

Revista do Curso de  
Direito da Faculdade  
Campo Limpo Paulista

VOLUME 8 – 2010

COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO

VOLUME 56



**Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP**

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

**Curso de Direito**

Prof. Mauro Cabral dos Santos – **Coordenador**

**Conselho Editorial**

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues (Editor); Prof. Dr. Luís Antônio Francisco de Souza (Unesp);

Prof. Mauro Cabral dos Santos; 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. 8 (2010) –  
Porto Alegre: IOB 2010 –  
v. 16x23cm. – (CADO: Coleção Acadêmica de Direito v. 56)

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)

Edição eletrônica: [www.faccamp.br/](http://www.faccamp.br/)

[Graduacao/Direito/paginas/revista.htm](http://Graduacao/Direito/paginas/revista.htm)

**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

---

A *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista* chega ao volume 8.

Desde o volume 6, publicado em 2008, a Revista recebe o apoio da Fupesp – Federação dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, mediante parceria que incentiva o ingresso no ensino superior de associados à Federação e colaboradores.

O incentivo à pesquisa continua sendo o principal propósito da *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista*, tanto do corpo docente quanto do corpo discente.

Novamente, temas relevantes são trazidos ao debate pelos autores dos artigos e resumos que engrandecem o conteúdo deste veículo de divulgação do conhecimento.

Somente, como dito em outros momentos, a possibilidade de partilhar ideias e, sobretudo, confrontar sadiamente, com respeito e humildade, diferentes pontos de vista, justifica a tarefa de editar uma revista acadêmica.

Entendemos que esta missão a Revista cumpre. E esperamos que assim continue, a serviço do conhecimento e da troca de opiniões.

Professor Dr. Marcos Abílio Domingues

Editor da Revista e Coordenador da Área 3 da Faculdade Campo Limpo Paulista



# SUMÁRIO

---

1. O PLURALISMO METÓDICO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA Fuad José Daud.....	7
2. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS Renata Helena Paganoto Moura.....	20
3. A ÉTICA ACADÊMICA COMO INSTRUMENTO DE HARMONIZAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES NO PROCESSO EDUCACIONAL Marcos Abílio Domingues.....	35
4. DEBATE: DIREITOS NATURAIS E DIREITOS POSITIVOS Samuel Antonio Merbach de Oliveira.....	47
5. AS TEORIAS DAS CONSTITUIÇÕES EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DE CARL SCHMITT Patrícia Gentil Passos.....	62
6. O PODER CONSTITUINTE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE 1988 Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi.....	79

## COLABORAÇÕES EXTERNAS

7. PRISÃO CAUTELAR E PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NA INSTÂNCIA DA CIÊNCIA E DO PODER Sabrine Pierobon de Souza.....	88
8. O DIREITO DO TRABALHO NA GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA Domingos Sávio Zainaghi.....	92

## COLABORAÇÕES DE ALUNOS

9. AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA Evelyn Lucas de Oliveira, Jaciara Rocha Lemes, Marcelo Rodrigues dos Santos, Talita Guedes Domingues Sanches, Edinei Aparecido Sanches Soares e Flávio Bernardo de Souza.....	97
10. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS Flávio Bernardo de Souza.....	101
11. A LEI DE ANISTIA E SUA CONSTITUCIONALIDADE Janio Paulo dos Santos.....	105
12. O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO Márcio Aparecido Balbino.....	109

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO.....	114
-----------------------------	-----

FUPESP – UMA FEDERAÇÃO DE DESTAQUE.....	116
---	-----



# O PLURALISMO METÓDICO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

---

**Fuad José Daud**

Mestre em Direito pela Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Pedagogo, Advogado, Pesquisador CNPq, Professor de Direito Civil e Direito Comercial da Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP.

**RESUMO:** Dois pensamentos importantes dominam grande parte dos juristas: o pensamento jurídico-tradicional e o jurídico-progressivo. O Jusfilósofo nacional Miguel Reale dá-nos um dos grandes avanços para uma visão metódica do Direito, através da fundação tridimensional dele. Optamos por uma noção de interpretação jurídica que denote uma amplitude larga, de modo a defender sempre a liberdade e a justiça, tendo em conta que é próprio da natureza humana a busca constante do bem-estar e do bem comum.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interpretação jurídica; pensamento jurídico-tradicional; pensamento jurídico-progressivo.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Campo situacional do ato interpretativo; 1.1 Direito e cultura; 2 O pensamento jurídico – Tradicional; 3 O pensamento jurídico – Progressivo; 3.1 O pluralismo metódico; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

Este estudo refere-se apenas a uma visão filosófica do método interpretativo, sem, contudo, pretender qualquer posicionamento categórico e definitivo. Entre tantos outros, existem posicionamentos, neste campo de pesquisa, que, talvez, sejam mais adequados à realidade humana e à realidade social em que vivemos.

Optamos por uma noção de interpretação jurídica que denote uma amplitude larga, de modo a defender sempre a liberdade e a justiça, tendo em conta que é próprio da natureza humana a busca constante do bem-estar e do bem comum.

Entende o Jusfilósofo Jacy de Souza Mendonça, em sua análise sobre o bem comum, que a Justiça e o Direito direcionam-se para a realização do bem comum, concebendo o Direito como um meio para a realização dos fins sociais da vida. O autor traz, sobre o bem comum, a noção de uma força delimitadora do Estado ditatorial no momento em que este aprisiona indevidamente a liberdade do homem, impedindo-o de realizar os valores. Assim, o Estado não realiza o bem comum quando impede a realização dos valores da pessoa humana<sup>1</sup>.

---

1 Ver *Curso de filosofia do direito do Professor Armando Câmara*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 219/220.

Não seria concebível qualquer interpretação jurídica que não fosse calcada, basicamente, na realização da vida humana, porque esta é o centro da realização da própria sociedade.

A visão puramente legalista do Direito deve ser contestada quando se trata de interpretação jurídica. Preleciona o civilista Renan Lotufo que essa visão de “sacralização da lei” evitou a livre interpretação judicial, com o pensamento de que os direitos do homem e do cidadão seriam, de tal forma, claros e precisos que não dependeriam de interpretação. Mas muito estudo foi necessário para que o Direito tivesse uma visão mais ampla e científica, a partir da teoria geral do direito e ao aprofundamento dos estudos da lógica jurídica e da filosofia do Direito<sup>2</sup>.

Em nosso tempo, permanecem ainda posições sectárias que prejudicam a evolução do conhecimento no campo da interpretação do Direito. Dois pensamentos importantes dominam grande parte dos juristas: o pensamento jurídico-tradicional e o jurídico-progressivo.

O pensamento jurídico-tradicional leva em conta o passado, a *occasio legis*, e o pensamento jurídico-progressivo adota a situação presente, o *ratio legis* atualizada. O primeiro, da corrente subjetivista, admite a vontade do legislador como necessária para a compreensão da norma jurídica, na teoria da interpretação; o segundo, da corrente objetivista, faz destacar a norma jurídica de sua gênese e busca os fatores objetivos, tendo em vista a situação atual de sua vigência.

O tridimensionalismo realeano possibilita mais ampla compreensão do Direito e de sua expressão, que é a norma jurídica, do homem e da sociedade na realização do valor jurídico mais alto, que é a Justiça, de modo ser esta um ideal permanente que atua como *voluntas justitia*, conceituada pelo brocardo: “*Justitia est constans voluntas tribuendi cuique jus suum*” (Justiça é a constante vontade de dar a cada um o que é seu).

