levada a cabo. O fato de os crimes imputados a Eichmann terem sido cometidos antes da criação do Estado de Israel também gerou controvérsia. O fato de as provas contra o acusado não serem fortes e que os depoimentos tomados das vítimas, sobreviventes do holocausto, não serem conclusivos também despertou curiosidade e inquietação.

Não obstante todas essas questões, o que estava sendo julgado, na verdade, não era o criminoso de guerra. Era, sim, todo o processo histórico que redundou na solução final. E, claro, o próprio destino do Estado de Israel frente à reação negativa da comunidade árabe diante da partilha feita pelos vencedores de território da palestina, território manchado de sangue e de dor, em um longo passado de lutas pela afirmação do direito imemorial à terra prometida.

Hannah Arendt aproveita o momento do julgamento para colocar em perspectiva tudo o que se sabia sobre o regime nazista e sobre os processos de deportação, sobre

os guetos judeus, sobre os mecanismos nazistas de conversão dos judeus (e de outros grupos considerados supérfluos) em pessoas sem pátria, sem lar e sem direitos. A autora aproveita para tomar contato com o debate sobre a origem do holocausto, critica os historiadores judeus por não terem tido coragem de criticar as decisões tomadas pela própria comunidade judaica.

Mas também critica a inércia dos países aliados e do ocidente livre em responder às suspeitas de que algo terrível estava ocorrendo na Alemanha nazista e nos territórios ocupados. A autora observa como vários países ocupados colaboraram com o holocausto, deportando judeus antes mesmo que os nazistas pedissem e observa como os judeus poloneses eram vistos como os mais matáveis dentre os diversos grupos judeus.

A autora mostra também como operou a máquina nazista, como as decisões foram tomadas e mesmo o incrível cuidado jurídico com que foram montados os processos que redundaram na solução final e na construção das câmaras de gás.

De todo o relato, emerge uma situação paradoxal, pois o extermínio dos judeus ocorreu de forma perfeitamente racional, *sine ira et studio* (sem ódio nem compaixão). As câmaras de gás e o complexo onde elas foram construídas são uma resposta efetiva ao problema da lentidão, da ineficiência e do sofrimento desnecessário presentes em outras formas de assassinato em massa, como o pelotão de fuzilamento. A produção da morte dos indivíduos e grupos considerados supérfluos se articulava com a política do terceiro Reich de fazer com que a Europa se tornasse livre de judeus. A solução final foi conclusão lógica de um processo que começou nas famigeradas leis de Nuremberg que proibiam casamentos entre judeus e gentios, que destituíam os judeus de suas propriedades e de sua cidadania. O assassinato em massa foi antecedido pela expulsão e pela deportação. A solução final se encaixa nas práticas dos nazistas de depuração da raça por meio da eutanásia daqueles considerados indignos de viver e de se reproduzir. A maquinaria totalitária nazista foi perfeitamente ajustada sem desperdícios, tudo que pertencia aos judeus era convertido em recursos para o esforço de guerra. A Alemanha nazista promoveu talvez o maior esbulho possessório de que se tem notícia no mundo contemporâneo.

Eichmann foi considerado culpado por crime contra o povo judeu, embora afirmasse que “jamais abrigara no peito nenhum mau sentimento por suas vítimas” (Arendt, 2003, p. 42). Ele foi condenado à morte por enforcamento. O movimento subterrâneo que levou ao totalitarismo teve nos processos administrativos e burocráticos sua realização máxima. Arendt dá ênfase a esse caráter rotineiro da morte, como a face banal do mal, que as sociedades atuais ainda não conseguiram conjurar de todo.

## CONCLUSÃO

Contra a banalização da violência, Hannah Arendt preconizava a revalorização da política e a retomadas dos princípios fundamentais dos Direitos Humanos como

direitos de expressão política, que devem ser debatidos e protegidos na esfera dos negócios humanos.

Neste sentido, a humanidade, em Hannah Arendt, está articulada diretamente com nossa capacidade de reinstaurar o debate público, de compreender o corpo de valores éticos ligados à amizade e à felicidade, bem como estender o processo de humanização para além das fronteiras dos interesses políticos e econômicos. Nesta tarefa, o direito tem um papel fundamental que ainda precisa ser mais investigado e esclarecido.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

\_\_\_\_\_. *Eichmann em Jerusalém*. Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

\_\_\_\_\_. *Origens do totalitarismo*. Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004b.

KRISTEVA, Julia. *O gênio feminino*. A vida, a loucura, as palavras. Tomo I – Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Rocco, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

# OS DIREITOS HUMANOS E O ACESSO AO ENSINO SUPERIOR

---

**Marcos Abílio Domingues**

Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista/SP, Professor do Curso de Direito da Faculdade de Paulínia/SP.

**RESUMO:** O acesso ao ensino superior está garantido em diversos instrumentos internacionais, no mesmo sentido na Constituição da República Federativa do Brasil. Em consequência, a legislação ordinária brasileira também consagra o acesso ao ensino superior. Contudo, tal garantia está condicionada à verificação de requisitos de merecimento, que não se podem confundir com critérios baseados em aspectos discriminatórios.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade humana; direitos humanos; discriminação; educação; ensino superior.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O fundamento da existência dos direitos humanos; 2 Os tratados internacionais; 3 A Constituição brasileira; 4 A legislação ordinária; 5 O questionamento do acesso efetivo ao ensino superior; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende examinar o acesso ao ensino superior como um dos direitos fundamentais do ser humano.

Para buscar tal desiderato faremos análise da legislação e da doutrina aplicáveis à matéria, incluindo, evidentemente, o exame da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ademais, pretendemos, dentro das possibilidades de um texto breve, verificar até que ponto o acesso ao ensino superior no Brasil atende aos dispositivos garantidores de tal direito.

Para o intento proposto, iniciamos a pesquisa com algumas considerações acerca dos fundamentos que conduziram ao reconhecimento dos direitos humanos. Depois, depositamos atenção à Declaração Universal dos Direitos Humanos, para, em seguida, examinarmos a Constituição da República Federativa do Brasil e a legislação ordinária.

O passo seguinte consiste em tentar compreender, segundo a legislação aplicável, os critérios de acesso ao ensino superior e seus reflexos.

## 1 O FUNDAMENTO DA EXISTÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

O ser humano é um ser social, que procura e depende da coexistência de seus pares para sobreviver e viver bem. Tal constatação, já tantas vezes repetida e debatida, parece não mais merecer reparos.

Contudo, ainda resta alguma margem para buscar as razões que trouxeram o ser humano até a conclusão de que, como ente social e agente agregador, faria jus a tratamento diferenciado dos demais seres vivos.

Outros seres naturais buscam o convívio em sociedade. Entretanto, segundo a própria percepção humana, nenhum deles nas condições da raça humana. Estas condições, que revelam características ímpares, culminaram com a edificação dos chamados direitos humanos ou fundamentais.

Mesmo que aceitemos que os direitos humanos sejam um desdobramento ou uma evolução do Direito, enquanto ciência e objeto cultural<sup>1</sup>, nada poderia justificar a existência deles como espécie de garantias jurídicas, posto que todos os direitos, como regras garantidoras do convívio social, já são humanos. Ou seja, por que criar, especificamente, uma gama de direitos e denominá-los de humanos, se, na verdade, toda regra contida no Direito visa a garantir ou regular atos e direitos das pessoas, dos seres humanos?

Essa escolha pode ser explicada pela evolução das diversas gerações dos direitos humanos. Antes de escrever sobre elas, pertinente destacar que o reconhecimento dos direitos humanos e sua respectiva defesa, decorre da constatação e reconhecimento primeiro da dignidade da pessoa humana<sup>2</sup>.

A dignidade decorre da faculdade do espírito humano “de outorgar sentido aos atos e às coisas, faculdade essa de natureza simbolizante, a começar pela instauração radical da linguagem”<sup>3</sup>. Assim, a dignidade, ao mesmo tempo em que reflete uma concepção axiológica da condição humana, igualmente, revela uma autoconsciência do significado e do sentido da própria existência. Ou seja, a dignidade decorre da condição humana de agregar ao ser o dever-ser, de forma consciente, o que pressupõe liberdade de escolha e, por conseguinte, capacidade de valoração. O valor está no ser humano e por ele é operado. Segundo, novamente, Miguel Reale: “[...] quem diz homem diz liberdade espiritual, possibilidade de escolha constitutiva de bens, poder nomotético de síntese com liberdade e autoconsciência”<sup>4</sup>.

Conforme Antonio Bento Betioli<sup>5</sup>, em 1979, Karal Vassack<sup>6</sup> apresentou a doutrina da Geração de Direitos, baseada em classificação segundo uma ordem histórico-cronológica, pela qual, em cada geração, os respectivos direitos passaram a ser

---

1 No sentido daquilo que é construído pelo homem “nos planos material e espiritual” (REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 25).

2 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Direitos humanos, urgente!* São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 81.

3 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 211.

4 REALE, Miguel. Op. cit., p. 212.

5 BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 284.

6 Karel Vasak, em aula inaugural no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, quando era Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da Unesco (BARROS, Sérgio Resende de.

reconhecidos constitucionalmente. Portanto, os direitos seriam de primeira, segunda, terceira e quarta gerações.

Os direitos da primeira geração revelam os direitos políticos e civis, incluindo os direitos individuais com fundamento no contratualismo e no individualismo<sup>7</sup>. Tais direitos realçam os princípios da liberdade individual perante o Estado, principalmente com o advento da *Magna Charta Libertatum*<sup>8</sup>.

A segunda geração de direitos destaca os direitos sociais, econômicos e culturais como resultado da reivindicação de acesso para todos ao bem-estar social, pelo qual compete ao Estado prover o acesso de todos os indivíduos ao trabalho, à subsistência, ao amparo à doença e à educação. A consolidação aos direitos de segunda geração ocorreu no século XX, entre os quais devemos incluir o acesso ao ensino superior.

De outro lado, a terceira geração de direitos passa da esfera individual para a percepção da existência de um âmbito coletivo de direitos. Engloba a solidariedade e a fraternidade, que inclui a proteção à paz, ao meio ambiente, as garantias do consumidor, a proteção aos idosos e a todas as coletividades entendidas como minorias no meio social. Os direitos da terceira geração estão vinculados aos chamados direitos difusos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1948, é o marco do reconhecimento da terceira geração dos direitos humanos, sob forte influência das violações ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

Nesse sentido, Samuel Antonio Merback de Oliveira afirma:

Dessa maneira, a partir do pós-guerra desenvolvem-se os direitos dos povos, também chamados de “direitos de solidariedade”, obtendo-se uma classificação que os diferencia em “direitos de liberdade” (os direitos individuais da primeira geração), direitos de igualdade (os direitos sociais, econômicos e culturais da segunda geração), e direitos da solidariedade (novos direitos, ou direitos da terceira geração).<sup>9</sup>

Os direitos da quarta geração dizem respeito à manipulação genética, que envolve o questionamento ético diante do avanço tecnológico na experimentação

---

Três gerações de direitos. Disponível em: <[www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=33&TextPart=5](http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=33&TextPart=5)>. Acesso em: 7 jun. 2009).

7 OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. As cinco gerações dos direitos humanos. *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: IOB, v. 6, p. 28, 2008.

8 Magna Carta adotada na Inglaterra, em 1215, por influência dos barões na tentativa de impedir a centralização na figura do monarca (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 65).

9 OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. Op. cit., p. 30.

de novas tecnologias que possam violar os limites da ação humana sobre a vida e a morte e suas repercussões no domínio da biotecnologia. O documento internacional que serve de marco para esta fase de evolução dos direitos humanos é a Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos, de 1997, aprovada em Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura – Unesco<sup>10</sup>.

Atualmente, fala-se em direitos de quinta geração. Seriam aqueles direitos que envolvem as repercussões das atividades humanas decorrentes ou relacionadas com a cibernética e a Internet. Estariam incluídas as questões que surgem em razão do exercício de antigos direitos, mas em novas condições geradas pelas comunidades virtuais, seja em razão de relações de consumo pela compra na Internet, seja pelo acesso a informações em sítios de notícias ou relacionamentos, seja pelo acesso à educação oferecida em espaços virtuais e muitas outras novas relações humanas e jurídicas. Em 1997, Robert B. Gelman propôs uma Declaração dos Direitos Humanos no Ciberespaço<sup>11</sup>, ainda sem discussão ou aprovação formal.

## 2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, originariamente denominada de Declaração Universal dos Direitos do Homem, num tempo em que a discussão da questão de gênero ainda não tinha conotações prioritárias, elege como fundamento em seu preâmbulo “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis”.

Especificamente ao tema deste texto, que propõe o tratamento do acesso ao ensino superior, convém destacar o artigo XXVI:

1) Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementar e fundamental. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.<sup>12</sup>

Depreende-se que mesmo que se garanta o acesso a todos ao ensino superior, este poderá incluir mecanismos ou ações que condicionem tal acesso mediante processo de seleção para aferição do mérito. Ou seja, somente terão acesso efetivo ao ensino superior aqueles que demonstrem merecimento, ainda que se permita a participação do respectivo processo de todos os interessados.

Apesar da declaração em questão ter sido aprovada no período de reconhecimento dos direitos da terceira geração (como aqueles decorrentes do reconhecimento

---

10 BETIOLI, Antonio Bento. Op. cit., p. 284.

11 OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. Op. cit., p. 32.

12 *Direitos humanos: instrumentos internacionais*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997. p. 134.

das minorias sociais), inclui e consolida direitos de gerações anteriores, como, por exemplo, do acesso à educação.

A Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, aprovada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – Unesco, em 14 de novembro de 1960, por seu lado, prevê, no art. IV, alínea *a*, “tornar igualmente acessível a todos o ensino superior em função das capacidades individuais”<sup>13</sup>.

Acrescente-se ainda o disposto no art. 13, alínea *c* do inciso 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966:

A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito.<sup>14</sup>

Constata-se, dos instrumentos internacionais, que a condição de acesso ao ensino superior inclui como base a capacidade ou o mérito individual. Os tratados internacionais citados foram ratificados pelo Brasil, de maneira que possuem vigência interna.

### 3 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil – no art. 208, *caput* e inciso V – enuncia que é dever do Estado garantir o acesso aos níveis mais elevados do ensino “segundo a capacidade de cada um”.

Considerando que outros incisos do mesmo dispositivo tratam do ensino fundamental, médio, especial e infantil, nada mais consequente do que entender que o inciso V, ao referir-se “aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística”, está dispondo a respeito do acesso ao ensino superior.

Portanto, a menção à capacidade de cada um, que, do mesmo modo que a Declaração Universal legitima a existência de condições para o acesso efetivo ao ensino superior, igualmente, o Texto Constitucional brasileiro admite a adoção de medida para a verificação da capacidade individual de cada pretendente ao ensino superior.

Veja-se que capacidade individual pode ser entendida como condição pessoal de mérito.

### 4 A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

No Brasil, o acesso ao ensino superior está regulado no art. 44 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, conhecida como a Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

---

13 Op. cit., p. 262.

14 Op. cit., p. 398.



O dispositivo mencionado enumera os cursos e programas da educação superior. Especificamente, o inciso II preceitua a existência dos cursos de graduação e respectivo acesso: “Abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo”.

No caso, apesar de não constar menção à condição de mérito ou capacidade individual, prevê a classificação em processo seletivo, o qual só pode conduzir, inversamente, a que a admissão a tais cursos seja precedida de um momento em que se analise as condições individuais de cada pretendente. Em outras palavras, o acesso efetivo depende da aferição do mérito individual. Somente tem direito a ascender ao ensino superior quem comprovar aptidão adequada, que pode consistir em medição de conhecimentos ou habilidades necessárias.

Paulo Nathanael Pereira de Souza<sup>15</sup>, ao comentar o dispositivo, escreve:

O importante no caso é que se assegure a todos os candidatos uma efetiva igualdade de oportunidades e, também, conforme recomenda o art. 51 da LDB, que as instituições de ensino, “ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levem em conta os efeitos sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino”.

## 5 O QUESTIONAMENTO DO ACESSO EFETIVO AO ENSINO SUPERIOR

Neste ponto, parece-nos pertinente indagar se a exigência de mérito, seja por qual meio, compromete ou viola a pretensa garantia de acesso ao ensino superior.

A garantia de acesso, enquanto oportunidade de pretender chegar ao ensino superior, como um dos direitos recepcionados pela segunda geração de direitos humanos, que se caracteriza pela preservação da igualdade, implica tratamento e oportunidades iguais para todos nas mesmas condições.

Diante disso, não significa que o ensino superior deva ser universal, ou, em outras palavras, tenha frequência garantida para todos, independentemente de quaisquer condições, como no caso, por exemplo, do ensino fundamental. Mas, sim, no sentido de que se deva garantir aos pretendentes a possibilidade de buscar o ensino superior, respeitadas as condições individuais de cada um, segundo critérios de mérito ou capacidade.

Contudo, pertinente ressaltar que tais critérios não podem incluir aspectos discriminatórios, tais como decorrentes de raça, cor, condição social ou econômica, idade e demais aspectos que conduzam a seleção a considerar atributos que promovam a exclusão injusta. Nesse sentido, o art. 1º da Convenção Relativa à Luta Contra

---

15 SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de. *LDB e educação superior*. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2001. p. 129.

a Discriminação no Campo do Ensino, já mencionada, classifica como discriminação “qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento” resulte alterar a igualdade de tratamento para fins de educação<sup>16</sup>.

Tudo leva a crer que o critério deve levar unicamente em consideração os aspectos intelectuais e de conhecimento de cada um. Ainda que se possa indagar se tal aferição também não pode ocultar certa tentativa de discriminação. Se assim for, jamais se conseguirá equacionar o problema. Veja-se, por exemplo, que, mesmo com a ascensão ou a aprovação nos diversos níveis de ensino, percebe-se a necessidade de avaliar ou constatar o mérito de cada pessoa.

## CONCLUSÃO

A concepção de que todos os seres humanos são iguais ou integrantes de um grupo de seres vivos pertencentes a um mesmo gênero não exclui a constatação da existência de diferenças entre eles.

Diferenças decorrentes da individualidade resultantes da experiência histórica de cada um, ou das diferenças decorrentes de cada personalidade psíquica ou intelectual.

Tais diferenças não podem ser entendidas como inibidoras do acesso, por exemplo, ao ensino superior.

O que deve estar garantido pelo Estado é que todos tenham, em igualdade de condições, a possibilidade de acesso à educação, desde as primeiras etapas de ensino e, se atendidos os critérios de mérito, também acesso aos estudos mais avançados.

Contudo, devem estar excluídos desses critérios de mérito os aspectos que envolvam a consideração do sexo, da idade, da raça, da língua ou outros fatores que impliquem considerar as condições econômicas ou sociais, pois nitidamente discriminatórios.

Portanto, não viola os direitos humanos a realização de procedimento destinado à aferição do mérito individual para acesso ao ensino superior, desde que não revestido de caráter discriminatório.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. Três gerações de direitos. Disponível em: <[www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=33&TextPart=5](http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=33&TextPart=5)>. Acesso em: 7 jun. 2009.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*: lições de propedêutica jurídica tridimensional.

---

16 *Direitos humanos*: instrumentos internacionais, p. 260.

10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. As cinco gerações dos direitos humanos. *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: IOB, v. 6, p. 26-34, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SENADO FEDERAL. *Direitos humanos: instrumentos internacionais*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Direitos humanos, urgente!* São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de. *LDB e educação superior*. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2001.

# DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS – ALICERCES ÉTICOS PARA SEU EXERCÍCIO, EM UMA PERSPECTIVA CRISTÃ\*

---

**Robson do Boa Morte Garcez**

Professor de Ética e Cidadania e de Linguagem Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo/SP, Advogado e Pastor da Igreja Presbiteriana do Brasil, Membro do Conselho Editorial da Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – Faccamp.

**RESUMO:** Das gerações de direitos nos veio o reconhecimento da existência de direitos fundamentais. Tal qualificação deriva da essencialidade dos conteúdos contemplados, no perpassar de um itinerário de lutas e reivindicações. O fator religião tem exercido influência direta e mesmo condicionante a esse conjunto de valores humanos e sociais, especialmente como fonte principiológica e valorativa. Nesse olhar, o Cristianismo se revela fonte contínua de inspiração e orientação. Com efeito, desde o “direito dos direitos” – o direito à vida –, passando pelos subjetivos, como o à liberdade de crença e culto, constata-se a presença cristã nesse campo. Por isso, este trabalho pretende apresentar as referências desse segmento religioso à conformação dos fundamentos de uma ética voltada a tais direitos. Para tanto, reconhece os referenciais teóricos dos estudos religiosos, filosóficos e jurídicos, para demarcar as bases que, aos Direitos Humanos Fundamentais, têm sido diretamente tributadas do Cristianismo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos fundamentais; Deus; homem; dignidade da pessoa humana; Cristianismo; autoridade; liberdades.

**SUMÁRIO:** Introdução – A atualidade do tema; 1 Direitos humanos fundamentais; 2 Alicerces éticos para o exercício dos direitos humanos fundamentais, numa perspectiva cristã; 2.1 A visão bíblica de Deus e do homem; 2.2 A visão cristã da autoridade; 2.3 Reconhecimento da influência e contribuição objetiva do Cristianismo à formulação, desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos fundamentais; 2.3.1 Os caminhos da convivência; 2.4 Um olhar mais amplo e genérico; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO – A ATUALIDADE DO TEMA

O mundo de nosso tempo – a despeito das conquistas científicas, do crescimento da riqueza produzida, dos avanços tecnológicos e da suposta organização internacional

---

\* Texto originalmente apresentado no formato comunicação, ao II Congresso Internacional de Ética e Cidadania: Religião e Ciência, na Universidade Presbiteriana Mackenzie, em setembro de 2006.

que a formação dos blocos de países sugere e da própria globalização – permanece sendo palco de agressões ao homem, à vida, ao doador da vida.

Com efeito, se vistos os contínuos problemas vividos pelas populações das grandes e das pequenas cidades (violência, desemprego e falta de amparo social); se vistos os abusos de poder praticados por quem deveria promover e prover as condições a que o bem público ou comum se concretizasse; se vistos os frequentes escândalos nascidos por violações de leis, quer por omissão, quer por corrupção, no âmbito dos agentes políticos; se vista, por fim, a bastante visível inércia que parece ferir de morte o cidadão comum, ante tantos problemas que inviabilizam a efetivação do exercício de seus direitos humanos fundamentais, então dúvida não pode restar sobre a permanente importância de serem estudados os DHFs.

Tendo por base teórica a visão do homem como ser criado por Deus, adotada por Francis A. Schaeffer, bem como a visão de direitos humanos fundamentais eleita por Norberto Bobbio e, principalmente, apontando referências bíblicas, este trabalho propõe-se a ponderar acerca de alguns alicerces éticos aos DHFs obtidos da fé cristã.

Esta comunicação tem o objetivo de expor as referências éticas (principiológicas e valorativas) que a fé cristã apresenta para que essa categoria de direito possa ser realizada. Não se elege, aqui, um olhar exclusivista quanto à contribuição do Cristianismo à conformação dos DHFs, mas se procura reconhecer e assinalar tal ramo religioso como uma das matrizes mais relevantes, senão a principal, desses direitos. Tal aspecto (a contribuição cristã), com alguma frequência, é esquecido, notadamente no que diz respeito à materialização dos DHFs, pelo seu exercício, em nosso tempo.

## 1 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Para início de conversa, faz-se necessário apontar o porquê da existência desses direitos. A organização do Estado – esse ente supraindividual que se personifica e é dotado de poder e força para realizar os seus fins – impõe a contrapartida de direitos e salvaguardas aos cidadãos (o povo: elemento vivo do Estado), sob pena de serem solapados por aquele. Ao falar desses direitos e sua relação com o constitucionalismo<sup>1</sup>, Alexandre de Moraes (2003:19) afirma que os DHFs, como atualmente concebidos, seriam produto da fusão de diversas fontes, desde as tradições arraigadas nas diversas civilizações, chegando à conjugação dos pensamentos

---

1 *Constitucionalismo* é o movimento em prol da elaboração de Constituição. Esta é tomada aqui como o instrumento legal básico de um Estado, em que a sua organização política, funcionamento, forma de aquisição e exercício do poder político e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos são registrados. É um instrumento preventivo ao arbítrio, abuso de poder e de autoridade, cujo ícone é o absolutismo.

justilosophicos, das ideias advindas com o Cristianismo e com o direito natural. E afirma o dinâmico estudioso do direito público que

essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum: a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Cabem aqui as palavras de Lord Acton: “O poder tende a corromper e o poder absoluto corrompe absolutamente”<sup>2</sup>.

Tais DHFs (com seus instrumentos legais de garantia) cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos e têm – como ensina Canotilho – uma dupla perspectiva, na defesa dos cidadãos: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente suas ingerências na esfera jurídica individual, e (2) implicam, em um plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (*liberdade positiva*) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (*liberdade negativa*)<sup>3</sup>.

Num olhar cronológico, os doutrinadores das ciências jurídicas identificam o surgimento dos DHFs como decorrência de um processo lento e gradativo a que se atribuiu o nome de Gerações de Direitos. Nesta perspectiva, é sempre oportuna a lição de Norberto Bobbio, ao afirmar que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer” (1992:6). E o jurista italiano classificava essas gerações de direitos fundamentais como sendo, a *primeira* delas, a do surgimento dos *direitos de liberdade* (ou um não agir do Estado); a segunda, a do aparecimento dos direitos sociais (ou uma ação positiva do Estado); a *terceira*, a do reconhecimento de direitos transindividuais ou difusos, como o de viver em um ambiente não poluído; a *quarta*, por seu turno, abarcaria os direitos relacionados à pesquisa biológica, como, por exemplo, os limites da manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo. Cabe bem citar aqui a seguinte reflexão:

Os direitos humanos são fundamentais ao homem pelo fato de ele ser homem. Não resultam de uma concessão da sociedade política, mas constituem prerrogativas inerentes à condição humana. Os direitos humanos não são estáticos, mas acompanham o processo histórico; processo não linear, pois

---

2 Citado por Roscoe Pound, em *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade* (p. 7). Após a apresentação deste trabalho em um congresso, em setembro de 2006, tomei conhecimento da obra *Lord Acton: “O poder tende a corromper. E o poder absoluto corrompe absolutamente”*, de B. F. de Barros, publicada pelas Edições GRD.

3 Apud MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – Teoria geral – Comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20.

também conhece retrocessos. Foi apenas no século XX, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, que eles se definiram explicitamente e adquiriram o reconhecimento mundial.<sup>4</sup>

## 2 ALICERCES ÉTICOS PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, NUMA PERSPECTIVA CRISTÃ

### 2.1 A visão bíblica de Deus e do homem

Para a fé cristã, o homem transcende o mero ser vivente, sendo contemplado como “imagem e semelhança” de Deus. Portanto, o corolário dessa concepção inicial é a aceitação prévia da existência de um ser superior, perfeito e eterno, que é o referencial do homem. Este foi criado para *glorificar a esse Deus e a gozá-lo para sempre*. Todos os seus atos devem ser destinados à glória do seu Criador. O primeiro dos Dez Mandamentos do chamado *Decálogo* afirma: “Não terás outros deuses diante de mim” (*Bíblia Sagrada*, Êxodo 20.3 e Deuteronômio 5.7). Como afirma Hans Ulrich Reifler (1992:59), em seu pertinente livro acerca da ética existente no Decálogo:

O primeiro mandamento é o testemunho da singularidade e exclusividade de Deus, ou seja, revela o Senhor em Seu caráter, Seu ser e Sua ação. *A questão da existência e revelação de Deus é o ponto fundamental da ética cristã*. É impossível fazer uma ética cristã autêntica sem conhecê-lo. Portanto, o início da ética cristã consiste em conhecer a Deus e Sua vontade como revelados nas Sagradas Escrituras, procurando entender aquilo que Ele é. Quem é Deus e o que Ele exige do homem em termos morais: essas são as questões fundamentais de qualquer ética verdadeiramente cristã.<sup>5</sup> (destaque nosso)

Esta é, a nosso ver, a referência primeira para que se reconheçam os DHFs, com perfeita legitimação a que sua busca e concretização sejam objeto de ingentes e contínuos esforços: o homem é criatura de Deus, que tem os seus propósitos para aquele que criou. O homem tem dignidade porque criatura de Deus é. Por isso, os DHFs seriam, na perspectiva que aqui adotamos, um meio para que os propósitos divinais se cumpram, em última análise.

Não se trata aqui de embarcar no *Humanismo* puro e simples, com seus valores e pressupostos. Este movimento filosófico (que descambou na *teologia liberal*, que descarta a existência de Deus como Deus, na prática) toma *o homem como padrão de tudo*, eliminando quaisquer referências que lhe sejam externas. Para a compreensão

4 Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

5 Cf. *A ética dos dez mandamentos*, p. 59.

dos DHFs sob o olhar da ética cristã, por isso, faz-se necessário pôr em perspectiva o *Humanitarismo*, isto sim. Este, por sua configuração, alinha-se aos direitos fundamentais do ser humano e tem plena harmonia com as concepções cristãs.

Frans A. Schaeffer, comentando a abolição da verdade e da moralidade, com foco nos EUA de meados do século passado, ao referir-se ao artigo de Martin E. Marty, “Prezados republicanos: uma carta sobre Humanismo”, expõe com propriedade a necessária distinção entre uma coisa e outra:

Neste artigo, ele confunde, de modo brilhante, os termos “ser humano”, “humanismo” e “estar apaixonado pela humanidade”. Por que faz isso? Como historiador, ele sabe a distinção entre os termos, mas, quando termina de ler estas páginas, o pobre leitor, que não sabe, fica com a erradicação das distinções entre a posição cristã e humanista. Admiro a sagacidade do artigo, mas lamento que nele o Dr. Marty tenha passado para o lado humanista não religioso, confundindo-se totalmente.

Seria bom enfatizar aqui que não devemos confundir as coisas que o Dr. Marty confundiu. *Humanitarismo* é ser humanitário, bondoso, ajudar as pessoas e tratar as pessoas como seres humanos. *As humanidades* são os estudos das artes, literatura, música, etc. *Humanismo* é a colocação do homem como centro de todas as coisas, fazendo-o a medida de todas as coisas. Em contraste ao conceito materialista, o homem na realidade é feito à imagem de Deus e tem verdadeira qualidade humana, humanidade.<sup>6</sup>

Não há dúvidas de que, passadas três décadas, as palavras acima têm visível contemporaneidade, pois muitos defensores dos direitos humanos se esforçam para embasar suas pretensões em postulados humanistas (ou independentes de Deus) e não de cunhos humanitários (isto é, não focados em suposta autossuficiência do homem, mas tomando-o como sujeito de complexas limitações).

Nessa linha de raciocínio ainda, entendemos bem caberem as palavras do mesmo filósofo-teólogo, ao salientar que o cristão não pode abandonar, com base no que crê acerca do Humanismo, os valores das humanidades e, tampouco, dos valores humanitários:

Os cristãos deveriam ser os mais humanitários de todos os povos. Certamente também os cristãos deveriam se interessar pelas humanidades como produto da criatividade humana, possível porque as pessoas são feitas de forma especial à imagem do grande Criador. Neste senso de interesse nas humanidades seria correto falar de um humanista cristão. [...] Significaria então que o cristão está interessado (como todos devemos estar) no produto da criatividade das pessoas. Nesse sentido, por exemplo, podia-se dizer

---

6 Cf. *Manifesto cristão*, p. 26 e ss.



que Calvino era humanista cristão por conhecer tão bem as obras do escritor romano Sêneca. John Milton e muitos outros poetas cristãos também poderiam ser chamados de humanistas. Não só pelo conhecimento de sua própria época, como também da Antiguidade. (idem, p. 27)

Portanto, pensar nos DHFs é levar em conta, antes de tudo, o homem, e este como um ser criado por Deus, cuja existência individual e coletiva deve se balizar por esse pressuposto, que é sua referência ética central.

## 2.2 A visão cristã da autoridade

O Professor Doutor Osvaldo Hack, no excelente artigo “Convivência humana: ética cristã e o exercício da cidadania”, publicado na *Revista Um Olhar sobre Ética e Cidadania*, nº 2, no ano de 2002, relacionou – entre os princípios cristãos ou mandamentos relacionados com o exercício da cidadania – exatamente a *autoridade* e as decorrências práticas de sua concepção. Com efeito, o princípio ético da autoridade, na perspectiva cristã, encontra sua referência textual primeira no 5º mandamento do Decálogo: “Honra a teu pai e tua mãe, para que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor, teu Deus, te dá” (Êxodo, 20.12)<sup>7</sup>.

A proposta do Cristianismo para a *educação cristã*, para a *organização familiar* e, principalmente, para a *estruturação da sociedade* encontra no quesito autoridade um valoroso ponto de referência. Para melhor visualizarmos esse alicerce, faz-se indispensável reconhecer uma noção básica da hierarquia no núcleo básico da sociedade, que é a família. É nesse círculo inicial que o indivíduo recebe (ou não) os rudimentos de sua compreensão acerca do sentido da vida, vindo a tornar-se capaz de dimensionar os valores e até paradigmas que nortearão seu comportamento.

Na perspectiva cristã, a obediência às autoridades constituídas (expressão que empregamos aqui *lato sensu*, tendo em vista a larga amplitude em que pode tal pode ser empregada) tem seu fundamento de validade nesse quinto mandamento.

Adotamos aqui tal compreensão – a de que a noção bíblica de autoridade é um alicerce ético para o exercício dos DHFs – principalmente levando em conta a mentalidade reinante em nosso tempo, de perene busca de independência e autoafirmação pelos indivíduos. Tal objetivo, por importante, precisa – sob pena de se contínuos desajustes pessoais – estar ancorado nesse princípio (da autoridade).

Citando Hack, ainda, encontramos uma descrição clara do que propomos:

O princípio da autoridade deve ser analisado como um dos grandes desafios da sociedade atual, devido aos movimentos contestatórios, aos questionamentos pelo exercício ilegítimo da autoridade e à ausência de autoridade

---

7 Cf. Ética e cidadania: a busca humana por valores solidários. In: *Ética e cidadania*, n. 2, p. 18 e ss.

familiar e social, provocando o caos ameaçador em todos os segmentos do relacionamento humano. Onde não há autoridade, imperam a desordem, o desrespeito e a violência. Deus criou o mundo em ordem; o próprio universo obedece a leis estabelecidas. Cabe ao ser humano aprender a conviver com seus iguais e com todo o cosmo.<sup>8</sup>

Portanto, compreendemos que o pensar em DHFs implica envolver tal reflexão e, principalmente, sua realização, na visão estruturante do princípio da autoridade.

## 2.3 Reconhecimento da influência e contribuição objetiva do Cristianismo à formulação, desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos fundamentais

### 2.3.1 Os caminhos da convivência

Muitos dos temas que, ao longo do tempo, foram conformando os DHFs, até mesmo sob a legenda de “conquistas”, já estão previstos nas páginas das Escrituras Sagradas dos cristãos, especificamente a Bíblia Sagrada, composta pelos 66 livros do Antigo e do Novo Testamentos. Isto pode ser comprovado, por exemplo, com o *direito à proteção dos idosos*. Em nosso País, somente há pouco tempo foi promulgado o *Estatuto do Idoso* (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003). Entretanto, desde os dias dos patriarcas hebreus, é imutável a ordem de Deus: “Honra a teu pai e a tua mãe, para que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor teu Deus te dá” (Êxodo, 20.12; e Deuteronômio, 5.16).

Esse mandamento, citado, há pouco, como base do *princípio ético da autoridade*, sabemos que foi recepcionado em sua íntegra pelos discípulos e seguidores de Jesus Cristo, agora com seu teor aprofundado pelo mandamento maior: “Amarás a teu Deus de todo teu coração, [...] de toda a tua alma e de todo o teu entendimento, e amarás ao teu próximo como a ti mesmo” (Mateus, 22.35-39).

O que vemos são os ditames da convivência harmoniosa do indivíduo em suas três esferas (interna, externa e transcendental), estando presentes e até subjacentes ao longo dos textos essenciais do Cristianismo. O próprio Cristo, em afirmação basilar às regras de convivência dos seus seguidores, proclama: “Nisto vos conhecerão como sendo meus discípulos: se tiverdes amor uns aos outros” (Evangelho de João, 13.35).

Também a prática religiosa cristã vai além do mero discurso, como vemos o apóstolo Tiago cotejando fê e obras, dizendo-as indissociáveis: “Se o irmão ou irmã estiverem nus, e tiverem falta de mantimento cotidiano, e se alguém lhe disser: Ide em

---

8 Idem, *ibidem*.

paz, aqueantai-vos e fartai-vos; e lhe não derdes as coisas necessárias para o corpo, que proveito virá daí?” (Epístola, 2.15-16).

A solidariedade é um valor cristão.

Todos esses comandos bíblicos foram adotados pela Igreja Cristã nascente, como é o registro do Livro dos *Atos dos Apóstolos* e de alguns escritos históricos dos dois primeiros séculos da denominada Era Cristã. Bem mais tarde, ao fim da Idade Média, com o movimento denominado *Reforma Religiosa*, houve a retomada desses valores. Desse importante momento, destacamos a contribuição oriunda de João Calvino (1509-1554). Tomamos aqui apenas uns registros reflexos, e não o estudo objetivo da obra social do Reformador de Genebra, tema que exige trabalho específico.

A Reforma, ao lado da renascença das artes e da cultura, foi o campo da transição entre o modo de pensar caracteristicamente medieval e o surgimento do pensamento moderno. Com isso, diz Ricardo Gouvêa, retomou-se o estudo das fontes helenistas e judaico-cristãs, berço da cultura ocidental. Por consequência, tornou-se a descobrir “a verdadeira natureza da fé cristã expressa no texto bíblico, finalmente disponível para estudo nas línguas originais, e também uma redescoberta da filosofia clássica, incluindo a reflexão ética e sociopolítica dos sábios da Antiguidade”<sup>9</sup>.

Este autor, ao comentar a cosmovisão calvinista, vistas as conquistas éticas e sociopolíticas da Reforma, registra que a ética social proposta nessa concepção se fundamenta em *três pilares: vocação, economia ou poupança e honestidade*. Assim, *vocação* implica a universalidade do chamado divino para uma tarefa social, sendo o homem um partícipe na construção da cultura e da própria sociedade. Na ética calvinista do trabalho<sup>10</sup>, paralelamente, o fruto do labor deve ser empregado com *parcimônia*: gastar não mais do que se tem, assim como nunca com o desnecessário. Essa conduta frugal viria a ser um dos fundamentos históricos dos povos capitalistas, ao lado da adoção do empréstimo remunerado (com juros justos ou não extorsivos), viabilizando o surgimento de bancos e de um sistema financeiro, abrindo caminho ao enriquecimento de muitos<sup>11</sup>. Por fim, *a honestidade nos negócios*, como um elemento muito importante da ética do trabalho na concepção calvinista: este

9 Cf. Ética e cidadania: a busca humana por valores solidários. In: *Ética e cidadania*, n. 1, p. 15 e ss.

10 A Reforma Protestante contribuiu diretamente para a recuperação do valor do trabalho humano, que, na Alta Idade Média, era tido como castigo pelo pecado original. Nesse sentido, cabe a lembrança etimológica de que o termo *trabalho* busca sua origem no correspondente latino *tripallium* (três pálios ou lanças), um instrumento de tortura que continha três pontas ou agulhões. Contudo, à luz do texto bíblico, o trabalho foi estabelecido bem antes da queda ou do pecado original: o Criador instala o homem no Jardim do Éden e o põe para o cultivar e guardar, diz Gênesis 2.15.

11 Sobre essa relação, vide Max Weber, em *Ética protestante e o espírito do capitalismo*, por várias editoras.

importante princípio seria o filtro a que cada um buscasse não enganar os outros para seu próprio benefício.

Mas o afastamento verificado desse importante referencial ético, como vemos em nosso tempo, afirma o autor ora citado:

O capitalismo *laissez-faire* e o capitalismo selvagem são, na verdade, distorções da ideia original calvinista de uma sociedade capitalista em prol de uma sociedade egoísta em que cada um pensa em si e usa ou engana o semelhante na medida em que sua astúcia permite. Trata-se de uma mistura de capitalismo calvinista com machiavelismo. A Bíblia diz que ninguém há que possa discernir as próprias faltas. Por isso, a cosmovisão calvinista implica um sofisticado sistema de checagens e balanceamentos que visam a promover justiça e evitar que todos sofram pela fraqueza de alguns. A prática de auditoria, que está se tornando cada vez mais comum hoje em dia, é o resultado dessa mentalidade em que a transparência é valorizada como bem supremo da sociedade e indispensável para o sucesso econômico.<sup>12</sup>

## 2.4 Um olhar mais amplo e genérico

Imenso é o rol de registros em que é possível reconhecer como direta contribuição do Cristianismo para o reconhecimento e consolidação dos DHFs, que aqui são citados embrionariamente:

- a) *o direito à vida*: direito dos direitos, porque pressuposto aos demais;
- b) *o princípio da dignidade da pessoa humana*: base imaterial, mas essencial à plena realização do ser humano;
- c) *a valorização da mulher, pelo reconhecimento histórico dos seus direitos e da sua inerente dignidade, que começa pelo tratamento que o próprio Jesus Cristo dispensa a tais pessoas*;
- d) *a liberdade religiosa e suas facetas, principalmente, nas distintas noções de crença, de culto e liberdade de organização e funcionamento*.

## CONCLUSÃO

Ante a sensível importância dos direitos humanos fundamentais para a história da humanidade, para a preservação da sociedade organizada e para a viabilização destas nos tempos vindouros, não há como negar que tais direitos ocupam um espaço estratégico entre os temas em permanente discussão e elaboração.

Muitos são os referenciais que podem ser adotados na apreciação e na definição de seus parâmetros, tais como o sociológico, o econômico, o filosófico. No

---

12 Idem, *ibidem*.

plano religioso – visceralmente ligado às origens dos direitos em geral, ao largo da história –, os direitos humanos fundamentais encontram importantes referências principiológicas e também valorativas. Em face dessa breve exposição e análise, pretendeu-se ressaltar algumas indicações que a fé cristã oferece ou pontua como necessárias ao efetivo reconhecimento dos DHFs e sua concretização com um lastro de valores éticos.

Precisamente um dos mais graves problemas culturais do Ocidente, hoje, é a ausência de um referencial comum, duradouro e universal. Já não há, para nós, clássicos: nem Homero, nem a Bíblia, nem provérbios... [...]. Já o oriental acha-se respaldado, em segurança, sob a proteção da verdade de um passado milenar que ele aceita, que lhe é próprio, que o norteia, que o ampara e não o deixa entregue à perplexidade de quem está num mundo, onde tudo é vivido por primeira vez, sem raízes; que lhe é impertinente.<sup>13</sup>

Parece-nos, assim, que o referencial a não ser desprezado, mas – *contrario sensu* – urge ser reconhecido como basilar para que os direitos humanos fundamentais sejam materializados – é o conjunto de valores éticos existentes na fé cristã, conforme as Sagradas Escrituras.

## REFERÊNCIAS

*A Bíblia Sagrada*. Trad. João Ferreira de Almeida. Ed. corrigida e revisada, fiel ao texto original. São Paulo: Sociedade Bíblica Trinitariana do Brasil, 2005.

BARROS, Benedicto Ferri de. *Lord Acton*: “O poder tende a corromper. E o poder absoluto corrompe absolutamente”. São Paulo: Edições GRD, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 19. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

DE LIBERAL, Márcia Mello Costa (Org.). *Ética e cidadania*: um olhar sobre ética & cidadania. São Paulo: Mackenzie, v. 1, 2002. Coleção Reflexão Acadêmica.

\_\_\_\_\_. *Ética e cidadania*: um olhar sobre ética & cidadania. São Paulo: Mackenzie, v. 2, 2002. Coleção Reflexão Acadêmica.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – Teoria geral – Comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Coleção Temas Jurídicos.

POUND, Roscoe. *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965. Biblioteca Clássicos da Democracia.

REIFLER, Hans Ulrich. *A ética dos dez mandamentos*. São Paulo: Vida Nova, 1992.

SCHAEFFER, Francis A. *Manifesto cristão*. Trad. Elizabeth S. C. Gomes. Brasília: Refúgio, 1985.

13 Disponível em: <<http://www.hottopos.com/vdletras4/jeans2.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

# CINEMA, DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA: UMA INTRODUÇÃO

---

**José Rubens Demoro Almeida**

Professor de Direito Processual Civil e Prática Jurídica Civil do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – Faccamp (Campo Limpo Paulista/SP) e do Curso de Direito do Centro Universitário Assunção – Unifai (São Paulo), Especialista em Formação de Professores, Advogado.

**RESUMO:** Uma introdução ao estudo e aplicação prática do direito a partir da visão proporcionada pela arte cinematográfica de situações de convívio humano é o objetivo deste trabalho. A evolução histórica da criação e desenvolvimento do cinema como técnica, arte e linguagem estabelece a ligação com a linguagem jurídica, pela característica comum de ambos serem produtos culturais e, invariavelmente, tratarem dos conflitos e dramas humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cinema; linguagem cinematográfica; Direito; linguagem jurídica; práticas jurídicas.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O cinema: fixação do olhar e ilusão do movimento; 2 Assombro diante da novidade: fotografias que se movem!; 3 Evolução do cinema: o teatro filmado; 4 Uma nova arte e uma nova linguagem: forma de visão e de expressão; 5 Ao cinema só faltava falar; 6 Novos símbolos de uma nova linguagem; 7 Direito: linguagem e controle de comportamentos humanos; Conclusão; Referências.

Nossa natureza está no movimento; o inteiro repouso é a morte. (Pascal)

## INTRODUÇÃO

O cinema é um produto da cultura humana e, sendo assim, retrata intencionalmente ou não a condição do homem, de seu tempo, de seu lugar no mundo. O Direito, como fenômeno histórico que é, expressa-se num contexto humano de poder, de interações, vez que se propõe a estabelecer, dirigir e controlar comportamentos para assegurar um convívio humano conveniente.

O estudo do Direito exige, atualmente, uma formação geral, ampla e articulada com outras áreas do saber e do conhecimento humano, ainda que se expresse em linguagem e textos, que a ele são peculiares.

De forma idêntica, o cinema – arte e indústria própria do século XX – para se fazer linguagem combina texto, música, cor, artes cênicas para expressar situações humanas que também podem ser estudadas numa visão jurídica.

De lembrar que o cinema, como instrumento pedagógico, vem sendo empregado de há muito em instituições educacionais, constituindo já objeto de estudos em universidades em nível de pós-graduação.

Pretende-se, ainda que no reduzido espaço deste artigo, estabelecer uma relação entre o estudo do direito e a formação jurídica prática do profissional e a possibilidade da contribuição do cinema para esta formação. Ao mesmo tempo apresentar, resumidamente, a evolução da arte cinematográfica até expressar uma linguagem própria, que pode servir de substrato para reflexões e práticas jurídicas.

De início, uma rápida passagem pela história da evolução técnica do cinema e da configuração de sua linguagem, para, em um segundo momento, reconhecer uma linguagem única e característica que se traduz em visões especiais da condição humana, das relações interpessoais, dos pequenos e grandes fenômenos históricos que servem para a compreensão não só do direito atuante, mas das grandes transformações culturais que se sucedem na existência humana.

## 1 O CINEMA: FIXAÇÃO DO OLHAR E ILUSÃO DO MOVIMENTO

O surgimento da fotografia permitiu a fixação de imagens em papel (ou película), de tal modo que o “real” estaria momentaneamente captado. A realidade poderia, então, ser “congelada” em correspondência fiel ao que é visto pelo olho humano, “sem interpretação”, ou intervenção autoral, subjetiva. A realidade vista, pretensamente, sem retoques. Pretensamente apenas, porque, como se sabe, qualquer imagem, fotográfica no caso, é o recorte de uma realidade a partir de escolhas subjetivas (conscientes ou não, intencionais ou não) do autor e que conduz a uma interpretação daquele que é sensibilizado por ela.

A visão humana retém, por algum tempo, a imagem que sensibilizou o campo destinado a processá-la no cérebro, que ainda “vê” a última imagem refletida, quando outra imagem já é projetada. A conjugação destes dois fatores – a fixação da imagem pela visão humana, a fixação mecânica de imagem em película e sua projeção em sequência – constitui o fundamento do “Cinema” (do grego *Kínesis*, “movimento”, que também origina a “Cinemática”, ramo da física que estuda o movimento dos corpos).

A repetição de imagens fixas em velocidade (1/24, 24 quadros por segundo, no filme e 1/25 no vídeo) que impossibilita a distinção dos intervalos da projeção, “engana” o cérebro, que ainda “retém” a última visão, enquanto uma nova se apresenta imediatamente e confere a “impressão” de movimento: cria-se a ilusão de que os conteúdos projetados se movem.

## 2 ASSOMBRO DIANTE DA NOVIDADE: FOTOGRAFIAS QUE SE MOVEM!

O cinema é arte com dia, hora e local de nascimento: 28 de dezembro de 1895, às 21 horas, no Salão Indiano, subsolo do Grand Café de Paris, Boulevard des Capucines, nº 14, Paris, França.

Ali, os irmãos Auguste e Louis Lumière fizeram a primeira exibição de filmes em tela grande para assustados 33 espectadores (um deles, Georges Méliès) que, ao preço de ingresso de um franco, testemunharam o “Cinematógrafo Lumière” exibir três filmes curtos, entre eles “Saída de Operários da Fábrica Lumière” e “A chegada do Trem à Estação de Lyon”.

O assombro diante da novidade foi tamanho que muitos espectadores se afastaram correndo acreditando que pudessem ser atropelados pela imagem do trem vindo em sua direção. As fotografias que se moviam causaram verdadeiro assombro.

Nesta sua primeira fase, o cinema ainda era encarado como uma brincadeira, uma curiosidade em feiras, circos ou exposições. A partir de experiências anteriores (“Sombras Chinesas”, a “Lanterna Mágica” do século XVII ou outros aparelhos de física), os irmãos Lumière desenvolveram seu “cinematógrafo” para exibição pública. Foi a primeira exibição de filmes em tela grande, para espectadores que pagaram ingressos especificamente para aquela projeção, daí considerar-se como a primeira e real “Sessão de Cinema”.

Cumprir lembrar que o período compreendido entre o fim do século XIX e o início do século XX caracterizou-se pelo grande desenvolvimento industrial, pelo progresso científico e pelas inovações tecnológicas. São contemporâneos da invenção do Cinematógrafo o “Telégrafo Sem Fio” (1899), o lançamento da “Teoria dos Quanta” (Max Planck). Por seu turno, é no mesmo período que Sigmund Freud publica “A Interpretação dos Sonhos” (1900), em que inova no estudo e conhecimento do inconsciente humano.

Nos primórdios, a atividade cinematográfica limitava-se a registrar fatos, eventos, como “fotografias que se moviam”: era a novidade da ilusão do movimento que alimentava a curiosidade popular.

### 3 EVOLUÇÃO DO CINEMA: O TEATRO FILMADO

Um avanço na direção do cinema como arte, tal como o conhecemos hoje, deveu-se a Georges Méliès (um dos espectadores da primeira exibição do cinematógrafo de Lumière), que, ao contrário dos simples registros em locações, criou, em seu estúdio, filmes de ficção, com enredo e truques de filmagem. “Viagem à Lua”, de 1902, baseado na obra de Júlio Verne, até hoje impressiona pela concepção fantasiosa de uma viagem espacial e pelos seus efeitos visuais, ainda que precários.

Mas a câmera ainda permanecia fixa e a interpretação dos atores era teatral. O cinema era, visualmente, uma apresentação de teatro filmado, inspirado nos espetáculos de variedades (disposição dos cenários, apresentações dos artistas) e a câmera fixa assumia a posição do espectador diante do palco.



#### 4 UMA NOVA ARTE E UMA NOVA LINGUAGEM: FORMA DE VISÃO E DE EXPRESSÃO

Em 1915, David Griffith apresenta o épico “O Nascimento de uma Nação”, com mais de três horas de duração (um novo desafio fora suplantado: os filmes em sua maioria tinham até então a exata duração de apenas dois rolos), com técnicas próprias de uma nova linguagem de comunicação e de visão da realidade (“*closes*”, “*travellings*”, “*flashbacks*”, “*cuts*”). Além da intenção de contar uma história, ainda apresentava uma visão pessoal (de autor, de diretor) desta história.

O cinema assume uma nova dimensão. A dimensão artística com estética própria, uma linguagem apropriada e singular. Simultaneamente o cinema pode ser tido como espetáculo visual.

Se os irmãos Lumière produziram um cinema como curiosidade mecânica e Mèlliés introduzira-lhe uma dimensão teatral e dramática, Griffith o libertava do teatro ao conferir-lhe fundamentos artísticos próprios de linguagem e de espetáculo.

O espectador, então, deixa a posição passiva diante da projeção: agora pode “acompanhar” o olhar ou a perspectiva que o diretor lhe determina, suprimem-se as noções reais de espaço e tempo. Na sala escura do cinema, outra realidade se impõe:

De fato, diretores como Griffith criaram um fenômeno historicamente novo: homens entrando espontaneamente numa sala ampla e escura, sentados e olhando fixamente para uma tela de grandes proporções, expostos a uma luz intensa com o poder de construir e destruir contextos e realidades.<sup>1</sup>

Credita-se, pois, a David Wark Griffith a fixação dos marcos característicos da linguagem propriamente cinematográfica. Filmes como “Nascimento de uma Nação” e “Intolerância” (1915) mostram atores em cenários grandiosos que não precisam lançar mão da interpretação teatral e da mímica, porque é a câmera que se movimenta, aproxima-se em “*closes*” ou se afasta em planos gerais, acompanha os personagens (em “*travellings*”), e, com isso, altera as noções de tempo e de espaço do espectador.

Este poder de destruir e construir realidades será usado para transmitir impressões, expressões, visões de homem e de mundo. O cinema já poderia ser considerado uma nova arte, a “Sétima Arte”, como se refere o escritor italiano Ricciotto Canudo (ainda em 1911) ao lado da arquitetura, da música, da pintura, da escritura, da poesia e da dança.

---

1 LEITE, Sidney Ferreira. *O cinema manipula a realidade?* São Paulo: Paulus, 2003. p. 43.

Mas, é uma técnica especial que sublinha a obra cinematográfica e que cria a “nova” realidade para o espectador: a montagem, ou mais apropriadamente a “montagem associativa”, que consiste na justaposição de cenas (ou planos) que sugerem uma associação de ideias e que dá ritmo ao filme, articula intencionalmente imagens e significados, de modo a provocar no espectador a elaboração, a partir da “ligação” que faz entre as cenas, uma terceira “ideia”, sua, ou ditada pelo próprio filme.

O cineasta soviético Sergei Eisenstein foi um dos mestres na manipulação de imagens, utilizando a montagem como recurso para a transmissão de mensagens por meio do cinema:

O hábito nos faz elaborar quase automaticamente certas generalizações, desde que se nos apresentem, lado a lado, determinados pares de objetos. Por exemplo, um túmulo. Se lhe acrescentarmos a figura de uma mulher de luto chorando, ao lado, todo mundo concluirá: “a viúva”. [...]

O que ainda é verdade hoje em dia é o fato de que a justaposição de dois fragmentos de filme se assemelha mais a um produto do que a uma soma.<sup>2</sup>

Eisenstein foi um dos grandes diretores soviéticos e expressão do chamado “cinema revolucionário” dos anos 20, plenamente integrado ao movimento revolucionário de 1917. A utilização do cinema adquire a conotação de propaganda e, ainda, de propaganda política, para comunicação de massa e manipulação de emoções, cujo exemplo clássico é “O Encouraçado Potemkin” (1925), em especial a cena do fuzilamento da população na escadaria da Cidade de Odessa, onde, entre outras imagens, a câmera acompanha o despencar pelas escadas de um carrinho de bebê, diante do desespero da mãe. As cenas são repetidas, cortadas e justapostas para realçar o efeito dramático e a insensibilidade e violência dos militares opressores.

De notar: o episódio da escadaria de Odessa nunca aconteceu<sup>3</sup>, na forma mostrada no filme, mas a cena é de uma intensidade dramática tão grande que se tornou antológica e foi imitada, por exemplo, em “Os Intocáveis” (de Brian de Palma) e usada até em comerciais de televisão.

A lenda torna-se realidade por conta das imagens, a demonstrar a pertinência da expressão do repórter personagem no filme de John Ford, “O Homem que Matou o Facínora”, de 1962:

“Quando a lenda se torna fato, imprimo a lenda”.

2 EISENSTEIN, Serguei. Reflexões de um cineasta. In: ARAUJO, Inácio. *Cinema: o mundo em movimento*, p. 15.

3 Cf. MOCELLIN, Renato. *O cinema e o ensino da história*. 1. ed. Curitiba: Nova Didática, 2002. p. 23.

## 5 AO CINEMA SÓ FALTAVA FALAR

No fim dos anos 20, o cinema expressava-se por imagens, montadas, cortadas, justapostas. Uma nova realidade estava, enfim, estampada nas telas. Faltava-lhe apenas falar.

E o cinema descobriu o som. Não mais a música de fundo, que sublinhava esta ou aquela cena, mas o som sincronizado à imagem.

Em 1927, “O Cantor de Jazz” (de Alan Corsland, com All Johnson) revolucionou a história cinematográfica (e salvou os Estúdios da Warner Brothers de suas dificuldades financeiras) porque trazia a imagem e o som perfeitamente ajustados, conferindo-lhe ainda maior realismo. O cinema falava e, como se veria mais tarde, também cantava. E muito!

O som gravado e sincronizado à imagem obrigou a um recomeço, a uma adaptação não muito tranquila. Grandes atores da época do cinema mudo tinham vozes esganiçadas e foram simplesmente abandonados pela indústria, quando não podiam ser dublados. As comédias poderiam agora diminuir as mímicas e os exageros. O cinema se enche de falas, de músicas, de ruídos captados por novos equipamentos obtidos a partir de inovações tecnológicas e que, de certa forma, iriam influenciar nas novas produções.

As novas tecnologias de som e de imagem contribuíram para uma revisão estética da cinematografia, aliadas às novas concepções de homem e de mundo que surgiam historicamente e que ditaram uma nova linguagem dos filmes.

## 6 NOVOS SÍMBOLOS DE UMA NOVA LINGUAGEM

O cinema propõe, sob certa forma, uma volta às cavernas tal como na alegoria de Platão. O que é uma sala de cinema se não uma caverna em cuja parede são projetadas luzes e sombras?

Mas nenhum outro ambiente nos remete tão intensamente a este momento de suspensão do real. Aderimos à outra realidade provocada pelas ilusões das imagens. Sabemos que os atores não estão presentes, como no teatro; sabemos que na vida real não há trilha sonora; sabemos que o tempo não sofre interrupções; sabemos que não podemos apreender a simultaneidade de todos os acontecimentos. Entretanto, acreditamos, sentimos, sofremos, rimos e choramos como se ali estivéssemos a viver.

Além disso, o cinema propõe reflexões sobre o próprio ser humano, ao transmitir as experiências de outros homens. Pode provocar o riso e ao mesmo tempo fazer pensar sobre a condição humana. O homem autômato, moído nas engrenagens de um mundo mecânico, unidimensional e explorador, exposto para fazer rir e rir de si mesmo, como se vê em “Tempos Modernos” (de Charles Chaplin, 1936).

Abre-se também para o desconhecido, para o sonho, para a fantasia. Pode mostrar que o homem pode superar seus limites, suas ignorâncias, seus preconceitos, como fez Steven Spielberg em “E.T. – O Extraterrestre” (1982), como já fizera King Vidor, em 1939, no clássico “O Mágico de Oz”.

E o homem pode aprender de tanto olhar, como ensina Alfredo, personagem do “Cinema Paradiso” ao menino Totó, na clássica obra de Giuseppe Tornatore, de 1988.

O cinema é movimento (ou a ilusão de) e, assim, se aproxima da essência da natureza humana, da vida. O movimento faz o homem vivo. Faz o homem *ser* humano.

## 7 DIREITO: LINGUAGEM E CONTROLE DE COMPORTAMENTOS HUMANOS

Como linguagem que expressa uma criação humana, o direito não é apenas um conjunto de regras, mas tem uma dimensão muito maior de verdadeiramente constituir uma realidade, produto dos embates históricos que exigem soluções para o convívio entre os homens. Expressa-se na forma de controle de comportamentos humanos e, para tanto, precisa fazer-se mensagem, precisa significar. “O direito tem um poder simbólico e um poder de construção de realidades” (Bourdieu).

Norberto Bobbio ressalta a historicidade do direito que o condiciona às circunstâncias e exigências humanas segundo as perspectivas de tempo e de espaço. Não é sagrado, nem imutável: “Não nasce todo de uma vez, nem de uma vez por todas”<sup>4</sup>. O discurso jurídico deve corresponder às necessidades históricas e sociais dos integrantes de uma comunidade.

Como tal, o direito recorta aspectos da vida humana, dos dramas e das comédias da humanidade que é a matéria-prima para a elaboração de suas normas e para produção de suas decisões. Ainda que reduzida à sua condição fenomenológica mais evidente – o texto da norma – ainda assim traduz influências da cultura e da história do homem, de modo a constituir objeto de estudo das mais variadas ciências, tais como sociologia, filosofia, antropologia, psicologia, semiologia. Todas voltadas para um único alvo: a compreensão do homem, da condição humana e de suas ações.

As questões jurídicas já alimentaram tragédias gregas, contos medievais, a literatura clássica e moderna, além de ser objeto de tratados filosóficos e jurídicos. As linguagens todas se completam.

Esta opção pela adoção da perspectiva da análise de questões jurídicas a partir das visões de obras cinematográficas insere-se neste contexto que poten-

---

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

cialmente pode explicar o direito. O cinema permite ler a linguagem simbólica jurídica por meio da linguagem artística. O ponto de partida referencial pode ser o cinema em seus variados aspectos: arte, indústria, ideologia e como sua linguagem retrata temas que permitem a compreensão dos fenômenos jurídicos e de sua prática.

Não se trata apenas de ver o “direito” no cinema, especialidades dos filmes que abordam o ambiente dos Tribunais ou os mistérios policiais, mas, antes, de como o cinema apresenta variadas versões de realidades de convívio humano a demandar a apreciação, a reflexão e a atuação do profissional do direito.

A formação crítica do jurista, inserido numa realidade de rápidas transformações tecnológicas, não pode prescindir da contribuição de uma arte que só tem pouco mais de um século de existência e que se caracteriza pela plasticidade e permeabilidades em face das inúmeras facetas das ações humanas.

Para tanto, a ligação do cinema com o direito deve passar necessariamente pelo conhecimento da história do cinema, suas distintas fases de desenvolvimento e os principais movimentos ou fases que contribuíram para a construção de sua linguagem de modo a propiciar o desenvolvimento de uma visão crítica das obras cinematográficas e uma reflexão sobre as questões jurídicas que provocam. Para o jurista, a articulação da linguagem cinematográfica com a linguagem e com as práticas jurídicas deverá conferir-lhes condições para atuação na produção de decisões, cada vez mais inseridas na sua realidade histórica e social.

## CONCLUSÃO

O estudo do direito permite uma abordagem não dogmática, tal como pretendemos mostrar neste artigo. As questões jurídicas prescindem de uma única interpretação, em geral apegada ao dogma da norma estatal e de suas interpretações referentes.

Assim como a Filosofia do Direito e a Sociologia do Direito, ou mesmo a Psicologia do Direito, já integram o quadro das disciplinas dos cursos jurídicos brasileiros, por força de determinações oficiais (Resolução CNE/CES do Ministério da Educação e Cultura – MEC, nº 9, de 29 de setembro de 2004) e que podem ser consideradas disciplinas que não se aferram ao dogmatismo das disciplinas profissionalizantes em geral, também o cinema pode contribuir para este alargamento de horizontes dos estudiosos do Direito.

A concepção zetética do estudo do jurídico permite, por sua vez, um amplo questionamento das ideias jurídicas de modo a explicá-las, compreendê-las ou mesmo justificá-las, sem que se perca o norte propiciado pela norma. Sob a ampla visão propiciada pelo não dogmatismo, a elaboração conceitual do direito e mesmo a apreciação da *práxis* jurídica são produzidas a partir de premissas e não de dogmas, a

possibilitar, inclusive, o questionamento ou a alteração destas premissas “sem prévia alteração do ordenamento jurídico”<sup>5</sup>.

Nesse contexto, insere-se, como visto, a contribuição do cinema para o estudo do Direito. Ainda que não se pretenda a instituição de uma disciplina específica (Cinema Jurídico, por exemplo, o que não seria de todo nem impertinente, nem impossível, num futuro), a utilização de obras cinematográficas para provocar discussões e reflexões sobre os mais variados fenômenos jurídicos apresenta-se como uma inestimável e poderosa ferramenta.

Assim, por exemplo, “O Mercador de Veneza” (Michael Radford, 2004) pode contribuir para ao estudo do Direito Civil, dos contratos, das obrigações e o absurdo das interpretações literais de cláusulas contratuais. “O Homem Que Fazia Chover” (Francis Ford Copolla) ou “A Qualquer Preço” (“Civil Action”, 1998, de Steve Zaillian) confronta os comportamentos éticos (ou não) de advogados, promotores e juizes, além de abordar questões relativas ao meio ambiente, ou de direito do consumidor. Em “Abril Despedaçado” (2002), Walter Salles apresenta angustiantes relações de direito sem a intervenção do Estado. “Ilha das Flores”, extraordinário curta-metragem de Jorge Furtado, pode ser associado à produção da Disney-Pixar “Wall-E”(2008), sensível animação dirigida por Andrew Stanton, para ver as concepções jurídicas sobre a violência das cadeias econômicas aos seres humanos e as possíveis consequências do desrespeito ao meio ambiente e o acúmulo de lixo provocado pelo consumo desenfreado na Terra.

Enfim, inúmeros são os filmes que podem servir ao estudo do Direito e que podem contribuir para uma abordagem criativa, não dogmática, das questões jurídicas, a demonstrar que o cinema pode ser um instrumento pedagógico especialíssimo para a compreensão do fenômeno jurídico e para a formatação de sua prática.

## REFERÊNCIAS

BERGAN, Ronald. *Guia ilustrado Zahar cinema*. Trad. Carolina Alfaro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

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

COSTA, Antonio. *Compreender o cinema*. Trad. Nilson Moulin Louzada. São Paulo: Globo, 2003.

DUARTE, Rosália. *Cinema & educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2002.

LACERDA, Gabriel. *O direito no cinema: relato de uma experiência didática no campo do direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

LEITE, Sidney Ferreira. *O cinema manipula a realidade?* São Paulo: Paulus, 2003.

---

5 Ver MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. *História do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: 34/Edesp, 2004.

\_\_\_\_\_ et al. *Curso de história do direito*. São Paulo: Método, 2006.

MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. *História do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERTEN, Luiz Carlos. *Cinema: entre a realidade e o artifício*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2003.

MOCELLIN, Renato. *O cinema e o ensino da história*. 1. ed. Curitiba: Nova Didática, 2002.

# UMA REFLEXÃO SOBRE O PRONUNCIAMENTO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ

---

**Aparecida Dias de Oliveira Formigoni**

Advogada, Especialista em Direito Trabalhista e Mestre em Direitos Fundamentais, Membro de Número da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Professora da Pós-Graduação do Centro Universitário da Fei – Iecat, Professora das Disciplinas: Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário, Prática Trabalhista e Direito Civil I e II do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista (Faccamp) e Professora da Disciplina: Direito Civil I e II do Curso de Direito da Faculdade de Paulínia (FACP).

**RESUMO:** Com a promulgação da Lei nº 11.280/2006, provocou-se significativa mudança em um dos mais antigos institutos da ciência jurídica, a prescrição, uma vez que por força dessa lei passa o juiz a ter o poder de reconhecer, *ex officio*, a prescrição, fato este, que somente foi admitido pelo ordenamento jurídico pátrio com a entrada em vigor do novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.2002, que passou a vigor em 2003, após uma *vacatio legis* de um ano (CC, art. 2.044), entretanto, somente aplicável aos incapazes a teor do inciso do art. 194 da referida Lei, que assim dispunha quando da sua entrada em vigor: “Art. 194. O juiz não pode suprir de ofício a alegação de prescrição, salvo se favorecer o absolutamente incapaz”.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Diferença entre os institutos da prescrição e da decadência; 2 Momento processual oportuno para o pronunciamento da prescrição de ofício pelo juiz; 3 O pronunciamento da prescrição de ofício e a renúncia tácita diante de eventual revelia; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei nº 11.280/2006, provocou-se significativa mudança em um dos mais antigos institutos da ciência jurídica, a prescrição. Isso se deveu ao fato de, por força dessa lei, passar o juiz a ter o poder de reconhecer, *ex officio*, a prescrição, fato este que somente foi admitido pelo ordenamento jurídico pátrio com a entrada em vigor do novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10.01.2002, que passou a vigor em 2003, após uma *vacatio legis* de um ano (CC, art. 2.044), entretanto, somente aplicável aos incapazes a teor do inciso do art. 194 da referida Lei, que assim dispunha quando da sua entrada em vigor: “Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer o absolutamente incapaz”.

E, comentando a possibilidade reconhecida à época da redação do art. 194 do CC, Silvio de Salvo Venosa (2003, v. 1, 627) assim se pronunciou: “Deduz-se do dispositivo que o juiz pode e deve conhecer da prescrição em favor do absolutamente incapaz, ainda que não invocada pela parte”.



No mesmo sentido, tínhamos o entendimento dos Professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, v. 1, 490):

Como exceções plenamente justificáveis a esta regra geral, temos o caso dos absolutamente incapazes, que, merecendo tutela especial do Estado, podem ver a prescrição ser declarada de ofício, quando tal acolhimento lhes favorecer (art. 194 do NCC) seja como sujeito passivo (hipótese mais visível), seja como terceiro interessado juridicamente no resultado da demanda.

Com o advento da Lei nº 11.280, de 16.02.2006, o art. 194 do Código Civil foi revogado e através da mesma Lei o Código de Processo Civil também sofreu alteração no seu art. 219, § 5º, que passou a ter a seguinte redação: “Art. 219 [...] § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

A matéria tem gerado alguns pronunciamentos polêmicos, em especial no que tange à manutenção da possibilidade de renúncia tácita da prescrição, bem como pelo fato de fazer desaparecer uma de suas clássicas diferenças para o instituto da decadência.

E, nesse sentido, podemos citar artigos de eminentes professores:

A nosso ver, a Lei nº 11.280/2006 ao prever a possibilidade do juiz conhecer de ofício a prescrição, em verdade retira do demandado a possibilidade de trazer a lume a rejeição do pedido do autor, de modo que sob este prisma nosso entendimento envereda pela negativa que se dá ao réu de lhe distribuir a justiça de forma a alcançar a pacificação social, finalidade precípua do processo. Ousamos, pois, nesta linha de raciocínio, interpretar a nova lei como retrocesso no campo de defesa, vez que ao autor da demanda é facultado o direito de alegar em desfavor do demandado toda sorte de argumentos relativos a situações que, em tese, reclamam amparo judicial, e mesmo que totalmente desprovidas de fundamento jamais seriam dirimidas, posto que qualquer alegação por parte do demandado sucumbiria ao instituto da prescrição e sua declaração *ex officio*. Não buscamos com a presente argumentação fincar nosso entendimento em posição diametralmente oposta à evolução do direito, ao contrário, entendemos salutar todo vanguardismo legislativo tendente a acelerar o curso dos feitos, pois entendemos que a justiça célere reconquista, junto ao destinatário do provimento jurisdicional, a crença que há muito deu lugar à insegurança, contribuindo para a falência do sistema Judiciário de nosso país.<sup>1</sup>

Ora, diante dessa regência legal do tema, de clareza solar, fica sem sentido qualquer possibilidade jurídica de se enxergar no silêncio da peça de contestação do reclamado, em si, uma possível hipótese de renúncia tácita à

---

1 MELLO, André Luis Camargo. Reflexões sobre a prescrição civil à luz da Lei nº 11.280/2006. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1.313, 4 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9465>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

prescrição. Logo, insta concluir que, mesmo restando silente o demandado, em sua defesa, quanto ao tema da prescrição, ainda assim se impõe ao juiz aplicar de ofício o cutelo prescricional, a teor do art. 219, § 5º, do CPC, com a novel dicção conferida pela Lei nº 11.280/2006. Essa, a meu ver, é a melhor exegese a ser conferida ao tema.<sup>2</sup>

Como se pode perceber, a questão, apesar de ser simples, tem gerado polêmica. Agora, se compararmos a inovação com as disposições do art. 191 do Código Civil que trata da possibilidade de renúncia expressa e tácita da prescrição, é inevitável que as dúvidas saltem ainda de forma mais aguçada em nossas mentes. Vejamos a redação do art. 191 do CC, que assim prescreve:

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição, se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

E são justamente essas dúvidas que nos levam a escrever, ainda que sucintamente, sobre este assunto.

## 1 DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

A distinção entre os institutos da prescrição e da decadência nunca foi matéria simples; ao contrário, sempre foi encarada pela doutrina e pela jurisprudência de maneira controvertida e complexa. Tal fato se deve, entre outros, em face da necessidade de conceituação prévia destes institutos. Assim sendo, é correto afirmar que tais institutos guardam semelhança, pois ambos partem de uma premissa comum: a inércia do titular de um direito. Ambos são efeitos do elemento do tempo nas relações jurídicas que acarretarão perdas. Com relação à história da conceituação e diferenciação destes institutos poderíamos citar o fato de o Código Civil de 1916 ter estabelecido, no *caput* do seu art. 178, o termo “prescreve”, entretanto, inúmeras das hipóteses ali mencionadas tratavam, a bem da verdade, de prazos decadenciais. A forma mais simples e comum de traçar as diferenças destes institutos, prescrição da decadência é quanto aos efeitos destes, pois se diz que, enquanto a segunda não se interrompe ou suspende, a lei prevê, expressamente, as formas de suspensão ou interrupção da prescrição. E aqui, poderíamos citar vários estudos doutrinários acerca de forma, mais eficazes e até mais próprias para chegarmos a diferenciações corretas destes institutos, entretanto, este não é o objeto deste estudo e nos dispo-

---

2 MARANHÃO, Ney Stany Morais. Silêncio do reclamado na contestação: renúncia tácita da prescrição? *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1.349, 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9587>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

mos a futuramente tratarmos de forma detalhada desta diferenciação e, desta feita, com base em tratados jurídicos e doutrinários acerca dos institutos, enfrentando, inclusive, teses e conceitos da doutrina nacional e estrangeira sobre a matéria que encanta enquanto estudo teórico.

O Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil de 1916, separou em artigos distintos os prazos decadenciais e os prescricionais, cuidando da prescrição apenas na Parte Geral. Assim sendo, a prescrição vem disciplinada, quanto as suas regras, pelos arts. 189 a 204, e a prescrição ordinária (comum) é de 10 anos e está no art. 205, já os casos especiais de prescrição vêm previstos no art. 206.

A decadência, no novo Código Civil, recebeu tratamento específico e tem suas regras gerais previstas na Parte Geral (arts. 207 a 211), entretanto, o novo Código Civil não contém um rol de hipóteses decadenciais, pois estas se encontram distribuídas por todo o diploma e acompanham os institutos aos quais se referem.

Destarte, o Código Civil de 2002, no seu art. 189, dispõe que, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, que se extingue nos prazos prescricionais previstos nos arts. 205 e 206. Não se fala em extinção da ação, mas sim da pretensão.

Pablo Stolze Gagliano<sup>3</sup>, em seu *Novo curso de direito civil*, afirma que:

Pretensão é o poder de exigir de outrem, coercitivamente, o cumprimento de um dever jurídico, vale dizer, é o poder de exigir a submissão de um interesse subordinado (do devedor da prestação) a um interesse subordinante (do credor da prestação) amparado pelo ordenamento jurídico.

Com a prescrição, o que perece é o exercício desse direito. É, portanto, contra a inércia da ação que age a prescrição, a fim de restabelecer estabilidade do direito, eliminando um estado de incerteza, perturbador das relações sociais. Por isso, a prescrição só é possível quando existe ação a ser exercida. O direito é atingido pela prescrição por via de consequência, porque, uma vez tornada a ação não exercitável, o direito torna-se inoperante. Tanto isso é válido que a lei admite como bom o pagamento de dívida prescrita, não admitindo ação para repeti-lo. Também os títulos de crédito, prescritos, se não autorizam a ação executiva, sobrevivem à prescrição, pois podem ser cobrados por ação ordinária de enriquecimento sem causa, o que demonstra que o direito, na verdade, não se extingue.

A decadência, diferente da prescrição, não atinge o direito de agir, mas o direito em si. Quando um direito potestativo não é exercido dentro do prazo para exercê-lo, a inércia do titular do direito provoca o surgimento do instituto denominado decadência.

---

3 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002. p. 457.

A decadência começa a correr, como prazo extintivo, desde o momento em que o direito nasce, enquanto a prescrição não tem seu início com o nascimento do direito, mas a partir de sua violação, porque é nesse momento que nasce a ação contra a qual se volta a prescrição.

Outra distinção reside na diversa natureza do direito que se extingue, pois a decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de seu exercício, ao passo que a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida.