A realidade da vida, com suas exigências sociais, promovendo relações das mais diversas e novas, determina a necessidade de uma atividade interpretativa atual e mais ampla, extrapolando os limites lógico-dedutivos e implicando uma série de transformações no pensamento jurídico-tradicional.

Para este estudo específico, no âmbito do direito positivo, onde existe um certo determinismo cultural, com tendências relativas de transformações, conforme a época, o intérprete, em sua atividade interpretativa, deve precisar o campo de sua atuação de acordo com a localização do objeto, que é o campo situacional do ato interpretativo. Posteriormente, trata-se da evolução da interpretação jurídica, com o pensamento jurídico-tradicional e o jurídico-progressivo e, finalmente, o pluralismo metódico.

---

2 Ver *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 8/9.

## 1 CAMPO SITUACIONAL DO ATO INTERPRETATIVO

### 1.1 Direito e cultura

A atividade interpretativa é efetuada do sujeito, que está no mundo, para o objeto, que se encontra neste mesmo mundo, através das “intencionalidades objetivadas”, isto é, através da “consciência de algo”, em uma relação fenomenológica (fenômeno que se apresenta à experiência, aquilo que é visto ou que se encontra presente). No mundo em geral, distinguem-se o mundo da natureza e o mundo da cultura; no entanto, o primeiro serve como base para a realização do segundo, não obstante a diferença fundamental entre explicação e compreensão correspondente à distinção entre ser e dever ser. O fenômeno é explicado quando da indagação de suas causas, na busca do nexo de causa e efeito e na descoberta de elementos interdependentes que possam esclarecer a estrutura do fato. Explicar tem a ver com a descoberta da realidade, daquilo que contém a própria realidade, sem qualquer deturpação pelo coeficiente pessoal do pesquisador, porém, mesmo que exista um *quid* pessoal em sua estimativa, de acordo com o entender de Reale, não chega a prejudicar o conteúdo da pesquisa pelo caráter natural da mesma<sup>3</sup>. A compreensão procura elementos teleológicos nos fatos, considerando-os em suas “conexões de sentido”, possibilitando a tomada de posição do homem perante os fatos, na estimativa dos mesmos fatos, dando-lhes significados para a existência do próprio homem. O dado da explicação é um ser que se procura captar e descrever tal como é, enquanto o dado da compreensão é algo que possui significações, tal como deve ser<sup>4</sup>.

A compreensão está para as ciências do espírito, assim como a explicação para as ciências da natureza, mas as primeiras têm como alicerce fundamental o conhecimento natural, e não o próprio conhecimento puramente espiritual. Na realidade, o mundo espiritual não se constitui somente de seres espirituais; se assim fosse, todas as relações seriam puramente espirituais e não haveria qualquer vestígio do mundo natural, pelo contrário, a base do conhecimento e da interpretação está na natureza e nesta perduram os efeitos da produção espiritual. Esta serve também como base para futuras produções como objeto natural-espiritual devido à ação do sujeito em seus múltiplos aspectos, um ser que se desenvolve de acordo com sua própria natureza orgânica, em suas relações com o mundo circundante, com seu sentimento, com suas impressões pelos seus órgãos dos sentidos.

Wilhelm Dilthey explica que o curso natural condiciona a vida espiritual e esta exerce ação sobre a natureza, de acordo com seus fins. Isto quer dizer que há um condicionamento prevaLENTE do mundo exterior sobre o mundo interior, ou, até seria possível dizer, a superioridade do objetivo sobre o subjetivo. O autor faz uma colocação dupla, a do filósofo e a do investigador da natureza, segundo uma concepção de “unidade psicofísica da vida”. De um lado, o ponto de vista que, segundo ele, caracteriza

3 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 245/246.

4 Idem, p. 210. A respeito do “explicar” referente ao mundo da natureza, toma-se o exemplo dos elementos químicos da água, que é tal como é; e do “compreender” referente ao mundo da cultura, por exemplo, a Religião em todos seus preceitos dogmáticos, que em seu conjunto é tal como deve ser.

a filosofia alemã entre os séculos XVIII e XIX (filosofia transcendental), segundo o qual, “*si parto de la experiencia interna encuentro que todo al mundo exterior se me da en mi conciencia*”, o mundo natural se achará sob as condições da consciência; pelo contrário, se “*tomo la conexión natural tal como se me presenta como realidad ante mi, em mia captación natural*”, acontece de ampliar as próprias experiências e conteúdos espirituais, mas através do corporal<sup>5</sup>.

O filósofo espanhol José Ortega y Gasset entende que a mais indubitável realidade é a “*nossa vida, a de cada qual*”. Afirma que “o pensar” não é anterior ao viver, “*porque o pensar se encontra a si mesmo como pedaço de minha vida, como um ato particular dela*”. O mundo, para ele, é “o que acho diante de mim e à minha volta quando me acho a mim mesmo, o que para mim existe e sobre mim atua patentemente”. Portanto, o mundo consiste naquilo que se percebe, tal como se percebe; finalmente, o mundo é aquilo que é para a vida “*vivida*”, sem mistério<sup>6</sup>. A “*vida*” é o que se vive, sem os limites do subjetivismo nem do objetivismo, mas talvez da fenomenologia: não é consciência que determina o mundo, nem tampouco o mundo que determina a consciência, mas uma implicação de sujeito-objeto, de sujeito-mundo. Não seria possível considerar o radical condicionamento do natural sobre o cultural, no processo de conhecimento e das realizações humanas; a vida, então, seria uma síntese de sujeito e mundo que não seria só natural nem só cultural, mas natural-cultural, uma só realidade fundamental, uma ação constante que não separa a vida do mundo e tampouco o mundo da vida, são implicantes e inseparáveis dinamicamente.

Ricoeur, quando fala da ação do homem, diz que este deixa impressa uma marca ontológica. “*Ontologia tem a ver com os modos de ser, numa certa unidade da cultura em geral e na diversidade imensa das características de cada produção e de cada unidade cultural particular (grupos, nações, épocas...)*”<sup>7</sup>.

Dilthey reúne no homem os dois mundos, o da natureza e o do espírito, ou seja, o vital e o histórico; o homem, em sua manifestação vital, converte-se em objeto histórico da ciência na medida em que haja significação para a própria vida. Esse “vitalismo” é superado por Ortega y Gasset ao ensinar que a vida tem algo além dela, *v.g.*, o pensamento, a vontade, o sentimento estético, a emoção da fé religiosa, e não somente os fenômenos vitais orgânicos, mas há uma transcendência do indivíduo psicofísico. Na vida, não há somente o corpo e o espírito, mas além de deparar-se com esses elementos, o homem convive também com as coisas e entre as coisas, por necessidade e para uma finalidade, modificando a realidade tanto física como psíquica. O ser humano tem um sentido baseado em motivo e em finalidade, isto é, um “*porquê*” e um “*para quê*”, portanto, tem intencionalidade, quer dizer, há uma estimacão valorativa reconhecida. Esta vida objetiva, que é a das obras valoradas humanas, está no mundo do espírito objetivo denominado “*mundo da cultura*”. Neste situam-se os objetos cujo ser contém

5 DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*, p. 23/24.

6 ORTEGA y GASSET, José. *Que é filosofia?*, p. 176/177.

7 Ver Hermenêutica da Cultura e Ontologia em Paul Ricoeur. *Revista Portuguesa de Filosofia*, fasc. 1-4, p. 389.

um suporte e um sentido. Por exemplo, uma estátua tem seus materiais, que lhe dão conteúdo, forma e cor, e, além destes elementos, constitui obra de arte, uma obra humana que possui intencionalidade voltada ao valor da beleza, à estética; existe um suporte que é a realidade física presente na estátua, e um sentido que conduz a mesma a uma valoração humana. O suporte, que é um elemento básico material, está no mundo da realidade causal ou explicativa, enquanto o sentido encontra-se no mundo da cultura ou mundo histórico, ou da realidade compreensiva. Não basta saber simplesmente se a estátua tem um tipo de material X ou Y, se foi obra de fulano ou de sicrano, mas, acima de tudo, saber o seu sentido ou significado artístico<sup>8</sup>.

A fonte da cultura está no espírito humano que se projeta em muitas manifestações através da história. Para Reale, contrariando a concepção rígida de Dilthey, quanto ao ser psicofísico do homem, não se deve examinar o homem em sua individualidade “biopsíquica” somente, nem também apenas em sua estrutura moral, mas, além desses aspectos, naquilo em que ele se reflete, melhor dizendo, em suas obras<sup>9</sup>.

No mundo da cultura, além dos bens objetivados pela consciência e pela ação do homem, que servem ao próprio homem em suas necessidades gerais, o próprio homem torna-se objeto da cultura, e torna-se bem cultural, devido ao seu aperfeiçoamento e ao seu tratamento como ser importante, influenciado pelas obras humanas através da história. Também condicionado pelo pensamento da época, passa a ser considerado pelos outros homens uma meta de realização e de formação de homens para o mundo. O homem passa a criar para o próprio homem bens vários a fins específicos, assim como “criar” através de formas específicas, homens através de meios, v.g., educativos, técnicos, ideológicos, intencionalmente. O homem que utiliza meios para atingir fins específicos também tem necessidade de proteger o que foi criado, o que foi valorado, e de proteger a si mesmo, assim como garantir para si a possibilidade de continuar a criar coisas novas com liberdade. A tendência de autoproteção, e de proteção ao produzido, reflete-se na formação de um novo objeto no mundo cultural, que é o Direito, que, por sua vez, se encontra no reino da vida objetivada, das obras humanas, que possui intencionalidade valorativa, no âmbito do espírito objetivo ou da cultura<sup>10</sup>.

A norma jurídica é um objeto cultural resultante de obra humana para um fim específico. Tem sua existência no tempo e no espaço, ou seja, é temporalmente modificada, é espacialmente determinada, de acordo com o lugar para determinado círculo de homens; está na experiência sensível e é valiosa positiva ou negativamente. Segundo os caracteres dos objetos, em suas regiões ônticas, a norma como dimensão do direito não poderia estar na esfera da idealidade, mas na esfera dos objetos culturais. A vida jurídica, em sua integralidade, por estar inserida na cultura, não poderia situar-se em um âmbito unidimensional, porque possui um substrato fático que corresponde a uma circunstância histórica, ou seja, um dado, o objeto interpretável, no qual incidem um complexo de valores que vai condicionar a formação da norma. Portanto, o Direito deve

8 Estudo aprofundado sobre compreensão, ver SPRANGER, Eduardo. *Formas de vida*, p. 423.

9 REALE, Miguel. Op. cit., p. 218; Cf. REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo, 1977. p. 263/264.

10 SICHES, Recasens. *Estudios de filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1936. p. 70.

ser visto como um objeto tridimensional. O Direito está situado na zona ontológica própria, que é da vida humana objetivada ou da cultura, dentre outros tipos produzidos encontram-se não só normas jurídicas, mas também normas outras sociais e morais, todavia, o que interessa, para o momento, são as normas de direito correlacionadas dinamicamente com os fatos e valores da vida social<sup>11</sup>.

## 2 O PENSAMENTO JURÍDICO – TRADICIONAL

Para o pensamento tradicional, a lei deve ser entendida e aplicada conforme a vontade do legislador, isto é, de acordo com a vontade do homem ou do grupo de homens responsáveis pela confecção do texto legal. Essa mentalidade volta-se para a lei, considerando que o legislador é o único criador do Direito, daí a necessidade da reconstrução da *voluntas legislatoris*.

O Jurista português Domingues de Andrade diz sobre o pensamento tradicional que

seu núcleo irreduzível consiste na primazia dada à intenção da autoridade legiferante, que é como quem diz ao sentido legal subjectivo: ofício de interpretação será, portanto, nesta ordem de idéias, averiguar um facto histórico – desvendar, apreender e reconstruir um certo conteúdo psicológico real e efectivo.<sup>12</sup>

A indagação da vontade presumida do legislador, a chamada teoria subjetiva, vem salvaguardar a falta de uma definição em casos imprevistos nos quais há exigência de elemento metanormativo ou metalegal. Com Savigny, especialmente antes de 1814, há uma preocupação para descobrir o sentido último do texto legal, concebendo este como expressão da *mens legislatoris*. O jurista alemão enfatizava um elemento objetivo, quando da consideração de que havia um elemento primordial para a interpretação das normas, que era a convicção comum do povo (*Volksgeist*)<sup>13</sup>.

Após a promulgação do Código de Napoleão (1804), desenvolveu-se a concepção racionalista de que o Direito nada mais é do que aquele contido na lei, e que esta, por sua vez, passa a ter significação própria a partir de sua promulgação. Na lei está a solução de todos os casos, sem haver necessidade de se recorrer a outras fontes<sup>14</sup>.

## 3 O PENSAMENTO JURÍDICO – PROGRESSIVO

O Direito é um produto histórico, não arbitrário, que sofre incessantes modificações lentas e sensíveis através do espírito geral da sociedade e das práticas jurídicas.

---

11 Ver REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*, p. 263. Ver DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: RT, 1985. p. 36 e ss.

12 ANDRADE, Manuel Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, p. 15.

13 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 240/241.

14 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito II*, p. 128/129.

A lei escrita sobre a qual a ciência jurídica positiva pretende edificar todo o seu sistema, nada mais é que uma informação limitadíssima do Direito, com a finalidade precípua de estabelecer algumas regras incontestáveis. Não resta dúvida de que a força imperativa da lei escrita deva ser reconhecida, mas nela existe um alcance muito limitado. O que precisa ser atendido é a ampliação de seu campo até seus últimos limites.

O Direito, sem dúvida, componente do mundo da cultura, encontra-se, no seu cotidiano, em processo de relação permanente, manipulado que é pelo homem em sua criatividade na captação dos fatos, valorando estes fatos e fornecendo elementos importantes, *de lege ferenda*, no sentido de elevar o nível de convivência social. A jurisprudência surge como parte institucionalizada para a realização e transformação das regras legais, muitas vezes corroborando medidas *contra legem* baseadas nos costumes vigentes<sup>15</sup>.