Para distinguir prescrição da decadência, o novo Código Civil estabeleceu uma fórmula bastante simplificada, qual seja, os prazos de prescrição são os taxativamente elencados nos arts. 205 e 206, da parte geral deste, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na parte geral como na parte especial.

Assim sendo, hoje, a definição de prescrição não gera a polêmica de outrora, desta forma cumpre apenas ressaltar que na decadência há certas particularidades a serem observadas, tais como: a sua não interrupção nem a suspensão de prazo, ou seja, são peremptórios, por outro lado, o prazo decadencial é irrenunciável, além de que, quando prevista em lei é para o juiz reconhecer de ofício, ou seja, não é uma faculdade, e sim um dever do juiz.

## **2 MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO PARA O PRONUNCIAMENTO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ**

Aqui não podemos deixar de observar as disposições constantes do Código de Processo Civil que dispõe no seu art. 267, inciso I, que o indeferimento da petição inicial produzirá a extinção do processo sem resolução do mérito.

Esta norma está, no entanto, em manifesta antinomia com as disposições do art. 269, IV, do próprio Código de Processo Civil, conforme o qual haverá extinção do processo com exame do mérito sempre que o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.

O outrora já dissemos, em artigo diverso, que a prescrição e a decadência, quando declaradas, acarretam, efetivamente, o fim do processo mediante prospecção do mérito, ainda que de maneira indireta ou oblíqua. Isto porque tais fenômenos ferem o direito do autor.

Em se tratando de decadência, o juiz sempre pode conhecê-la de ofício, mas, tratando-se de prescrição, devemos lembrar que nem sempre esta pode, como hoje, ser conhecida de ofício pelo juiz; ao contrário, isto era vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, o novo Código Civil inovou, pois em seu art. 194, permitiu ao juiz conhecer, de ofício, a prescrição para beneficiar o incapaz. Ocorre que este artigo foi revogado pela Lei nº 11.280/2006, sendo certo que a mesma lei alterou a redação do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, para

permitir, agora, ao juiz, a pronúncia, de ofício, da prescrição, portanto, esta não mais depende de alegação expressa da parte a quem aproveita<sup>4</sup>.

Assim, se o juiz a pronuncia de ofício, o processo seria extinto de imediato, mesmo sem a citação do devedor, que, portanto, não teria chance de renunciá-la e, desta feita, a renúncia não produziria efeitos. Entretanto, pensamos que tal premissa seria equivocada. Isso porque renúncia à prescrição é o ato pelo qual o próprio beneficiário do direito se despoja deste.

A alteração do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil tem gerado grande polêmica acerca do momento do pronunciamento da prescrição, se de plano ou se num segundo momento ainda que de forma subsidiária à defesa do réu, uma vez que o texto da lei traz o comando de decretação, mas não esclarece qual o momento oportuno em que deverá fazê-lo.

O pronunciamento de ofício da prescrição não há de ser entendido como decretação de plano, recomendando-se prudência ao juiz quando do despacho da petição inicial.

Desta forma, mesmo que verifique a ocorrência da prescrição, deverá relegar a um segundo plano sua decretação, a fim de que se viabilize o aperfeiçoamento da relação processual com a citação do réu, prestigiando, pois, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Destarte, existem opiniões neste sentido, bem como em sentido diverso e tal fato encontra seu ponto central justamente na oportunidade que deve ser dada ao beneficiário dos efeitos da prescrição de abrir mão desta, ou seja, renunciá-la ou não.

Para os adeptos dessa corrente, a citação do demandado abriria a possibilidade de renúncia à prescrição e afastaria, sumariamente, a possibilidade de vir a ser configurada qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no feito em concreto.

Mas, o assunto continua suscitando dúvidas e controvérsias e muitas delas contrárias à própria alteração legislativa. Como todo o novo instituto do direito, somente o tempo poderá sedimentar os entendimentos ainda que não para pacificar entendimento, mas para fornecer o norte de uma corrente majoritária.

### **3 O PRONUNCIAMENTO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO E A RENÚNCIA TÁCITA DIANTE DE EVENTUAL REVELIA**

Como já vimos antes da revogação do art. 194, o Código Civil de 2002 era defeso ao juiz pronunciar, de ofício, a prescrição, salvo para beneficiar o incapaz.

---

4 Indeferimento da petição inicial na jurisdição comum e trabalhista: causas, competência, natureza jurídica e recurso cabível.; *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: IOB, v. 6, p. 65, 2008.

Dessa forma, sendo a prescrição matéria de defesa, a sua declaração ficava a cargo do demandado que, dentre outros argumentos de defesa, poderia lançar mão dessa exceção substancial tendente a abreviar o curso do feito.

Contudo, ao demandado resguarda-se, com fundamento no art. 191 do Código Civil de 2002, a possibilidade de renunciar ao instituto da prescrição desde que já consumada em sede de defesa, de forma tácita ou expressa, desde que não prejudique direito de terceiro.

Na hipótese de se desejar realizar o direito do autor, mediante composição ou ainda, poderia rechaçar a tese por este edificada, provando, em análise meritória, que a tese inicial não merecia o requerido amparo do Judiciário.

A lei antiga previa a possibilidade do demandado alegar em sua defesa matérias que entendesse pertinentes e, facultava a este, a possibilidade de não lançar mão deste instituto, caso sua intenção fosse perseguir o julgamento de mérito por quaisquer outros fundamentos esculpido no art. 269 do Código de Processo Civil.

Assim sendo, a renúncia da prescrição por parte do demandado abre caminho para que ele conquiste um julgamento que importe na improcedência da demanda e aqui, mais uma vez, merece destaque a crítica feita pelo professor André Luiz Camargo de Mello:

A nosso ver, a Lei nº 11.280/2006 ao prever a possibilidade do juiz conhecer de ofício a prescrição, em verdade retira do demandado a possibilidade de trazer a lume a rejeição do pedido do autor, de modo que sob este prisma nosso entendimento envereda pela negativa que se dá ao réu de lhe distribuir a justiça de forma a alcançar a pacificação social, finalidade precípua do processo. Ousamos, pois, nesta linha de raciocínio, interpretar a nova lei como retrocesso no campo de defesa vez que ao autor da demanda é facultado o direito de alegar em desfavor do demandado toda sorte de argumentos relativos a situações que, em tese, reclamam amparo judicial, e mesmo que totalmente desprovidas de fundamento jamais seriam dirimidas, posto que qualquer alegação por parte do demandado sucumbiria ao instituto da prescrição e sua declaração *ex officio*.

E assevera ainda o professor:

Imagine-se a situação em que o juiz, ao despachar a inicial, relegue a declaração de prescrição a um segundo plano e busque a triangulação da relação processual com vistas à participação do réu em contraditório, assinando prazo para a resposta e possível renúncia à prescrição. Regularmente citado o réu e assim integrado à relação processual, sua inércia ante o ônus de se defender poderá acarretar a aplicação dos efeitos da revelia, mormente quando tratar-se de direitos patrimoniais. Entretanto, poderá ocorrer situação onde o réu ciente de sua obrigação para com o autor, entenda por bem deixar transcorrer *in albis* o prazo para resposta para, posteriormente,

honrar a obrigação mediante depósito judicial. Concluídos os autos, o juiz reconhece a prescrição e profere sentença resolvendo o mérito. Nesta hipótese, muito embora tenha o réu ficado desobrigado de cumprir a obrigação, tal desobrigação se deu em virtude não de seu interesse ou aspiração, mas pelo fato do Estado ter se substituído na sua vontade, abreviando o curso do feito e impedindo a satisfação, por parte do réu, do direito vindicado pelo autor, naquele processo.

Como podemos notar, a questão não é simples, muito pelo contrário, a adoção de um ou outro entendimento poderá acabar por esbarrar na inutilidade de um ou outro instituto, ou seja, se pronunciada de ofício, ante a inércia do demandado poder-se-ia dizer que a possibilidade da renúncia tácita estaria prejudicada diante da inovação legal. Vale repetir aqui as palavras do Professor Ney Stany Morais Maranhão:

Ora, diante dessa regência legal do tema, de clareza solar, fica sem sentido qualquer possibilidade jurídica de se enxergar no silêncio da peça de contestação do reclamado, em si, uma possível hipótese de renúncia tácita à prescrição. Logo, insta concluir que, mesmo restando silente o demandado, em sua defesa, quanto ao tema da prescrição, ainda assim se impõe ao juiz aplicar de ofício o cutelo prescricional, a teor do art. 219, § 5º, do CPC, com a novel dicção conferida pela Lei nº 11.280/2006. Essa, a meu ver, é a melhor exegese a ser conferida ao tema.<sup>5</sup>

## CONCLUSÃO

Este modesto estudo é feito sem nenhuma pretensão de polemizar ou definir posições jurídicas, mas sim trazer a lume questões discutidas na doutrina pátria, as quais acabam por suscitar dúvidas e estudos mais acalorados nos meios acadêmicos, bem como dar início a uma série de estudos sobre o instituto da prescrição. Através das questões trazidas à consideração e surgidas em decorrência do tema proposto, pudemos perceber que a alteração acaba por facilitar aos juízes a extinção de um feito sem a necessidade de citação, sem a necessidade de análise de mérito, fato este que acaba por contribuir, sem dúvida alguma, para a redução do trabalho do próprio Poder Judiciário o que poderá reduzir a sua morosidade. Entretanto, aqui não podemos deixar de ressaltar que o Código de Processo Civil dispôs no seu art. 267, inciso I, que o indeferimento da petição inicial produzirá a extinção do processo sem resolução do mérito. Estas normas estão, no entanto, em manifesta antinomia com as disposições do art. 269, IV, do próprio Código de Processo Civil, conforme o qual haverá extinção do processo com exame do mérito sempre que o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.

---

5 MARANHÃO, Ney Stany Morais. Silêncio do reclamado na contestação: renúncia tácita da prescrição? *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1.349, 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9587>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

Aqui nos permitimos citar trecho do artigo de nossa autoria intitulado “Indeferimento da petição inicial na jurisdição comum e trabalhista: causas, competência, natureza jurídica e recurso cabível”, publicado na *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista* (p. 65), onde esclarecemos que:

Esse conflito se resolve, como é elementar, em favor da última norma legal mencionada, porque a prescrição e a decadência, quando declaradas, acarretam, efetivamente, o fim do processo mediante prospecção do mérito, ainda que de maneira indireta ou oblíqua. Isto porque tais fenômenos ferem o diretor do autor. Em se tratando de decadência, o juiz sempre pode conhecê-la de ofício, mas em se tratando de prescrição devemos lembrar que nem sempre está pode, como hoje, ser conhecida de ofício pelo juiz, ao contrário isto era vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, entretanto, o novo Código Civil inovou, pois em seu art. 194, permitiu ao juiz conhecer de ofício da prescrição para beneficiar o incapaz, ocorre que este artigo foi revogado pela Lei nº 11.280 de 15 de fevereiro de 2006 (DOU de 17.02.2006 – em vigor 90 dias após a publicação), sendo certo que a mesma lei alterou a redação do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, para permitir agora, ao juiz a pronúncia, de ofício, da prescrição, portanto, esta não mais depende de alegação expressa da parte a quem aproveita.<sup>6</sup>

Assim, se o juiz, ao pronunciar a prescrição, o faz de ofício, o processo seria extinto de imediato, mesmo sem a citação do devedor, que, portanto, não teria chance de renunciá-la e, desta feita, o instituto da renúncia da prescrição seria inócuo. Entretanto, pensamos que tal premissa seria equivocada. Isso porque a renúncia à prescrição é o ato pelo qual o próprio beneficiário do direito se despoja deste. Outrossim, pensamos que se alguém cobrar uma dívida prescrita o juiz não irá pronunciar de ofício a prescrição, mas sim determinar a citação do réu para que se manifeste sobre a renúncia à prescrição. Destarte, continuaria sendo possível a renúncia expressa judicial, inclusive porque se trata de um exercício da autonomia privada do devedor. Cumpre salientar que, certamente, o legislador equiparou a prescrição e a decadência em apenas um de seus efeitos, qual seja, ambas podem ser pronunciadas de ofício pelo juiz.

## REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2007.

FORMIGONI, Aparecida Dias de Oliveira. Indeferimento da petição inicial na jurisdição comum e trabalhista: causas, competência, natureza jurídica e recurso cabível. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: IOB, v. 6, p. 65, 2008.

---

6 Indeferimento da petição inicial na jurisdição comum e trabalhista: causas, competência, natureza jurídica e recurso cabível. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: IOB, v. 6, p. 65, 2008.



GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002.

\_\_\_\_\_. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, v. I, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, v. I, 2007.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. Silêncio do reclamado na contestação: renúncia tácita da prescrição? *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1.349, 12 mar. 2007. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9587>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

MELLO, André Luis Camargo. Reflexões sobre a prescrição civil à luz da Lei nº 11.280/2006. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1.313, 4 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9465>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

VENOSA, Sílvio de S. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2003.

# RESPONSABILIDADE PENAL E CO-CULPABILIDADE

---

**Sabrine Pierobon de Souza**

Advogada, Professora do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista, Mestre em Educação, Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCC).

**RESUMO:** Este artigo pretende abordar a responsabilidade penal no Brasil em face da aplicação da co-culpabilidade, que consiste em um princípio jurídico-penal que atribui ao Estado uma parcela da responsabilidade pela prática delituosa, considerando o crime como um fenômeno complexo, não somente individual, no qual inferem questões de ordem social, econômica e cultural.

**PALAVRAS-CHAVE:** Co-culpabilidade; responsabilidade penal; aplicação de pena.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Responsabilidade penal e culpabilidade; 2 Aplicação de pena no Brasil e os parâmetros legais; 3 O princípio da co-culpabilidade; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é traçar as linhas preliminares de um tema especialmente relevante no contexto socioeconômico no qual nos inserimos, que há muito ocupa lugar privilegiado nas discussões científicas no âmbito jurídico-penal e que, paradoxalmente, é instituto marginalizado e de aplicabilidade reduzida na esfera judicial.

Trata-se da responsabilidade penal e a aplicação da pena em face do princípio da co-culpabilidade, que busca analisar o crime como fenômeno complexo, o que conduz ao entendimento de que o contexto social e econômico e, desta forma, o Estado, também possui uma parcela significativa da responsabilidade pela prática delituosa.

Evidentemente, o presente trabalho não se presta ao esgotamento da discussão, mas pretende oportunizar o debate sob um prisma menos dogmático acerca da culpabilidade, tema este que ainda necessita de abordagens mais críticas e reflexivas em âmbito interdisciplinar.

## 1 RESPONSABILIDADE PENAL E CULPABILIDADE

Evidentemente, a pena somente pode ser aplicada ao agente se for apurada a responsabilidade pelo fato criminoso. No entanto, em matéria penal, não é sufi-

ciente comprovar a relação entre a conduta do indivíduo e o resultado lesivo para impor a ele a obrigação de se submeter às consequências jurídicas de seu ato, ou seja, como nos ensina Batista, a responsabilidade penal deve ser sempre de caráter subjetivo, não cabendo a aplicação de pena baseada somente na associação causal entre a conduta e o resultado<sup>1</sup>.

É, portanto, indispensável a análise da culpabilidade, princípio este que impõe essencialmente que a pena somente pode ser aplicada quando a conduta de um agente se demonstrar reprovável.

Para autores como Jesus, a culpabilidade é um pressuposto de pena e “a sanção será imposta somente quando for possível e positivo um juízo de reprovação” sobre o comportamento do indivíduo<sup>2</sup>.

Segundo o mesmo autor, “no juízo da culpabilidade, a valoração é feita da seguinte forma: sujeito devia agir de acordo com a norma porque podia atuar de acordo com ela”<sup>3</sup>.

No mesmo sentido, podemos conceituar a culpabilidade como

a reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem a capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao Direito.<sup>4</sup>

Como se vê, Fragoso também espousa a teoria normativa pura da culpabilidade na qual são considerados os seguintes elementos: imputabilidade; exigibilidade de conduta diversa; e potencial consciência da ilicitude<sup>5</sup>.

No âmbito da imputabilidade, será verificado se agente tinha certo grau de capacidade psíquica que lhe permitia compreender a antijuridicidade de sua conduta e determinar-se de acordo com este entendimento.

A exigibilidade de conduta diversa só se evidencia quando, devendo e podendo agir de maneira conforme o ordenamento jurídico, o sujeito realiza conduta diferente, que constitui o delito.

---

1 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

2 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 453.

3 Idem, p. 459.

4 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 240.

5 A teoria psicológica da culpabilidade, diversa da teoria normativa pura, conceitua este instituto como a relação psíquica do autor com seu fato (dolo ou culpa). A teoria psicológica-normativa da culpabilidade, que se seguiu à anterior, trazia como elementos da culpabilidade: 1) imputabilidade; 2) elemento psicológico normativo (dolo e culpa); e 3) exigibilidade de conduta diversa. Já a teoria normativa pura, ora adotada, aponta como elementos da culpabilidade: 1) imputabilidade; 2) possibilidade de conhecimento do injusto; e 3) exigibilidade de conduta diversa, sendo que o dolo e a culpa integram a conduta, e, portanto, o fato típico.

No que tange a potencial consciência da ilicitude, deve ser analisada a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade da conduta, que se difere, evidentemente, do mero desconhecimento da lei.

Da análise destes elementos, portanto, haverá situações em que a conduta do agente, embora criminosa, não será reprovável e, portanto, também não será passível de punição.

Estas situações não se confundem com aquelas em que incidem as causas excludentes da antijuridicidade, que, conseqüentemente, afastam a ilicitude da conduta e do fato praticado, quais sejam:

#### **a) Estado de necessidade**

Nos termos do art. 24 do CP, “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro meio evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”, portanto, há estado de necessidade quando, em um conflito de interesses juridicamente protegidos, alguém sacrifica o bem alheio para salvar um bem próprio, exposto a perigo atual ou iminente.

#### **b) Legítima defesa**

Diz-se em legítima defesa aquele que, empregando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, contra um bem jurídico próprio ou alheio. Embora, como regra, somente o Estado possa solucionar os conflitos entre pessoas e seus interesses, em algumas situações excepcionais o indivíduo pode resolver seu conflito e defender seu interesse imediatamente, pelas próprias mãos. É o que ocorre na legítima defesa, prevista no art. 25 do Código Penal.

#### **c) Estrito cumprimento de dever legal**

Em algumas situações, a lei impõe a determinadas pessoas uma conduta que se encontra tipificada no ordenamento penal, em normas incriminadoras. Entretanto, por ser esta conduta típica de um comportamento exigido por lei, não será ilícita. Evidentemente, pela regra lógica da não contradição, uma conduta exigida por lei não pode, ao mesmo tempo, configurar um crime. Portanto, o art. 23, III, do CP, determina que não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento do dever legal.

#### **d) Exercício regular de direito**

Nos termos do art. 23, III, parte final, do CP, não há crime quando o agente pratica o fato no exercício regular de direito. A expressão “direito” é empregada em

sentido amplo. Podemos citar os exemplos do particular que executa uma prisão em flagrante, as intervenções médicas e cirúrgicas, na maioria dos casos, a violência desportiva (desde que nos estritos limites da disciplina que o regulamenta).

No entanto, retomando a análise da culpabilidade, constatado o crime, ainda assim, em determinadas situações, não se imporá pena ao agente, pois não estará presente o juízo de censura da conduta, o que necessariamente ocorrerá nos casos elencados no Código Penal brasileiro, quais sejam:

- a) Doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26);
- b) Desenvolvimento mental incompleto por presunção legal, do menor de 18 anos (art. 27);
- c) Embriaguez acidental completa (art. 28, § 1º);
- d) Coação moral irresistível (art. 22, primeira parte);
- e) Erro de proibição (erro inevitável sobre a ilicitude do fato): art. 21;
- f) Discriminantes putativas (erro de tipo permissivo, quando escusável): art. 20, § 1º;
- g) Obediência hierárquica (obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico): art. 22, segunda parte.

Analisando a jurisprudência brasileira, na maioria das decisões judiciais que abordam a culpabilidade, se reconhece que somente as causas supraelencadas podem justificar a exclusão da pena, não se admitindo que outras situações possam afastar ou mitigar o juízo de reprovação pendente sobre a conduta do agente.

Desta forma, caracterizado o fato típico e antijurídico e, portanto, havendo crime, salvo nos casos de exclusão da culpabilidade reconhecidos expressamente pelo Código Penal, a conduta do agente deve ser considerada reprovável, e, consequentemente, passível de punição.

## **2 APLICAÇÃO DE PENA NO BRASIL E OS PARÂMETROS LEGAIS**

Para aplicação da reprimenda penal no Brasil, considerando que não pôde ser excluída a culpabilidade do autor do fato, deve o juiz observar as regras que compõem o critério trifásico de fixação da pena, conforme preleciona o art. 68 do Código Penal: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Na primeira fase, portanto, o juiz fixará a pena-base, a qual deverá respeitar o limite mínimo e máximo da pena em abstrato e irá aplicar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social,

personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Na segunda fase, será fixada a pena intermediária, calculada sobre a pena-base e aplicando as circunstâncias legais dos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal:

Entre as circunstâncias atenuantes, que podem trazer redução à pena, estão: a idade do agente (ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença); o desconhecimento da lei; ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; ou ainda ter confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

O art. 66 também recomenda que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Tal dispositivo, portanto, permite que o juiz, na aplicação de pena, transcenda o rol apresentado no art. 65 e atenuar a punição por outros motivos não especificamente elencados pelo legislador, observando as peculiaridades do caso concreto.

Contudo, como pudemos observar, a análise da concreta experiência social dos réus, suas condições e oportunidades de realizar uma conduta realmente adaptada não foi expressamente considerada pelo legislador no âmbito da culpabilidade e suas excludentes, ou na esfera de aplicação de pena.

### **3 O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE**

O Brasil tem, atualmente, mais de quinhentos mil presos, e destes, mais de 60% estão encarcerados em razão da prática de crimes contra o patrimônio, dentre eles o roubo, o furto e a receptação.

A população carcerária, como é sabido, também é composta especialmente por indivíduos que permanecem à margem no âmbito socioeconômico e cultural.

Nesse sentido, ensina Fragoso:

Motins e conflitos graves nas prisões em vários países comoveram a opinião pública revelando que a população carcerária é constituída por homens e mulheres marginalizados, que sofrem o impacto de uma condição social inferior e que, nessa perspectiva, se sentem perseguidos por todo um sistema

policial-judiciário dominado pela ineficiência, a corrupção e a brutalidade. A *reeducação* em tais circunstâncias é simplesmente um mito.<sup>6</sup>

Assim, apesar do texto legal não conter expressamente nenhuma menção às condições socioeconômicas, ao ambiente em que se insere o réu, e suas oportunidades, a doutrina há muito vem considerando que quanto maior é a vulnerabilidade social e cultural do indivíduo, menor deve ser a sua pena.

Como ensina Batista,

trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade, que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu.<sup>7</sup>

Esta é, portanto, a responsabilidade conjunta do Estado sobre os atos praticados por seus cidadãos, quando sofrerem lesões flagrantes a seus direitos fundamentais, em razão da evidente negligência dos detentores do poder político no campo social.

Portanto, o Estado, omissivo em seus deveres constitucionais, dando causa a uma distribuição de riqueza lastimável, além da inacessibilidade dos serviços públicos essenciais por uma imensa parcela da população, termina por provocar a diminuição do âmbito da autodeterminação do indivíduo, e deve arcar pela sua negligência no momento da formação do juízo de reprovação.

Atendendo também aos valores constitucionais, é evidente que “reprovar com a mesma intensidade as pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se acham em situação de extrema penúria é uma clara violação do princípio da igualdade”<sup>8</sup>. Assim, pode e deve o juiz valorar certas circunstâncias que o texto legal omitiu.

Nesse sentido, cabe ressaltar que há, inclusive, projeto de lei assinado por Miguel Reale Júnior que insere o princípio da co-culpabilidade como circunstância prevista no art. 59 do Código Penal. O texto diz que o juiz deve atender à culpabilidade, antecedentes, reincidência, *condições pessoais do acusado e oportunidades sociais a ele oferecidas*.

Portanto, ainda que não seja recomendável, em todos os casos, o afastamento absoluto da responsabilidade do agente, quando em situação de risco social, excluindo

6 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Aspectos da teoria do tipo. Disponível em: [www.helenofragoso.com.br](http://www.helenofragoso.com.br). Acesso em: 6 jun. 2009.

7 BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 105.

8 ZAFFARONI, Eugenio Raul apud BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 105.

sua culpabilidade, é possível, ao menos, atenuar a pena por esta circunstância. No mesmo sentido, opina Salo de Carvalho ao afirmar que “[...] a precária situação econômica do imputado deve ser priorizada como circunstância atenuante obrigatória no momento da cominação da pena”, e ainda aduz que “juntamente com a valoração da situação econômica, devem ser avaliadas também as condições de formação intelectual do réu, visto que esta relação é fundamental para a averiguação do grau de autodeterminação do sujeito”<sup>9</sup>.

Infelizmente, no Brasil, a ortodoxia judicial aponta no sentido de desvalorizar as questões ligadas à posição socioeconômica dos delinquentes. A praxis forense recomenda a alienação do aplicador do direito às questões de fundo, às ideologias subjacentes ao sistema e às contradições existentes entre o real e o formal, o universo jurídico e a realidade social brasileira.

Desta forma, multiplicam-se decisões que procuram encontrar no direito positivo a consubstanciação do valor segurança, que permanece oculto nas ruas e nos centros urbanos.

É por este motivo que muitos juristas afirmam que a aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade levará a sociedade a sofrer duplamente: pela infração cometida e, ainda, pela impunidade.

Esta linha argumentativa encontra utilidade na manutenção de uma falácia e crê que a tarefa do Judiciário, nestes casos, é causar o mal menor e, portanto, buscar efetivar a segurança pública, em detrimento do reconhecimento de uma verdade científica.

Contudo, ignoram que a instância jurídica, em si mesma encarcerada, não tem se demonstrado capaz de equacionar o problema da criminalidade e, evidentemente, não é por meio do recrudescimento na aplicação das penas que este panorama será transformado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, a responsabilidade penal, no Brasil, deve ser sempre de caráter subjetivo e, considerando a culpabilidade como pressuposto de pena, deve o juiz valorar a conduta do agente e realizar um juízo de reprovabilidade, a fim de poder aplicar a punição ao delinquente.

Ainda que haja crime, a pena só é possível se determinada conduta for censurável e a lei penal elencar situações diversas em que a culpabilidade restaria excluída, como no caso da menoridade ou da coação moral irresistível.

---

9 CARVALHO, Salo de. *Aplicação de pena garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.



Sendo reprovável a conduta, deve o juiz observar o critério trifásico de aplicação de pena, que recomenda a análise das circunstâncias judiciais, bem como agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena.

Contudo, como mencionamos, o texto legal não recomenda ou determina que sejam consideradas as condições socioeconômicas do réu, para análise da responsabilidade penal e aplicação da pena.

Apesar desta omissão legislativa, a doutrina atualmente opina que o entorno social deve ser verificado na aplicação de pena, pois o Estado, em determinados casos, é co-responsável pela condição de marginalidade em que se encontra o réu, a qual pode ter conexão com o fato delituoso praticado pelo agente.

Como vimos, a aplicação deste princípio é polêmica, pois, para diversos autores, a sociedade poderia ser prejudicada pela impunidade decorrente da argumentação exposta e relutam em reconhecer e efetivar o instituto da co-culpabilidade, para não causar um “mal maior”.

Mas será que no Poder Judiciário brasileiro realmente é possível causar o “mal menor”? Será que uma pequena injustiça é aceitável, na justificação dos meios pelos fins?

É a resposta a estas questões que nos conduzirá na conclusão sobre a aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Aplicação de pena garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Aspectos da teoria do tipo. Disponível em: [www.helenofragoso.com.br](http://www.helenofragoso.com.br). Acesso em: 6 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, v. 1, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul apud BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

## MERCOSUL E INTEGRAÇÃO REGIONAL

---

**Samuel Antonio Merbach de Oliveira**

Doutorando em Filosofia pela PUC/SP; Doutorando em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção; Mestre em Filosofia pela PUC/Campinas, Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/Campinas, Mestre em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/Campinas, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Membro da Academia de Letras do Brasil, Professor do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo examinar a importância do Mercosul para a integração econômica, jurídica e cultural da América Latina.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mercosul; integração regional; zona de livre comércio; união aduaneira; mercado comum.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A formação do Mercosul; 2 Estrutura orgânica do Mercosul; 3 Fases da integração; Conclusão; Referências.

### INTRODUÇÃO

O apoio para a integração latino-americana teve como marco inicial os ideais defendidos pela Comissão das Nações Unidas para a América Latina (Cepal), criada em 1988, com o objetivo de integrar a região com base na substituição das importações. Várias tentativas de integração antecederam ao Mercosul. Neste sentido, em 1960, vários países na América Latina celebraram o Tratado de Montevideu (TM-60) criando uma zona de livre comércio e instituindo a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (Alalc), sendo substituída pela Associação Latino-Americana de Integração (Aladi), em 1980. Esse último acordo, que permanece inalterado, une Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela no desejo comum de promover um processo convergente que conduza ao estabelecimento de um mercado comum regional.

O Mercosul (em português: Mercado Comum do Sul; castelhano: *Mercado Común del Sur*, *Mercosur*; guarani: *Ñemby Ñemuah*) é a União Aduaneira (livre comércio intrazona e política comercial comum) de cinco países da América do Sul. Em sua formação original, o bloco era composto por quatro Estados: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, aderindo a Venezuela em julho de 2006. O Mercado Comum do

Sul (Mercosul) constitui um marco importante para a integração econômica, jurídica e cultural da América Latina, com o fim de unir os diversos países da região.

O Mercosul é hoje uma realidade econômica de dimensões continentais, pois, com uma área total de aproximadamente 12 milhões de quilômetros quadrados, o que corresponde a mais de quatro vezes a União Europeia, ele representa um mercado potencial de 200 milhões de habitantes e um PIB acumulado de mais de 1 trilhão de dólares, o que o coloca entre as quatro maiores economias do mundo, logo atrás do Nafta, da União Europeia e do Japão.

O Mercosul representa uma das principais áreas de atração de investimentos do mundo, uma vez que é a quarta economia mundial e a principal reserva de recursos naturais do planeta, entre as quais se destacam as de minério e as hidroelétricas.

Os idiomas oficiais do Mercosul são o português, o castelhano e o guarani. A versão oficial dos documentos de trabalho tem a do idioma do país-sede de cada reunião. Hoje o português é o idioma mais falado no Mercosul, entretanto o castelhano é falado em todos os Estados do Mercosul, exceto o Brasil.

Eduardo Pican Albónico (2005, p. 175, v. 1) salienta que, nas origens do Mercosul, “somente buscava ser uma associação econômica destinada a facilitar as transações comerciais entre os Estados-membros, porém com o correr do tempo abrangeu novas matérias de índole política, social e jurídica [...]”.

## 1 A FORMAÇÃO DO MERCOSUL

O comércio intrarregional cresceu, da segunda metade dos anos 70 até o início dos anos 80, a taxas superiores às de crescimento do comércio internacional. Entretanto, muitos problemas impossibilitaram a liberalização do comércio regional, sobretudo os reflexos negativos que a conjuntura recessiva mundial dos anos 80 provocou no continente latino-americano, bem como a situação de moratória da dívida externa do Brasil, da Argentina e do México, os três países mais desenvolvidos da América Latina.

Com a redemocratização da América do Sul e o fim das ditaduras militares, tivemos a aproximação entre Brasil e Argentina: o Tratado de Itaipu, apesar de existir entre Brasil e Paraguai desde 1979, estabelecendo sobre o aproveitamento dos recursos hidrelétricos do Rio Paraná, e a Declaração do Iguazu entre Brasil e Argentina, que consolidou a união de esforços conjuntos a fim de melhor aproveitar os recursos. Contudo, o primeiro passo importante para a integração regional da América do Sul foi o Programa de Integração e Cooperação Econômica entre Brasil e Argentina. O Pice tinha como objetivo inicial a assinatura de doze protocolos sobre relações bilaterais em setores relativos a bens de capital, alimentares, empresariais, financeiros, energéticos, biotecnologia, nucleares e aeronáutica. O

objetivo do Pice era propiciar uma área econômica comum através da abertura seletiva dos respectivos mercados visando complementar o desenvolvimento de setores econômicos específicos dos dois países.

Assim, os Presidentes José Sarney (1985-1990) e Raúl Alfonsín (1983-1989) assinaram, em 29 de novembro de 1988, em Buenos Aires, o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, que objetivou a liberalização completa do comércio de bens e serviços entre os dois países, bem como também construiu a formação de um mercado comum (livre circulação de bens, serviços, fatores de produção e pessoas).

Em 6 de julho de 1990, os Presidentes Fernando Collor (1990-1992) e Carlos Menem (1989-1999) assinaram a Ata de Buenos Aires, que antecipou para o final de 1994 o prazo para a formação do mercado comum entre os dois países. Posteriormente, a incorporação do Paraguai e do Uruguai ao processo de aproximação Brasil-Argentina levou, em 1991, à criação do Mercosul. O Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991, definiu como objetivo central a construção de um mercado comum visando a dinamizar a economia regional, movimentando entre si mercadorias, pessoas, força de trabalho e capitais. Inicialmente foi estabelecida uma zona de livre comércio, em que os países signatários não tributariam ou restringiriam as importações um do outro.

O Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai têm dado, desde então, passos decisivos para a abertura recíproca de seus mercados e a colocação de temas relacionados a aspectos sociais na agenda da integração. A regra do consenso como critério fundamental para a tomada de decisão pelos quatro países, além de conferir credibilidade ao processo, representa também elemento nivelador das acentuadas diferenças de tamanho de suas economias.

O princípio da reciprocidade estabelece igualdade de condições entre os países do Mercosul em relação aos compromissos assumidos, independentemente de seu grau de desenvolvimento relativo.

O marco histórico de criação do Mercosul é o Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, na capital paraguaia, pelos Presidentes e Ministros de Relações Exteriores do Brasil, Uruguai, Paraguai e Argentina. O Mercosul adquiriu personalidade jurídica internacional com o Protocolo de Ouro Preto, firmado em 17 de dezembro de 1994. Com efeito, o Mercosul também objetivou a ampliação dos acordos de livre comércio com países da América do Sul, bem como o aperfeiçoamento e a melhoria da cooperação política.

A partir de 1º de janeiro de 1995, essa zona converteu-se em união aduaneira, na qual todos os signatários poderiam cobrar as mesmas quotas nas importações dos demais países (tarifa externa comum).

Outro passo decisivo foi a Declaração Política do Mercosul, da Bolívia e do Chile como Zona de Paz, firmada em Ushuaia (Argentina), em 1998, que registra o entendimento do bloco ampliado (4 + 2) para “fortalecer os mecanismos de consulta e cooperação sobre temas de segurança e defesa existentes entre seus membros e promover a sua progressiva articulação”.

Ainda no âmbito do “Mercosul político”, destaca-se, em especial, a importância da “cláusula democrática”, institucionalizada pelo Protocolo de *Ushuaia* sobre o Compromisso Democrático no Mercosul (1998), cujo art. 1º diz: “A plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Países-membros do presente protocolo”. O Mercosul tornou-se, dessa forma, garantia relevante da consolidação dos regimes democráticos em nossa sub-região.

A importância internacional do Mercosul fica mais evidente com os acordos de adesão de vários países da América do Sul. O Chile, a Bolívia, o Peru, a Colômbia, o Equador e a Venezuela – desde meados da década de 90 – começaram a negociar acordos com o bloco e hoje detêm o *status* de países associados ao Mercosul.

O Mercosul tem como Estados associados a Bolívia (1996), o Chile (1996), o Peru (2003), a Colômbia (2004) e o Equador (2004).

Bolívia, Equador, Colômbia e Peru integram a Comunidade Andina (CAN), bloco com o qual o Mercosul também firmará um acordo comercial. O *status* de membro-associado se estabelece por acordos bilaterais, denominados Acordos de Complementação Econômica – ACE, firmados entre o Mercosul e cada país associado. Nesse acordo se estabelece um cronograma para a criação de uma zona de livre comércio com os países do Mercosul e uma gradual redução de tarifas entre o Mercosul e os países firmantes, além de poder participar na qualidade de convidado nas reuniões dos organismos do Mercosul e efetuar convênios sobre matérias comuns.

O Chile formaliza sua associação ao Mercosul em 25 de junho de 1996, durante a X Reunião da Cumbre (Cúpula) do Mercosul, em San Luis, Argentina, através da assinatura do Acordo de Complementação Econômica Mercosul-Chile.

A Bolívia formalizou sua adesão na XI Reunião da Cumbre do Mercosul, em Fortaleza (Brasil), em 17 de dezembro de 1996, mediante a assinatura do Acordo de Complementação Econômica Mercosul-Bolívia.

O Peru formaliza sua associação ao Mercosul em 2003 pela assinatura do Acordo de Complementação Econômica Mercosul-Peru (CMC 39/2003).

A Colômbia, o Equador e a Venezuela formalizam sua associação ao Mercosul em 2004 mediante a assinatura do Acordo de Complementação Econômica Mercosul-Colômbia, Equador e Venezuela (CMC 59/2004).

A Venezuela ratificou o protocolo de entrada em 4 de julho de 2006. Durante a XXIX Conferência do Mercosul em Montevidéu, no dia 9 de dezembro de 2005, outorgou-se em *status* de Estado-membro em processo de adesão, que, na prática, significa que tinha voz, mas não voto. Uma vez que a Venezuela adotou o marco legal, político e comercial do Mercosul em meados de 2006, firmou-se o protocolo para converter-se em Estado-membro (CMC 29/2005).

O México terá que avançar nas negociações de um acordo de livre comércio com o Mercosul antes de aderir ao bloco. Ficou acertado, porém, que, por enquanto, o México vai participar das reuniões do bloco na condição de observador.

Depois que a Venezuela iniciou seu processo de adesão ao Mercosul como membro pleno, em dezembro de 2006, o México voltou a consultar o bloco sobre a possibilidade de entrar para o bloco antes de avançar no acordo de livre comércio. Mas isso só será possível quando houver um calendário de redução das tarifas de comércio entre o México e o Mercosul.

É importante destacar que a Venezuela aderiu ao Tratado de Assunção, ao Protocolo de Ouro Preto, ao Protocolo de *Olivos* para a Solução de Controvérsias no Mercosul, de acordo com o conteúdo do art. 20 do Tratado de Assunção, firmando em 4 de julho de 2006, o Protocolo de Adesão. A Venezuela deverá adotar as normas vigentes do Mercosul, de forma gradual, no mais tardar no período de 4 anos contados a partir da entrada em vigência do Protocolo. Há existência do Grupo de Trabalho constituído para acompanhar os estágios da integração (art. 11) do instrumento que estabelecerá o cronograma de adoção das normativas Mercosul. A Venezuela integrará a Delegação dos países do Mercosul nas negociações com terceiros países.