No Direito brasileiro, na Lei de Introdução ao Código civil, o seu art. 5º reza textualmente: “Na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ele se dirige e às exigências do bem comum”. As expressões “fins sociais” e “bem comum” pressupõem propósitos às normas, quer sejam decretos, regulamentos ou leis constitucionais, pois na interpretação desses importa encontrar o seu fim, que deve ser compatível com a sociabilidade presente. Sabe-se que a lei disciplina relações que, com o tempo, modificam-se e fogem do pensamento original do legislador, daí surge a necessidade de interpretar a lei conforme o fim a que ela se destina, dando-lhe uma direção teleológica. O conhecimento do setor da realidade social, que a lei se refere para a compreensão do fim da lei, é essencial, segundo a afirmação de Larenz<sup>16</sup>, e Planiol diz que o bem social é o fim confinado pela legislação, e o juiz deve buscar por essa via o verdadeiro sentido e alcance do texto<sup>17</sup>. Leciona Espinola que o Magistrado tem um amplo campo de ação e de aplicação da norma adequado ao caso concreto específico, e que os “fins sociais e o bem comum”, expressões constantes no artigo da lei brasileira citada anteriormente, autorizada a considerar a “equidade”, atenuando o rigor da norma em sua adaptação ao caso concreto<sup>18</sup>. Sobre os “fins sociais” e “exigências do bem comum”, expressos no corpo do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, o Jurista Washington de Barros Monteiro esclarece, quanto ao primeiro, “visa ao bem-estar e à prosperidade do indivíduo e da sociedade”; e, quanto ao segundo, “impele os homens para um ideal de justiça, aumentando-lhe a felicidade e contribuindo para o seu aprimoramento”<sup>19</sup>. O texto nacional torna-se muito mais rico quando não procura limitar a interpretação, obrigando o Magistrado a aplicar a lei segundo os critérios amplos determinados. O elemento teleológico, inserido e implícito no texto pátrio, significa que a lei tem um fim prático de satisfazer as exigências sociais.

15 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 56/57.

16 LARENZ, Karl. *Tratado de Derecho Civil Alemán*, p. 111.

17 Planiol apud C. Maximiliano, op. cit., p. 175.

18 ESPINOLA, Eduardo. Op. cit., p. 250.

19 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil 1*, p. 37. As expressões codificadas, “fins sociais” e “bem comum” não são definidas em nenhuma parte do código, portanto, de difícil conceituação, o que poderá gerar dificuldades e posições diversas de interpretação.

### 3.1 O pluralismo metódico

Na esteira da doutrina jurídico-progressiva, pensa-se em um prejuízo para a justiça assumir uma posição dogmática e unilateral na atividade interpretativa do Direito. Isto porque se o que se quer é uma interpretação que mais se aproxime do justo, será notória a desvinculação de qualquer sectarismo por parte do sujeito em relação ao objeto da interpretação. Não raras vezes, o Direito tende a ser vinculado ao pensamento que reina em dada circunstância histórica, para além das limitações naturais que regulam o bom senso, apoderando-se a classe dirigente do certo e do errado, do válido e do inválido, do verdadeiro e do falso. Montesquieu, por exemplo, esclarece que o poder soberano de todo o povo ou de certas famílias tem relação direta com o governo republicano; que o poder soberano do príncipe, exercido de acordo com leis estabelecidas, tem sua relação direta com o governo monárquico; e que o poder de apenas um, segundo suas vontades e caprichos, tem relação com o chamado governo despótico<sup>20</sup>.

O Direito, como parte significativa da cultura, deve estar ligado, realmente, ao ambiente ético e econômico, envolvendo juristas e Magistrados que tomam partido, interpretando e aplicando as leis de acordo com as concepções vigentes, confirmação exposta por Maximiliano, quando diz que “a justiça das decisões depende sempre do coeficiente pessoal: da cultura e perspicácia do Magistrado, suas preferências filosóficas, pendores jurídicos, orientação sociológica, bondade, retidão”<sup>21</sup>.

Ferraz Júnior, por sua vez, admite a concepção ideológica como valorativa na medida em que fixa valores, tornando-se estes comunicáveis: “A liberdade é um valor, mas na norma ela é sempre liberdade, seja no sentido liberal, no conservador, no fascista, no comunista, etc.”<sup>22</sup>.

A concepção do “direito livre” pode ser considerada avançada na medida em que busca uma solução ainda não encontrada no âmbito interpretativo, talvez por dar a oportunidade de mudança e atualização da jurisprudência como fonte do Direito, premiando um poder maior ao Magistrado, principalmente quando a lei lhe parecer omissa ou esteja em conflito com a realidade social. Aqui pode aparecer a questão do arbítrio no julgamento ou na aplicação da lei ao caso concreto. O subjetivismo do intérprete está em toda parte, pois há uma dificuldade aporética em limitar o sentido da interpretação<sup>23</sup>. O fato concreto existe, assim como a regra jurídica que lhe faz sentido ou relaciona, e a valoração por parte do intérprete ao conteúdo da regra será de acordo com sua concepção, que poderá ser uma concepção tradicional, ou uma concepção progressiva, ou, ainda, uma concepção que inclua as duas.

20 Montesquieu, *Do espírito das leis*, p. 49.

21 MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 102. Em um artigo datado de 03.05.1987, em “O Estado de São Paulo”, escreve José Renato Nalini sobre a imparcialidade e independência do Magistrado: não é ele “insensível às ansias e tensões que o cercam”.

22 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, p. 155/156.

23 O termo “aporética” vem de “aporia”, termo que designa “falta de um caminho”, a satisfação problemática que não é possível eliminar. V. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 33.

Há dificuldade em afirmar que interpretar a lei é interpretar exatamente e verdadeiramente a intenção do legislador ou a intenção da norma em questão, da mesma forma que a liberdade total do aplicador da justiça venha resolver essa questão. Os membros da sociedade, às vezes, são passíveis de engano em relação aos fatos e às ideias.

Hannah Arendt escreve sobre

nossa passiva suscetibilidade em sermos vítimas de erros, ilusões, distorções de memória e tudo que possa ser culpado pelas falhas de nossos mecanismos sensuais mentais, através do “embuste” que não precisa necessariamente entrar em conflito com a razão, “pois as coisas poderiam perfeitamente ser como o mentiroso diz que são”.<sup>24</sup>

As próprias normas jurídicas postas em vigor, e que o intérprete vai, por necessidade, reconstruir o pensamento original do preceito legal. Nesse processo de reconstrução o intérprete fará de acordo com o pensamento que está vinculado à norma<sup>25</sup>.

A propósito, Kelsen preleciona que, do ponto de vista de um positivismo moral ou jurídico, “interessam como objeto do conhecimento apenas normas positivas fixadas, ou seja, estabelecidas por atos de vontade humanos”. Diz, ainda, que “as normas que são fixadas por atos de vontade humana têm – na verdadeira significação da palavra – um caráter arbitrário”<sup>26</sup>.

A busca de uma orientação compatível com o sistema normativo faz do intérprete um agente do próprio sistema, caso contrário, arriscaria a quebra da harmonia que deve ser conservada com seus valores implícitos. É importante para o sistema e para sua preservação a existência dos “topos” reconhecidos e determinados na lei, porque a amplitude da argumentação jurídica aumenta e possibilita ao poder competente a escolha da solução mais compatível com os valores dominantes<sup>27</sup>. Viehweg, que trouxe a tópica de Aristóteles para o mundo moderno, leciona que “a tópica pretende fornecer indicações de como comportar-se em tais situações, a fim de não se ficar preso, sem saída. É, portanto, uma técnica do pensamento problemático”<sup>28</sup>. As aberturas inerentes

24 ARENDT, Hannah. *Crises da República*. “A mentira na Política” – Considerações sobre os documentos do Pentágono. São Paulo, 1973. p. 15/16. A menção à filosofia de Arendt é para corroborar a influência total existente na sociedade, do poder estatal em geral, em conjunto com os meios de comunicação de massa, que dirige conscientemente os grupos ao pensamento visado ou objetivado por aquele, de acordo com os propósitos políticos do momento.

25 V. BETTI, Emilio. Op. cit., p. 97.

26 KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 6.

27 Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria...* cit., p. 23. O autor fornece disposições do art. 5º da LICC brasileiro, no que tange às noções de “fins sociais” e de “bem comum”. Cita outros “topoi” da argumentação jurídica: a imparcialidade do juiz, a noção de interesse, a noção de boa-fé, a presunção de inocência até prova em contrário, etc. (idem, ibidem). Da abertura do sistema, diz a jurista Maria Helena Diniz: “Seria, portanto, inútil e contraproducente, embalsamar o Direito numa mumificação lógica, imutável, estática, fechada e alheia à introdução de novos valores, provenientes da evolução dos tempos. De modo que o magistrado ao integrar lacunas, imbuído está de ideologia, pois está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, dentre várias soluções possíveis” (*As lacunas do direito*, p. 248).

28 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 33.

ao sistema também possibilitam sua transformação, um pluralismo que condiz com a condicionalidade fática e a atualização de valores culminando com a normatividade. Com a valoração dos fatos objetivada na fórmula normativa, quer-se racionalizar o valor de modo a tomá-lo um fim objetivado. Isto se evidencia no ato normativo, na procura de adequação da norma legal às situações novas para a realização do Direito, no sentido sempre de preservar a certeza jurídica. No processo de interpretação, não se busca a impessoalidade do intérprete, ou melhor, não se busca uma interpretação fora da realidade social e atuante ou presente, mas aquela que possibilita a realização do direito mais justo, ou aquela interpretação que satisfaz as expectativas do homem como “valor-fonte”.

Para Canaris, a abertura do sistema jurídico não significa a não aplicabilidade do pensamento sistemático na ciência do Direito. Enquanto o trabalho científico fizer sentido, a abertura do sistema é necessária, desde que se utilize a “interpretação sistemática e a integração sistemática de lacunas”<sup>29</sup>.

Para isso, é preciso não olvidar todos os elementos de interpretação que passam a ser momentos e não elementos independentes, como também interpretar uma norma com a totalidade do ordenamento jurídico, por existir uma dependência da parte com o todo, formado assim uma solidariedade sistemática. Confirma essa teoria o ilustre Jurista Miguel Reale, escrevendo que “no mundo cultural só se compreende algo em função de seu contexto”, e, além do mais, “o individual cede lugar a formas mais abertas de compreensão jurídica [...] no sentido de atender mais as conexões do que às diferenças existentes entre os processos hermenêuticos particulares”<sup>30</sup>.

A interpretação deve ser uma para poder alcançar seu objetivo, que não é só o de conhecer as dimensões do Direito implícitas na norma jurídica, mas, sobretudo, o da praticidade, isto é, da efetivação concreta do resultado da exegese, sempre na realização do justo. Não há que se destacar jamais o elemento normativo, como momento e fórmula abstrata, dos elementos fáticos e axiológicos que lhe correlacionam diretamente, com relevância ao fator valorativo.

Escreve o Jurista italiano Ascarelli:

A norma jurídica repousa, de um modo ou de outro, sobre valorações; é norma de ação, sempre tendente a uma forma de agir: a rigor, por conseguinte, não há jamais um contraste entre norma jurídica e fato econômico determinado, como se fossem dados contrapostos; nem tampouco um problema de direta adequação da norma ao fato. O problema é, ao invés, o da relação entre uma norma historicamente posta, e as valorações e volições atuais e, por isto, também entre norma e sua aplicação, entre norma vigente e norma observada.<sup>31</sup>

29 CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 281.

30 REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do Direito*, p. 78.

31 Ascarelli apud Reale, op. cit., p. 259.

A interpretação do direito, considerada como fim, refere-se à sua praticidade, não somente ao conhecimento que se deseja obter da fórmula normativa, mas, sobretudo, ao comportamento do intérprete frente à prescrição normativa, e se for um juiz, como este deverá julgar de modo concreto em face dela; se for um jurista, qual a orientação mais adequada a seguir pelos outros e mesmo a cumpri-la<sup>32</sup>.

Um pensamento mais antigo vem confirmar que a interpretação se presta ao conhecimento da norma jurídica, com maior clareza e amplitude, e também a uma transformação no sentido de concretizá-la de acordo com a época da sua aplicabilidade. No dizer de Picard, que concorda que a doutrina e a jurisprudência produzem direito, além da função interpretativa, mesmo numa pequeníssima proporção, diz que os juízes e os autores consciente ou inconscientemente fazem “a guerra tranquila dos juristas contra as leis que já não estão em equação com a época”<sup>33</sup>.

A interpretação, que antecede a aplicação do Direito, é de caráter universal, apurando-se o sentido e os fins das normas jurídicas voltadas para a sua aplicação aos fatos concretos considerados jurídicos, mas se circunscreve de acordo com a doutrina dominante, v.g., à *mens legislatoris*, ou à *mens legis*, ou à livre investigação científica, com certas limitações legais à liberdade dos intérpretes para uma maior segurança à aplicação do Direito.

Não resta mais dúvida da composição integrante e plural dos elementos pressupostos de todo o fenômeno jurídico: fato, valor e norma. Esta condicionalidade, como enfatiza o Mestre Reale, “nos explica por que uma mesma norma de direito, sem que tenha sofrido qualquer alteração, nem mesmo de uma vírgula, adquire significados diversos com o vover dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência”<sup>34</sup>.

## CONCLUSÃO

No processo de interpretação, por ser um processo de conhecimento, a atitude do sujeito-intérprete frente ao objeto interpretável, que é um ser, não esgota a possibilidade constante de conhecer a matéria intencionada objetivamente, pois tanto o sujeito cognoscente como o objeto cognoscível têm condições elementares infinitas pelas quais possibilitam o conhecimento.

32 GUERRA Filho, Willis Santiago. *Estudos jurídicos (1980-1985)* – Teoria do Direito Civil. Imprensa Oficial do Ceará: Fortaleza, 1985. p. 61. Cita, o autor, o Professor Tércio, sobre a afirmativa de que a intenção do intérprete no Direito não é apenas conhecer: “mas conhecer tendo em vista as condições de aplicabilidade da norma enquanto modelo de comportamento obrigatório (questão de decidibilidade)”.

33 PICARD, Edmond. *Direito puro*, p. 157/158. Distingue para fins didáticos o ato do direito, isto é, entre o fato gerador do direito e o próprio direito, o ato como o evento, “a circunstância que faz nascer, mover ou morrer um direito”, e o próprio direito. Diz que a separação existe pela natureza das coisas, mas estão entrelaçados e amalgamados entre si. Exemplifica o “mandato”, considerando que a proposta e a aceitação recaem no objeto comum que é “a missão de realizar”. Com esta operação efetuada, tem como consequência a criação de “um direito obrigacional a cargo do mandatário e em proveito do mandante”. Assim, o ato é a causa e o direito é o efeito. Picard, portanto, considera o fato como produtor do direito. (cf. *Ibidem*, p. 159/160).

34 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 582/583.

A polêmica suscitada entre os dois pensamentos doutrinários radicais, por um lado, os subjetivistas e, por outro, os objetivistas, é superada pelo pensamento pluralista que adota a necessária integração subjetivo-objetiva, em um dinamismo complementar que envolve uma pesquisa tridimensional de fato, valor e norma.