A Venezuela adquire, a partir da vigência plena deste Protocolo, a condição de país-membro pleno e participará com todos os direitos e obrigações, tendo inclusive direito a voto e a veto.

## 2 ESTRUTURA ORGÂNICA DO MERCOSUL

Inicialmente, a estrutura orgânica do Mercosul descrita no Tratado de Assunção foi ampliada pelo Protocolo de Ouro Preto, sendo constituída pelos Órgãos: 1) Conselho do Mercado Comum (CMC); 2) Grupo Mercado Comum (GMC); 3) Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); 4) Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); 5) Foro Consultivo Econômico-Social (FCES); 6) Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

O Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio têm capacidade decisória de natureza intergovernamental.

O Conselho do Mercado Comum é o órgão político que tem como função conduzir o processo de integração, bem como assegurar o cumprimento dos objetivos prescritos no Tratado de Assunção a fim de alcançar a constituição final do “mercado comum”. Nesse contexto, o art. 10 do Protocolo de Ouro Preto estabelece o Conselho do Mercado Comum como o “órgão executivo do sistema fixando as variadas atribuições e funções no art. 14”. É composto pelos Ministros das Relações Exteriores e pelos Ministros da Economia, ou seus equivalentes nos Estados. A presidência desse órgão é exercida pelo prazo de seis meses por meio de rotação dos Estados em ordem alfabética.

O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo que é formado por quatro membros titulares e quatro alternos por país, indicados pelos governos respectivos, entre os quais devem constar representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, dos Ministérios da Economia (ou equivalentes) e dos Bancos Centrais. Esse grupo é coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores.

À Comissão de Comércio cabe assistir o Grupo Mercado Comum, com o escopo de velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados para o funcionamento da União Aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas relacionados com as políticas comerciais comuns entre os membros do Mercosul e entre estes e outros países. O Protocolo de Ouro Preto outorga caráter institucional a esta Comissão com atribuições em matéria comercial e aduaneira.

A Comissão Parlamentar Conjunta é o órgão representativo dos Parlamentos dos Estados-membros do Mercosul, sendo formado por igual número de parlamentares destes países. Os integrantes dessa Comissão são indicados pelos respectivos parlamentos nacionais conforme seus procedimentos internos e tem como função dar celeridade aos procedimentos internos dos Estados-membros a fim de pronta entrada em vigor das normas oriundas dos órgãos do Mercosul. Dessa maneira se busca que os Poderes Legislativos dos Estados-partes se integrem e se somem por meio de seus representantes ao processo integrador.

O Foro Consultivo Econômico-Social representa os setores econômicos e sociais, sendo composto por igual número de representantes de cada Estado-membro. Tem função consultiva e pronunciar-se-á por meio de Recomendações ao Grupo Mercado Comum, sendo o único órgão com competência trabalhista.

A Secretaria Administrativa é um órgão de apoio operacional, tendo a função de prestar serviços aos demais organismos do Mercosul. Sua sede permanente é em Montevidéu. Essa secretaria está a cargo de um diretor oriundo de um dos Estados-membros, que é eleito pelo Grupo Mercado Comum, de modo rotativo, mediante prévia consulta aos Estados. É designado pelo Conselho do Mercado Comum para um mandato bienal, sendo proibida a reeleição.

O Mercosul conta ainda com instâncias orgânicas não decisórias como a Comissão Sociolaboral (CSL), o Fórum de Consulta e Concertação Política (FCCP), os Grupos de Alto Nível, os Subgrupos de Trabalho (SGT) dependentes do GMC, os Comitês Técnicos (CT) dependentes do CCM, o Observatório do Mercado de Trabalho (OMT), dependente do SGT10, e o Fórum da Mulher em âmbito do FCES.

Entre os subgrupos de trabalhos, destacam-se: 1) Assuntos Comerciais; 2) Assuntos Aduaneiros; 3) Normas Técnicas; 4) Política Fiscal e Monetária Relacionada com o Comércio; 5) Transporte Terrestre; 6) Transporte Marítimo; 7) Política Industrial e Tecnológica; 8) Política Agrícola; 9) Coordenação de Políticas Macroeconômicas; e 10) Relações Trabalhistas, Emprego e Seguridade Social. Assim, Carlos Roberto Husek (2000, p. 158) afirma que:

Todos eles e outros mais são fundamentais para o estabelecimento e o desenvolvimento do Mercado Comum.

Vejamos, por exemplo, o de que trata o subgrupo de Política Monetária, preocupado com a coordenação das políticas cambiais e harmonização das legislações cambiais, bem como a definição e a utilização de moeda estrangeira, que são tarefas de monta.

Atualmente, quanto à questão de moeda estrangeira, o meio internacional de pagamento dos países da região, sem dúvida, é o dólar norte-americano, mas nada impede, pelo menos em teoria, que se crie uma nova moeda, desde que aceita pelo sistema internacional, para a utilização do Cone Sul. Na Comunidade Europeia estabeleceu-se o “euro”.

A estrutura do Mercosul também comporta órgãos específicos de Solução de Controvérsias, como os Tribunais *Ad Hoc* e o Tribunal Permanente de Revisão. Finalmente, o Mercosul funciona habitualmente mediante Reuniões de Ministros (RM), Reuniões Especializadas (RE), conferências, e Reuniões *ad hoc*.

### 3 FASES DA INTEGRAÇÃO

A integração econômica não ocorre de modo repentino. É fruto de planejamento dos Estados interessados em sua concretização.

No que se refere à integração dos países latino-americanos, Carlos Saúl Menem (1996, p. 73) explica que:

Os países da América têm em comum a origem, a história, a cultura, e a geopolítica nos indica que transitam num mesmo caminho e que compartilham também o futuro.

Tudo isso leva a pensar em uma união fraterna de apoio mútuo dos povos da América, objetivo político já perseguido pelos fundadores das nacionalidades americanas.



Em uma integração econômica, as relações comerciais entre os países vão se intensificando de forma natural. Pode ocorrer uma integração entre países fronteiriços mediante uma regulamentação para facilitar o comércio com vantagens aduaneiras recíprocas estabelecendo-se a livre circulação de certos produtos ou mercadorias para as zonas de fronteira comum. A integração ocorre através das seguintes fases: zona de livre comércio, união aduaneira e mercado comum, união econômica e monetária e, finalmente, união política.

Na primeira fase – Zona de Livre Comércio –, os países parceiros reduzem ou eliminam as barreiras alfandegárias, tarifárias e não tarifárias, que incidem sobre a troca de mercadorias dentro do bloco. Seu objetivo é a redução progressiva das alíquotas do imposto de importação até que atinjam zero por cento. Contudo, essa redução não é aplicada rapidamente devido ao impacto que pode causar na produção interna. Muitas vezes é lenta, gradual e respeita listas de exceção impostas pelo Estado sobre os produtos que entenda que deva ser protegidos contra a concorrência direta de bens estrangeiros.

Na segunda fase – União Aduaneira –, os Estados-membros, além de abrirem mercados internos, regulamentam o seu comércio de bens com nações externas, já funcionando como um bloco econômico em formação. Adota-se uma Tarifa Externa Comum (TEC), a qual permite estabelecer uma mesma tarifa aplicada a mercadorias provenientes de países que não integram o bloco.

No que se refere à união aduaneira, Jorge Darío Cristaldo Montaner (2003, p. 33) explica que

o livre desenvolvimento do comércio de bens se agrega a um plano externo comum e a uma política de comércio exterior coordenada entre os Países-membros que integram a união, manifestando-se este grupo de países frente a terceiros países como um só bloco comercial. É um grau maior de integração que a zona de livre comércio, porque se estabelece uma pauta comum em relação aos terceiros países que não fazem parte da união aduaneira.

Tem-se o início à formação de comissões parlamentares conjuntas, aproximando-se o Poder Executivo dos Estados nacionais de seus respectivos Legislativos. O Brasil, a Argentina, o Uruguai e o Paraguai constituem, na atual fase de desenvolvimento, uma União Aduaneira que luta para se transformar em um Mercado Comum.

Na terceira fase – Mercado Comum –, tem-se um processo bastante avançado de integração econômica, que se expressa através da derrubada das fronteiras com cinco liberdades básicas:

1. *Livre circulação de bens*: é a abertura das fronteiras externas quanto às barreiras alfandegárias, para que os produtos possam circular de forma livre entre Estados.

2. *Livre circulação de pessoas*: circulação dos cidadãos livres de regras impeditivas.

3. *Livre prestação de serviços*: possibilidade de desenvolver o trabalho em qualquer local na região comunitária, fora do Estado de origem, sendo o trabalho subordinado ou não. Surgem normas conferindo permissão para trabalhar, com as garantias eventualmente atribuídas aos nacionais, inclusive os respectivos registros nos órgãos representativos da categoria profissional.

4. *Liberdade de capitais*: a circulação de capital facilita o intercâmbio de mercadorias, das pessoas e dos serviços, confere maior liberdade para o comércio. Refere-se a qualquer operação relativa à importação-exportação, investimento, etc. A unificação da moeda pode propiciar o exercício pleno dessa liberdade.

5. *Liberdade de concorrência*: decorrente da economia de mercado, ensejando que a relação de consumo possa ser exercitada com serviços de qualidade, preços mais baixos numa disputa sadia de mercado.

A Comunidade Econômica Europeia, a partir de 1993, transformou-se num bloco econômico do tipo Mercado Comum.

Na quarta fase – União Econômica e Monetária –, uma vez cumpridas as fases anteriores pelos Estados-membros, pode-se caminhar para a integração econômica e monetária. Requer uma política econômica e cambial unificada, conduzida por um Banco Central comunitário, que se coloque acima dos interesses individuais dos Estados signatários. Também se busca uma moeda única e um fórum político.

A última fase – União Política – é tida como a expressão máxima de qualquer processo de integração. Nessa fase, tem-se a harmonização política, uma renúncia parcial ou total da soberania nacional que é transferida para os órgãos da comunidade. Nesse sentido, Jorge Darío Cristaldo Montaner (2003, p. 34) explica que

para tal efeito se cria um espaço econômico regional comum que apresenta condições macroeconômicas gerais absolutamente iguais no comércio intrazonal, semelhantes às de qualquer economia nacional. Os efeitos positivos sobre o bem estar resultam de uma melhor dotação dos fatores econômico-financeiros, e dos efeitos que se derivam de uma competência intrazonal, mais forte e mais dinâmica.

Por fim, a representação política consiste numa só representação política ou numa espécie de confederação. Para Carlos Roberto Husek (2000, p. 133), a União Política “seria a possibilidade última e final da comunidade com a integração total e completa”.

## CONCLUSÃO

O Mercosul, em sua formação original, era composto por quatro países: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Desde 2006, a Venezuela depende de aprovação dos congressos nacionais para que sua entrada seja aprovada.

A integração entre os Países-membros permitirá a implantação de um mercado comum; entretanto, atualmente o bloco possui características de uma União Aduaneira, na qual são praticadas tarifas de importação e exportação comuns, a livre circulação de mercadorias, capitais, serviços e pessoas.

Numa integração econômica, as relações comerciais entre os países vão se intensificando mediante a integração entre países fronteiriços através de uma regulamentação para facilitar o comércio com vantagens aduaneiras recíprocas, estabelecendo-se a livre circulação de certos produtos ou mercadorias para as zonas de fronteira comum.

Por fim, a integração ocorre através das seguintes fases: zona de livre comércio, união aduaneira e mercado comum, união econômica e monetária e, finalmente, união política.

## REFERÊNCIAS

ALBÓNICO, Eduardo Picand. *Arbitraje comercial internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, v. 1, 2005.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Mercosul: a integração, o direito e os conflitos coletivos de trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

MENEM, Carlos Saúl. *Que é o Mercosul?* Trad. Ana María Merlino. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

MONTANER, Jorge Darío Cristaldo. *Integración: Mercosur también existe*. Asunción: Imprenta Salesiana, 2003.

PEREIRA, Bruno Yepes. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2006.

# PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INTERPRETAÇÃO

---

**Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi**

Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direito Constitucional e da Cidadania da Faculdade Campo Limpo Paulista, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Deportivo, Advogada.

**RESUMO:** Norma jurídica de caráter especialíssimo, a Constituição retrata o modo de ser de um Estado, sua conformação, suas características essenciais. É curial, portanto, que a Constituição deva ser conhecida não apenas em sua letra, mas também no seu espírito, nos seus significados mais profundos. Desta forma, a interpretação de tão peculiar dispositivo deverá guiar-se por critérios próprios, inseridos no próprio sistema constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interpretação; Constituição; princípios; princípios constitucionais; interpretação constitucional.

**SUMÁRIO:** I – Princípio. Etimologia. Conceito; I.1 Princípio jurídico; I.2 Princípios constitucionais; II – Interpretação. Etimologia. Conceito; II.1 Interpretação constitucional. Princípios; II.1.1 Princípio da unidade da Constituição; II.1.2 Princípio do efeito integrador; II.1.3 Princípio da concordância prática; II.1.4 Princípio da correção funcional; II.1.5 Princípio da força normativa da Constituição; III – Limites da interpretação constitucional; Conclusão; Referências.

## I – PRINCÍPIO. ETIMOLOGIA. CONCEITO

Interessante destacar, sobre a etimologia do vocábulo *princípio*, as lições encontradas na Filosofia. Derivado do latim *principium*, é o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer. Os dois significados de “ponto de partida” e de “fundamento” ou “causa” estão estritamente conexos na noção desse termo, que foi introduzido na filosofia por Anaximandro<sup>1</sup> (Simplício, *Fis.* 24, 13), ao qual recorria frequentemente Platão, no sentido de causa do movimento (*Fedr.*, 245 c), e do qual Aristóteles foi o primeiro a enumerar completamente os significados<sup>2</sup>.

---

1 Anaximandro (610-547 a.C.), filósofo da escola jônica, natural de Mileto e discípulo de Tales (pai da filosofia grega, o primeiro homem sábio), foi geógrafo, matemático, astrônomo e político. Escreveu um livro, *Sobre a natureza*, que se perdeu. É considerado autor de um mapa do mundo habitado e iniciador da astronomia. Afirmou que a origem de todas as coisas seria o *apeiron*, o infinito. O mundo se dissolveria nele também. É apenas um mundo entre muitos. Ao contrário de Tales, não deu à gênese um caráter material. O *apeiron* é eterno e indivisível, infinito e indestrutível. O princípio é o fundamento da geração de todas as coisas, a ordem do mundo evoluiu do caos em virtude deste princípio. Teve como discípulo Anaxímenes (Disponível em: <<http://www.consciencia.org/antiga/presocr.shtml>>).

2 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 760. Segue o autor enumerando os significados atribuídos ao vocábulo por Aristóteles: 1º) ponto de partida em um

Tais notações de Aristóteles contêm quase tudo o que a tradição filosófica posterior tem dito a propósito dos princípios. Só um outro significado talvez seja preciso distinguir: como ponto de partida e causa, o *Princípio* é, às vezes, assumido como o *elemento* constitutivo das coisas ou dos conhecimentos, sendo este, provavelmente, um dos sentidos em que a palavra era usada pelos pré-socráticos.

Em seu exame das descrições pré-socráticas<sup>3</sup> e platônicas de *arche* na *Metafísica* (1941, 938b-988b), Aristóteles descreve um desenvolvimento desde o princípio material singular de Tales<sup>4</sup> – que diz ser a água o princípio – até os princípios materiais plurais de Empédocles<sup>5</sup>. Sucede-lhes, no relato de Aristóteles, a proposta de Platão de que as “ideias” são princípios, ao que se segue então a decisão do próprio Aristóteles de organizar os princípios em torno da causalidade – as causas materiais, eficientes, formais e finais. Esses princípios são o fundamento ontológico supremo para tudo o que é, assim como a fonte primordial de conhecimento.

---

movimento, por ex., de uma linha ou de uma estrada; 2º) o *melhor* ponto de partida, por ex., aquele que torna mais fácil aprender uma coisa; 3º) ponto de partida efetivo de uma produção, por ex., a quilha de um navio ou os alicerces de uma casa; 4º) causa externa de um processo ou de um movimento, por ex., um insulto que provoca uma briga; 5º) o que com sua decisão determina movimentos ou mudanças, por ex., o governo ou as magistraturas de uma cidade; 6º) aquilo do qual parte um processo de conhecimento, por exemplo, as premissas de uma demonstração. Aristóteles acrescenta a este elenco: “Também ‘causa’ tem os mesmos significados: dado que todas as causas são princípios. O que todos os significados têm em comum é que, em todos, *Princípio* é aquilo que é ponto de partida ou do ser ou do tornar-se ou do conhecer”.

- 3 Os pré-socráticos são filósofos que viveram na Grécia Antiga e em suas colônias. Assim são chamados, pois são os que vieram antes de Sócrates, considerado um divisor de águas na filosofia. Muito pouco de suas obras está disponível, restando apenas fragmentos. O primeiro filósofo de quem se tem uma obra sistemática e com livros completos é Platão, depois Aristóteles. São chamados de filósofos da natureza, pois investigaram questões pertinentes a esta, como de que é feito o mundo. Romperam com a visão mítica e religiosa da natureza que prevalecia na época, adotando uma forma científica de pensar. Alguns se propuseram a explicar as transformações da natureza. Tinham preocupação cosmológica. Os pré-socráticos inspiraram a interpretação de filósofos contemporâneos como Nietzsche (Disponível em: <<http://www.consciencia.org/antiga/presocr.shtml>>).
- 4 Tales de Mileto (640-548 a.C.) foi um homem que viajou muito. Os pensadores de Mileto iniciaram uma física e uma cosmologia. O universo era considerado um campo com pares opostos das qualidades sensíveis. É de Tales a frase de que a água é a origem de todas as coisas. Tudo seria a alteração da água, em diversos graus. Aristóteles afirmou que Tales foi o primeiro a atribuir uma causa material para a origem do universo. Também era matemático, geômetra e físico. Aparece nas listas dos Sete Sábios da Grécia. Outra frase que pode ser dele é a de que tudo está cheio de deuses, ou seja, a matéria é viva. Dizem que previu um eclipse solar e calculou a altura de uma pirâmide. Em Aristóteles há um trecho dizendo que era sabido ser uma afirmação de Tales que a alma é algo que se move (Disponível em: <<http://www.consciencia.org/antiga/presocr.shtml>>).
- 5 Empédocles (490-435 a.C.), natural de Agrigento, na Sicília. A democracia estava em fase de implantação e ele a defendeu. Tornou-se figura lendária, um misto de cientista, de místico, de pitagórico e órfico. Escreveu dois poemas. No primeiro, apresenta uma única visão do processo cosmogônico; o segundo é religioso. Refutou as teses que atribuem a origem do universo a um único elemento. Identificou quatro substâncias básicas, que chamou de raízes: a água, a terra, o fogo e o ar. Tudo consiste nesses quatro elementos, e as transformações que advêm deles seriam visíveis a olho nu. Hegel afirma que, para Empédocles, outros elementos, que não os quatro básicos, não são em si e para si. Não se poderia visualizar o mundo sem os quatro elementos básicos. É um filósofo trágico, pessimista, ativo. Queria provar que era um deus, atribuindo-se qualidades místicas. Todos os movimentos, segundo ele, nasceram de uma natureza não mecânica, mas levam a um resultado mecânico. Conta a lenda que se atirou no vulcão Etna para provar que era um deus (Disponível em: <<http://www.consciencia.org/antiga/presocr.shtml>>).

Nas palavras de Carrazza, em qualquer Ciência, *princípio* é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é a pedra angular de qualquer sistema<sup>6</sup>.

Indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa<sup>7</sup>, os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pela necessidade da pesquisa e da *praxis*<sup>8</sup>.

Mandamento nuclear<sup>9</sup> ou *pedra de fecho*<sup>10</sup> do sistema ao qual pertence, desprezar um princípio equivale a incidir em erro inafastável e de efeitos bem previsíveis: o completo esboramento da construção intelectual<sup>11</sup>.

Linhas mestras, grandes nortes, diretrizes magnas do sistema jurídico, os princípios apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm de ser prestigiados até as últimas consequências<sup>12</sup>.

Exposta a importância dos princípios, necessário seu estudo específico na seara do Direito.

## I.1 Princípio jurídico

Roque Carrazza<sup>13</sup> define princípio jurídico como um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das obras jurídicas que com ele se conectam. Irradiando-se sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico, é o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário denominado sistema jurídico positivo<sup>14</sup>.

6 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 37.

7 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 1220.

8 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 299.

9 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 93.

10 CARRAZZA, Roque Antonio. Ob. cit., p. 37.

11 Idem, ibidem.

12 ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 1. ed. São Paulo: RT, 1985. p. 6-7. Apud CARRAZZA, Roque Antonio. Ob. cit., p. 36.

13 CARRAZZA, Roque Antonio. Ob. cit., p. 39.

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 942/943.

Os princípios jurídicos constituem a base do ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do Direito e, também, o fator cambiante e mutável que determina a evolução jurídica; são as ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação<sup>15</sup>, atuando, portanto, como *vetores para soluções interpretativas*, e os constitucionais compelem o jurista a direcionar seu trabalho para as ideias-matrizes contidas na Carta Magna<sup>16</sup>.

## 1.2 Princípios constitucionais

A Constituição, num Estado de Direito, é a lei máxima, à qual se submetem todos os cidadãos e os próprios Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Uma norma jurídica só será considerada válida se estiver em harmonia com as normas constitucionais.

Na lição de Kelsen<sup>17</sup>, o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, pelo que, num sistema jurídico, a norma que se encontra no ápice da pirâmide é a Constituição, devendo as normas subordinadas com ela se harmonizar, sob pena de deixarem de ter validade no ordenamento. A Constituição ocupa, neste conjunto, o patamar mais elevado, dando *fundamento de validade* às demais normas jurídicas, pois ela representa o escalão de direito positivo mais elevado. Ela dá ainda validade a si própria, já que encarna a soberania do Estado que a editou<sup>18</sup>.

Assim, os próprios princípios são hierarquizados no mundo do Direito. De fato, alguns deles, mais abrangentes, fulcram todo o sistema jurídico – são os princípios jurídico-constitucionais –, irradiando efeitos sobre outros, de conotação mais restrita. Estes, de sua parte, acabam condicionando novos princípios mais particularizados e, deste modo, escalonada e sucessivamente, até as normas específicas, numa vasta cadeia, cujo enredo só o jurista tem condições de entender. Um princípio jurídico-constitucional, em rigor, não passa de uma norma jurídica qualificada. Qualificada porque, tendo âmbito de validade maior, orienta a atuação de outras normas, inclusive as de nível constitucional. Exerce tal princípio uma função axiologicamente mais expressiva dentro do sistema jurídico<sup>19</sup>.

As leis e os demais atos normativos de igual ou inferior hierarquia, além de deverem obedecer às regras constitucionais, precisam ser interpretados e aplicados da forma mais congruente possível com os princípios encartados no Código Supremo<sup>20</sup>.

Cabe discorrer, nesse passo, sobre os princípios que informam a interpretação constitucional, partindo-se da análise etimológica do vocábulo *interpretação* para,

---

15 PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983. p. 45-46. Apud CARRAZZA, Roque Antonio. Ob. cit., p. 33.

16 Roque Antonio Carrazza (ob. cit., p. 42), citando Celso Antônio Bandeira Mello.

17 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor – Sucessor, 1962. p. 2.

18 CARRAZZA, Roque Antonio. Ob. cit., p. 50.

19 Idem, p. 30.

20 Idem, *ibidem*.

posteriormente, abordarem-se os princípios propriamente ditos, seguindo as lições esposadas por José Joaquim Gomes Canotilho e Konrad Hesse.

## II – INTERPRETAÇÃO. ETIMOLOGIA. CONCEITO

Derivado do latim *interpretatione*, o vocábulo *interpretação* indica o ato ou efeito de interpretar<sup>21</sup>.

O verbo, derivado de *intepres*, mago, vidente, sacerdote que, na antiga Roma, revelava o futuro pela leitura das entranhas de certos animais (*hepatoscopia*), era o *intermediário*, o *intérprete* entre as divindades e os homens, vindo daí a expressão<sup>22</sup>.

A lei, quase sempre, é clara, hipótese em que descabe qualquer trabalho interpretativo (*lex clara non indiget interpretatione*). Todavia, a lei é norma abstrata. Ao ser posta em relação com a prodigiosa diversidade dos fatos, passando do estado platônico para o positivo, pode dar ensejo à interpretação, para fixar-lhe o exato sentido e extensão<sup>23</sup>.

É que a linguagem normativa não tem significações unívocas. Os seus vocábulos comportam mais de um conceito, o que, por si só, já seria bastante para justificar a necessidade da interpretação. Esta viria a reduzir as inteligências possíveis a uma só, a escolhida para decidir o caso concreto<sup>24</sup>.

A interpretação é uma atividade cognoscitiva que visa a precisar o significado e o alcance das normas jurídicas, possibilitando-lhes uma correta aplicação. Essa tarefa, voltada, precipuamente, à descoberta da *mens legis* (da vontade do Estado contida na norma jurídica), exige a constante invocação dos grandes princípios, mormente em face das disposições incertas e das palavras equívocas ou polissêmicas que costumam recamar os textos normativos<sup>25</sup>.

A atividade interpretativa é a operação mais difícil e delicada a que o jurista pode dedicar-se e reclama fino tato, senso apurado, intuição feliz, muita experiência e domínio perfeito não só de material positivo, como também do espírito de uma certa legislação<sup>26</sup>.

Mas cumpre evitar os excessos: duma parte o daqueles que, por timidez ou inexperiência, estão estritamente agarrados ao texto da lei, para não perderem o caminho; por outro lado, o perigo ainda mais grave de que o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe com a fantasia e julgue encontrar no direito positivo ideias

21 *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, p. 959.

22 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Novíssimo dicionário jurídico*. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1991. p. 670-671.

23 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 34.

24 BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1997. p. 17.

25 CARRAZZA, Roque Antonio. Ob. cit., p. 33.

26 FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Armênio Amado Editor – Sucessor, 1978. p. 128-129.



e princípios que são antes fruto das suas elocubrações teóricas ou das preferências sentimentais. A interpretação deve ser objetiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei<sup>27</sup>.

## II.1 Interpretação constitucional. Princípios

Lei máxima de um Estado, a Constituição reclama métodos interpretativos que conjuguem a técnica e a observância dos princípios norteadores das regras que a compõem.

O ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins<sup>28</sup>.

Konrad Hesse<sup>29</sup> afirma que para

*el derecho constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento, cuyas normas son más detalladas. El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente “correcto” a través de un procedimiento racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y, no, acaso, el de la simple decisión por la decisión.*

Interpretar a Constituição é uma tarefa que se impõe *metodicamente* a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar, concretizar a Constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente “justo” através da adoção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar esse *resultado* também de forma racional e controlável (Hesse). Considerar a interpretação como tarefa significa, por conseguinte, que toda a norma é “significativa”, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa<sup>30</sup>.

Miguel Limón Rojas<sup>31</sup> ensina que o tema da interpretação constitucional não se refere, somente,

*a la tarea de descifrar el significado de un texto em cuanto a derecho positivo, sino que implica la comprensión de los más vastos asuntos propios de nuestra materia. Es decir, poder penetrar al más profundo significado*

---

27 Idem, ibidem.

28 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141. Apud CARRAZZA, Roque Antonio. Ob. cit., p. 35.

29 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 35.

30 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1170-1171.

31 ROJAS, Miguel Limón. *La interpretación constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975. p. 73.

*del Derecho Constitucional, comprender su función y finalidades, conocer su historia y sus más encontrados problemas. Interpretar el Derecho Constitucional es conocer la materia en su conjunto para estar en aptitud de acertar al intentar descubrir el contenido y significado de un precepto que forma parte del máximo estatuto jurídico político de una comunidad. Debe también tomar-se en consideración que el lenguaje constitucional rebasa la terminología estrictamente jurídica y contiene un gran número de conceptos de orden político cuya extensión y significado debese buscar en los terrenos de la ciencia política.*

A interpretação da Constituição é “processo” aberto, ou seja, operação livre, que, como tal, deve conservar-se. Sua compreensão há de ser a mais dilatada possível, de modo que, sobre acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito, principalmente na esfera jurídica dos tribunais, venha a abranger por igual aqueles que, ativa ou passivamente, participam da vida política da sociedade<sup>32</sup>.

Para a boa interpretação constitucional, é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em *princípios* regentes desse sistema de valoração. Impende examinar como o constituinte posicionou determinados preceitos constitucionais. Alcançada exegeticamente essa valoração é que se terá os princípios<sup>33</sup>.

Por isso, a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão do princípio que ampara aquelas palavras<sup>34</sup>.

Os problemas da interpretação constitucional são mais amplos que aqueles da lei comum, pois repercutem em todo o ordenamento jurídico. A interpretação dos dispositivos constitucionais requer, por parte do intérprete ou aplicador, particular sensibilidade que permite captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, tendo em conta as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento em que se pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos. Os diversos conceitos de Constituição, a natureza específica das disposições fundamentais que estabelecem regras de conduta de caráter supremo e que servem de fundamento e base para as outras normas do ordenamento jurídico, contribuem para as diferenças entre a interpretação jurídica ordinária e a constitucional<sup>35</sup>.

Aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenha que se renunciar a alguns benefi-

32 Paulo Bonavides, citando HÄBERLE, Peter. O método concretista da “constituição aberta”. *Jornal O Estado de São Paulo*, suplemento cultural n. 206.

33 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 24.

34 Idem, p. 24/25.

35 Teoria da constituição. *Resenha Tributária*, p. 54. Apud TEMER, Michel. Ob. cit., p. 24.

cios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida, indispensável à essência do Estado Democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, não mais será recuperado<sup>36</sup>.

Assim, aos princípios de interpretação constitucional corresponde a missão de orientar e fundamentar o processo de relação, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações que devem levar à solução do problema<sup>37</sup>.

### II.1.1 Princípio da unidade da Constituição

A unidade do ordenamento, segundo Javier Pérez Royo<sup>38</sup>, é

*el primer requisito indispensable para que un conjunto de normas pueda ser definido como un ordenamiento jurídico. Pues en todo ordenamiento digno de tal nombre tiene que haber un punto de referencia último de todas las normas, tiene que haber un poder originario por encima del cual no existe otro y en que todas las normas tienen que encontrar, directa o indirectamente, su justificación.*

O princípio da unidade da Constituição significa que a relação e a interdependência existentes entre os diferentes elementos da Constituição obrigam a não contemplar em nenhum caso somente a norma assinada, mas sempre o conjunto em que está inserida; todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema, coerente com este princípio, é a que se encontra em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais<sup>39</sup>.

A unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes. Como “ponto de orientação”, “guia de discussão” e “fator hermenêutico” de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios<sup>40</sup>. A inter-

36 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22.

37 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, p. 47.

38 ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 51.

39 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, p. 48.

40 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Ob. cit.*, p. 232-233.

pretação deve ser tal, que dê efeito a todo o instrumento, e não de modo a suscitar conflito entre suas partes<sup>41</sup>.

Se a Constituição reflete direta e imediatamente a vontade da Nação, não se pode admitir seja esta vontade contraditória consigo mesma. As várias partes, os vários dispositivos da Constituição devem ser harmonizados, e uma interpretação que conduza a essa harmonia deve, evidentemente, ser preferida a outra, que suscite o conflito, contradição, incoerência entre as suas partes. Ademais, como nas próprias leis, nenhum dispositivo constitucional revela seu pleno sentido se não for considerado, organicamente, como parte da Constituição, e em comparação e à luz, portanto, de todos os demais dispositivos<sup>42</sup>.

### II.1.2 Princípio do efeito integrador

Muitas vezes associado ao princípio da unidade, significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta uma concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos e transpersonalismos políticos); antes arranca da conflituosa constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras<sup>43</sup>.

Denominado por Hesse<sup>44</sup> de critério de eficácia integradora, quer significar que, se a Constituição se propõe à criação e permanência da unidade política, ele exige outorgar preferência na solução dos problemas jurídico-constitucionais àqueles pontos de vista que promovam e mantenham a dita unidade.

### II.1.3 Princípio da concordância prática

O princípio da concordância prática se relaciona intimamente com o da unidade da Constituição. Os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo na solução do problema que todos eles conservem sua identidade. Ali, onde se produzam colisões, não se deve, através de uma precipitada “ponderação de bens” ou também abstrata “ponderação de valores”, realizar um em detrimento do outro. Ao contrário, o princípio da unidade da Constituição exige um trabalho de “otimização”: faz-se necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que os dois alcancem uma efetividade ótima. A fixação de limites deve responder em cada caso concreto ao princípio da proporcionalidade<sup>45</sup>;

41 TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 276.

42 TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Ob. cit.*, p. 276.

43 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Ob. cit.*, p. 233.

44 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, p. 50.

45 Sobre o princípio da proporcionalidade, o qual denomina de limite dos limites, leciona Suzana de Toledo

não deve ir mais além do que seja exigido pela realização da concordância entre ambos os bens jurídicos<sup>46</sup>.

Também chamado de princípio da harmonização, este impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência, de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros<sup>47</sup>.

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a esse princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre esses bens<sup>48</sup>.

Através do princípio da harmonização, busca-se conformar as diversas normas ou valores em conflito no texto constitucional, de forma que se evite a necessidade de exclusão (sacrifício) total de um ou alguns deles<sup>49</sup>. Se por acaso viesse a prevalecer a desarmonia, no fundo estaria ocorrendo a não aplicação de uma norma, o que evidentemente é preciso evitar a todo custo. Deve-se sempre preferir que prevaleçam todas as normas, com a efetividade particular de cada uma das regras em face das demais e dos princípios constitucionais<sup>50</sup>.

---

Barros (in: *O princípio da proporcionalidade*, p. 175 e 216) que, “para prevenir os inúmeros conflitos resultantes de pretensões colidentes, a fim de garantir segurança jurídica nas relações sociais, justificava-se, frequentemente, a edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos considerados, sem que, para tanto, exista uma específica autorização constitucional. Nestes casos, tem-se que a coexistência espaço-temporal de direitos pode ser validamente prevenida, desde que a tarefa de concordância prática respeite os limites dados principalmente pelo *princípio da proporcionalidade*. E, concluindo, discorre que em caso de colisão de direitos fundamentais, a técnica correta para aferição da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens, pela qual se estabelece uma relação de precedência condicionada, que vale como lei para determinado conflito. Esse procedimento é bastante útil para se aferir a compatibilidade de uma norma legal restritiva de direito ao princípio em exame não somente quando a finalidade da lei foi a de limitar o âmbito de proteção de um direito, mas quando, a pretexto de regular determinada matéria, por via reflexa se operou a restrição a um outro direito”.

46 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, p. 48 (tradução livre da autora).

47 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Ob. cit.*, p. 234.

48 *Idem*, *ibidem*.

49 Interessante, nesse passo, destacar a decisão proferida pelo ilustre Magistrado Federal Renato Barth Pires, nos Autos do Mandado de Segurança nº 2000.61.00.012035-3, na qual consignou que, “por força do denominado *princípio da concordância prática ou da harmonização*, mencionado como consequência dos princípios da unidade da Constituição e do efeito integrador, a atividade interpretativa deve conciliar, combinando e coordenando bens jurídicos em conflito, de modo a não significar o sacrifício total de uns em benefício de outros. Se as normas constitucionais ocupam o mesmo nível hierárquico-normativo, não se pode impor a prevalência absoluta de uma delas, em detrimento total de outra. É necessário, como salienta José Joaquim Gomes Canotilho, estabelecer ‘limites e condicionamentos recíprocos’, de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens (*Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 1097-1098). Em outras palavras, deve haver uma ‘cedência’ recíproca das normas, em relação à letra do texto” (grifos no original).

50 BASTOS, Celso. *Ob. cit.*, p. 106.

### II.1.4 Princípio da correção funcional

Nas palavras de Hesse<sup>51</sup>, se a Constituição regula de uma determinada maneira o objetivo respectivo dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve manter-se no marco das funções a ele encomendadas; o referido órgão não deverá modificar a distribuição das funções através do modo e do resultado de tal interpretação.

Canotilho<sup>52</sup>, que denomina o princípio de “justeza” ou conformidade funcional, leciona que o objetivo é impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (Ehmke).

### II.1.5 Princípio da força normativa da Constituição

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência<sup>53</sup>.

Como a Constituição pretende ver-se “atualizada”, e, sendo assim, que as possibilidades e condicionamentos históricos de tal “atualização” vão mudando, necessário será dar preferência na solução dos problemas jurídico-constitucionais àqueles pontos de vista que ajudem as normas da Constituição a obter a máxima eficácia, de acordo com as circunstâncias de cada caso<sup>54</sup>.

A Constituição não deve assentar-se numa *estrutura unilateral*, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres: a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder; o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise –, que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derrogados<sup>55</sup>.

51 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, p. 49.

52 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Ob. cit.*, p. 233.

53 *Idem*, p. 235.

54 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, p. 50 (tradução livre da autora).

55 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, p. 21

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente<sup>56</sup>.

### III – LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação se acha vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação se situam onde não existe algo estabelecido de forma vinculante pela Constituição, onde acabam as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada solução se encontrasse em clara contradição com o texto da norma. A este respeito pode haver disposições vinculantes contidas no Direito Constitucional não escrito. Agora, posto que o Direito não escrito não pode estar em contradição com a *constitutio scripta*, esta última se converte em limite infranqueável da interpretação constitucional. A existência desse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que lhe corresponde a Constituição. A dita função admite a possibilidade de uma mudança constitucional por meio da interpretação, mas exclui a violação constitucional – desvio do texto em um caso concreto – e a reforma da Constituição por meio da interpretação. Ali onde o intérprete se impõe à Constituição, deixa de interpretá-la para mudá-la ou violá-la<sup>57</sup>.

Para uma interpretação constitucional que parte da primazia do texto, constitui este último o limite infranqueável de sua atuação.

### CONCLUSÃO

Sendo a Constituição de um Estado sua lei maior, de hierarquia predominante, é necessária a imposição de regras próprias para sua correta interpretação.

Os princípios da interpretação, quando invocados para a realização desta tarefa, atuam como guardiões da unidade constitucional.

56 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, p. 23.

57 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, p. 51-52.

A observância da Constituição como um todo orgânico, indivisível<sup>58</sup>, do qual emanam regras garantidoras dos mais essenciais direitos do homem e da comunidade a que pertence, é o ponto fulcral para a interpretação de seus dispositivos.