No mundo da criação científica e artística, que é o mundo da comunhão subjetivo-objetiva, onde a relação implicante e complementar “intérprete-sujeito – direito-objeto” proporciona a atividade jurídico-cultural através da história, surgem produções que viabilizam a organização e a solução dos conflitos, assim como o equilíbrio e a harmonia em sociedade, promovendo progressivamente o aprimoramento humano e social.

Na interpretação da norma jurídica, assim como do Direito, como realidade cultural e momento culminante da experiência jurídica, leva-se em conta o complexo fático-valorativo que condicionou o seu surgimento e também fatos e valores supervenientes, além do sistema no qual ela se encontra inserida, para uma completa compreensão jurídica.

Para a nomogenética jurídica, os elementos da realidade humana e social, como a moral, a religião, a economia e a política, são levados em conta, porque a norma jurídica posta finalmente pelo poder é de tal modo complexa que os engloba genericamente.

A objetivação da norma jurídica é a objetivação do próprio Direito, pois é aquela a expressão deste, no estabelecimento de uma ordem social aceitável pelos submetidos devido à adequação das regras aos valores presentes.

Essa evolução dos estudos jurídicos traz ao Direito uma adaptação às novas situações, nunca perdendo seu caráter ontológico, e assim o pensamento hermenêutico deve estar aberto às novas conquistas em um vir a ser constante e plural.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria de interpretação das leis*. 3. ed. Editor sucessor Armênio Amado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1978.
- ARENDT, Hannah. *Crises da república*. São Paulo, 1973.
- BETTI, Emílio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. 2. ed. Giuffrè: Milano, 1971.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Trad. Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.
- DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: RT, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- \_\_\_\_\_. *As lacunas do direito*. São Paulo: RT, 1981.
- FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GUERRA Filho, Willis Santiago. *Estudos jurídicos (1980-1985) – Teoria do direito civil*. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1985.

- GAMA, José. Hermenêutica da cultura e ontologia em Paul Ricoeur. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, t. LII, jan./dez. 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- LARENZ, Karl. Tratado de derecho civil alemán. Trad. Miguel Isquierdo. *Revista de Direito Privado*, 1978.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1933.
- MENDONÇA, Jacy de Souza. *O curso de filosofia do direito do Professor Armando Câmara*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Col. Os Pensadores)
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1973.
- ORTEGA y GASSET, José. *Que é filosofia?* Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano Ltda., 1961.
- PICARD, Edmond. *O direito puro*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos Editores.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Horizontes do direito e da história*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de filosofia e ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- \_\_\_\_\_. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- SICHES, Recasens. *Estudios de filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1936.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Depto. da Imprensa Nacional, 1979.

# MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

---

**Renata Helena Paganoto Moura**

Mestre em Direito pela PUC/SP; Professora dos Cursos de Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil da Consultime/ES e da Amages, Professora da Pós-Graduação em Processo Civil da PUC/SP; Professora de Direito Civil, Processual Civil e Prática Jurídica Extrajudicial da FACCAMP, Diretora da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial da Associação Comercial de Campo Limpo Paulista, Advogada.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Trabalhando o conceito “meios alternativos de solução de litígios”; 2 Conciliação; 2.1 Conciliação e transação; 2.2 Objeto da conciliação: direitos patrimoniais disponíveis; 2.3 Classificação da conciliação: conciliação judicial e extrajudicial; 3 Arbitragem; 3.1 A formação do processo arbitral; 3.2 A sentença arbitral e seus efeitos; 3.3 Os meios de impugnação à decisão arbitral; 3.4 Ação de nulidade de ato jurídico; 4 Mediação; 4.1 Institucionalização da mediação; 5 Comissões de Conciliação Prévia; 6 Negociação; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

É pouco comum uma visão do Direito que não o veja por meio de seu aspecto litigioso e, sendo assim, por meio de seu método judicial de solução de conflito – o processo –, e de seus personagens – o juiz, o promotor, o advogado, o autor, o réu.

Mas o Direito não é só conflito, e nem todo conflito exige como única possibilidade de solução a judicial.

Apresentar o Direito de uma forma menos litigiosa, dar a mesma importância a disciplinas como filosofia, sociologia, psicologia, entender que o direito material é efetivamente desvinculado do direito adjetivo – não se ensina direito civil para ajuizar uma ação, não se ensina direito do trabalho para se propor uma reclamação – e compreender que a solução de um conflito não deságua necessariamente no Poder Judiciário são os desafios que devemos empreender na formação do profissional do Direito.

Desse último aspecto cuida este trabalho. Dos meios alternativos de soluções de conflitos.

Nem todo conflito exige como única solução a judicial. Temos cada vez mais a possibilidade de soluções extrajudiciais, como também cada vez mais temos o processo como um meio conciliador e não apenas julgador do conflito das partes.

Este estudo pretende reunir os principais meios alternativos de soluções de conflitos, ou, pelo menos, aqueles a que se tem dado maior ênfase. A própria definição da expressão “meios alternativos” não é fácil, pode-se por meio dela indicar mais de um caminho.

No estudo dos chamados meios alternativos, o que se busca, em última análise, é uma alternativa à solução judicial do conflito.

Falar de formas alternativas de solução de conflitos, para muitos, deve significar apenas arbitragem, mas, talvez, apesar de em certos aspectos poderemos considerá-la a mais importante – por ser completa, não necessita do Judiciário, e o árbitro é juiz de fato e de direito –, não é a única; temos, além dela, a mediação e as comissões prévias do direito do trabalho. Soluções alternativas de conflito também passam pela visão de um processo que não sirva apenas como instrumento julgador, mas, igualmente, fomentador da conciliação e, para isso, o estudo desta é extremamente importante.

E, hoje, cada vez mais o processo permite e obriga a conciliação, não sendo mais ela um mero acaso do processo.

Cada vez mais temos figuras extrajudiciais de conciliação, como as comissões prévias de conciliação, o julgamento do direito do trabalho e a mediação, até na área de família.

Apesar de todas essas formas, sabemos que não temos uma cultura conciliatória, uma cultura para solucionar conflitos por meio dessas fórmulas: arbitragem, comissões de conciliação prévia, mediação.

E por que isso? Porque tudo passa pelo ensino do Direito; pois, enquanto a formação dele for voltada para o litígio, para o processo, essas formas sempre serão eventuais.

E é também esse o objetivo que buscamos neste trabalho, o de fomentar em seus leitores uma visão menos litigiosa do Direito e do conflito, e que o profissional do Direito não seja somente um formulador de ações e sentenças, mas de soluções – e soluções extrajudiciais.

Sob a designação “meios alternativos de solução de litígios”, pode-se querer dizer muita coisa; a expressão não é unívoca e há mesmo quem hoje em dia a critique.

Por isso se faz necessário, antes de tratarmos dos meios alternativos, explicarmos um pouco essa história.

Há um apelo muito grande sobre os chamados meios alternativos como uma “salvação” dessa grande crise de lentidão que o Judiciário enfrenta há tanto tempo<sup>1</sup>.

Assim, aos meios alternativos tem se dado muita ênfase; e inclusive o próprio Judiciário tem incentivado muito a sua utilização; recentemente virou até notícia de televisão com um quadro no programa Fantástico, da Rede Globo, intitulado “O Conciliador”, no qual se apresenta ao vivo as tentativas de conciliação no Judiciário paulista<sup>2</sup>.

Todos, então, já ouviram falar sobre conciliação, arbitragem, mediação, negociação, mas onde precisamente isso se enquadra dentro do nosso tema?