Todos os bens consagrados pela Lei Maior têm idêntica relevância jurídica, sendo impositivo o respeito integral a cada um, harmonizando-se uns e outros quando é necessária sua interpretação.

O princípio da unidade da Constituição, como discorre Hesse, exige um trabalho de otimização: faz-se necessário estabelecer os limites dos bens jurídicos protegidos a fim de que ambos alcancem sua máxima efetividade.

Assim, conclui-se que a Constituição, lei de características tão peculiares, deve ser interpretada de modo amplo, significando que todo o seu conjunto é único, não comportando análises isoladas; a Constituição deve manter-se intacta, sob pena de se contrariarem os objetivos para os quais foi instituída.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Novíssimo dicionário jurídico*. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1991.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. O método concretista da constituição aberta. *Jornal O Estado de São Paulo*, suplemento cultural n. 206.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Armênio Amado Editor – Sucessor, 1978.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

58 TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Ob. cit., p. 340.



- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor – Sucessor, 1962.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ROJAS, Miguel Limón. *La interpretación constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.
- ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

# O MUNDO ELETRÔNICO CONTEMPORÂNEO E AS BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FRONTEIRA DESTE COM O OPERADOR DO DIREITO

---

**João Renato de Favre**

Advogado, Presidente da Comissão de Informática da 33ª OAB/SP de Jundiaí,  
Especialista em Direito das Novas Tecnologias pelo CEU e Pós-Graduando em  
Direito Processual Civil na PUC/SP.

RESUMO: Evolução dos meios informáticos e sua interação com os operadores do Direito, tocante ao uso da ferramenta “computador” no cotidiano processual, a partir de meios de certificação e assinatura digital, em vista da implantação do processo judicial eletrônico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito eletrônico e informático; Internet; certificação digital; ICP-Brasil, criptografia assimétrica, par de chaves pública/privada; digitalização e documento eletrônico.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Documento eletrônico; 2 Certificação e assinatura digital; 3 Processo judicial eletrônico; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O primeiro computador, o Eniac<sup>1</sup>, foi implantado em fevereiro de 1946 na Universidade da Pensilvânia, nos Estados Unidos, durante a Segunda Guerra Mundial, e desenvolvido por John Mauchly e J. Presper Eckert, da Escola de Engenharia Elétrica, no programa do exército norte-americano que automatizava o cálculo de tabelas balísticas. Ainda que a interface com o usuário fosse complicada – *por meio de chaves e luzes que acendiam e apagavam, puramente o famoso código binário* –, imediatamente foi reconhecida a utilidade universal do invento e passou-se à construção de modelos com mais memória e que incorporavam o conceito de programa armazenado, fundamental para a utilização prática da máquina.

Nos meados da década de 1950, teve início a produção dos primeiros computadores comercialmente disponíveis, contudo grandes, quentes, pesados e caríssimos. Precisamente em fevereiro de 1975, Bill Gates e Paul Allen desenvolveram a primeira linguagem de programação para microcomputadores, denominada *Basic*, pois as linguagens existentes anteriormente eram adequadas somente aos grandes e

---

1 Electronic Numerical Integrator and Computer. Disponível em: <<http://www.seas.upenn.edu/~museum/>>.

médios computadores. Em abril do mesmo ano, a dupla funda a Microsoft Corporation, que se torna a maior e mais importante companhia de *software* do mundo. No ano seguinte, outra dupla – Steve Wozniak e Steve Jobs – termina o projeto do Apple I, o primeiro microcomputador domiciliar feito para ser vendido em grande escala, e fundam a Apple Computer Company. A história destas duas grandes empresas pioneiras e das pessoas nelas envolvidas está muito bem representada no filme “Pirates of silicon valley”, ou “Piratas da informática”, título que leva na versão em português<sup>2</sup>.

Durante a primeira metade da década de 1980, começa uma tendência de proliferação de computadores pessoais isolados e de estações de trabalho interconectadas em grupos, conhecidas como redes locais. Com a possibilidade de alocar o computador perto do usuário e cada vez mais em seu próprio ambiente de trabalho, mais tarefas passaram a ser feitas com a intervenção do aparato. Nessa época, o computador pessoal autônomo começa a apresentar limitações devido ao seu isolamento e à dificuldade de gerenciamento de grande número de equipamentos muito parecidos que exigiam atenção individual, o que culmina na popularização de redes locais pelos idos de 1987.

Com isso, foi-se definitivamente o tempo em que os computadores eram equipamentos utilizados isoladamente, plugados apenas pela energia elétrica, para funcionamento singular. Abriu-se um novo horizonte aliando aquela máquina à comunicação e troca de dados entre pessoas.

A Internet no Brasil, no formato do protocolo como é atualmente conhecida (TCP/IP<sup>3</sup>), entrou em funcionamento no mês de fevereiro do ano de 1991, por conta de desenvolvimento de projeto do Professor Oscar Sala, da Universidade de São Paulo, que ligava a Fapesp<sup>4</sup> ao Fermilab<sup>5</sup> por meio de uma linha dedicada alugada da Empresa Brasileira de Telecomunicações SA, a Embratel.

Principalmente nos últimos 15 anos, aquela noção geral de utilizar o aparelho apenas como máquina de escrever ficou completamente apagada, motivada pelo significativo aumento na capacidade de armazenamento e processamento de dados, aliada ao barateamento dos circuitos e, também, de certa forma, a incentivos governamentais na redução de tributos e facilidades na importação dos componentes.

Em resumo, hoje o computador e o telefone celular ligados à “World Wide Web” já são parte do cotidiano de muitas pessoas nos centros urbanos, representando sua

---

2 1999, TNT/Warner Bros, Direção Martyn Burke.

3 Transmission Control Protocol/Internet Protocol Suite.

4 Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, é ligada à Secretaria Estadual de Ciência e Tecnologia, responsável pela administração dos registros dos domínios brasileiros “.br”.

5 É o laboratório de Física de Altas Energias de Chicago, nos Estados Unidos.

utilização prática um caminho sem volta, fomentador inclusive de mudanças comportamentais na sociedade moderna.

Vislumbra-se que tais alterações ocorrem em dinâmica, ramificação e perspectiva nunca experimentadas antes por outras inovações, ao ponto de eliminar potencialmente hábitos antigos como de ler jornais e revistas, bem como de ver programas de televisão. O sistema, por exemplo, de IPTV, permite que as pessoas não mais fiquem escravas das emissoras e possam ver o programa de interesse no momento em que lhes for conveniente, e não mais no horário em que o canal quer exibir. É o fim do “horário nobre”, a baixa do paradigma do “tempo real”.

E não é só. A comunicação imediata por voz também sofreu profundas alterações a partir do desenvolvimento de programas de Voip (“Voice Over Internet Protocol”, ou voz sobre protocolo de Internet) e videoconferência, permitindo ligações entre computadores em qualquer lugar no mundo sem custo, bem como pagando-se tarifas extremamente reduzidas na comunicação entre computadores e telefones fixos/celulares.

Em outras palavras, o que pretendemos demonstrar, com essas breves considerações introdutórias, é justamente a convergência nos diferentes equipamentos que estão a serviço do homem, tornando várias tecnologias antigas e pré-existentes parte de um só todo atual.

Para ser ter uma ideia da dimensão, existe uma tendência solidificada no sentido de que todas as informações eletrônicas no futuro passarão a ser remotamente acessadas, em vista especialmente do aumento da velocidade das conexões com a Internet. Não existirá mais um disco rígido local ou mesmo um *pen drive*, nem tampouco mídias físicas de transporte de dados como CDs, DVDs ou o inovador Blu-Ray Disc.

Com o novo formato de transmissão de dados conhecido como “4G”, já em teste<sup>6</sup>, será possível manter remotamente tudo que está dentro do computador pessoal, incluindo não só os arquivos do usuário (textos, fotos, músicas, filmes, etc.) como também o próprio sistema operacional e seus aplicativos. Significa dizer que não existirá mais um “computador pessoal”, mas sim um terminal qualquer, como um telefone público instalado em cada esquina, em cada cômodo da casa, onde o usuário abrirá seu conteúdo integral diretamente do provedor que tenha previamente contratado, independente do local físico em que esteja no mundo, ou mesmo da máquina que esteja utilizando.

Essa descentralização da informação pessoal conferirá ao usuário somente vantagens, pois transfere a terceiro, especializado na prestação de serviços, toda

---

6 Disponível em: <[http://olhardigital.uol.com.br/central\\_de\\_videos/video\\_wide.php?id\\_conteudo=7584](http://olhardigital.uol.com.br/central_de_videos/video_wide.php?id_conteudo=7584)>. Acesso em: 4 jun. 2009.

responsabilidade pela guarda e segurança de conteúdos, inclusive com rotinas de *backup* e multiplicidade de servidores espalhados pelo mundo. Hoje, quem tem seu computador furtado ou danificado (seja por queda, ou por descarga elétrica, ou até por atentado terrorista!), se não tiver cuidados prévios, pode ficar completamente sem dados, algo que o novo formato “4G” deve elidir completamente.

Além disso, nos grandes centros já é recorrente a possibilidade de acesso à rede mundial por conexões sem fio, inclusive em espaços públicos, praças, aeroportos, *shoppings*, restaurantes, padarias e até na praia, a exemplo de Copacabana, no Rio de Janeiro, que tem sua orla totalmente coberta por *wi-fi*.

Em resumo, a rede nasceu e se desenvolveu como um sistema completamente descentralizado, caótico e anárquico, e já se espalhou pelo mundo inteiro, sendo extremamente difícil colocá-la dentro de um conjunto legal organizado e completo. Além disso, não sabemos de instrumentos efetivos para a imposição de legislação e o policiamento dos participantes; no entanto, ainda assim é completamente possível fazer bom uso da ferramenta, como será visto a seguir. Por enquanto, alguns países, como a China, vêm proibindo acesso a *sites* como Wikipedia, Youtube e Orkut (entre outras redes sociais), como forma de tentar estabelecer controle sobre a população, contudo, tecnicamente, sempre os usuários conseguem alternativas de escapar desses bloqueios.

A Internet até hoje não possui um órgão regulamentador mundial oficial, até mesmo por questões de respeito à soberania de cada Estado. O que existe, desde 1992, é a Internet Society<sup>7</sup>, uma sociedade civil também conhecida como ISOC, com sedes na Suíça e nos Estados Unidos, e que talvez assuma o gerenciamento global da rede em algum momento no futuro, desde que haja o apoio e a ratificação da Organização das Nações Unidas, a ONU.

No Brasil, existe o Comitê Gestor da Internet<sup>8</sup>, criado em 31 de maio de 1995, a partir da Portaria Interministerial nº 147 do Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia. Dele participam especialistas e representantes das áreas envolvidas, quais sejam provedores, usuários, acadêmicos e membros do governo. Sua função é estabelecer normas para a Internet brasileira e recomendar padrões e procedimentos técnicos e operacionais.

Para este breve estudo partiremos da premissa de que o leitor possui conhecimentos básicos de como utilizar um sistema operacional, aplicativos habituais para edição de textos, imagens, planilhas e apresentações, bem como saiba o mínimo sobre navegação na “*www*”, além de noções gerais da forma de armazenamento de informações em arquivos e pastas.

---

7 Disponível em: <http://www.isoc.org>. Acesso em: 1º jun. 2009.

8 Disponível em: <http://www.cg.org.br>. Acesso em: 1º jun. 2009.

## 1 DOCUMENTO ELETRÔNICO

Segundo Vicente Greco Filho<sup>9</sup>:

O documento liga-se à ideia de papel escrito. Contudo, não apenas os papéis escritos são documentos. Documento é todo objeto do qual se extraem fatos em virtude da existência de símbolos, ou sinais gráficos, mecânicos, eletromagnéticos, etc. É documento, portanto, uma pedra sobre a qual estejam impressos caracteres, símbolos ou letras; é documento a fita magnética para reprodução por meio de aparelho próprio, o filme fotográfico, etc.

Para Fredie Didier Júnior<sup>10</sup>:

Se é verdade que o meio físico clássico de que normalmente as pessoas se utilizam para a representação de fatos e ideias é o *papel*, não menos verdade é que o passar do tempo vem revelando outras espécies de suporte para a documentação escrita desses fatos e ideias. Exemplos disso são os chamados *documentos eletrônicos*, que têm existência meramente virtual e não estão associados a nenhum meio físico que lhes sirva de suporte.

Como visto, atualmente não se faz mais necessário que alguém detenha um objeto físico material para provar determinado fato, que anteriormente necessitava de instrumento suscetível de ser tateado. E nem por isso um documento agora digital prescinde do seu peso como prova judicial, uma vez que, mesmo estando na forma eletrônica, continua dotado de incontestável verdade, quer pelo conteúdo, quer pelo emitente, quer pela data, porque sedimentado em uma lógica matemática, desde que atendidos certos requisitos na sua formação. E adicionado de diversas vantagens, mesmo porque não existe um único original, mas sim todas as réplicas daquele documento, ainda que copiados ou encaminhados, permanecem verdadeiros e íntegros como o original.

Ousamos dizer que um documento eletrônico – *seja ele texto, vídeo, diálogo ou imagem* –, uma vez assinado com certificação digital (a ser vista em tópico seguinte), é impossível de ser alterado em termos de data, subscritor e conteúdo, chegando a ser mais confiável do que o próprio documento em papel impresso, que é passível de falsificação. Isso porque a sequência de *bits* que, traduzida por meio de um programa de computador, representa um fato, é postulado no campo da informática, que se admite como princípio de um sistema dedutível.

Tal reconhecimento do documento eletrônico como prova se dá não só pela doutrina, mas, também, pela Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que, no art. 10, diz textualmente que:

9 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

10 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Florianópolis: Pódium, 2009.

Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.

O novo Código Civil recebeu correspondência da citada norma no art. 219.

Cabe elucidar que tais considerações não se prestam nunca à mera impressão do conteúdo para juntada em papel pela própria parte, visto que assim não se tem o documento puramente eletrônico, mas simples representação (ou cópia) deste. Em tal hipótese, ficamos frente a uma prova documental como outra qualquer, suscetível de ser elidida por impugnação ou arguição de falsidade pela parte contrária no momento processual oportuno. Apesar disso, a teor do disposto no art. 334 do Código de Processo Civil, caso tais documentos impressos não sejam controvertidos, devem sim ser considerados como prova.

Entretantes, sendo necessário representar materialmente um conteúdo que está apenas no mundo eletrônico, é recomendado lavrar ata notarial. Trata-se de espécie de escritura, dotada de fé pública, a qual, por meio dos equipamentos da serventia, o oficial abre e relata aquilo que vê e ouve no campo digital, descrevendo pormenorizadamente o que for de interesse do solicitante.

A previsão para lavratura da ata está na Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que rege as atividades dos notários e registradores. Resumidamente, o tabelião narra os fatos, ou a materialização de algo em forma discursiva do que presencia ou presenciou, vendo e ouvindo com seus sentidos, portanto, torna-se documento qualificado com a mesma força probante da escritura e dotado da fé pública inerente à atividade cartorária. A pessoa que redige deve cumprir a objetividade dos fatos, vedado seu parecer pessoal ou apreciação a respeito dos fatos presenciados.

Entendemos que a impressão da tela para juntada em um processo judicial pode servir como mera ilustração, no entanto, para dar valor probante ao conteúdo, julgamos imperiosa a lavratura da ata notarial, que confere incontestemente veracidade do que nela se encontrar narrado, sob pena de assumir-se o risco daquele elemento não servir como prova.

## **2 CERTIFICAÇÃO E ASSINATURA DIGITAL**

Certificados digitais são arquivos eletrônicos que associam pessoas no mundo real, tanto físicas como jurídicas, ao mundo da informática. Por seu turno, para se realizar uma assinatura digital, a pessoa precisa ter previamente um certificado. Isso tudo só é possível com o uso de criptografia, tecnologia que assegura ao usuário o sigilo e a autenticidade de informações. Importante dizer que assinatura digital em nada se

assemelha à assinatura digitalizada, sendo esta última inútil ao direito da informática, porquanto apenas mera imagem de um rabisco no papel.

A criptografia é a arte de escrever em cifra ou em código, e remonta o império romano. A história conta que o Imperador Júlio César criou um eficiente sistema de envio de mensagens para seus centuriões deslocados ao campo de batalha, consistente em redigir as missivas substituindo o texto original de cada palavra pela terceira letra seguinte do alfabeto. Caso o conteúdo fosse interceptado pelo inimigo, este não conseguiria decifrá-lo, pois não detinha a chave para desvendar o código, que era previamente combinado com o receptor da mensagem. Por exemplo: a palavra “atacar” ficaria grafada “dxdfd”, somente podendo ser desvendada por quem detivesse a fórmula para fazer a operação inversa.

Essa é a essência da criptografia que, por razões óbvias, atualmente possui grau de complexidade infinitamente superior. Em segundos, os computadores trabalham com algoritmos extremamente complexos, que realizam diversas operações matemáticas com fórmulas muito grandes, para cifrar um conteúdo com segurança. Além disso, no caso do Imperador Júlio César, a mesma chave que codifica a mensagem, decifra-a (leia-se avançar ou retroceder três letras na sequência do alfabeto), o que chamamos de criptografia simétrica.

Para a certificação digital que temos em uso hoje em dia, foi empregado um algoritmo descoberto no ano de 1977, por três matemáticos do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), empregando-se no nome dele as iniciais “RSA” dos seus sobrenomes: Ron Rivest, Adi Shamir e Len Adleman. Cuida de um par de chaves (leia-se uma dupla de fórmulas matemáticas conjugadas entre si, ou um par de algoritmos), sendo uma delas pública e outra privada, o que passou a ser conhecido como criptografia assimétrica. A chave pública fica disponível para consulta por qualquer pessoa no mundo, contudo, a chave privada fica sob a guarda do usuário, protegida por senha, por meio de um dispositivo eletrônico (que pode ser um *token* ou cartão *smart-card*).

Para Augusto Tavares Rosa Marcacini:

A criptografia assimétrica, ao contrário da convencional (que pede a mesma chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem), utiliza duas chaves, geradas pelo computador. Uma das chaves dizemos ser a chave privada, a ser mantida em sigilo pelo usuário, em seu exclusivo poder, e a outra, a chave pública, que, como sugere o nome, pode e deve ser livremente distribuída. Estas duas chaves são dois números que se relacionam de tal modo que uma desfaz o que a outra faz. Encriptando a mensagem com a chave pública, geramos uma mensagem cifrada que não pode ser decifrada com a própria chave pública que a gerou. Só com o uso da chave privada poderemos decifrar a mensagem que foi codificada com a chave pública. E o contrário também é verdadeiro: o que foi encriptado como uso da chave privada, só poderá ser decriptado com a chave pública.



Todo processo é extremamente simples. O usuário dirige-se a uma autoridade certificadora, que é responsável pela emissão do certificado digital (pode ser o Serasa, a OAB, a AASP, etc.), munido de documentos pessoais originais. Adquire no ato um kit composto do cartão *smart-card* e a unidade leitora, que normalmente opera no computador via porta USB<sup>11</sup>. Após identificação, na sala segura é feito o cadastramento das senhas pessoais “PIN” e “PUK”, que são associadas à chave privada (que fica dentro do cartão pessoal). Neste instante, a outra chave é publicada no servidor da autoridade certificadora contratada, completando-se assim o par de chaves.

Para utilizar o sistema e assinar digitalmente um conteúdo, é prático e rápido, e temos visto que as empresas desenvolvedoras de programas têm trabalhado para que esse processo seja intuitivo, sem que o usuário precise compreender toda lógica da criptografia assimétrica, nem entender o conjugado par de chaves pública e privada. Todavia, sentimos que o operador do Direito precisa assimilar esta mecânica, porque, mais do que nunca, em sua atividade esta será a ferramenta principal, seja para operar o processo informatizado (advogando ou julgando), seja para entender as relações estabelecidas entre as pessoas.

Como dito, a chave privada cifra uma mensagem que pode ser decifrada só pela chave pública. Logo, essa situação faz com que absolutamente todos que receberem e abrirem a mensagem vejam de forma certa o emitente e a data e com a segurança do conteúdo que ali estiver inserido (seja um texto escrito, um diálogo em voz, um vídeo ou até mesmo uma fotografia digital). Observamos que cifrar com a chave privada só pode ser feito pelo emitente, vez que esta está gravada dentro do *smart-card* e protegida com senha pessoal.

Situação diametralmente oposta tem-se quando a mensagem é cifrada com a chave pública, quando então somente o detentor da respectiva chave privada poderá decifrá-la. Ou seja, quando alguém pretende mandar um conteúdo de forma sigilosa a outrem, utiliza para tanto a chave pública do destinatário, de forma que somente este, de porte da sua chave privada, poderá visualizar tal conteúdo.

E nada impede que o conteúdo seja duplamente cifrado, com a chave privada do emitente e também com a chave pública do destinatário, de forma que a mensagem carregue somadas todas as características retromencionadas. Aliás, esta é a forma que muito tem sido utilizada.

Exemplificaremos as situações:

a) determinada empresa resolve abrir vagas de trabalho e convidar pretensos candidatos somente por *e-mail*. Para dar certeza a todos os destinatários de que é a própria empresa que está formulando a mensagem, bem como de que a proposta é fidedigna e não sofreu alterações pelo reencaminhamento da mensagem, assina-a com

---

11 USB é a sigla para “Universal Serial Bus”. Cuida de uma tecnologia que tornou mais fácil e rápida a conexão de aparelhos, sem precisar desligar o computador.

sua chave privada. Portanto, qualquer pessoa no mundo que abrir a referida mensagem, independente do destinatário inicial, terá a possibilidade de conferir a assinatura digital, porque sempre decodificada com a chave pública, à disposição de todos junto à entidade certificadora.

b) Caio pretende mandar para Tício fotos em que flagra a esposa deste último cometendo adultério. Contudo, quer que isso ocorra sem risco de que terceiros abram o conteúdo. Para tanto, Caio localiza na entidade certificadora a chave pública de Tício e cifra a mensagem eletrônica com a mesma. Dessa forma, somente Tício, de posse da sua chave privada, poderá decifrar a mensagem, abrindo seu conteúdo que fica protegido por sigilo criptográfico. E se Caio quiser ainda dar a Tício a certeza de que foi ele mesmo quem efetivamente mandou a mensagem, basta cifrá-la também com sua chave privada.

Além de identificar com segurança as pessoas envolvidas, os certificados garantem confiabilidade, privacidade, integridade e inviolabilidade nas mensagens e em diversos tipos de transações realizadas pela Internet. Outra aplicação do certificado digital é ter validade jurídica para ser utilizado como assinatura manuscrita, de próprio punho, comprovando que seu proprietário concorda com o documento assinado.

No Brasil, a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transformando o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia. Esse órgão é conhecido como autoridade certificadora raiz, sendo responsável por fiscalizar, normatizar e delegar às demais instituições públicas e privadas como Serasa, OAB e AASP a condição de autoridade certificadora. É sempre bom lembrar que essa medida provisória nasceu antes da Emenda Constitucional nº 32, motivo pelo qual a doutrina entende válida até os dias atuais.

A opção da ICP-Brasil foi de utilizar uma chave de 1024 *bits*, isso quer dizer, em linhas gerais, que cada *bit* criptografado é protegido por um conjunto de 1024 *bits* da chave (como se fosse uma multiplicação por este número de vezes), ficando, portanto, humanamente impossível que se consiga reverter a técnica de criptografia aplicada.

Vale dizer que o próprio sistema bloqueia a utilização do certificado pessoal que contém a chave privada quando ocorre tentativa de 3 inserções de senhas erradas. Até o momento não há registros de cópia ou clonagem de cartões do tipo *smart-card* com a chave de 1024 *bits*, apenas dos tradicionais cartões com tarja magnética, que não são utilizados para certificação digital.

Só a título de curiosidade, desde o final do ano de 2007, os Estados Unidos da América estão replicando modelo da ICP-Brasil. Uma equipe formada pela coordenadoria-geral de normalização e pesquisa do Instituto Nacional de Tecnologia da

Informação e por três representantes do Laboratório de Ensaios e Auditoria (LEA) transmite o modelo para o National Institute of Standards and Technology (NIST), entidade norte-americana que define padrões em diversos segmentos. Eles querem unificar suas infraestruturas de chaves públicas, que não são centralizadas, a exemplo do que ocorre aqui.

As instituições financeiras já estão utilizando sistema de criptografia, principalmente para contas de pessoas jurídicas e investidores pessoas físicas, garantindo segurança no acesso ao *internet banking* e nas operações nele realizadas. A única diferença prática é que a chave não está em um cartão, mas sim em um *token* (como um pequeno chaveiro) que funciona a baterias contendo pequeno mostrador, que muda a cada minuto o número nele exibido. Trata-se de um algoritmo próprio desenvolvido pelo sistema do banco, em que a senha muda de tempos em tempos, gerando uma nova chave de 6 dígitos (equivalente a 64 *bits*), em consonância com aquilo que está programado internamente no servidor.

Observa-se maior desenvolvimento das tecnologias da informação pelas instituições bancárias principalmente por dois motivos. O primeiro deles diz respeito à redução de custos, uma vez que um cliente que utiliza seu *home banking* frequenta menos a agência, podendo-se reduzir a contratação de pessoal e, indiretamente, aumentar os lucros. O segundo diz respeito à atividade bancária como relação de consumo, situação em que se tem inclusive a inversão do ônus da prova, cabendo à instituição provar que o cliente fez ou não determinada operação.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil vem utilizando em larga escala a certificação digital nas operações realizadas pelos contribuintes, por meio do Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (e-CAC). Através da recente Instrução Normativa nº 944, de 1º de junho de 2009, o ente passou a admitir a outorga de procuração eletrônica por pessoas físicas ou jurídicas, concedendo-lhes poderes para utilização do sistema, apresentando declarações, etc.

A Polícia Federal promete, desde março deste ano de 2009, a adoção do Registro Único de Identidade Civil (RIC), que conterà todos os dados como RG, CPF, filiação, data de nascimento, números de título eleitoral, de carteira de trabalho, de habilitação, do programa de integração social (PIS), modelo o qual, por óbvio, será inserido no formato de *smart-card* e já incluirá a certificação digital daquele cidadão (ainda que ele não saiba disso).

### 3 PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

O embrião do atual processo judicial eletrônico foi a Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, que permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Por meio dela os advogados podem remeter peças

e imagens via fac-símile, autorizando-se o protocolo dos originais no órgão público dentro do prazo de 5 dias.

A responsabilidade pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao Judiciário, permanece sob os cuidados de quem o remeteu, contudo o permissivo mostrou-se funcional, vigorando até os dias atuais. Há de se questionar como o profissional, no seu escritório, teria condições de aferir se a transmissão foi feita integral e fielmente legível, precisando na prática acreditar na boa vontade e na palavra do serventuário.

Todavia, avaliamos que essa hipótese de transmissão deve ser utilizada como exceção e não como regra. Mesmo porque, de há muito os tribunais já decidiram que a impossibilidade de abertura do arquivo (*caso remetido por e-mail*)<sup>12</sup>, ou até mesmo qualquer ausência de juntada de partes do todo via fax (*por exemplo, de guias comprobatórias de recolhimentos*)<sup>13</sup>, ensejará o não conhecimento da petição ou do recurso. Atente-se que o prazo de 5 dias conferido pela norma não é interpretado como uma dilação, daí porque não é possível corrigir nada nesse meio tempo (*quicá uma mera assinatura faltante*)<sup>14</sup>, soando nulo o ato que apresente qualquer deficiência.

Em face dos impulsos tecnológicos, bem como diante dos avanços de certificação digital e facilidades na assinatura eletrônica, situações já expostas anteriormente, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, veio finalmente dispor sobre a informatização do processo judicial, dividida em dois estágios. O primeiro sobre a comunicação eletrônica dos atos processuais e, o segundo, acerca dos autos virtuais, propriamente.

Sobre o primeiro rogo não foram encontradas momentaneamente quaisquer dificuldades, visto que, por enquanto, apenas os periódicos da imprensa oficial deixaram de circular na mídia de papel. Isso não trouxe grandes complicações, vez que há tempos os advogados utilizam, para acompanhamento dos processos, o serviço de recortes das associações (por exemplo, neste Estado, a AASP) e recentemente oferecido também pela própria OAB/SP.

Nascerá certa preocupação quando implementado o uso das intimações por meio eletrônico por meio dos portais do Poder Judiciário, hipótese em que será dispensada a publicação no Diário Oficial. Nos termos do art. 5º da citada Lei nº 11.419/2006:

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização. § 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no

12 Vide STJ, AgRg-AI 601.699-9/RN, 13.03.2007.

13 Vide STJ, AgRg-AI 728.160-6/SP, 04.03.2009.

14 Vide STJ, AgRg-AI 1.046.184/SP, 10.02.2009.

primeiro dia útil seguinte. § 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo. § 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço [...].

Ou seja, havendo andamento processual em que o advogado precise ser intimado, o sistema gerará um *e-mail* considerado “envio da intimação”, situação em que inicia o prazo de 10 dias para o profissional entrar no portal e receber o conteúdo da decisão judicial, da manifestação do adverso, ou até mesmo do perito. Daí então, desta data de conhecimento pelo profissional, via Internet, que inicia-se o prazo processual para a prática do ato, tradicionalmente conhecidos e determinados caso a caso (por exemplo: embargos de declaração, 5 dias; recurso de apelação, 15 dias; agravo de instrumento, 10 dias, etc.).

Se algum “envio de intimação” estiver pendente, ou até mesmo se o advogado não tenha recebido tal *e-mail* por motivos alheios, a partir do dia em que entrar no sistema para ver o andamento do processo, estará intimado. E diga-se: a certificação é automática. Ou seja, pode ser que uma parte tome conhecimento da sentença (ou da produção de uma prova) muito antes do que seu adverso, não existindo ainda estudos ou discussões a respeito dessa situação jurídica atípica.

Cuidado especial emerge do § 3º, eis que, caso o advogado não tenha recebido a intimação por *e-mail*, por problemas técnicos, nem tenha entrado no portal para ver o andamento do feito, em 10 dias a norma de forma ficta aponta para uma presunção de conhecimento, iniciando-se ato contínuo os 10 dias do prazo para prática do ato.

Ou seja, confiar no recebimento de um *e-mail* para contar prazos processuais representará perigo, em vista das dificuldades técnicas e sistêmicas que essa informação pode enfrentar até o destinatário. A tendência da evolução dos meios eletrônicos é que as falhas não ocorram; entretanto, não se pode desprezar o alto risco. Desde já parece que haverá sensível mudança no hábito dos bons profissionais conduzirem seus processos, pois terão que consultar tudo, ao menos uma vez por semana, para saber se existe algum andamento pendente de providência.

Na esteira do processo judicial eletrônico propriamente, temos que, se colocada em prática integralmente a nova forma de tramitação, no escopo da Lei nº 11.419/2006, inexistem desvantagens quer ao cidadão jurisdicionado, quer aos profissionais que atuam no processo, sejam advogados, peritos ou até mesmo promotores de justiça, quer aos magistrados na análise da questão.

Poucas serão as situações em que a serventia deverá preservar provas originais, a exemplo dos títulos de crédito que são dotados de cartularidade e cir-

cularidade, podendo, eventualmente, da forma eletrônica, gerar várias execuções simultaneamente; talvez outras provas materiais de um delito, etc. Mas isso é facilmente resolvido com preservação em cartório de tais documentos, visto que serão diminutos volumes em comparação com o que existe atualmente: prateleiras abarrotadas.

Com a efetiva implantação do processo virtual, destacamos a facilidade de consulta dos autos por todos envolvidos e terceiros interessados, corroborando com o princípio da publicidade. Resolver-se-ão ainda questões de “carga” em prazo comum, além da morosidade na juntada de peças e documentos (que, em algumas varas, chega a levar 6 meses). Mudam-se alguns paradigmas, como a interposição de recursos “por instrumento”, bem como a extração de “cartas de sentença”, vez que os autos permanecem à disposição de vários órgãos em tempo integral.

Possibilita-se finalmente a realização de audiências à distância, por videoconferência, ou até mesmo localmente, com registro integral das falas e reações dos depoentes. Trata-se de puro atendimento aos princípios da economia processual, da celeridade, da efetividade do processo e, por que não, da segurança jurídica, posto que é permitido ao julgador ver e rever as expressões faciais das pessoas, aposentando-se a letra fria das transcrições e de gravações, que nem sempre contemplam 100% do conteúdo exposto. Tudo isso sem contar a economia estatal em não deslocar viaturas e efetivo para condução de presos ao fórum, podendo fazer várias das audiências diretamente do presídio em que estejam encarcerados.

Na primeira instância da Justiça Federal, na 5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, em algumas varas, parte das audiências já estão gravadas em DVD, com a juntada das mídias nos autos. Não se vislumbra nenhuma dificuldade técnica em tais conteúdos estarem futuramente publicados no portal do tribunal, permitindo às partes reverem o que foi dito naquela sessão.

É pacífico que haverá maior brevidade em todos os andamentos, em especial os que dependem do cartório – *que, a bem da verdade, é o grande responsável pelo estreitamento do andamento dos processos* –, como a expedição de certidões, mandados, cartas de ordem, formais de partilha, etc., pois serão atos automatizados e praticamente de mera impressão a partir do sistema.

Digamos que, no futuro, a contratação será basicamente de Magistrados e oficiais de justiça, para proferir a decisão e colocá-la em prática no mundo físico, dedicando o orçamento dos tribunais ao aumento só desses profissionais, reduzindo outros custos. A economia não será só de papel, mas sim de tempo e mão de obra, reduzindo, a Administração Pública, sensivelmente as despesas com folha de pagamento dos servidores.

Desde que haja vontade política, toda essa sistemática tende a melhorar a atividade judiciária, pois os mecanismos de fiscalização tornam-se flagrantes, não só pela corregedoria como pelo jurisdicionado. Será possível observar que um processo

está aberto à conclusão há tantas semanas sem andamento, ou então que um feito aguarda sentença imotivadamente há tantos meses. A estatística do trabalho realizado pelo juiz será produzida de forma rápida e fiel, autorizando melhor controle da atividade jurisdicional.

O peticionamento é feito por meio eletrônico diretamente no portal do tribunal, por meio do credenciamento prévio do profissional (usuário e senha), com o uso de certificação digital, encaminhando-se o arquivo com assinatura digital do subscritor através dos formatos aceitos, bem como outros arquivos de documentos originariamente digitais ou até mesmo digitalizados.

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter sido pioneiro na edição de normas<sup>15</sup> para dispor acerca do peticionamento eletrônico, somente em 8 de junho de 2009 é que foi distribuído o primeiro processo digitalizado, utilizando o e-STJ. Antes disso, o peticionamento eletrônico era simplesmente impresso e encartado aos autos.

A notícia veiculada na página do STJ<sup>16</sup> deixa clara a mudança:

A novidade transforma o que antes era papel em arquivo digital e torna o trabalho da Justiça célere de uma maneira como nunca se viu. Poucos minutos após a distribuição inédita, o Ministro Luis Felipe Salomão despachou em seu gabinete o primeiro ato realizado por meio do novo sistema. A decisão já foi encaminhada para publicação. “Este é o maior salto que a Justiça dá para a sua modernização”, afirmou o Ministro Cesar Rocha durante a cerimônia de lançamento do novo sistema. Para advogados e procuradores das partes, o avanço é igualmente enorme. Uma nova sala virtual inaugurada no portal do STJ, o e-STJ, possibilitará o envio ao Tribunal de petições eletrônicas e a visualização dos autos 24 horas por dia, sete dias por semana, de qualquer terminal com acesso à Internet e simultaneamente entre os interessados. Para os advogados, basta ter certificação digital no padrão ICP-Brasil e cadastrar-se no sistema.

Para se chegar a esse patamar em outras instâncias, por óbvio ter-se-á um processo de migração muito mais custoso e traumático. Lá no STJ, para formar ideia, desde 2 de janeiro de 2009, mais de 70 mil dos 315 mil processos que tramitam foram digitalizados. Até o final deste ano, quando se estima finalizar o scaneamento dos demais feitos, o processo em papel continuará convivendo no tribunal com o processo eletrônico.

A experiência do Supremo Tribunal Federal com o e-STF remonta 25 de maio de 2007, quando editada a Resolução nº 344. É interessante divulgar que a norma interna elenca por meio da Portaria nº 73, de 30 de maio de 2007, os formatos que as

---

15 Resolução nº 2, de 24.04.2007; e Resolução nº 9, de 05.11.2007, ambas do Superior Tribunal de Justiça.

16 Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92366](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92366)>. Acesso em: 8 jun. 2009.



peças serão gravadas, sob pena de não aceitação pelo sistema, a saber: pdf (portable document format); rtf (rich text format); odf (OpenDocument); jpg (Joint Photographic Experts Group); ou txt (text).

Frise-se que não está entre elas a mais popular extensão para edição de textos, gerada pelo programa da Microsoft, chamado Word (que é o “.doc”), restando necessário ao profissional converter o seu trabalho com programas de domínio público ou páginas gratuitas<sup>17</sup> para posterior envio do conteúdo.

Na primeira instância, temos atualmente que os Juizados Especiais Federais estão na maioria plenamente informatizados, já inexistindo autos físicos. O profissional que dirige-se por meio de petição em papel tem seu conteúdo digitalizado e colocado pela própria serventia no sistema.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também tem alguns fóruns totalmente informatizados funcionando com êxito, a saber: Barueri, Guaratinguetá, Artur Nogueira, Buri, Hortolândia, Nazaré Paulista, Ouroeste, Pirangi, Rio Grande da Serra e Salto de Pirapora; entre outros foros Regionais da Capital: Santana, Santo Amaro, Jabaquara, Vila Prudente, São Miguel Paulista, Penha de França, Itaquera, Ipiranga, Pinheiros e Nossa Senhora do Ó.

## CONCLUSÃO

A interação entre o homem e o computador plugado na Internet é algo que deve ser difundido intensamente por meio de políticas públicas de ensino, inserindo amplamente o jovem das camadas menos favorecidas no contexto digital. Notadamente temos que é imperioso investimento alto para que, em médio e longo prazo, todos tenham acultramento eletrônico, visto que, nos próximos 10 ou 15 anos, o mundo exigirá tais conhecimentos para atividades comezinhas da vida, aumentando ainda mais o abismo social entre os que possuem e não possuem educação.

Exemplo disso é que funcionam no Japão máquinas automatizadas de venda de produtos via “*bluetooth*”<sup>18</sup>. Significa dizer que o consumidor posiciona-se diante de uma máquina de refrigerantes e, por meio do telefone celular, identifica o dispositivo e faz a compra. O pagamento se dá por débito direto da conta bancária ou no cartão de crédito (ambos previamente programados no aparelho telefônico móvel), dispensando imediatamente a máquina uma lata do sabor escolhido sem que o consumidor sequer toque na geladeira. Isso já existe.

Mas não basta levar o conhecimento teórico a todos. É imperioso facilitar o acesso às ferramentas tecnológicas, quer sejam os aparelhos, quer seja a comunicação

17 Disponível em: <http://www.pdfonline.com>. Acesso em: 1º jun. 2009.

18 É um padrão de comunicação sem fio para pequenas distâncias, e de pouco consumo de energia, que permite a transmissão de dados entre os dispositivos compatíveis.



com o mundo em si, sob pena de termos, daqui por diante, novos parâmetros para conceituar o analfabetismo, agora tido como “digital”.

Depois de mais de 5 anos de testes práticos com sucesso, finalmente em abril recente a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) aprovou o “Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências por Sistemas de Banda Larga por meio de Redes de Energia Elétrica (BPL)” no País. A Resolução nº 527/2009 permite o desenvolvimento de acesso à Internet pela rede de corrente elétrica já existente, sendo o diferencial desse sistema o benefício da capilaridade do acesso à energia no território, em mais de 90% das residências. Falta só a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) dispor sobre a prestação do serviço elétrico, para que empresas interessadas possam oferecê-lo.

Com custo competitivo, talvez essa seja a melhor modalidade de ampliar o leque de usuários dos sistemas de informática neste País de dimensões continentais, porquanto onde existir energia elétrica, será possível ligar um computador com acesso à Internet. Em face do patente desenvolvimento dos meios de educação à distância, talvez seja esta também uma forma de colocar formação de qualidade, no futuro, para a população em geral.

Claro que, como sempre, tudo dependerá também de vontade política, mas o avanço da tecnologia, pelo visto, vem cumprindo seu papel. Ao menos na teoria, o Governo Federal vem criando situações para desenvolvimento do setor, a exemplo do recente Decreto nº 6.868, de 4 de junho de 2009, que institui o “Programa de Apoio à Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação em Tecnologias Digitais de Informação e Comunicação (ProTIC) e dispõe sobre a composição de seu Comitê Gestor”.

Esse organismo nasceu com a finalidade de

incentivar, apoiar, coordenar e avaliar atividades e projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovações, de formação de recursos humanos em decorrência dessas atividades e projetos, de eventos técnico-científicos e de programas de cooperação internacionais, inclusive na produção de conteúdos, na área de tecnologias digitais de informação e comunicação, em particular na promoção do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre – SBTVD-T.

Aos operadores do Direito, que por óbvio têm atualmente superadas as dificuldades de inclusão digital nas novas tecnologias, temos visto que a Internet proporciona ano a ano uma nova forma de estabelecer relações sociais, profissionais e comerciais, garantindo agilidade, certeza e segurança nos atos praticados por empresas e particulares.

As consequências dessas novas relações implementam desafios e adaptações de conceitos e normas nas esferas criminais, consumeristas, de direitos autorais, proces-

suais, civis e empresariais, cabendo agora às instituições de ensino oferecer aos futuros bacharéis conhecimentos específicos para atuação, seja na defesa do interesse de seus clientes, seja no momento de investigar, de acusar ou de decidir uma questão, meios à correta aplicação do direito das novas tecnologias.

No aspecto prático, vimos também que a Internet pode – e vai – facilitar muito a vida dos profissionais do Direito, como já fez no passado com a engenharia e vem fazendo indiretamente com a medicina (com participação de utensílios desde os diagnósticos até nas intervenções microcirúrgicas).

Acima de tudo, pensamos que o computador e a facilidade de comunicação que proporciona devem ser encarados como uma ferramenta a serviço da humanidade, podendo o aproveitamento ser bom ou ruim, a critério do usuário.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL JUNIOR, Silvério Luiz Nery. *Processo judicial eletrônico*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da Internet*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Florianópolis: Pódium, 2009.
- GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Revista do Advogado – Internet. *AASP*, n. 69, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tributação na Internet*. Relatório do XXV Simpósio. Pesquisas Tributárias. Nova série. 1. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, n. 7, 2001.
- MARZOCHI, Marcelo de Luca. *Direito.br – Aspectos jurídicos da Internet no Brasil*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- OLIVEIRA, Júlio Maria de. *Internet e competência tributária*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- ROQUE, Sérgio Marcos. *Criminalidade informática*. 1. ed. São Paulo: ADPESP Cultural, 2007.

# A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O BIODIREITO

---

**Gilza Mariane Coutinho Borges**

Bacharel em Direito pela Faculdade Campo Limpo Paulista (Faccamp), Estagiária do Ministério Público de São Paulo, Mediadora de Atividades e Avaliação Discentes da Faculdade Campo Limpo Paulista (Faccamp).

**RESUMO:** O tema proposto neste artigo apresenta o grande desafio do século XXI na esfera do Direito, que é desenvolver e positivizar normas que regulem e imponham limites nas pesquisas médico-científicas hodiernamente adotadas, dando especial enfoque às técnicas de reprodução humana assistida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bioética; biodireito; reprodução humana assistida; fertilização *in vitro*; fertilização *in vivo*; projetos de lei.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Noções gerais de biodireito; 1.1 Bioética; 1.2 Biodireito; 2 A reprodução medicamente assistida; 2.1 Conceito; 2.2 Reprodução humana assistida pelo método Zift: fertilização *in vitro*; 2.2.1 Formas da fertilização *in vitro*; 2.2.2 Consequências jurídicas; 2.3 Reprodução humana assistida pelo método Gift: fecundação *in vivo*; 2.3.1 Tipos de fecundação *in vivo*; 2.3.2 Consequências jurídicas; 3 Instrumento normativo que regula a reprodução humana assistida; 3.1 Resolução CFM nº 1.358, de 1992; 3.1.1 Princípios gerais; 3.1.2 Disposições quanto aos sujeitos aptos à realização da técnica da reprodução humana assistida; 3.1.3 Disposições quanto a doação de gametas ou pré-embriões e quanto a criopreservação; 3.1.4 Disposições sobre a gestação de substituição; 4 A necessidade de uma legislação específica que regule a reprodução humana assistida; 5 Projetos de lei sobre a reprodução humana assistida; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do século XXI é desenvolver e positivizar normas que regulem e imponham limites nas pesquisas médico-científicas hodiernamente adotadas, com o objetivo precípuo de corrigir os exageros provocados por essas pesquisas e resgatar o valor da dignidade do ser humano.

Assim, este estudo será voltado especificamente para a ligação da bioética e do biodireito com as técnicas da reprodução humana medicamente assistida, seja ela homóloga ou heteróloga. Isso porque, apesar da existência de diversos projetos de lei que visam regulamentar as novas tecnologias reprodutivas no País, há a necessidade de uma legislação específica para a técnica de fertilização humana assistida, uma vez que, atualmente, dispomos tão somente de uma Resolução do Conselho Federal de Medicina.

A Lei da Biossegurança, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, regulamenta tão somente as atividades da engenharia genética, deixando sem resposta inúmeros questionamentos acerca da utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida.

A Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina também não responde essas questões, limitando-se tão somente a traçar normas éticas que deverão ser observadas para a adoção do procedimento.

Assim, é evidente e urgente a necessidade de se criar uma legislação específica para lidar com todos esses questionamentos, sendo que no decorrer do estudo serão demonstrados alguns deles, bem como serão apontadas as situações que julgamos de maior importância para serem regulamentadas.

## 1 NOÇÕES GERAIS DE BIODIREITO

Para falarmos de biodireito, necessariamente temos que fazer uma breve exposição sobre a bioética.

### 1.1 Bioética

Historicamente falando, a expressão bioética foi inventada nos Estados Unidos pelo oncologista Van Rensselder Potter, que a conceitua como “a ética da vida”, isto é, um estudo da moralidade da conduta humana no ramo das ciências da vida, que abrange não somente as relações com o ser humano, mas sim todos os seres vivos.

Tal ciência se divide em dois grandes ramos, quais sejam: a) a Macrobioética que, para Enéas Castilho C. Júnior, “[...] seria a ética que visa o bem da vida em sentido amplo – direcionada ao macrosistema da vida –, e estaria diretamente ligada ao meio ambiente e ao Direito Ambiental [...]”<sup>1</sup>; e b) a Microbioética, que tem por escopo proteger a vida humana, principalmente quando envolver os experimentos científicos, que vêm a cada momento avançando mais.

### 1.2 Biodireito

O art. 5º, IX, da Constituição Federal de 1988 preceitua a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais.

O exagero e o mau uso dessa liberdade, entretanto, vêm ocasionando diversas situações que infringem outros direitos, também reconhecidos constitucionalmente e

---

1 CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Noções introdutórias sobre biodireito. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

fundamentais da pessoa humana, entre eles, o direito à vida, à integridade física e à dignidade do ser humano.

Foi justamente por esse conflito de direitos que surgiu a necessidade da criação de um novo ramo jurídico, o biodireito, que, nas palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz, compreende

[...] um estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao Direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.<sup>2</sup>

O biodireito seria, então, justamente a positivação – ou a tentativa de positivação – das normas criadas pela bioética, elencando os comportamentos médico-científicos permitidos e não permitidos, bem como impondo sanções para o descumprimento dessas normas.

## 2 A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

### 2.1 Conceito

A reprodução humana assistida, segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz, consiste, basicamente, em um “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”<sup>3</sup>, que poderá se dar pelos métodos Zift (*Zibot Intra Fallopian Transfer*) e Gift (*Gametha Intra Fallopian Transfer*).

O papel dessas técnicas de reprodução nada mais é do que auxiliar, de alguma forma, àqueles que possuem problema de infertilidade humana, facilitando o processo de criação e concedendo-lhes o direito à descendência.

### 2.2 Reprodução humana assistida pelo método Zift: fertilização *in vitro*

Pelo método Zift nós temos a “fertilização *in vitro*” ou a “ectogênese”, que ocorre da seguinte forma: o óvulo da mulher é retirado, com o sêmem do marido, ou de outro homem, esse óvulo é fecundado na proveta, após a fecundação, o embrião é introduzido no seu próprio útero ou no de outra mulher<sup>4</sup>.

2 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7-8.

3 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 497.

4 *Idem*.

A primeira fertilização *in vitro* ocorreu perto de Manchester, em 26 de julho de 1978, ocasionando o nascimento de Louise Brown, uma menina de 2,300 kg. No Brasil, a primeira criança gerada por essa técnica foi Anna Paula Caldera, nascida em 7 de outubro de 1984, sendo que hoje já existe um grande número de “bebês de proveta” em nosso País<sup>5</sup>.

### 2.2.1 Formas da fertilização *in vitro*

De acordo com a doutrinadora Maria Helena Diniz, a técnica de reprodução da fertilização *in vitro* pode se caracterizar de diversas formas<sup>6</sup>:

I – Fecundação de óvulo da esposa ou companheira com sêmem do marido ou companheiro, colocando-se o embrião no útero da própria esposa ou convivente;

II – Fecundação de óvulo da esposa ou companheira, com esperma do marido ou convivente, transferindo-se o embrião para o útero de outra mulher;

III – Fecundação de óvulo da esposa ou convivente, com esperma de terceiro, implantado o embrião no seu próprio útero;

IV – Fecundação de óvulo da esposa ou convivente, com esperma de terceiro, implantado o embrião em útero de outra mulher;

V – Fecundação de óvulo não pertencente à esposa, com sêmem do marido ou companheiro, mas com introdução do embrião no útero dela;

VI – Fecundação de óvulo não pertencente à esposa, com sêmem do marido ou companheiro, mas com introdução do embrião no útero de outra;

VII – Fecundação de óvulo não pertencente à esposa, com esperma de terceiro, implantado o embrião em seu próprio útero;

VIII – Fecundação de óvulo não pertencente à esposa, com esperma de terceiro, implantado o embrião em útero de outra mulher;

IX – Fecundação com sêmem e óvulo de estranhos, quando o casal é estéril, implantando-se o embrião no útero da própria mulher;

X – Fecundação com sêmem e óvulo de estranhos, quando o casal é estéril, implantando-se o embrião no útero de outra mulher;

XI – Fecundação de óvulo da esposa com sêmem do marido, congelando-se o embrião para que, depois do falecimento da esposa, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido, seja implantado no útero da mulher ou no de outra.

---

5 Idem, p. 513.

6 Ibidem, p. 497-498.

### 2.2.2 Consequências jurídicas

Esse tipo de fecundação pode ser *homóloga*, quando feita com os componentes genéticos do próprio casal, ou *heteróloga*, quando o material fertilizante for de terceiro (sêmen do marido e óvulo de outra mulher; sêmen de terceiro e óvulo da esposa; sêmen e óvulo de estranhos).

A fecundação *in vitro* com transferência de embrião pode acarretar seriíssimas questões ético-jurídicas. Como exemplo, podemos citar algumas das situações apontadas pela doutrinadora Diniz<sup>7</sup>:

I – Ofensa ao direito do filho de ser concebido naturalmente;

II – Falta de anuência do marido, que poderá ser motivo justificador da separação judicial, configurando-se injúria grave, uma vez que a paternidade forçada atingiria a sua integridade moral e sua honra, fazendo-o assumir um dever indesejado;

III – Possibilidade de uma criança nascer de genitor morto, por ter sido utilizado, na fertilização *in vitro*, esperma congelado de pessoa já falecida, ainda que seja o marido de sua mãe, ou por ter havido fecundação *in vitro* de óvulo de mulher morta;

IV – Arrependimento do casal, do marido ou da mulher após a realização da fertilização *in vitro*, despertando não só o desejo de efetuar aborto ou de abandonar a criança como também o sentimento de rejeição;

V – Possibilidade de o doador transmitir ao embrião algum tipo de doença genética ou psicose hereditária;

VI – Risco de eventualmente o doador do sêmen, a doadora do óvulo ou a mulher que cedeu o ventre pretender reconhecer como seu o filho, reclamando-o judicialmente. Como ficaria a situação daquele casal que idealizou a fertilização *in vitro*?

VII – Possibilidade da ocorrência do óbito do casal encomendante em um desastre, *após* a fecundação, mas *antes* da implantação do embrião, surgindo as questões: será ele herdeiro do casal? Quem teria a responsabilidade pela sua implantação em útero alheio? Em que útero deverá ser implantado? O Estado poderia decidir sobre o destino desse embrião? E se seus pais falecerem durante a sua gestação em útero cedido por outrem, ou, até mesmo, se o recusarem após o nascimento? A quem o recém-nascido deverá ser entregue? Quem teria sua guarda? A mãe substituta?

VIII – Conflito de maternidade e de paternidade, uma vez que, na fecundação na proveta, a criança poderá ter: duas mães, uma institucional e outra

---

7 Ibidem, p. 515-533.

genética; dois pais, o institucional, que será o marido de sua genitora, que anui na fertilização *in vitro* com sêmen alheio, e o genético, ou seja, o doador do elemento fertilizante, que não terá responsabilidade jurídica pelo ser que gerou; ou, ainda, poderá ter três pais e três mães, isto é, pai e mãe genéticos (os doadores do óvulo e do sêmen), mãe e pai biológicos (a que o gestou em seu ventre e seu marido) e mãe e pai institucionais (os que a encomendaram à clínica), sendo os legalmente responsáveis pela criança, por terem feito o projeto de seu nascimento;

IX – A violação do direito de identidade da criança e o da possibilidade de incesto e consequente degeneração da espécie humana, em decorrência do anonimato que é mantido com relação ao doador, o receptor do material genético e a que cedeu o ventre;

X – O destino do embrião congelado em caso de separação judicial ou divórcio de seus pais. Poderá a ex-mulher, mesmo contra a vontade do ex-marido, engravidar com o embrião? Está o doador obrigado a ser pai de uma criança nascida de um matrimônio fracassado, bem como ser devedor de alimentos ou assegurar parte de sua herança a esse filho? Se o embrião é de propriedade comum do casal, qual vontade deverá prevalecer?

XI – O destino dos embriões excedentes, uma vez que, na fecundação *in vitro*, a mulher é submetida a tratamento hormonal para ter uma superovulação para que vários óvulos sejam fertilizados na proveta, sendo que, no entanto, dos quinze liberados, no máximo quatro deles serão implantados no útero. Como ficaria, então, a proteção jurídica dos demais? Deveriam ser utilizados em outra gestação? Seriam cedidos, gratuitamente, a outro casal? Seria possível sua criopreservação ou poderiam ser exterminados? Há juristas que entendem que concordam com sua manipulação genética ou descarte, uma vez que, enquanto não forem implantados no útero, não há viabilidade, nem aborto. Essa questão, após o julgamento de uma ADIn 3.510, que discutia a inconstitucionalidade da Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), pode se dizer que teve diminuída suas implicações, uma vez que foi ratificada a permissão dos embriões congelados serem usados para fornecer células-tronco (de acordo com o art. 5º da referida Lei). Essa decisão, sem dúvida, é um grande avanço na área da Medicina e do Direito, pois, além de, de certa forma, disciplinar um destino aos embriões excedentes, bem como de indicar quando se inicia a vida e consequentemente a dignidade do ser humano, promete salvar a vida de muitos, mediante a clonagem terapêutica;

XII – A questão da responsabilidade civil e penal médica e hospitalar por danos morais e patrimoniais na fertilização humana assistida, decorrentes de defeito apresentado pelo material fertilizante utilizado; provocação de retardamento mental ou de qualquer anomalia física na criança; transmissão de Aids por negligência nos exames feitos no doador; falha de equipamento, que provocou sua deterioração; troca de material fertilizante, entre outros.



Essa responsabilidade, sem dúvida, precisa ser expressamente regulada, pois já houve caso de um casal nova-iorquino que, ao se submeter à técnica da inseminação homóloga (óvulos da esposa e sêmen do marido), teve uma menina com traços afroamericanos, de pele bem mais escura que seus pais. Como lidar com esse caso?

## **2.3 Reprodução humana assistida pelo método Gift: fecundação *in vivo***

Pelo método Gift, por sua vez, temos a chamada *inseminação artificial*, que consiste na introdução do sêmen na mulher sem que haja qualquer manipulação externa do óvulo ou de embrião, trata-se, então, de fecundação *in vivo*<sup>8</sup>.

### **2.3.1 Tipos de fecundação *in vivo***

A técnica de reprodução por inseminação artificial pode se caracterizar de duas formas:

- inseminação homóloga: aquela praticada na esposa ou convivente com sêmen do marido ou convivente, podendo ser em vida deste, ou após sua morte;
- inseminação heteróloga: aquela feita em mulher casada ou convivente, com esperma de terceiro.

### **2.3.2 Consequências jurídicas**

#### **a) Inseminação artificial homóloga**

De início, essa técnica de reprodução não fere princípios jurídicos, uma vez que é a fecundação praticada na esposa ou convivente com sêmen do próprio marido ou convivente, isto é, não há envolvimento de terceiro no processo de reprodução.

Entretanto, por esse tipo de fecundação admitir a inseminação mesmo após a morte do cônjuge ou convivente, alguns problemas ético-jurídicos podem surgir. Como exemplo podemos citar algumas das questões apontadas pela doutrinadora Maria Helena Diniz<sup>9</sup>:

I – A clínica de reprodução humana assistida, depositária da célula germinal congelada, na impossibilidade de devolvê-la ao depositante falecido, deverá entregá-la à viúva?

II – Esta poderia obrigar a clínica a inseminá-la?

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 497.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 503.

III – Que direitos teria a viúva do depositante sobre o seu material fertilizante?

IV – Autorizar sua inseminação não seria violar o direito do morto, uma vez que a paternidade deve ser desejada e não imposta?

V – Poder-se-ia impor ao depositante, no além-túmulo, uma paternidade involuntária?

VI – A inseminação *post mortem* não envolveria, ainda, uma violação ao direito à imagem e à intimidade do falecido?

VII – Como admitir, então, a inseminação artificial da mulher, mediante esperma congelado de seu falecido marido, já que isso acarretará consequências jurídicas?

Com relação à disposição dada pelo Código Civil (CC), em seu art. 1.597, III, admitindo a presunção de filiação, entende a doutrinadora Diniz que “não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (art. 1.798 do CC)”<sup>10</sup>.

Nesse caso, o “filho” só poderia herdar algum bem por via testamentária.

### **b) Inseminação artificial heteróloga**

Os problemas jurídicos e morais decorrentes desse tipo de reprodução são vários, entre eles podemos destacar alguns dos elencados por Diniz<sup>11</sup>:

I – A impugnação da paternidade pelo marido de sua mãe conduzirá o filho a uma paternidade incerta, pela impossibilidade de se estabelecer a real paternidade, devido ao segredo profissional médico e ao anonimato do doador do sêmem inoculado na mulher.

II – Rejeição do consorte masculino em relação ao filho do doador e do filho em relação ao suposto pai se vier a descobrir a inexistência da paternidade alegada.

III – Negação ao filho do direito à identidade genética, pois o doador ficará incógnito: apenas a equipe médica saberá da procedência do material fertilizante, em razão de segredo profissional.

IV – Perigo resultante do encobrimento da descendência verdadeira, uma vez que, se houver prática legalizada, poderá generalizar-se a inseminação heteróloga, ocasionando a possibilidade de incesto, pela união de filhos do mesmo doador, ou de filha do doador com ele mesmo;

10 Ibidem, p. 503.

11 Ibidem, p. 505-512.

V – Utilização, por mulher solteira, viúva, separada ou divorciada, de sêmen de terceiro para comprometer homem com quem viva, atribuindo-lhe a responsabilidade pela gravidez;

VI – Eventualidade de o doador reclamar judicialmente sua paternidade, se, saindo do anonimato e conhecendo a destinatária de seu sêmen, pretender reconhecer como seu o filho (art. 1.609 do CC). Tal pretensão deverá ser negada, uma vez que quem faz doação de sêmen deverá aceitar que o filho não é seu institucionalmente;

VII – Possibilidade de haver conflito de paternidade, pois a criança terá dois pais, um jurídico e outro genético. Neste caso, o institucional será o marido de sua mãe, que anuiu na inseminação, e o genético será o doador do sêmen, que não será responsável juridicamente pelo ser que gerou;

VIII – Provocação de interesses patrimoniais, uma vez que poderá ocorrer que o doador venha a conhecer o filho e a explorar o fato, pretendendo o reconhecimento de seus direitos de pai, ou vice-versa, com o único objetivo de obter herança ou de tirar algum proveito econômico;

IX – Insistência da mãe em conhecer o pai de seu filho, causando essa atitude situações graves e constrangimentos de toda sorte;

X – Arrependimento do marido após a realização da fecundação, sugerindo o aborto, ou depois do nascimento, gerando infanticídio, rejeição, abandono ou maus tratos, trazendo sérios problemas, uma vez que poderá ingressar com ação negatória de paternidade, alegando, por exemplo, que foi dolosamente enganado ou que anuiu por coação. Essa situação é grave, pois a vontade de procriar deve ser do marido e não de quem doou o material fertilizante, pois esse doa o sêmen assim como uma pessoa doa o sangue, com um fim impessoal. Numa situação como essa, conforme assevera a doutrinadora Diniz, se o marido anuiu na inseminação artificial heteróloga, será o pai legal, uma vez que assumiu a paternidade socioafetiva da criança assim concebida (art. 1.597, V, do CC), não podendo simplesmente voltar atrás, salvo se provar que realmente a criança adveio da infidelidade de sua mulher ou de vício de consentimento (arts. 1.600 e 1.602 do CC);

XI – Alegação de que houve adultério da mulher e não a inseminação artificial heteróloga pelo marido enganado, gerando com isso demanda de separação judicial litigiosa.

### **3 INSTRUMENTO NORMATIVO QUE REGULA A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

#### **3.1 Resolução CFM nº 1.358, de 1992**

Essa resolução, hoje, é o único instrumento normativo no Brasil que traça alguns princípios e regras sobre as técnicas da reprodução humana assistida. Passamos a estudá-la um pouco.

### **3.1.1 Princípios gerais**

Os princípios gerais estabelecidos pela Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina (CFM) são os seguintes<sup>12</sup>:

- As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.
- As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.
- O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.
- As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.
- É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.
- O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.
- Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

### **3.1.2 Disposições quanto aos sujeitos aptos à realização da técnica da reprodução humana assistida**

De acordo com as normas éticas elencadas na Resolução já citada, toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites

---

12 Resolução CFM nº 1.358, de 1992.

da Resolução pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

É importante observar que a resolução não faz distinção quanto ao estado civil da mulher, salientando apenas que, estando a mulher casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro após processo semelhante de consentimento informado.

### **3.1.3 Disposições quanto a doação de gametas ou pré-embriões e quanto a criopreservação**

Dispõe a Resolução que:

- A doação nunca poderá ter caráter lucrativo ou comercial;
- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa;
- O sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões obrigatoriamente será mantido, assim como a dos receptores;
- Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador;
- As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores;
- Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, em uma área de um milhão de habitantes;
- A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade, sendo que, dentro do possível, deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora;
- Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de Reprodução Assistida;
- As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões;
- O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído;

- No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados na hipótese de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, bem como quando pretendem doá-los.

### 3.1.4 Disposições sobre a gestação de substituição

De acordo com a Resolução, as Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem se valer das técnicas de Reprodução Assistida para criarem a situação identificada como gestação de substituição.

Entretanto, necessário se faz que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética e que os seguintes preceitos éticos sejam observados:

- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, em um parentesco até o segundo grau, sendo que os demais casos deverão sujeitar-se à autorização do Conselho Regional de Medicina;
- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

## 4 A NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA QUE REGULAMENTE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A utilização das técnicas da reprodução humana assistida pode ser entendida como um dos meios de se exercer o direito à procriação, que está garantido na nossa Carta Magna em seu art. 226, § 7º, que dispõe o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Entretanto, embora essas técnicas reprodutivas sejam um dos meios do indivíduo exercer o seu direito de procriação e sejam, sem dúvida, uma grande conquista científica para a esterilidade, cada uma de suas formas enseja inúmeras situações que consequentemente interferem no mundo ético, social, religioso, psicológico, médico, bioético, e, sobretudo, o jurídico; havendo de se acrescentar, ainda, que, atualmente, no

Brasil, não temos nenhuma lei que ampara e regula a reprodução humana artificialmente assistida, pairando diversas questões sobre essas técnicas.

As indagações que surgem são dos mais variados tipos. Teria todo ser humano o direito de procriar em qualquer condição? A criança gerada artificialmente não correria o risco de ser considerada como um meio e não como um fim em si mesma? Não estariam essas técnicas possibilitando o incesto e negando ao filho o seu direito de saber quem são seus pais, uma vez que é mantido o anonimato do doador do material fertilizante e o direito à filiação *também* é um direito fundamental? Por que “encomendar” uma criança que, em determinada situação, sequer tem o material genético do casal? Não seria mais louvável a adoção, considerando-se que existem inúmeras crianças órfãs a espera de um lar e de uma família?

Outro ponto intrigante é o que concerne com a identidade do doador dos gametas ou dos embriões que, conforme norma ética da Resolução CFM nº 1.358, de 1992, deve ser mantida em anonimato.

O direito à filiação, que permite ao filho saber quem são seus pais, é inalienável e está incluído no elenco dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Assim, pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também disposto na nossa Carta Magna em seu art. 5º, XXXII, toda pessoa pode exercer o direito a alcançar suas raízes genéticas, uma vez que integra seu patrimônio jurídico chegar à sua origem fenotípica<sup>13</sup>.

Daí a necessidade do surgimento de o ramo do biodireito, que deve não só impor limitações legais às clínicas que se ocupam desses tipos de reprodução, estabelecendo normas de responsabilidade civil por dano moral e/ou patrimonial que venham causar, mas também disciplinar as diversas consequências advindas dessas técnicas.

No entender de Maria Helena Diniz, “tanto a inseminação artificial heteróloga, quanto a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiros deveriam ser coibidas, uma vez que todos esses tipos de reprodução geram riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade”<sup>14</sup>.

Ao nosso entender, realmente não deveria ser permitida a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial heteróloga, uma vez que afetam diretamente os direitos da criança surgida por meio dessas técnicas, que vai deparar com situações complexas e evitáveis. Com relação à inseminação artificial homóloga, esta só deveria ser limitada no que tange à reprodução de embriões congelados e de pai ou mãe mortos.

No Brasil, existem vários projetos de lei que objetivam regulamentar essas técnicas reprodutivas. Contudo, como já dito, concretamente, dispomos hoje tão so-

---

13 NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 135.

14 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 500-501.

mente da Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, que se resume a enumerar alguns princípios e regras básicas organizando a matéria.

Na Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente, como bem leciona a coordenadora Jussara Maria L. de Meirelles, “se contemplam aspectos de tecnologia aplicada à genética e reprodução humanas, utilização de células-tronco embrionárias, no entanto, [essa Lei] não responde aos inúmeros questionamentos acerca da utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida”<sup>15</sup>.

O Código Civil brasileiro também não trata dessas questões, pois, embora tenha citado, em seu art. 1.597, III, IV, e V<sup>16</sup>, a técnica da reprodução humana assistida, se limitou à relação de parentesco civil, deixando de longe de tratar as inúmeras questões jurídicas que podem surgir com as técnicas da reprodução humana assistida.

Assim, patente está que precisamos urgentemente de uma lei que discipline especificamente a reprodução humana assistida em todas as suas modalidades, prevendo, inclusive:

- a) Em quais situações será permitida a utilização das técnicas de reprodução humana assistida;
- b) A exigência de consenso irretratável de ambos os cônjuges ou conviventes que se submeterem às técnicas conceptivas, sendo que o consenso somente poderá ser revogado até o momento da fecundação, proibindo-se o arrependimento, ou permitindo se devidamente provado o vício de consentimento;
- c) Regras para a doação, criopreservação, ao destino e descarte dos gametas e embriões depositados;
- d) As questões ligadas à sucessão;
- e) As questões ligadas à filiação;
- f) A submissão obrigatória do doador a exame médico e psiquiátrico minucioso, a fim de evitar que haja transmissão de doença genética ou psicose

---

15 MEIRELLES, Jussara Maria Leal (Coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 26-27.

16 “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”



- hereditária ao embrião, que poderá acarretar na rejeição por parte dos genitores ou de algum deles;
- g) A proibição da gravidez de substituição ou, na sua aceitação, que sejam previstos os limites desta, inclusive os direitos e deveres da mãe substituta (que cedeu seu útero para a gravidez), proibindo, por exemplo, a reclamação da maternidade e exigindo declaração expressa desta de que entregará a criança após o parto;
  - h) Na hipótese de óbito do casal, *antes que ocorra a implantação*, qual o destino que será dado ao embrião ou, na hipótese do óbito ter ocorrido *após a implantação em útero alheio*, quais os direitos sucessórios da criança e qual a responsabilidade da mãe substituta com relação à maternidade;
  - i) Na hipótese de óbito do depositante, quais os direitos da viúva sobre o seu material fertilizante;
  - j) A questão do anonimato, prevendo que este não seja total, permitindo, por determinação judicial ou motivação médica, que seja quebrada a identidade dos doadores e receptores a fim de que não haja a união entre consanguíneos;
  - k) O número máximo de embriões para a mulher receptora;
  - l) A criopreservação dos embriões excedentários para a utilização em pesquisa e terapia, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados há três anos e, em ambos os casos, receber o consentimento dos genitores, conforme já determina o art. 5º da Lei nº 11.105/2005;
  - m) Vedação ou restrições para a realização da reprodução assistida *post mortem*;
  - n) A delimitação das consequências jurídicas da morte do doador, regulando: a quem pertence o material fertilizante, se ao doador ou à clínica, sendo que, se pertencer ao doador, o que fazer com o material quando houver o falecimento deste;
  - o) A restrição da utilização do embrião congelado em caso de separação ou divórcio, considerando-se que tanto ao homem quanto à mulher pertence o embrião e que sem a vontade de um deles não poderá haver a fecundação, pois nenhum dos dois tem o direito de impor a maternidade ou paternidade forçada ao outro;
  - p) A responsabilidade civil e penal das clínicas e dos profissionais das técnicas, que porventura sejam responsáveis por alguma situação não esperada pelos pacientes submetidos às técnicas, como provocação de retardamento mental ou de qualquer anomalia física na criança; transmissão de Aids por negligência nos exames feitos no doador; falha de equipamento que provocou sua deterioração; troca de material fertilizante, entre outros.

É evidente que muitas outras questões deverão ser previstas em lei para se buscar uma adequação entre o universo científico e a realidade social e jurídica, pois as questões acima apontadas são apenas as que julgamos, *a priori*, as mais importantes, não se exaurindo, entretanto, todas as situações que podem surgir com o uso das técnicas de reprodução assistida.

## 5 PROJETOS DE LEI SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A fim de regulamentar as técnicas da reprodução humana assistida e/ou as questões delas provenientes, existem vários projetos de lei, sendo alguns deles:

- Projeto de Lei nº 2.855, de 1997, do Deputado Confúcio Moura;
- Projeto de Lei nº 90, de 1999, do Senador Lúcio Alcântara;
- Projeto de Lei nº 120/2003, do Deputado Roberto Pessoa;
- Projeto de Lei nº 1.135, de 2003, do Deputado Pinotti;
- Projeto de Lei nº 1.184, de 2003, do Senado Federal;
- Projeto de Lei nº 2.061, de 2003, da Deputada Maninha;
- Projeto de Lei nº 4.686, de 2004, do Deputado José Carlos Araújo;

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado neste trabalho apresenta o grande desafio do século XXI na esfera do Direito, que é desenvolver e positivar normas que regulem e imponham limites nas pesquisas médico-científicas hodiernamente adotadas.

Com o progresso da biotecnologia, da engenharia genética e das novas práticas biomédicas adotadas na sociedade moderna, os juízos de valores e as normas éticas vêm perdendo cada vez mais seu valor, tornando-se meramente uma questão de preferência de cada um, sem qualquer validade objetiva.

Essa crise de valores chega, inclusive, a ameaçar a vida, a integridade e a dignidade do ser humano, fazendo-se questionar até que ponto são vantajosos os benefícios da tecnologia e do desenvolvimento na seara da medicina e da saúde.

E foi justamente com o foco nesses questionamentos que o presente trabalho procurou demonstrar o papel da ética, da bioética e do biodireito, bem como, mais especificamente, a relação dessas ciências com as técnicas da reprodução humana assistida que, como visto, em determinadas situações acarreta inúmeros problemas ético-jurídicos aos pacientes e, principalmente, à criança que é gerada por meio desses tipos de reprodução.

A técnica da reprodução humana *in vivo* homóloga (ou inseminação artificial homóloga) não traz tanta repercussão em si. O problema maior está na inseminação artificial heteróloga e na fertilização *in vitro*, homóloga ou heteróloga, que pode acarretar situações seriíssimas e sem soluções no ordenamento jurídico brasileiro.

A necessidade de se criar uma legislação específica para lidar com essas situações é, então, efetiva e urgente.

## REFERÊNCIAS

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Noções introdutórias sobre biodireito. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOLDIM, José Roberto. Bioética e reprodução humana. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/biorepr.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2008.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal (Coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA Jr., Eudes Quintino de. De quem é o filho? *APMP Revista*, São Paulo, a. XI, n. 43, p. 19-21, maio/jul. 2007.

SCHAEFER, Fernanda. Bioética, biodireito e direitos humanos. *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007.

VÁZQUES, Adolfo Sánchez. *Ética*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. Apud NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

# ARBITRAGEM: UMA QUESTÃO CULTURAL

---

**Ana Maria Malaco Pereira**

Advogada, Mestre em Direitos Fundamentais, atua em diversas Câmaras Arbitrais de São Paulo como Advogada/Árbitra.

**RESUMO:** Este trabalho analisa a arbitragem no Brasil, começando pelas considerações históricas. Embora as Ordenações Filipinas previssem a solução dos conflitos de interesses pela arbitragem, esse mecanismo pouco foi utilizado pelos brasileiros. Mesmo depois da promulgação da Lei de Arbitragem nº 9.307/1996, raramente a população procura dirimir os conflitos pelas vias arbitrais, prefere as vias judiciárias, talvez pela própria formação cultural dos brasileiros – o cidadão quer a decisão do Poder Judiciário, deixando de lado os métodos alternativos. Há inúmeras vantagens na solução dos conflitos pela negociação, mediação, conciliação e arbitragem como: celeridade, informalidade no procedimento, a confiabilidade, a especialidade e a confidencialidade ou sigilo, a flexibilidade e o baixo custo, entre outras. Falta a devida divulgação entre os operadores do direito e a população para que suas demandas sejam solucionadas além das vias judiciárias.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Histórico da arbitragem no Brasil; 2 Colapso no Poder Judiciário; 3 Meios alternativos de solução dos conflitos; 3.1 Negociação; 3.2 Conciliação; 3.3 Mediação; 3.4 Arbitragem; 4 Lei Arbitral nº 9.307/1996; 4.1 Conceitos de arbitragem e principais diretrizes; 4.2 Cláusula compromissória e compromisso arbitral; 4.3 O procedimento arbitral; 4.3.1 Dos árbitros; 4.3.2 Da sentença arbitral; 4.3.3 Vantagens do procedimento arbitral; 5 Arbitragem: uma mudança cultural; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como finalidade o estudo da arbitragem no Direito brasileiro. A escolha pelo tema ocorreu em razão da importância da arbitragem como um novo rumo do Direito.

Tendo em vista sua relevância, a arbitragem atualmente é regida pela Lei Federal nº 9.307/1996, denominada Lei Marco Maciel. A arbitragem possui características que a tornam atrativas como o custo mais baixo, o sigilo, a eficácia e sua celeridade.

Consideramos relevante destacar que esta não é tão utilizada devido à falta de divulgação e informação aos operadores do Direito e ao público em geral.

O homem é um ser social que tem um projeto de vida existencial a ser realizado. Na amplitude da relação entre os indivíduos em sociedade, podem ocorrer conflitos de interesses que, ao invés de serem resolvidos pelo Poder Estatal, podem ser resolvidos por entidades privadas denominadas Câmaras Arbitrais.

Assim, este trabalho aborda a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, um tema extremamente rico, complexo e atual.

## 1 HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem, na ordem jurídica brasileira, encontra suas raízes na época da colonização portuguesa. Nas Ordenações Filipinas, no Livro III, Títulos III, XVI e XVII, há previsão de solução dos conflitos por meio da arbitragem.

Na Constituição de 1824, art. 160, como relata Carlos Alberto Carmona<sup>1</sup>, existia a possibilidade, caso assim as partes convencionassem, de a sentença arbitral proferida pelos árbitros ser executada de ofício, sem a opção de recurso, o que representa uma grande alteração no sistema previsto nas Ordenações Filipinas.

Em 1850, temos o Código Comercial com artigos que estabelecem a arbitragem como obrigatória, sendo que, em 14 de setembro de 1866, houve uma Lei de nº 1.350 que novamente tornou a arbitragem voluntária, revogando, assim, a Lei nº 556, de 25 de julho de 1850.