---

1 Como também aponta Fernanda Tartuce, em sua obra *Mediação nos conflitos civis*: “A adoção de mecanismos alternativos de composição de conflitos, em um primeiro momento, tem como grande motor a dificuldade na obtenção de uma sentença de mérito, em virtude da crise na prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário”.

2 O quadro é apresentado aos domingos por Max Ghering, onde, além de apresentar a própria audiência de conciliação feita no Judiciário, entrevista os envolvidos.

Inicialmente, podemos dizer que esses são os “meios” alternativos. Mas não são só estes, e mesmo eles têm naturezas muito diversas. Alguns são judiciais, outros são extrajudiciais, alguns impõem a presença de um terceiro, outros não. Sendo assim, devemos, primeiro, definir o quer dizer a expressão “meios alternativos de solução de litígios” e qual o seu conteúdo.

## 1 TRABALHANDO O CONCEITO “MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS”

A expressão “meios alternativos de solução de litígios” ou “meios alternativos de resolução de conflitos” traduz a expressão inglesa “*alternative dispute resolution*”, usando-se, então, no plural a sua sigla – ADRs.

Foi no sistema norte-americano que surgiu tal expressão, e é lá também onde há a utilização e criação mais intensa desses mecanismos<sup>3</sup>.

Entre nós, o que significa meios alternativos de solução de litígios? Para começar, algo só pode ser alternativo na sua relação com outro objeto que, então, é o padrão. Sendo assim, o padrão seria a solução judicial do conflito realizada pelo Poder Judiciário e alternativas seriam as formas de solução não judiciais, ou seja, aquelas realizadas fora do Poder Judiciário.

Nesse sentido, poderíamos identificar meios alternativos como meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Mas não é só nesse sentido que se utiliza hoje em dia a expressão; essa “alternativa” não é só a solução do conflito fora do Poder Judiciário, mas também a solução realizada de outra forma, mesmo que dentro do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, é alternativa também a solução do conflito que não se dá pela decisão final de mérito pelo juiz, mas por uma composição das partes dentro do próprio processo<sup>4</sup>.

Assim, quando utilizamos a expressão “meios alternativos de solução de litígios”, referimo-nos tanto a meios extrajudiciais como judiciais; porém, este último só será um

---

3 Fernanda Tartuce nos dá a notícia de que, em 1976, foi realizada nos Estados Unidos a Conferência Pound, encontro de teóricos e profissionais do direito para discutir a insatisfação com o sistema tradicional de distribuição estatal de justiça. Em tal oportunidade, o Professor Frank Sander propugnou que as Cortes americanas tivessem “várias portas”, algumas conduzindo ao processo, e outras, a vias alternativas (*Mediação de conflitos civis*, p. 181).

4 Como observa Fernanda Tartuce, “nas palavras de Mauro Cappelletti, ‘à expressão *Alternative Dispute Resolution* (ADR) costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa, sobretudo, aos expedientes extrajudiciais ou não judiciais, destinados a resolver conflitos. Esse, porém, não é o único sentido’, devendo o operador do Direito ‘ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – judiciais ou não – que têm emergido como alternativas aos tipos ordinários ou tradicionais de procedimentos’, mediante a ‘adoção desta perspectiva mais ampla’ na análise no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. Também Joel Figueira Dias aponta esta conceituação mais abrangente da expressão: “Em busca da solução ou minimização do problema universal consistente na resolução dos conflitos, surgem as chamadas ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), assim concebidas não apenas no sentido técnico, mas como expedientes não judiciais e/ou não adversariais destinados à solução das lides (sociológica ou jurídica), na qualidade de equivalentes jurisdicionais, quicá essenciais, e não ‘alternativos’” (*Arbitragem*, p. 50).

meio alternativo quando solucionar o conflito de forma compositiva, sem a imposição da decisão judicial, ou, como preferem alguns autores, de forma não adversarial.

Só por essa definição podemos classificar os meios alternativos em extrajudiciais e judiciais.

Não trataremos de todos os meios alternativos de solução de conflitos, mas daqueles que têm ocupado um espaço maior entre os utilizados, que são: conciliação e transação; arbitragem; mediação e comissões de conciliação prévia.

Assim, seriam meios extrajudiciais: a transação, a mediação, as comissões de conciliação prévia e a arbitragem. E seria um meio judicial: a conciliação.

Também podem ser classificados os meios alternativos em compositivos e heterocompositivos. Seriam compositivos aqueles que as próprias partes envolvidas no litígio, sem a intervenção de uma terceira pessoa, chegam a um consenso. E seriam heterocompositivos aqueles nos quais há a presença de um terceiro. Seriam heterocompositivos: arbitragem, mediação e conciliação; e autocompositivos: transação e as comissões de conciliação prévia.

É objetivo deste estudo uma abordagem sucinta desses meios, visando a fornecer ao leitor um conhecimento do que eles sejam e não o aprofundamento de seu estudo. Assim, passaremos a tratar a seguir desses meios.

## 2 CONCILIAÇÃO

A conciliação é a solução de um litígio empreendida pelas próprias partes nele envolvidas. É o meio de solução de litígio mais eficiente; afinal, ambas as partes saem satisfeitas, não correm o risco de ter a demanda julgada improcedente, assim como também evitam todo o desgaste que um litígio longo causa e toda a insatisfação, muitas vezes trazida por uma demanda cara e longa.

Mas apesar de todas essas vantagens, a conciliação está distante de ser a maneira mais comum de se encerrar um litígio.

É que para isso há que se depender de vários fatores, e o primeiro deles é de uma predisposição das partes a aceitar a conciliação do seu litígio. Para tanto, é necessário que se reconheça que o outro também pode ter direitos, ou que pelo menos o seu ponto de vista deve ser considerado.

O que sabemos quase nunca ocorre. Geralmente se acredita estar coberto de razão enquanto a outra parte desassiste qualquer possibilidade de razão. A conciliação acontecida dessa forma é muito rara na solução de litígios.

Então, atrelado a essa convicção, é necessário que haja a participação de profissionais que também vejam dessa forma a conciliação, e busquem com as partes a solução conciliatória. Então, é necessário que se tenha um advogado que se volte para essa solução e um juiz que também entenda que o conflito pode se resolver dessa forma; mas como o juiz só atua dentro do processo, então é necessário que haja um processo que seja também instrumento de conciliação.

E é dessa conciliação que vamos tratar: a conciliação que ocorre no processo, seja a conduzida pelas partes e apresentada nos autos, seja a conduzida pelo juiz.

## 2.1 Conciliação e transação

Conciliação e transação parecem ser termos sinônimos, e é muitas vezes assim que a lei os trata. Podemos observar para isso o art. 584, III, do CPC, que, ao descrever os títulos executivos judiciais, estabelece como um desses a sentença homologatória de conciliação ou de transação. Mas também, em outros momentos, parecem ser termos opostos, já que, por sua vez, o art. 269, III, do CPC estabelece que o processo será extinto com julgamento do mérito quando as partes transigirem (e não conciliarem), enquanto o art. 331, § 1º, do CPC, ao tratar da audiência preliminar, determinará que obtida a conciliação (e não transação), essa será homologada por sentença.

Então qual o significado que atribui o Código a esses termos? E qual o significado que devemos a eles atribuir, já que muitas vezes o legislador não prima por uma perfeita técnica, utilizando expressões iguais com significados diversos, e expressões diferentes com significado comum?

A conciliação é um ato que tem em vista as partes no propósito de prevenir ou resolver um litígio; refere-se à conduta – as partes se conciliaram –, enquanto a transação se refere ao conteúdo – a transação versou sobre. Logo, podemos afirmar que, no processo, a conciliação ocorre mediante uma transação. As partes se conciliam transigindo.