Posteriormente, em 1916, temos o Código Civil brasileiro – os arts. 1.025, 1.037, 1.048, 1.123 e 1.135 referem-se à regulamentação da arbitragem.

No Código de Processo Civil de 1939, a arbitragem é tratada no Livro IX, sendo que, em 1973, houve a revogação deste CPC, que continha dispositivos referentes à arbitragem, como o art. 267, VII, e os arts. 1.072 e seguintes que foram revogados pela Lei nº 9.307/1996 no seu art. 41, alterando os arts. 267, VII, 301, IX, 584, III, do Código de Processo Civil; estes artigos citados ganharam nova redação.

Na Constituição Federal de 1988, temos a previsão da arbitragem em inúmeros artigos, entre os quais destacamos o art. 4º, VII, quando se tem a solução pacífica dos conflitos; o art. 114, §§ 1º e 2º, o qual prevê que, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger seus árbitros, e nos casos em que as partes recusarem a negociação ou a arbitragem, é facultado aos sindicatos ajuizarem os respectivos dissídios coletivos. Citamos também os arts. 217, §§ 1º e 2º, e o art. 12, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em 1995, temos a Lei de nº 9.099 dos Juizados Cíveis e Criminais, na qual se admite o julgamento por arbitragem em que o laudo é homologado judicialmente e a sentença proferida é irrecorrível.

O Senador Marco Maciel apresentou um projeto de lei sobre arbitragem em 1992, que veio a vingar em 23 de novembro de 1996, quando foi aprovado e entrou

---

1 CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 46.

em vigor como a Lei de Arbitragem nº 9.037/1996, também conhecida como Lei Marco Maciel.

## 2 COLAPSO NO PODER JUDICIÁRIO

É de conhecimento de público a crise que assola o Judiciário em decorrência do volume de processos que tramitam e aumentam ano a ano, bem como a ausência de funcionários para atender a demanda, isto é, não há juízes e nem serventuários públicos suficientes, o que dificulta a solução da lide de uma forma célere e eficiente.

Muitos desses processos aguardam uma solução que pode demorar até anos para que o litígio seja decidido, tendo em vista seus trâmites em diversas instâncias, tornando o processo muito dispendioso.

Neste diapasão, temos uma situação caótica, em que de um lado as partes querem ver suas demandas solucionadas, e de outro lado os juízes com inúmeros processos para instruir e julgar, a consequência natural é a queda da qualidade dos serviços prestados.

Diante do panorama apresentado, temos a descrença da população em relação ao Judiciário; muitos alegam que deixam de pleitear seus direitos devido à demora na solução dos conflitos, entregando tudo na mão de Deus.

O Judiciário busca novos rumos no Direito a fim de mudar esse panorama triste de morosidade, desânimo e descrença, por isso foram criados os Juizados de Pequenas Causas, no cível e criminal. No âmbito do direito do trabalho, podemos mencionar as Comissões de Conciliação Prévias, conhecidas como CCPs (Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000), atualmente, muitos sindicatos já extinguiram as tão polêmicas CCPs.

Desponta, também, nesse cenário, pessoas brilhantes, batalhadoras, como a Juíza Maria Lúcia Pizzotti Mendes (2009), ganhadora do II Prémio Innovare, que nos relata:

Sou juíza há vinte anos e depois desse tempo vendo aquilo que não funciona, temos de tentar encontrar caminhos que possam funcionar para pacificar conflitos... Por isso fui estudar a mediação, a conciliação e a arbitragem. São alternativas para pacificar, e nesse sentido vêm substituir um sistema inoperante e que não atende à expectativa no sentido de resultado ou de efetividade.<sup>2</sup>

---

2 Usos e eficácia da arbitragem. Debate: Selma Lemes, Francisco Müssnich e Maria Lúcia Pizzotti Mendes. Reportagem de Carlos Costa e Leandro Silveira Pereira. *Revista Getúlio*, São Paulo: FGV, n. 13, p. 27, jan. 2009.

Sendo esta responsável pelo projeto “Setor Conciliação”, implantado no Fórum João Mendes Jr., em que é aplicada em casos concretos a mediação e conciliação sem juiz. Na maioria dos casos, os resultados têm sido satisfatórios, razão pela qual também em outros Fóruns foi ou estão sendo implantados os setores de mediação e conciliação. Comprova-se que a inovação no Direito é necessária para atender às necessidades dos cidadãos, proporcionando outros caminhos alternativos para a solução de seus conflitos e, assim, o Direito anda em compasso com a evolução da sociedade, atendendo seus ensejos de uma forma mais célere e efetiva de distribuição da Justiça tão almejada por todos.

### 3 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

As soluções dos conflitos de interesses podem advir de uma negociação direta, de uma solução estatal, de jurisdição ou também por meio de alternativas amigáveis ou pacíficas; nosso foco será nas últimas mencionadas.

Existem métodos extrajudiciais de solução de conflitos: um é denominado de autocomposição, que representa os institutos da conciliação, da mediação e da negociação coletiva; e o outro é a heterocomposição, que abrange a arbitragem e a solução jurisdicional.

Nesse contexto, passamos a conceituar e a diferenciar os métodos extrajudiciais de solução de conflitos, ou seja, o que vem a ser a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

#### 3.1 Negociação

A negociação é um processo lógico, racional, representado por uma série de reuniões, encontros, discussões e compromissos em que se conversa com o intuito de se ter uma solução pacífica para o conflito de interesses ora apresentado, uma vez que há divergência entre as partes.

Na negociação direta, as partes envolvidas buscam um acordo justo e satisfatório para ambas, sem a interferência de terceiros.

Entretanto, quando as partes não chegam a um acordo, resta como caminho recorrer ao Judiciário ou aos meios amigáveis alternativos, ou seja, a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação profissional, utilizada quando há a identificação dos interesses convergentes no meio empresarial.

#### 3.2 Conciliação

A conciliação visa pôr fim a um conflito entre as partes. O conciliador, que é um terceiro, age no sentido de conduzir, estimular as partes a um consenso que resulte

em um acordo de vontade das partes; ele interfere na composição amigável, sugerindo condições e alternativas para a resolução do conflito. A sua natureza é contratual, podendo ainda ser convencional ou regulamentada.

A conciliação pode ser: judicial ou extrajudicial. Na conciliação judicial, a homologação do acordo é feita pelo juiz a quem cabe decidir se vai ou não homologar o acordo firmado; pois, caso o acordo prejudique uma das partes em benefício da outra, o juiz pode decidir pela não homologação, razão pela qual a conciliação judicial não se constitui em um meio autocompositivo de solução de conflito, pois as partes não têm total liberdade de decisão nos acordos.

Na conciliação extrajudicial, o conciliador é um terceiro que atua de forma imparcial, oferecendo informações e fazendo propostas às partes a fim de facilitar a solução da lide. É frutífera essa conciliação quando a proposta é aceita livremente pelas partes. O conciliador, nesse caso, deve ser uma pessoa capacitada, experto no assunto que é objeto do conflito em questão.

### 3.3 Mediação

A mediação é um instrumento de resolução de conflitos por meio da autocomposição, em que um terceiro é escolhido pelas partes e atua em posição de neutralidade, imparcialidade e independência, tentando as aproximar, facilitando o diálogo entre elas, para que juntas cheguem a uma solução.

A decisão é das partes, que podem ou não chegar a um acordo; o mediador não interfere, nem sugere formas para um acordo, apenas tenta uma solução amigável.

A mediação pode ter caráter preventivo, ocorrendo antes da instalação da controvérsia; e resolutivo, depois de detectado o conflito de interesses.

Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto salientam que, para ser mediador institucional, extrajudicial e judicial é necessário que a pessoa interessada faça cursos de capacitação, onde se aprende a gestão dos conflitos de forma mais pacífica, abrangendo a parte teórica (envolve as técnicas e procedimentos que podem ser utilizados) e prática (aplicação em casos reais dessas técnicas). A solução encontrada deve estar de acordo com as leis e os princípios do Direito<sup>3</sup>.

Aponta Lídia Miranda de Lima Amaral: “[...] o mediador age como um elemento catalisador, que acelera a composição”<sup>4</sup>.

3 CASTALDI SAMPAIO, Lia; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 89-92.

4 AMARAL, Lídia Miranda de Lima. *Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil*. São Paulo: LTr, 1994. p. 24.



Detectado o ponto de conflito, o mediador com sua técnica e habilidade faz com que as partes cheguem a um consenso.

Nessa mesma esteira sinaliza Juan Carlos Vezzulla que as pessoas se socorrem da mediação a fim de decidir e encontrar para seus problemas as suas próprias soluções, obtém-se com ela um acordo criativo beneficiando as partes e preservando o relacionamento delas sem ter que ir ao Judiciário onde é imposta uma decisão judicial<sup>5</sup>.

### 3.4 Arbitragem

A arbitragem também é uma forma de resolução de conflito, mas se diferencia da mediação porque nesta o terceiro escolhido pelas partes tem o poder decisório, enquanto na arbitragem ele julga o conflito entre as partes impondo uma decisão (sentença arbitral) contra a qual não caberá recurso.

A pedra basilar da arbitragem é a autonomia da vontade, em que as partes, por livre e espontânea vontade, resolvem submeter o seu conflito de interesse à arbitragem; ou seja, as partes renunciam à jurisdição estatal, para que a decisão do conflito seja proferida por juízes privados, os árbitros, por elas indicados, conforme a convenção bilateral delas.

A arbitragem é utilizada para a resolução de controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

## 4 LEI ARBITRAL Nº 9.307/1996

A Lei de Arbitragem trouxe em seu bojo a segurança jurídica para os casos em que ela for utilizada.

### 4.1 Conceitos de arbitragem e principais diretrizes

A Lei nº 9.307/1996 não traz o conceito explícito de arbitragem, mas a leitura da lei nos faz entender que a arbitragem é um meio utilizado para a solução dos conflitos que porventura venham a surgir entre as pessoas capazes de contratar, sendo que esses litígios podem se submeter à arbitragem desde que versem sobre matéria de direitos patrimoniais disponíveis.

Essa omissão conceitual é suprida pela doutrina em que estudiosos do tema a conceituam. Segundo René David:

---

5 VEZZULLA, Carlos Juan. *Teoria e prática da mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998. p. 15-16.

A arbitragem é uma técnica que visa a dar a solução de uma questão que interessa às relações entre duas pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – que detêm os seus poderes de uma convenção privada e julgam com base nessa convenção, sem serem investidos dessa missão pelo Estado.<sup>6</sup>

Phillipe Fouchard aponta que “pela arbitragem, às partes convém submeter o litígio ao julgamento de particulares que elas escolheram”<sup>7</sup>. Já Vicente Grecco Filho sinaliza “a arbitragem é um mecanismo que substitui a atuação da jurisdição, entre pessoas maiores capazes de contratar, que a escolhem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”<sup>8</sup>.

O entendimento de Laís de Oliveira Penido é mais amplo:

Arbitragem pode ser considerada um dos modos pacíficos de solução dos litígios e tem por finalidade resolver litígio de direitos disponíveis, em virtude de convenção entabulada pelas partes interessadas, por juízes privados, não designados pela lei, mas escolhidos pelas partes, retirando o Poder Judiciário da solução das controvérsias.<sup>9</sup>

A Lei de Arbitragem exige que as partes tenham capacidade para poder submeter seus conflitos de interesses à arbitragem. Nesse contexto, Washington de Barros Monteiro sinaliza que a capacidade é a aptidão para ser sujeito de direitos e assumir obrigações atribuídas às pessoas pela ordem civil a fim de “exercer por si só ou por pessoa investida os atos da vida civil”<sup>10</sup>.

Para ter a capacidade de exercício dos direitos civis, a pessoa deve preencher certos requisitos legais, como idade e saúde. À inexistência dos requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos denominamos de incapacidade, que pode ser absoluta conforme define o art. 3º do Código Civil; ou capacidade relativa, conforme estabelece o art. 4º do mesmo diploma legal citado.

Pelo exposto, concluímos que os sujeitos capazes de contratar podem dirimir seus conflitos pela arbitragem, excluídos estão os menores e incapazes.

Em relação à matéria que pode ser submetida à arbitragem estão os direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, todos aqueles que podem ser objeto de contrato, os quais seu titular pode dispor e também ser objeto de transação.

6 DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982. p. 9.

7 FOUCHARD, Phillipe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, n. 11, 1965.

8 GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1997. p. 335.

9 PENIDO, Laís de Oliveira. A arbitragem, instituto antigo com perspectivas revitalizadas. *Revista LTr*, v. 62, n. 8, p. 1064, ago. 1998.

10 MONTEIRO DE BARROS, Washington. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 60.

Excluídos de apreciação pela arbitragem estão o direito penal, de família e o tributário, tendo em vista que tais direitos são monopólios do Poder Judiciário.

A natureza da função arbitral não é jurisdicional, mas normativa, que resulta em uma resolução, que tem o mesmo efeito da sentença judicial, com a vantagem que dela as partes não podem recorrer.

## 4.2 Cláusula compromissória e compromisso arbitral

A adoção da arbitragem pressupõe a existência de cláusula compromissória firmada entre as partes, sempre de forma escrita, constando no contrato ou em documento separado, verificando-se que é absolutamente vedada a presunção de sua existência.

Consideramos relevante destacar que nos contratos em que a cláusula compromissória estiver inserida, caso, porventura, o contrato seja nulo, a respectiva cláusula não é, ou seja, é um elemento autônomo em relação ao contrato em que houver sua previsão. Como salienta Irineu Strenger, a arbitragem sobrevive, a obrigação é independente, podendo ser separável do restante do contrato, razão pela qual ela tem a sua autonomia<sup>11</sup>.

Com relação aos contratos de adesão, o legislador estabeleceu condições especiais para o caso, ou seja, a cláusula compromissória só produzirá efeitos se o aderente no contrato se manifestar expressamente por escrito, visando a instituir a arbitragem ou concordar com a sua instituição; podendo fazer em documento apartado ou por meio de um visto especial a ser dado na cláusula, que deverá ser prevista em negrito no corpo do contrato de adesão.

Às partes caberá estabelecer a forma convencionada para a instituição de arbitragem, podendo ser esta de direito ou de equidade.

No que concerne às regras para a arbitragem, essas são escolhidas livremente entre as partes contratantes, desde que não venham a ferir os bons costumes e a ordem pública. Ressaltamos que, na arbitragem, as partes têm a opção de adotar os princípios gerais de direito, usos e costumes e as regras internacionais de comércio (art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Arbitragem).

Outro mecanismo de submeter a controvérsia ao Juízo Arbitral é por meio do compromisso arbitral. Com relação ao compromisso arbitral, Maria Helena Diniz conceitua como “[...] acordo bilateral, em que as partes interessadas submetem suas controvérsias jurídicas à decisão de árbitros, comprometendo-se a acatá-la, subtraindo a demanda da jurisdição da Justiça Comum”<sup>12</sup>.

11 STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 109-110.

12 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989. p. 280.

Salientamos que o referido compromisso arbitral pode ser judicial, quando é celebrado nos autos, perante o juízo ou Tribunal, onde tem curso o litígio; ou extrajudicial, quando é celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

### 4.3 O procedimento arbitral

O procedimento arbitral tem início no momento da aceitação da nomeação do(s) árbitro(s). Posteriormente, a aceitação, o(s) árbitro(s) ou o Tribunal Arbitral podem acrescentar à convenção algo que entendem ter ficado obscuro. Nesse sentido, qualquer arguição relativa à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, ou sobre nulidades, as partes deverão fazê-la na primeira oportunidade de manifestação, depois de instituída a arbitragem. Em se tratando de um procedimento variável, que depende da escolha convencionada, a arguição deverá ser feita sempre no primeiro momento, para se manifestarem sob pena de preclusão.

Tendo em vista toda a liberdade que a Lei de Arbitragem proporcionou na convenção das cláusulas, jamais os princípios do contraditório, da igualdade de tratamento entre as partes, da moralidade e da imparcialidade do árbitro e de seu convencimento poderão ser desrespeitados.

As partes poderão ser acompanhadas por advogados, entretanto, o *jus postulandi* é permitido.

No art. 21, § 4º, da Lei nº 9.307, o legislador conferiu ao árbitro, quando do início do procedimento, designar uma audiência de tentativa de conciliação.

Segundo Joel Dias Figueira Júnior:

As partes ou os árbitros não podem prescindir dessa audiência, que é fundamental para a aproximação dos litigantes entre si e os julgadores. Ela é obrigatória porque sabe muito bem o legislador que a melhor forma de se solucionarem os conflitos de interesse é a autocomposição, seja por intermédio de conciliação, seja de transação. Isto porque toda a sentença de procedência ou improcedência do pedido importa num ato de império, e, via de consequência, de força e de imposição, causando, via de regra, insatisfação e descontentamento para ambos os litigantes, terminando por compor apenas a lide jurídica, mas dificilmente a sociológica.<sup>13</sup>

Caso não seja obtida a composição amigável na primeira audiência, o árbitro ou colégio arbitral dará prosseguimento ao processo de acordo com o rito estabelecido; no entanto, não há impedimento de uma nova propositura de conciliação.

13 FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *A arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 209.

Ocorrendo a conciliação, esta será declarada por sentença arbitral, com os efeitos jurídicos decorrentes.

No que se refere ao depoimento pessoal das partes e oitivas de testemunhas, serão tomados em local, dia e hora previamente designado pelos árbitros, e comunicados por escrito, reduzidos a termo e assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros. Em caso de desatendimento, sem justa causa, para prestar o depoimento pessoal, o árbitro ou o Tribunal deverá levar em consideração o comportamento da parte faltosa, muito embora não lhe sejam aplicados os efeitos da confissão como ocorre no processo civil.

Caso a ausência for de alguma testemunha, e havendo a insistência para ouvi-la ou determinação de ofício do árbitro ou colegiado, neste caso, poderá o mesmo requerer a autoridade judiciária que conduza a testemunha desobediente, desde que o pedido seja justificado pela existência de convenção de arbitragem. O árbitro não pode conduzir forçosamente a testemunha, pois não detém a *coertitio*, do mesmo modo, não tem força para ordenar e fazer cumprir coercitivamente a sua determinação, como ocorre com o Poder Judiciário.

O árbitro ou o Tribunal podem decidir a lide principal ou acessória; no entanto, não possuem o poder para efetivar sua decisão, assim, após o deferimento da tutela de urgência e verificado o não cumprimento da mesma, poderá oficiar ao órgão do Poder Judiciário, devidamente instruído com a prova da existência da convenção arbitral, solicitando que dê efetividade à medida.

Há de se destacar que o § 3º do art. 22 da Lei nº 9.307, de 23.09.1996, estabelece que a revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

De acordo com João Roberto Parizatto:

O árbitro ou o Tribunal Arbitral profere sua decisão de acordo com o que fora exposto e convencionado pelas partes, não estando, pois, esse, sujeito somente às alegações de uma das partes. Ainda que haja revelia por parte de uma das partes, isto não significa tenha o árbitro de julgar em favor da outra parte, cabendo-lhe a análise dos fatos, aplicando-se o direito cabível na espécie, dando uma decisão justa para ambas as partes, sem que a revelia importe em vantagem ou penalidade para a parte. Não há, assim, na arbitragem, efeitos inerentes tal como ocorre no processo civil.<sup>14</sup>

#### 4.3.1 Dos árbitros

A escolha dos árbitros pode ser qualquer pessoa em que as partes confiam e que seja capaz de dirimir o conflito. Ressaltamos que para ser árbitro não é neces-

---

14 PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem*. Comentários à Lei nº 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Editora de Direito, 1997. p. 80.

sário o diploma de curso superior, sendo suficiente para o encargo a capacidade e a confiança das partes; cumprido tais requisitos, qualquer pessoa poderá exercer tal função, além de ser maior de idade, absolutamente capaz e em pleno exercício de seu direito.

O árbitro deve assumir total imparcialidade, sendo independente, competente, diligente e discreto, e ter maturidade para emitir sua decisão. Por essa razão aplicam-se aos árbitros os deveres e responsabilidades como se fossem funcionários públicos, estando, ainda, sujeitos aos impedimentos e suspeições previstos aos juízes togados nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil.

A partir da cláusula compromissória ou pactuado novo critério, a escolha do árbitro se dará conforme previsto nestas; e caso as partes optem por mais de um árbitro, esse deverá ser em número ímpar. A escolha dos árbitros poderá ser delegada a uma instituição. Há de salientar que a presidência é escolhida pelos próprios árbitros e na falta de eleição o mais velho assumirá a presidência.

Aos árbitros são aplicados os mesmos deveres e responsabilidades previstos no Código de Processo Civil para os juízes em caso de impedimento ou suspeição, casos estes em que não poderão atuar sob pena de nulidade da sentença arbitral que porventura venham a proferir.

Os escolhidos pelas partes podem não aceitar o encargo, caso se vejam impedidos. Em caso de falecimento do árbitro, assumirá em seu lugar o substituto que vier indicado no compromisso. Há também a possibilidade de as partes declararem não aceitarem o substituto, ocorrendo, assim, a extinção da arbitragem.

Na arbitragem, segundo prevê o art. 18 da Lei nº 9.307/1996, o árbitro é juiz de fato e de direito.

#### **4.3.2 Da sentença arbitral**

O árbitro tem por função proferir a sentença arbitral, que obrigatoriamente deve ser apresentada na forma escrita e assinada pelo árbitro ou pelos componentes do colegiado, dessa forma solucionando a lide instaurada.

A sentença deverá ser proferida no prazo estabelecido pelas partes; caso não tenha sido mencionado no compromisso, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contados a partir da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.307, sendo possível, de comum acordo, a prorrogação do prazo estipulado.

A lei estabelece a presença de relatório, fundamentação, dispositivo e data e local em que foi proferida a sentença, a fim de viabilizar a ideia do devido processo legal, a garantia constitucional do contraditório, além de funcionar como meio de

controle da atividade do árbitro. Nessa ocasião, deverá ser mencionado expressamente o critério adotado no julgamento, se pelo direito ou pela equidade, de acordo com o art. 26, II, da Lei de Arbitragem. As partes poderão, também, optar que o julgamento se dê com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Consideramos relevante salientar que as sentenças arbitrais possuem natureza declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*. Com relação à parte dispositiva da sentença, fará constar a responsabilidade das partes referente às custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre a indenização decorrente da litigância de má-fé, se for o caso.

De acordo com a Lei de Arbitragem, não há necessidade de homologação pelo Judiciário da sentença arbitral.

Sendo proferida a sentença arbitral, as partes contratantes serão intimadas do julgado, mediante a entrega das cópias que se dá pessoalmente. A contar do seu recebimento, no prazo de cinco dias, a parte interessada poderá solicitar ao árbitro ou ao Tribunal a correção de qualquer erro material, assim como esclarecimentos sobre alguma obscuridade, omissão, dúvida ou contradição contida na sentença. Na arbitragem, o árbitro terá um prazo de dez dias para decidir, aditando a sentença e notificando as partes.

Ressaltamos que, no art. 33 da Lei de Arbitragem, o legislador previu que a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração da nulidade de sentença arbitral quando: I – for nulo o compromisso; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 da lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo estabelecido; VIII – forem desrespeitados os princípios do art. 21, § 2º, da lei. Após o recebimento da notificação da sentença ou de seu aditamento, as partes poderão pleitear junto ao Poder Judiciário a decretação da nulidade da sentença no prazo de 90 (noventa) dias.

Segundo o art. 31 da Lei nº 9.307/1996:

A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Salientamos ainda que a decisão arbitral não fica sujeita a recurso, conforme previsão legal (art. 18 da Lei nº 9.307/1996).

#### **4.3.3 Vantagens do procedimento arbitral**

As vantagens do procedimento arbitral estão nas próprias características da arbitragem – e são notáveis:

- a) a utilização dos avanços da tecnologia torna o processo mais ágil e atrativo para as partes que dele se utilizam;
- b) informalidade: não há regras processuais estabelecidas, pois as partes estipulam suas próprias regras sempre seguindo o princípio da igualdade de tratamento das partes, o contraditório e a livre convicção do árbitro, que deve proferir um julgamento racional em sua decisão<sup>15</sup>. Comparando-se ao Judiciário, existe ausência de formas solenes no procedimento arbitral;
- c) afastamento do Judiciário: a lide é resolvida fora das vias judiciais;
- d) celeridade: o árbitro tem que prolatar sua sentença conforme o prazo estipulado pelas partes, e, na ausência de prazo combinado entre as partes, a lei prevê que o prazo máximo é de seis meses;
- e) é menos dispendioso comparando-se as vias judiciais, em razão da agilidade e rapidez da decisão arbitral, em que há previsão expressa na lei de sua irrecorribilidade, não se admitindo, portanto, a interposição de recursos;
- f) a atuação do advogado é preservada, inclusive estabelece o art. 2º do Código e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil ser um dever dos advogados estimularem a composição entre as partes, evitando, assim, a instauração de conflitos, sem contar que, com a utilização dos meios alternativos de pacificação dos conflitos, o advogado tem vantagens como: agilidade nas decisões, baixo custo para o seu cliente, privacidade, certeza de uma solução diferenciada e específica proferida por profissionais capacitados, idôneos e qualificados, além de poder auferir seus honorários advocatícios com maior rapidez;
- g) preserva a integridade das partes: presume-se que ambas estejam de boa-fé e querendo realmente resolver seus conflitos interdisciplinares oriundos de suas relações pessoais, comerciais, internacionais, entre outras;
- h) possibilidade de prosseguimento do negócio, pois as partes podem restaurar a comunicação, o diálogo entre elas e assim salvar a relação que deixa de ser conflitante;
- i) sigilo e confidencialidade: o processo é sigiloso, não é público; o nome das partes não é divulgado, assim como o resultado. O mesmo não ocorre no Judiciário, onde as audiências são públicas, para dar maior transparência e conforme estabelece nossa Carta Magna;
- j) respeito à manifestação da vontade das partes que voluntariamente optaram por resolver o conflito pela arbitragem assinando termo de compromisso

---

15 LEMES, Selma. Usos e eficácia da arbitragem. Debate. Reportagem de Carlos Costa e Leandro Silveira Pereira. *Revista Getúlio*, São Paulo: FGV, n. 13, p. 29, jan. 2009.



- após a lide instaurada, ou anteriormente ao litígio já haviam inserido, em seus contratos, a cláusula contratual compromissória;
- k) flexibilidade quanto ao modo de arbitragem pelo qual o conflito será solucionado, que poderá, a teor do disposto no art. 2º da Lei nº 9.307/1996, ser de direito ou de equidade;
  - l) confiabilidade das partes que escolheram um árbitro, instituição de arbitragem ou Tribunal Arbitral de sua confiança para solucionar a lide, ao contrário do Judiciário, onde quem julga é o juiz na qual o processo é distribuído – e nem sempre as partes confiam nesse juiz (reporta Isabele Jacob Morgado<sup>16</sup>).

## 5 ARBITRAGEM: UMA MUDANÇA CULTURAL

Aponta Aristóteles o homem como um “animal político” que vive agregado em sociedade, criando suas próprias leis.

Sendo certo, como nos ensina Miguel Reale, que este tem consciência de sua existência, possui vontade e liberdade que as usa para alcançar os seus objetivos a fim de autorrealizar-se, aperfeiçoar-se, inovar-se e superar-se<sup>17</sup>.

Nessa esteira, completa Battista Mondin que, em contato com os demais membros da sociedade, o homem se desenvolve como pessoa e realiza o seu projeto existencial, sendo este seu próprio artífice e também resultado da cultura<sup>18</sup>.

Dentro desse contexto do homem interagindo com os demais é que temos o surgimento dos conflitos de interesses. Mas o homem é um ser que possui a autonomia da vontade e é um ser cultural; logo, o correto seria que ele pudesse fazer suas opções de como, onde e por quem seriam dirimidos seus conflitos no âmbito privado, uma vez que é capaz e pode firmar seus contratos com outros de sua espécie.

A grande maioria da população brasileira, quando há um conflito de interesse, procura o Poder Judiciário para que seu problema seja solucionado, talvez devido às nossas raízes, cuja tendência é judiciarista.

Ocorre, entretanto, que o número de juízes e servidores públicos é insuficiente para a quantidade de demandas propostas, o que torna a duração do processo longa até que se tenha uma decisão e seu custo torna-se elevado.

Existem outros caminhos também seguros e legais para a solução das controvérsias, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. O que falta é a conscientização

---

16 MORGADO, Isabele Jacob. *A arbitragem nos conflitos de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 40.

17 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 211-213.

18 MONDIN, Battista. *Definição filosófica da pessoa humana*. Trad. Jacinta Turolo Garcia. Bauru: Educ, 1998. p. 13-45.

dos operadores do direito em usá-los, bem como a divulgação na sociedade, para que as pessoas e as empresas possam deles usufruir um modo técnico, sigiloso, seguro, eficaz, sem tantas formalidades e alcançar a solução almejada com maior celeridade nas decisões a custo menor.

A mudança cultural dentro da sociedade se faz necessária. As pessoas precisam tomar conhecimento do que é a conciliação, a mediação e a arbitragem, para a aceitação de um instituto que traz uma mudança jurídica qualitativa no Direito brasileiro. Precisamos romper as amarras que nos prendem a um Direito tradicional, conservador, que reluta em aceitar novos rumos que nos permitam navegar com tranquilidade e segurança.

Todos precisam ter consciência de que há outras formas de solucionar os conflitos sem que seja através da demanda judicial.

O cidadão precisa exercer a liberdade que lhe é própria de fazer suas escolhas, exteriorizando a sua vontade de forma consciente; precisa estar aberto a esses novos caminhos que surgem para resolver seus conflitos de forma pacífica, em que são preservadas as relações comerciais, afetivas e que lhes traz imensos benefícios.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que a arbitragem é um meio legal, seguro, eficiente, rápido e econômico para se dirimir conflitos de interesses que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Uma vez adotada a arbitragem pelas pessoas e empresas em seus negócios, seria uma ótima solução para desafogar o Poder Judiciário, que teria mais tempo para apreciar as demandas que versam sobre questões tributárias, criminais, ações falimentares, na área de família, entre outras, que não podem ser resolvidas através da arbitragem, pois são direitos indisponíveis.

A arbitragem precisa ser mais divulgada na sociedade; é preciso incluí-la na grade curricular da graduação em Direito para que tenhamos profissionais mais habilitados e capacitados para trabalharem com este meio de solução de conflito de uma forma rápida, objetiva, informal e, acima de tudo, segura.

Sinaliza Platão:

Que os juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, a que o nome de árbitros convém mais que o de juízes; que o mais sagrado dos Tribunais seja aquele em que as partes tenham criado e leito de comum acordo. (Platão, *in De Legibus*, Livros 6 e 12)

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Lídia Miranda de Lima. *Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil*. São Paulo: LTr, 1994.

- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CASTALDI SAMPAIO, Lia; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense. 2007. Coleção Primeiros Passos, 325.
- COSTA, Carlos; PEREIRA, Leandro Silveira. Usos e eficácia da arbitragem. Debate Selma Lemes, Francisco Müssnich e Maria Lúcia Pizzotti Mendes. *Revista Getúlio*, São Paulo: FGV, n. 13, jan. 2009.
- DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *A arbitragem: jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FOUCHARD, Phillipe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, n. 11, 1965.
- FRANCO FILHO, Geogenor de Souza. *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1990.
- GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1997.
- MONDIN, Battista. *Definição filosófica da pessoa humana*. Trad. Ir. Jacita Turolo Garcia. Bauru: Edusc, 1998.
- MONTEIRO DE BARROS, Washington. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MORGADO, Isabele Jacob. *A arbitragem nos conflitos de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- PARIZATTO, João Roberto. *A arbitragem: comentários à Lei nº 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Editora de Direito, 1997.
- PENIDO, Lais de Oliveira. A arbitragem, instituto antigo com perspectivas revitalizadas. *Revista LTr*, São Paulo, n. 8, v. 62, ago. 1998.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996.
- VEZZULLA, Carlos Juan. *Teoria e prática da mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

# CRIMES DE INFORMÁTICA

---

**Talita de Brito**

Bacharel em Direito pela Faculdade Campo Limpo Paulista (FACCAMP), com aprovação no Exame da OAB, Escrevente Autorizada do Oficial de Registro Civil e Tabelião de Notas de Campo Limpo Paulista.

**RESUMO:** O objetivo do presente texto é tratar dos crimes de informática em geral, abordando assuntos de extrema relevância para que se compreenda como esses crimes são cometidos, a importância da perícia e o posicionamento do Judiciário face a este assunto. Por fim, enfatizar a importância do tema nos dias atuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes de informática; Internet; responsabilidade dos provedores; capacitação de profissionais.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Crimes contra a honra; 1.1 Furto; 1.2 Envio de vírus e similares; 1.3 Violação de direito autoral; 1.4 Pedofilia (pornografia infantil); 2 Responsabilidade dos provedores; 3 Perícia; 4 Orkut; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

Com o crescente avanço tecnológico, novos tipos de crimes e novas formas de praticá-los se propagaram. Em uma época em que a tecnologia avança cada vez mais, nossa legislação deveria acompanhá-la, e nossos operadores do Direito se atualizarem e se interarem sobre o assunto, para proporcionarem mais segurança para as partes, além de promoverem a justiça.

A Internet surgiu em meio à Guerra Fria, diante da necessidade de interligar os computadores das centrais de comandos estratégicos dos americanos. Desde então, passou a crescer dentro da sociedade e se tornar algo necessário para a maioria das pessoas. Com isto, começaram a surgir novas formas de praticar crimes, entre os quais se destacam os aqui elencados.

As designações comumente utilizadas são crimes de Internet, crimes virtuais ou crimes de informática. Em sua maioria, os doutrinadores referem-se aos crimes virtuais como sendo aqueles praticados através da Internet. Já alguns doutrinadores e comentaristas do assunto adotam a terminologia “crimes de informática” como sendo aquele crime praticado tanto através da Internet ou de um computador de um modo geral, como também contra este, atingindo os *softwares*, os equipamentos, os dados e as informações dos computadores.

## 1 CRIMES CONTRA A HONRA

Os crimes contra a honra são aqueles que ofendem a *honra objetiva*, que é a imagem que a sociedade tem daquele indivíduo, ou a *honra subjetiva*, que é a imagem

que o indivíduo tem dele mesmo, através da imputação de condutas, verdadeiras ou não, criminosas ou apenas ofensivas à vítima.

Injúria, calúnia e difamação são os crimes que podem ser praticados contra a honra da pessoa humana e estão previstos no Código Penal nos arts. 138, 139 e 140. A injúria atinge a honra subjetiva da vítima, ou seja, a imagem que ela tem de si própria, quanto às suas condutas morais e éticas. Já a calúnia e a difamação atingem sua honra objetiva, que é a imagem ética e moral dela perante a sociedade.

### **1.1 Furto**

O crime de furto configura-se em subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel. No crime de furto, o agente se utiliza dos mecanismos da informática para a subtração. Neste caso, a informática serve como instrumento para prática deste delito, em que o objeto furtado deve possuir valor econômico para que se configure o delito.

Alguns autores divergem sobre a possibilidade do furto em casos de crimes contra a informática, pois, nesses crimes, o objeto penalmente protegido é a coisa alheia móvel.

### **1.2 Envio de vírus e similares**

O envio de vírus se caracteriza em propagar, através de uma rede, programas criados para destruir informações e base de dados de computadores.

Nesses casos, encaixar-se-iam nos crimes de dano, mas, para que fique caracterizado o crime, é necessário que ocorra um dano econômico, ou seja, que haja a perda de algo valorativo ou a perda da possibilidade de ganhar de forma considerável, que será avaliado de acordo com cada caso concreto.

### **1.3 Violação de direito autoral**

Violar o direito de autor é ferir o direito que o outro adquiriu por ter inventado, criado ou produzido algo. Na Internet, sua forma mais comum está na reprodução não autorizada de livros, artigos, músicas, etc., que, posteriormente, em sua maioria, serão comercializados clandestinamente com preço bem inferior ao original.

A reprodução não autorizada feita através da Internet é considerada crime, pois viola a Lei nº 9.610/1998, que protege os direitos de autor, e a Lei nº 9.609/1998, que dispõe sobre os programas de computadores.

### **1.4 Pedofilia (pornografia infantil)**

Sem dúvida, o crime mais famoso e em alta tendência, o mais praticado nos últimos tempos através da informática é o crime de pedofilia.

Para configurar o crime, é preciso que o material torne-se público, seja divulgado.

O mais difícil nesses casos é comprovar a autoria, a pessoa que utilizou o determinado computador, e também se o agente conhecia a idade real da vítima, o que muitas vezes, por uma foto, não é possível discernir, admitindo para estes casos o dolo eventual.

## 2 RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES

A questão da responsabilidade dos provedores de acesso à Internet é divergente. As provedoras de serviços não são consideradas juridicamente como empresas de telecomunicações; elas enquadram-se por conta disso como empresas prestadoras de serviços de valores adicionados. Seguindo esse raciocínio, forma-se uma linha de pensamento em que se essas empresas não são prestadoras de serviços de telecomunicações, logo, não tem bancos de dados a serem protegidos, bastando o Ministério Público, havendo necessidade, solicitar informações, com base na Constituição Federal e nas respectivas leis orgânicas. Há também aquela linha de pensamento que não aceita que alguns *sites* de conteúdos duvidosos e até criminosos possam vir a ser retirados do ar, pois acreditam ferir a liberdade de expressão e pensamento. Finalmente, uma terceira linha de pensamento, que acredita que o provedor de acesso deve, em alguns casos, responder criminalmente por determinados atos. Esse raciocínio parece o mais lógico. Diz o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar.<sup>1</sup>

Ora, se as empresas provedoras de acesso são consideradas prestadoras de serviços, como de fato são, é inquestionável a existência de responsabilidade, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

Na ocorrência de conduta criminosa, a omissão, a negligência e a imprudência de uma empresa provedora de acesso à Internet podem ter colaborado para que este delito criminoso se propagasse, prejudicando e causando dano, desta forma, a muitas pessoas. Por isso, acredito que deva esta ser responsabilizada criminalmente.

---

<sup>1</sup> Art. 14, *caput* e § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto à questão da pornografia infantil, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente já elucida com clareza essa questão, a saber:

Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou Internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente: (Redação da Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Redação da Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

I – agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo; (Redação da Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

II – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do *caput* deste artigo; (Redação da Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

III – assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou Internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do *caput* deste artigo. (Redação da Lei nº 10.764, de 12.11.2003)<sup>2</sup>

Entende-se não haver, diante dessas fundamentações jurídicas, dúvidas acerca do assunto. Quanto à jurisprudência, esta tem determinado que as provedoras de acesso forneçam informações sobre os usuários, sob pena de multa diária.

### 3 PERÍCIA

Entende-se por perícia forense aplicada à informática como sendo “[...] a aplicação de conhecimentos em informática e técnicas de investigação com a finalidade de obtenção de evidências”<sup>3</sup>.

A perícia forense utiliza-se dos métodos científicos para auxiliar na apuração do crime, ou seja, localizar as evidências, preservar e localizar documentos, entre outros.

Realiza-se a diligência de busca e apreensão, mediante o mandado judicial, onde deverão ser apreendidos todos os materiais relacionados à conduta, bem como toda e qualquer matéria que possa ser uma mídia de dados, sempre com grande cuidado para não danificar o sistema ou prejudicar as informações.

2 Art. 241, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3 FREITAS, Andrey Rodrigues de. *Perícia forense aplicada à informática*: ambiente Microsoft. Rio de Janeiro: Brasporte, 2006. p. 1.

Posteriormente é realizada a perícia nos materiais apreendidos, procedendo a uma duplicação da mídia, objeto de prova, para que a original seja preservada, podendo, no decorrer do processo, ser reexaminada, se necessário.

Para assegurar que as evidências não se percam nem se comprometam, os peritos têm uma série de procedimentos a serem seguidos para preservar essas provas.

#### 4 ORKUT

O Orkut é uma rede social filiada ao Google, criada em 24 de janeiro de 2004, com o intuito de reunir membros de todo o mundo e incentivá-los a conhecer pessoas, criar novas amizades e manter relacionamentos. O que ocorre é que, com a crescente tecnologia, surgem os problemas, e hoje em dia o Orkut se transformou em um ponto de encontro de criminosos que se aproveitam de algumas possibilidades que ele oferece.

Diversas ações vêm sendo propostas no Brasil contra o Google, porém este se defende dizendo que a propriedade do Orkut é da Google Inc., com sede na Califórnia, e que as ações devem ser propostas contra eles. Porém, esse entendimento não é de todos. O STJ já proferiu decisões contrárias.

A grande problemática em torno desta questão é de como garantir a liberdade de expressão e assegurar os benefícios que a Internet nos traz sem atingir a liberdade do outro.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, um dos aspectos de suma importância é a preparação dos operadores do Direito para enfrentar a criminalidade da informática.

Diversos projetos de leis tramitam pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal; porém, com a lentidão da aprovação, quando isto ocorrer, as necessidades já serão outras.

Em suma, o que chama a atenção, de um modo especial, para este trabalho, é a forma como veem sendo encaradas todas essas situações pelos legisladores do nosso País. Ora, a criminalidade informática cresce a cada dia, e nada é criado e aplicado de fato para combater essas situações específicas, que deveriam ser tratadas em legislação específica sobre o assunto. É preciso capacitar nosso policiamento, nossos peritos técnicos e nossos magistrados para poder concluir a efetividade das leis que vierem a ser elaboradas, além de um envolvimento total da sociedade, começando nas escolas e na orientação e cuidados dos pais para com seus filhos, para que estes não sejam vítimas da informática e no futuro não façam vítimas através dela.



## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código Civil. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.
- BRASIL. Lei nº 8.078/1990 – Direitos do Consumidor.
- BRASIL. Lei nº 9.296/1996, que regulamenta o inciso XII, parte final do art. 5º da Constituição Federal.
- BRASIL. Lei nº 9.610/1998 – Lei dos Direitos Autorais.
- FREITAS, Andrey Rodrigues de. *Perícia forense aplicada à informática: ambiente Microsoft*. Rio de Janeiro: Brasporte, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Constituição Federal – Código de processo penal – Código penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- INELLAS, Gabriel Zaccaria de. *Crimes na internet*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1978.
- ZANELLATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Direito e Internet*, n. IV, 2002.

# O MERCADO COMUM DO SUL COMO MECANISMO PARA O FORTALECIMENTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS ENTRE OS PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL E DEMAIS BLOCOS INTERNACIONAIS\*

---

**Dolaine Regina de Sousa Coimbra**

Aluna do 9º Semestre do Curso de Direito da Faccamp.

**Juliana Silva Rosa**

Aluna do 9º Semestre do Curso de Direito da Faccamp.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos gerais sobre o Mercosul e sua estrutura institucional; 2 Considerações sobre o Tratado de Assunção; 3 Características dos Países-membros; 4 Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul; 5 Estados associados ao Mercosul; 6 Livre residência e circulação de pessoas; 7 Oportunidade de Negócios; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

Vivemos uma nova ordem na organização econômica mundial chamada de globalização, que influencia na organização dos Estados e na interação das culturas. Nesse contexto, países têm se unido para formar blocos econômicos que tenham maior poder de negociação com outros setores.

Nosso trabalho é voltado, mais precisamente, pela constituição, pela estruturação e pelo desenvolvimento do Mercado Comum do Sul, desde sua formação até o presente momento, e os benefícios trazidos aos países que o compõem ou a ele se associaram.

## 1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O MERCOSUL E SUA ESTRUTURA INSTITUCIONAL

Em 1941, em plena Segunda Guerra Mundial, pela primeira vez, Brasil e Argentina tentaram a criação de uma união aduaneira, o que não se concretizou devido às diferenças diplomáticas dos países. Com o fim da guerra, a necessidade de interação

---

\* Pesquisa realizada sob orientação do Professor Samuel Antonio Merbach de Oliveira.

entre as nações se tornou eminente, culminando com a formação de blocos econômicos nas décadas seguintes.

Em dezembro de 1985, Argentina e Brasil assinaram a Declaração Iguazu, que foi a base para a integração econômica do chamado Conesul. E, a partir desse, mais dez protocolos foram firmados entre os dois países. Em 1988, foi celebrado o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, prevendo a criação de um mercado comum, propondo a inclusão de outros três países da região para os próximos dez anos. Pouco tempo depois, Uruguai e Paraguai aderiram ao bloco e, em 26 de março de 1991, em Assunção, foi celebrado o acordo entre os quatro países, conhecido como Mercosul, estabelecendo uma estrutura provisória que em dezembro de 1994 foi reformulada com a aprovação do Protocolo de Ouro Preto.

Atualmente, o Mercosul possui cerca de cinquenta fóruns negociadores, meramente técnicos ou com funções políticas e executivas. O regime é intergovernamental e as decisões são tomadas por consenso, não existindo a possibilidade de voto. No plano jurídico, as normas acordadas devem ser incorporadas ao ordenamento pátrio.

A estrutura organizacional prevê o Conselho do Mercado Comum – CMC como órgão superior e o Grupo do Mercado Comum – GMC como órgão executivo e dentro dele a Secretaria Executiva.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRATADO DE ASSUNÇÃO

O Tratado de Assunção estabelece aos Estados-membros que ampliem seus mercados internos por meio de um processo de integração, envolvendo o aproveitamento dos recursos internos, a melhoria da interconexão física e a coordenação de políticas macroeconômicas, determinando: livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a coordenação de política macroeconômica.

## 3 CARACTERÍSTICAS DOS PAÍSES-MEMBROS

Os países envolvidos pelo Tratado de Assunção apresentam perfis bastante diferenciados. O Paraguai é o país com menor grau de industrialização e a sua população tem a pior situação de vida, com uma economia baseada, totalmente, na produção, essencialmente, agrícola.

A Argentina é a segunda maior economia da América do Sul, baseada na produção agrícola e na pecuária, sendo uma das principais nações produtora de carne, cereais e azeite do mundo.

O Brasil tem um mercado livre e exportador, ficando atrás apenas dos Estados Unidos da América. Com uma economia sólida, o intercâmbio comercial brasileiro com os demais integrantes do Mercosul evolui favoravelmente para o Brasil.

A economia uruguaia é caracterizada por um setor agrícola orientado para a exportação, com altos níveis de investimentos sociais. Atenção dada para rebanhos de bovinos e ovinos que cobrem cerca de 80% da área do país. Apesar da ausência de recursos naturais, o Uruguai apresenta um elevado padrão de vida.

#### **4 ADESÃO DA REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA AO MERCOSUL**

No dia 4 de julho de 2006, na cidade de Caracas, foi assinado o Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul. Na ocasião, foi reiterado o convencimento de que o bem-estar dos povos constitui o objetivo prioritário dos governos-membros, reafirmando a vontade de intensificar a cooperação regional como um instrumento para garantir a todos os cidadãos o desenvolvimento integral de seus países.

#### **5 ESTADOS ASSOCIADOS AO MERCOSUL**

Além dos Países-membros, o Tratado prevê a associação de outros Estados em acordos bilaterais, estabelecendo um cronograma para a criação de uma zona de livre comércio com os Estados-partes do Mercosul e uma gradual redução de tarifas entre o Mercosul e os Estados signatários, podendo participar na qualidade de convidado nas reuniões dos organismos do Mercosul e serem signatários de acordos sobre matérias comuns. Atualmente, são associados Bolívia, Chile, Peru, Colômbia e Equador.

#### **6 LIVRE RESIDÊNCIA E CIRCULAÇÃO DE PESSOAS**

O Mercosul prevê, também, que os cidadãos de quaisquer países participantes, natos ou naturalizados há pelo menos cinco anos, tenham um processo simplificado na obtenção de residência temporária por até dois anos em outro país do bloco, tendo como exigências o passaporte válido, a certidão de nascimento, a certidão negativa de antecedentes penais e, dependendo do país, o certificado médico de autoridade migratória, podendo se transformar em residência permanente com a mera comprovação de meios de vida lícitos para o sustento próprio e da família.

Também a Bolívia e o Chile estabeleceram uma Área de Livre Residência com direito ao trabalho para todos os cidadãos do Mercosul, sem exigência de outro requisito além da própria nacionalidade, estabelecida na reunião de cúpula de presidentes em Brasília, mediante o “Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile”.

#### **7 OPORTUNIDADES DE NEGÓCIOS**

Há que se falar, também, na contribuição das Micro, Pequenas e Médias Empresas (MPMEs) que são o caminho para a consolidação e o desenvolvimento social da região com a criação de empregos e uma melhor distribuição da renda regional

dos países. Porém, alguns problemas podem surgir, como a falta de capacidade empresarial e gerencial, as limitações de acesso ao mercado, a falta de mão-de-obra especializada, o conhecimento tecnológico, o crédito adequado e o capital de giro; e, por isso, foi criada uma política de apoio, com o objetivo de fazer suas inserções dentro de um esforço de integração e desenvolvimento regional, ampliando a competitividade das empresas de maneira coerente com as políticas dos Estados-membros e com as propostas do Mercosul.

## CONCLUSÃO

O Mercosul vem atingindo grande êxito e, em um futuro muito próximo, todos os bens produzidos circularão livremente em seu espaço econômico, o que o transformará no maior mercado. O conceito de fronteira praticamente deixará de existir, do ponto de vista econômico, com a criação de uma mesma e única Tarifa Externa Comum (TEC) que vigorará para o comércio de produtos entre o Mercosul e o resto do mundo. O Mercosul é um território aduaneiro único que começa a expandir os horizontes dos profissionais de várias áreas e seu mercado de trabalho, com criação de uma integração entre os Ministérios de Economia e os Bancos Centrais, tendo metas fiscais comuns, que trarão um avanço no processo de coordenação macroeconômica.

## REFERÊNCIAS

- BLANCO, Soila Mazzini Monte; VIEIRA, Rolese Marques. *Revista de Ciência e Tecnologia – Política e Gestão para a Periferia*. Recife. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br/rtec/not/not-006.doc>>. Acesso em: 6, 7, 8 abr. 2009.
- FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. *Globalização, Mercosul e crise do estado-nação – Perspectivas para o direito numa sociedade em mudanças*. São Paulo: LTr, 1997.
- GARCIA JUNIOR, Armando Álvares. *Guia prática do Mercosul para profissionais do direito*. São Paulo: LTr, 1999.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000.
- KENZLER, Jacob Paulo. *Mercosul e o comércio exterior*. São Paulo: Aduaneira, 1999.
- LORENTZ, Adriane Claudia Melo. *Supranacionalidade no Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2001.
- MARIZ, Maria Jayme. *Economia internacional e comércio exterior*. São Paulo: Atlas, 2006.

# A JUSTIÇA DO TRABALHO E O ENSINO MÉDIO REGULAR

---

**Geraldo Cassoli Junior**

Aluno do 5º Semestre do Curso de Direito da FACCAMP, Presidente Fundador do Projeto Passo Certo, Agente de Integração Especializado em Encaminhamentos de Alunos do Ensino Médio Regular para Estágios, sob a orientação da Professora Dra. Aparecida Dias de Oliveira Formigoni, de Direito Processual do Trabalho.

**RESUMO:** O presente texto busca demonstrar a relevância social e pedagógica, bem como a legalidade do estágio para alunos do ensino médio regular, em que a necessidade dos tribunais do trabalho de compreendê-lo é latente, sob pena de inviabilizá-lo, segregando, assim, ainda mais, o público jovem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desafio; Justiça do Trabalho; estágio; ensino médio; função social; função pedagógica; legalidade; tutela escolar.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A nova concepção de estágio – Origem e objetivo; 2 O ensino médio no mundo do trabalho – As leis; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

Um novo desafio tem batido às portas dos tribunais da Justiça do trabalho. Trata-se do estágio curricular para alunos do ensino médio regular.

A contemporaneidade da concepção de estágio é o ponto crucial onde se instala o conflito. A incompreensão deste novo paradigma, principalmente nos tribunais, gera uma consequência fatídica: a rigidez na aplicação do art. 9º da CLT<sup>1</sup> sobre os contratos de estágios de alunos do ensino médio, generalizando-os como fraudes.

É fácil compreender o estágio para um aluno de curso profissionalizante técnico, ou superior, mas qual a finalidade do estágio para alunos do ensino médio regular, sendo que neste nível não se aprende nenhuma profissão?

A realidade é que esta modalidade de estágio não somente está dentro da perfeita legalidade – e sendo de grande relevância pedagógica, conforme veremos a seguir –, como também é um instrumento primo de correção social para este público, pois, por falta de perspectivas, 20% dos jovens ficam fora do ensino médio<sup>2</sup>. Mesmo aqueles que não abandonaram a escola enfrentam um grande fantasma: a falta de experiência que propicia um quadro insustentável, em que, em circunstâncias

---

1 CLT – Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei nº 5.452/1943.

2 MEC/Inep 2008.

normais na economia, 7 a cada 9 desempregados são jovens até 24 anos<sup>3</sup>, tornando o Brasil líder no desemprego entre esta população, inclusive na frente da Argentina e do México<sup>4</sup>. Como se isso não bastasse, com a atual crise global, o quadro se complica com o número de jovens demitidos sendo três vezes maior que entre os adultos<sup>5</sup>. Tudo isso resulta em consequências trágicas para toda a sociedade: os jovens estão presentes em mais de 41% dos casos de homicídio, sendo a população que mais mata e mais morre<sup>6</sup>. Para os ataques do PCC – Primeiro Comando da Capital – (em maio/2006), muitos jovens entre 18 e 19 anos foram convocados<sup>7</sup>, e 86% das escolas viveram casos de violência<sup>8</sup>.

Guaracy Mingardi, da ONU<sup>9</sup>, e Roberto Gonzáles, do Ipea, junto do Magistrado Dr. Rodrigo Collaço, ex-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, e do sociólogo Dr. Hélio Jaguaribe, concordam entre si e são contundentes em dizer que a solução principal é dar perspectiva de vida, empregos aos jovens, uma vez que o trabalho é quem concretiza a vida humana em suas mais variadas formas.

Sim, a interligação dos fatos é evidente: mais de 70% dos desempregados são jovens, e são eles os mais envolvidos em homicídios e com o crime organizado. Mas como mudar esse quadro, se justamente o fato de serem jovens e inexperientes é o que lhes confere tamanho castigo por parte do mercado de trabalho?

A resposta está na própria essência do ensino médio, que é vincular-se ao mundo do trabalho, dada pela lei que o regula, como rapidamente abordaremos.

Sob pena de contribuir com o caos que permeia a população jovem, a Justiça do Trabalho não poderá deixar escapar do foco que estágio é ato educativo, orbitando no mundo da educação, tendo a atividade de trabalho como instrumento no preparo do aluno em situação real de vida, devendo, assim, se esforçar e deixar um pouco a rigidez normativa trabalhista de lado, refletindo mais sobre este mundo da educação, suas leis, princípios e doutrinas, assim como sobre a situação social em que este público está inserido, a fim de que se perceba sua relevância pedagógica e social, uma vez que o ensino médio tem vivido a maior crise de sua história, sendo alvo constante da mídia, em que ganhou o título de “mediocre” e “letárgico”<sup>10</sup>, considerado um instituto em vias de falência.

---

3 Roberto Gonzales, pesquisador do Ipea – 2008.

4 *Folha de São Paulo*, 21.05.2008.

5 IBGE/*Folha de São Paulo*, 25.04.2009, p. B3.

6 Guaracy Mingardi, Diretor Científico do Ilanud – Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção ao Delito e Tratamento do Delinquente – 2005; Banco Mundial Sobre Violência na América Latina – *Folha de São Paulo*, 29.05.2009, p. A2.

7 Delegado Godofredo Bittencourt Filho, SSP/SP.

8 *Folha de São Paulo*, 17.05.2009, p. A2.

9 Guaracy Mingardi, Diretor Científico do Ilanud – Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção ao Delito e Tratamento do Delinquente – 2005; Banco Mundial Sobre Violência na América Latina – *Folha de São Paulo*, 29.05.2009, p. A2.

10 Socorro ao Professor – Editorial *Folha de São Paulo*, 17.05.2009, p. A2.

É certo que os contratos fraudulentos de estágio devem ser combatidos, mas o claro objetivo financeiro, e não educacional, da empresa, ao contratar um estagiário, não é pressuposto de fraude nem descaracteriza a relação, desde que cumpridos os requisitos legais; afinal, a própria lei de estágio usa a vantagem financeira como atrativo ao empresariado (art. 3º, *caput* e *incisos*).

## 1 A NOVA CONCEPÇÃO DE ESTÁGIO – ORIGEM E OBJETIVO

No século passado, nas décadas de 60 e 70, o Brasil vivia o auge do desenvolvimento industrial, mas havia um problema: faltava mão de obra capacitada para trabalhar com máquinas. Então, na década de 70, propõe-se a profissionalização compulsória no, então, 2º grau, tendo aí, o estágio, a função de mero aprendizado prático técnico. Eis aí as raízes que dificultam, ainda hoje, a compreensão do estágio em sua forma contemporânea.

Já no final da década de 80, com o Brasil experimentando uma nova ordem, o poder de compra aumenta e o comércio se multiplica; a oportunidade de trabalho migra das linhas de produção das fabricas, que são cada vez mais automatizadas, para o setor comerciário e prestação de serviços, aumentando, assim, as exigências para contratação de mão de obra, que deixam de lidar com máquinas e passam a lidar com pessoas. A exigência do conhecimento técnico é substituída pela exigência da capacidade geral, não se tratando mais de acumular conhecimento, mas de desenvolver capacidade de se adaptar a qualquer situação e de resolver problemas *não técnicos*. A fim de adequar a escola, em 96 é promulgada a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394/1996, conferindo nova característica ao ensino médio, que deixa de ser colegial, profissionalizante, para ser educação básica que, ainda vinculado ao mundo do trabalho, busca atender as novas exigências do mercado, em que, para tal, como explicam os PCN – Parâmetros Curriculares Nacionais e a LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, deverá focar a construção de conhecimentos e habilidades básicas necessários para o exercício de qualquer profissão, e não somente daquelas específicas, pois, antes de aprendê-las, deve-se construir as chamadas habilidades *subjéctivas*: deve aprender a trabalhar, a se condicionar ao mundo do trabalho, a pensar e agir rápido no mundo produtivo, a lidar com pessoas nesse ambiente, a lidar com conflitos, com situações adversas, com hierarquias corporativas, com ordens, horários, normas, etc. É justamente a falta dessas habilidades que, cada vez mais, privam os jovens de serem inseridos no mercado de trabalho, ou, com sorte, uma inserção muito tardia. O estágio, além de proporcionar essa construção, impulsiona a inserção, haja vista que 60% dos estagiários são efetivados pelas empresas que os contrataram, e o restante, em quase 90% dos casos, não fica mais que seis meses sem trabalho<sup>11</sup>.

---

11 Fontes: CIEE; Nube; Projeto Passo Certo.



O objetivo passa a não estar mais focado na atividade realizada pelo aluno, mas sim na “bagagem” que adquirirá. Portanto, as atividades de estágio devem corresponder ao seu nível de formação, ou seja, atividades normais de trabalho sem complexidade técnica. Ora, o nível de formação é aquele que, para o exercício da profissão, o mercado de trabalho tem exigido a conclusão do ensino médio, tais como recepcionistas, atendentes, caixas, balconistas, repositores, vendedores, promotores, escriturários, etc., que, paradoxalmente, representam mais de 80% das oportunidades de emprego.

Assim, há de se compreender que a proposta do estágio para esse público é a formação do alicerce do futuro trabalhador em qualquer área, havendo, “portanto, necessidade de se romper com modelos tradicionais, para que se alcancem os objetivos propostos para o ensino médio”<sup>12</sup>.

## 2 O ENSINO MÉDIO NO MUNDO DO TRABALHO – AS LEIS

A LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394/1996, já no art. 1º, *caput* e seu § 2º, condiciona toda a educação ao mundo do trabalho, inclusive a educação básica, que finaliza e se concretiza com o ensino médio.

O *ensino médio*, como etapa final da *educação básica*, deve fornecer meios para que o aluno progrida na sua vida profissional (art. 22), tendo como diretriz a orientação para o trabalho (art. 27, *caput* e inciso III), e por finalidade a preparação básica do educando para o mesmo fim, de forma a poder se adaptar com flexibilidade em *qualquer* ocupação, podendo, *posteriormente*, buscar aperfeiçoamento (art. 35, *caput* e inciso II). A própria lei entende ser grande a gama de atividades profissionais que o aluno formado em educação básica possa desenvolver. Por isso fala das “novas condições de ocupação” e coloca “aperfeiçoamentos posteriores” conotando uma opção.

Por fim, o art. 82 define que os sistemas de ensino estabelecerão as normas para a prática do estágio.

É na regulamentação deste art. 82 que entra a Lei de Estágio nº 11.788/2008, estabelecendo a relação como ato educativo (art. 1º) sem vínculo empregatício (art. 3º), em que limita o número de contratação de alunos do ensino médio como estagiários por empresa ou filial (art. 17), bem como a jornada de estágio (art. 10); estabelece, ainda, obrigações para a escola (Capítulo II), para a empresa (Capítulo III), para o educando (inciso IV do art. 7º) e para o agente de integração (art. 5º e parágrafos; art. 16), além de outros dispositivos (Capítulos I e VI), jogando uma luz sobre a relação de estágio e criando critérios a fim de que haja elementos de diferenciação da relação de emprego.

---

12 Parâmetros Curriculares Nacionais/Ensino Médio 1999, p. 25.

## CONCLUSÃO

A situação do jovem nos mostra que estamos a caminho de um desastre social. Para estes, não há perspectivas de vida, e a sociedade já vem sofrendo as consequências. Como principal responsável está o fracasso da educação básica.

A figura do estágio para alunos do ensino médio regular não é a solução milagrosa para este problema, mas é um de seus mais importantes mecanismos que, consagrada pela nova Lei de Estágio nº 11.788/2008, que coíbe práticas abusivas e estabelece parâmetros nesta relação, oferece a oportunidade aos nossos jovens de serem inseridos no mercado de trabalho *sob a tutela da escola*, como ato educativo, permitindo-lhes a contextualização interdisciplinar e o desenvolvimento de competências e habilidades básicas e fundamentais para a resolução de problemas e para o exercício de qualquer profissão futura, que só se adquire na vida prática. Eis a função do estágio para o ensino médio, que, antes de tudo, é um direito do educando.

É de primordial importância que a Justiça do Trabalho saia de seu território comum, adentre ao mundo da educação e compreenda o escopo deste instituto, sob pena de promover o desastre social, condenando as futuras gerações, punindo empresas que se empreendem nesta luta e a sociedade num todo, que sofrerá os resultados.

## REFERÊNCIAS

- Parâmetros Curriculares Nacionais – Ensino Médio – 1999.  
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto Lei nº 5.452/1943.  
Lei nº 6.494/1977.  
Decreto nº 87.497/1982.  
Lei nº 9.394/1996.  
Medida Provisória nº 2.164-41/2001, art. 6º.  
Resolução SE nº 76, de 30.08.2004.  
Lei nº 11.788/2008

# DISSÍDIOS COLETIVOS: ALTERAÇÕES DECORRENTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45\*

---

**Ana Lucia Krause**

Aluna do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

**Cristiane Nascimento Souza Carvalho**

Aluna do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

**Sonia Marques Soares**

Aluna do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

A Justiça do Trabalho sofreu grandes modificações com a ampliação de seu rol de competências e alterações de grande importância no âmbito dos dissídios coletivos. Novos requisitos foram instituídos para os dissídios de interesses, gerando controvérsias sobre o futuro da função normativa da Justiça do Trabalho.

As relações coletivas figuradas pelas categorias profissionais e econômicas transcendem ao âmbito individual, e se solidificam na questão dos direitos coletivos. Desenvolvidas na esfera social, as relações de trabalho são fundadas em reivindicações, confrontos, negociações, autocomposições, dissídios individuais ou coletivos, bem como decisões judiciais que as extinguem, modifiquem ou as constituem.

No Brasil, os conflitos econômicos sempre foram, via de regra, solucionados pela via jurisdicional. Desde a Constituição de 1934, é conferida aos Tribunais do Trabalho a possibilidade de proferirem, nos dissídios coletivos, sentenças normativas, fixando normas e condições de trabalho.

Em destaque, os dissídios coletivos correspondem às divergências entre empregado e empregador, trabalhadores e patronato, ou entre as respectivas entidades que a cada um representa. São submetidos à apreciação pelo Poder Judiciário, cuja jurisdição trabalhista é desempenhada especificamente pela Justiça do Trabalho.

De acordo com a definição de Sergio Pinto Martins, dissídio coletivo é “o processo que vai dirimir os conflitos coletivos do trabalho, por meio de pronunciamento do Poder Judiciário, criando ou modificando condições de trabalho para certa categoria ou interpretando determinada norma jurídica<sup>17</sup>”.

---

\* Síntese do trabalho apresentado à disciplina de Prática Trabalhista I, sob a orientação da Professora Aparecida Dias de Oliveira.

1 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. p. 600.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o procedimento dos dissídios coletivos restou profundamente alterado.

Com a Emenda Constitucional nº 45, do final do ano de 2004, houve a reformulação do art. 114 da Constituição Federal e a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada.

Entre as matérias que passam a ser de competência da Justiça do Trabalho, traçaremos algumas considerações sobre as ações que envolvam os dissídios coletivos.

## O DISSÍDIO COLETIVO NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45

Em relação à competência da Justiça do Trabalho, verifica-se que o Constituinte derivado pretendeu pacificar questões que até então eram controvertidas nos Tribunais, especialmente nos Tribunais Superiores: os conflitos sindicais, o dano moral, o acidente de trabalho, as relações de trabalho (o autônomo, o eventual, o estatutário, o cooperado, etc.), o direito de greve, entre outras. No campo do direito coletivo do trabalho, o novo art. 114 da Constituição Federal, na redação determinada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, passou a disciplinar os dissídios coletivos nos seguintes termos:

Art. 114 [...]

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada Reforma do Poder Judiciário, alterou significativamente a competência da Justiça do Trabalho. Em relação aos dissídios coletivos, o Constituinte derivado reformador tentou prestigiar a autocomposição dos conflitos, estimulando a negociação coletiva.

Antes da promulgação da Emenda nº 45/2004, exigia-se, para a instauração dos dissídios coletivos, que, tão somente, fossem esgotadas as tentativas de negociação entre as partes. Após a promulgação da Emenda da Reforma do Judiciário, jazeu alterado o § 2º do art. 114 da Constituição Federal, que passou a

incluir a expressão “comum acordo” como condição para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica.

Acordos são sempre bilaterais ou multilaterais, de modo que as partes interessadas não possuem pretensões resistidas acerca dos pontos convencionados. O contrário, a existência de conflito ou de resistência oferecida à pretensão de outrem, já caracteriza uma dissidência ou divergência de vontades.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o procedimento dos dissídios coletivos restou profundamente alterado, consoante se pode inferir da tabela comparativa abaixo, referente ao art. 114 da Constituição Federal.

Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004:

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Já, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, a redação do art. § 2º passou a ser:

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente.

Verifica-se, pois, que a principal alteração, no particular, foi a instituição do requisito do “comum acordo” para o ajuizamento dos dissídios coletivos. A vontade do legislador foi no sentido de incluir a exigência do comum acordo para o aforamento dos dissídios de natureza econômica, e essa atitude tem uma razão de ser: o estímulo às negociações coletivas.

Muitos entenderam tratar-se de uma medida incentivadora à negociação coletiva. De certa forma, é um contra *sensu*, pois as partes, quando esgotadas todas as fases das negociações coletivas, dificilmente vão se compor para atribuir a demanda ao Judiciário. Entendemos tratar-se, na verdade, de uma medida que mais incentiva a greve do que impulsiona a negociação coletiva.

Dos efeitos da Emenda Constitucional nº 45/2004 sobre o poder normativo, em que pese as respeitadas opiniões em sentido contrário, entendemos que a mais extraordinária das alterações implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 foi no sentido de acabar com a competência normativa da Justiça do Trabalho.

O poder normativo não é expressão do poder jurisdicional, tratando-se, na verdade, de atuação de índole legislativa. Ao Judiciário cabe o exercício da função jurisdicional, que consiste naquela atividade substitutiva da vontade das partes em

conflito pela vontade do Estado, que faz atuar a vontade do direito objetivo válida para o caso concreto.

O desempenho de atividade legislativa pela Justiça do Trabalho, por meio do poder normativo, deve ser vista como de caráter excepcional, porque desbordante da função típica desse Poder de Estado, que é a jurisdicional – aliás, importa sublinhar que o poder normativo somente existia porque a Constituição Federal assim o previa; agora, com a modificação propiciada pela Emenda nº 45/2004, desapareceu a regra que a previa, o que, conseqüentemente, tem o condão de fazer desaparecer o próprio poder normativo.

Portanto, não havendo manifestação de jurisdição no exercício do poder normativo, não se pode falar em ofensa ao direito de ação ou em vedação de acesso à jurisdição.

A propósito, na esteira do art. 5º, XXXV, da Carta de 1988, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode deixar de receber a devida tutela jurisdicional. Isso significa que, havendo lesão ou ameaça a direito, o titular do direito material pode exigir que o Estado, por meio do Judiciário, preste atividade jurisdicional.

Atuação do Ministério Público em dissídios coletivos, à vista da alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, passou o § 3º do art. 144 a vigor com a seguinte redação: “Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito”.

Nosso entendimento é que os Tribunais têm competência para processar e julgar os dissídios coletivos de greve (inciso II do art. 114 da CF), inclusive aqueles suscitados pelo Ministério Público (§ 3º, art. 114, da CF), independentemente do comum acordo das partes, entretanto, limitados à decisão da legalidade ou ilegalidade da atividade grevista.

Ademais, considerando que vários dissídios coletivos têm sido ajuizados e necessitam de solução para a manutenção e/ou restauração da paz social, nos termos do art. 114 da Constituição Federal de 1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.

## CONCLUSÃO

A Justiça do Trabalho agora também é competente para processar e julgar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho. A título de exemplo, podemos citar as multas aplicadas pelas Delegacias Regionais do Trabalho.

Em relação à execução de ofício das contribuições previdenciárias previstas no art. 195, I, *a*, e II, decorrentes das sentenças trabalhistas, não houve qualquer alteração na sua redação, com a ressalva de que a matéria agora se encontra prevista no inciso VIII do art. 114 da Constituição Federal, ao passo que ela estava anteriormente disposta no § 3º do art. 114, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

Após essa breve análise da Emenda Constitucional nº 45/2004, no que tange à Justiça do Trabalho, resta patente a substancial ampliação de sua competência, que deverá ser absorvida de pronto pelos membros desta justiça especializada. Cumpre agora à Justiça do Trabalho se adaptar às novas regras de competência, bem como se estruturar adequadamente para que seja garantida uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 3. ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

---

### DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – Faccamp destina-se à publicação da produção científica dos professores e alunos do curso.

§ 1º Serão analisadas pelo Conselho Editorial colaborações de autores externos.

§ 2º Além de artigos, outras informações de natureza jurídica poderão ser veiculadas na Revista, segundo critérios do Conselho Editorial.

### DA FORMATAÇÃO DOS TEXTOS

Art. 2º O artigo submetido à Revista deverá ser elaborado em editor de texto Word ou compatível, segundo os critérios abaixo:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 25 (vinte e cinco) páginas;
- b) apresentação em disquete 3½ e impresso em papel A4;
- c) fonte Arial 12;
- d) espaço 1,5 entre linhas;
- e) escrito no vernáculo;
- f) páginas numeradas no alto da folha à direita, exceto a primeira;
- g) conter nome do autor à direita logo após o título;
- h) breve qualificação do autor (nome por extenso; titulação; instituição a qual está vinculado e endereço eletrônico para contato, se for o caso) logo após o respectivo nome;
- i) as notas de rodapé deverão observar sequência numérica a partir do número 1 e estarem localizadas no final de cada página;
- j) após o nome e a identificação do autor, deverá constar resumo do artigo com, no máximo, 5 (cinco) linhas;
- k) após o resumo, constarão as palavras-chave;
- l) sumário contendo (de maneira contínua e não vertical): introdução; desenvolvimento; conclusão; referências.

Art. 3º As abreviações, as notas de rodapé e as referências deverão seguir os padrões previstos pela ABNT.

§ 1º Dar-se-á preferência às citações em nota de rodapé, no formato: AUTOR, ano e página.



§ 2º As abreviações deverão ter sido precedidas, no próprio texto, de referência por extenso seguida da respectiva abreviação entre parênteses: Constituição Federal (CF).

Art. 4º A remessa do artigo deverá ser precedida de uma revisão do vernáculo, cuja responsabilidade será do próprio autor.

## **DA CONTRIBUIÇÃO DOS ALUNOS**

Art. 5º Os alunos poderão colaborar para a Revista com a inclusão de resumos de pesquisas realizadas.

§ 1º A elaboração dos textos pelos alunos deverá ser acompanhada por orientação de professor, com a indicação dos respectivos créditos logo após o nome e a identificação do aluno.

§ 2º A formatação dos textos dos alunos deverá obedecer às mesmas regras atribuídas aos artigos de professores.

§ 3º Os resumos deverão conter, no máximo, 5 (cinco) páginas.

Art. 6º Será aceita a colaboração de artigo escrito por aluno como atividade final da participação no Programa de Iniciação Científica da Faccamp, cumprido o respectivo regulamento.

Parágrafo único. A formatação do texto deverá observar os mesmos critérios previstos no art. 2º.

## **DOS TEXTOS INÉDITOS**

Art. 7º A remessa do texto pelo autor pressupõe a concordância com as normas de publicação da Revista, além de significar que o texto é inédito e não está sendo submetido à apreciação de outros veículos para publicação.

Parágrafo único. Os originais não serão devolvidos.

Art. 8º O autor do artigo publicado receberá um exemplar da Revista a título de direitos autorais.

Parágrafo único. A remessa dos originais pelo autor implica autorização para publicação em meio impresso e/ou eletrônico.

## **DAS DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 9º As situações omissas ou os conflitos de interpretação serão resolvidos pelo Conselho Editorial da Revista.

Art. 10. Poderá o Conselho Editorial emitir outras normas para o aprimoramento da Revista.



## FUPESP – UMA FEDERAÇÃO DE DESTAQUE

---

A Fupesp – Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo, umas das maiores e mais importantes federações sindicais do País, atualmente presidida pelo Dr. Damázio Sena, foi concebida a partir da Constituição de 1988 e tem como data de fundação o dia 28 de fevereiro de 1989.

Filiada à Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB), a federação é uma instituição de 2º grau do campo sindical e atualmente está representada em 646 municípios do Estado. A entidade tem como maior objetivo a defesa dos direitos dos servidores públicos municipais. No entanto, a Federação não se limita apenas em defender os filiados; ela luta pela melhor qualidade de vida, o acesso à educação, à informação e ao lazer.

Com direito exclusivo de representação dos servidores públicos municipais do Estado de São Paulo, atualmente a Federação possui sede própria para atender todas as solicitações dos seus sindicalizados, o que contribui para alcançar o objetivo principal, e, ainda, zelar os servidores públicos municipais das impunidades, das injustiças e da corrupção.

O que é um sindicato? Sindicato é a instituição utilizada para a organização dos trabalhadores na luta por seus direitos. É o movimento social de associação de trabalhadores assalariados para a proteção dos seus interesses. Ao mesmo tempo, é, também, uma doutrina política segundo a qual os trabalhadores, agrupados nos seus respectivos sindicatos, devem ter um papel ativo na condução da sociedade.

A Fupesp é justamente isso: uma associação de trabalhadores. No entanto, ela busca algo mais do que apenas o dever de defender os servidores públicos municipais. A Federação capacita seus filiados por meios de cursos e seminários e promove a educação e o lazer por meio de parcerias e convênios firmados entre a entidade e outras instituições.

Garante, também, o acesso à informação por meio do seu jornal, dos seus informativos e do seu *site*. No portal da Federação, os usuários têm acesso a notícias atualizadas das ações da Federação, assuntos ligados à área sindical e política, esclarecem dúvidas, além de realizar solicitações e sugestões.

Ainda, na comunicação, a Fupesp conta com a cobertura eficaz da assessoria de imprensa, que leva aos servidores públicos, por meio de informativos e do Jornal “Linha de Frente”, notícias aprofundadas, acontecimentos do período, fotos de eventos e agenda de palestras, seminários e reuniões. Todo esse empenho contribui para uma comunicação mais efetiva.

O conjunto de todas essas ações garantiu à entidade umas das premiações mais importantes do País: o “Prêmio Quality”, por ter desempenhado trabalho de destaque entre as entidades sindicais. A certificação é uma forma de reconhecer empresas e instituições no País pela sua atuação. Às vésperas de completar 20 anos, essa premiação valida todo o esforço realizado pelos diretores ao longo da jornada.

E, mais uma vez, a Funesp, pensando no crescimento e na qualificação do servidor, firmou convênio com a Faculdade Campo Limpo Paulista (Faccamp). A parceria tem o intuito de abrir as portas do curso superior para os servidores públicos municipais. Esse convênio é mais um projeto da diretoria da instituição que vem ao encontro da filosofia da Federação. A Funesp quer proporcionar aos servidores menos favorecidos o ingresso aos cursos universitários.