Mas a conciliação é um termo que vai além da transação; as partes poderiam se conciliar desistindo da ação, por exemplo, ou mesmo renunciando a esta após o seu ingresso em juízo.

Porém, o legislador optou por considerar a conciliação por meio da transação. O CPC, quando trata da conciliação, se refere àquela que ocorre por meio de transação.

É por isso que o legislador dirá, no art. 269, III, que o processo é extinto com julgamento do mérito quando as partes transigirem. Ele poderia ter dito quando as partes se conciliarem, mas isso seria dizer pouco, já que a conciliação é uma conduta das partes, é o ato de se pôr em harmonia<sup>5</sup>, e a transação é o acordo mediante concessões mútuas.

## 2.2 Objeto da conciliação: direitos patrimoniais disponíveis

Determina o art. 841 do CC que só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. Logo, a conciliação só poderá versar sobre esses direitos.

Direitos indisponíveis ou patrimoniais de caráter público não podem ser objeto de transação. O que, em outras palavras, quer dizer que não pode haver conciliação sobre esses direitos.

<sup>5</sup> De acordo com o Dicionário *Michaelis*, conciliar é pôr (-se) de acordo, pôr (-se) em harmonia. Aliar (-se).

Mas como identificar o que sejam esses direitos? O art. 841 nos fala em direitos patrimoniais de caráter privado, o que nos leva a entender que o outro lado seria os direitos patrimoniais de caráter público. E se existem direitos patrimoniais, é porque existem direitos não patrimoniais.

Ainda diante do art. 841 poderíamos classificar os direitos em não patrimoniais e patrimoniais, e estes, por sua vez, de caráter privado e de caráter público.

### 2.3 Classificação da conciliação: conciliação judicial e extrajudicial

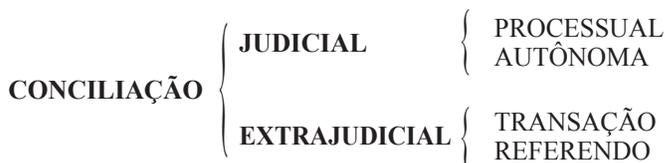
Podemos classificar a conciliação em judicial e extrajudicial.

A conciliação judicial é a que ocorre no processo e pelo processo. Ocorre no processo quando as partes, em uma atividade judicial litigiosa, chegam a um acordo de vontades sobre o objeto do litígio, e este é homologado pelo juiz; e ocorre pelo processo quando as partes apresentam este acordo de vontades para homologação<sup>6</sup>. Nos dois casos, haverá uma sentença homologatória de conciliação que será um título executivo judicial.

A conciliação extrajudicial é a que ocorre por contrato, a que a lei designa por transação, em que os sujeitos de uma obrigação em litígio se conciliam mediante concessões mútuas, e caso isso aconteça por escrito, com a assinatura das partes e de duas testemunhas, também será um título executivo extrajudicial<sup>7</sup>. Também é transação o acordo referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores<sup>8</sup>.

Diante dessas observações, classificaremos a conciliação judicial em processual, quando ocorre no processo, e autônoma, quando ocorre pelo processo, ou seja, quando as partes apresentam o acordo para homologação. A conciliação extrajudicial, por sua vez, classificaremos em transação e referendo. A primeira é o contrato estabelecendo acordo de vontade das partes; e o segundo, o acordo referendado pelo Ministério Público e pelos advogados.

Dessa forma, podemos descrever a conciliação por meio dessa classificação:



6 Podemos dizer que há uma conciliação de dentro para fora e outra de fora para dentro.

7 “Art. 585. [...] II – [...] o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas.”

8 “Art. 585. [...] II – [...] o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.”

A conciliação judicial, em qualquer processo que ocorra, gera a sua extinção com julgamento do mérito<sup>9</sup>.

A conciliação extrajudicial extingue a obrigação e, quando acontece da forma como a descrita acima, gera para as partes um título executivo extrajudicial.

### 3 ARBITRAGEM

Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

De acordo com Carmona, a arbitragem é um mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes<sup>10</sup>.

Assim, a arbitragem é classificada como um meio heterocompositivo, pois há a intervenção de um terceiro – árbitro – a quem será conferido pelos litigantes o poder de decidir o litígio, impondo a sua solução, tal como no Judiciário.

O árbitro é alguém eleito pelas partes e de confiança delas. Diz o art. 13 da citada Lei: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

#### 3.1 A formação do processo arbitral<sup>11</sup>

A formação do processo arbitral pode ocorrer de duas maneiras: pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral (art. 3º da Lei nº 9.307/1996).

A cláusula compromissória é a convenção na qual as partes estabelecem em um contrato o compromisso de submeterem à arbitragem os litígios que venham a surgir daquele pacto (art. 4º). Nesse sentido, a cláusula compromissória antecederia o conflito.

Essa cláusula, diz-se, pode ser cheia ou vazia. É uma cláusula compromissória cheia quando não só determina que o conflito daquele contrato será resolvido por arbitragem, mas indica o árbitro ou qual órgão arbitral resolverá este litígio. Por exemplo: “Qualquer litígio oriundo deste contrato, decorrente de sua interpretação ou execução, deverá ser solucionado por Arbitragem, por meio da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial de Campo Limpo Paulista, entidade que administrará o processo arbitral, de acordo com seu Regulamento”. A cláusula vazia, por sua vez, apenas indica que o litígio será solucionado por arbitragem, mas não indica nem o árbitro nem a entidade.

---

9 Art. 269, III, do CPC.

10 *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei nº 9.307/1996, p. 43.

11 A abordagem de alguns desses aspectos da arbitragem já foi desenvolvida por mim em artigo publicado no volume 4 desta revista com o título: “Uma tentativa de reflexão – jurídica e extrajurídica – sobre a arbitragem”.

No caso da cláusula vazia, há a necessidade da instauração de um procedimento, de acordo com o art. 6º da Lei, que pode inclusive resultar em uma ação judicial com a finalidade de lavrar-se o compromisso arbitral<sup>12</sup>.

Já o compromisso arbitral seria a convenção estabelecida pelas partes de um litígio a resolvê-lo por meio de um árbitro escolhido por elas (art. 9º). Nesse sentido, o compromisso arbitral não precederia ao conflito. Havendo o conflito, as partes optariam por solucioná-lo por arbitragem.

### **3.2 A sentença arbitral e seus efeitos**

Lê-se no art. 31 da Lei nº 9.307 que 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.

Mais uma vez deixa claro o legislador o aspecto jurisdicional da arbitragem, aqui o traduzindo na fórmula da eficácia de sua decisão, munindo-o com a mesma eficácia da sentença judicial do processo de conhecimento.

Ou seja, pretende-se resolver o conflito, decidindo-o e tornando-se imutável essa decisão, tal qual a sentença judicial.

O processo de execução da sentença arbitral é um processo judicial, já que a lei deixa claro que a sentença arbitral é um título executivo, e o Código de Processo Civil, no art. 584, também o faz definindo-a como um título judicial.

### **3.3 Os meios de impugnação à decisão arbitral**

Talvez seja este um dos aspectos da arbitragem que mais suscite discussão, ou, ainda, que cause entre aqueles que permanecem criticando essa forma alternativa de solução de litígio maior receio.

É que quando se fala em arbitragem como um equivalente jurisdicional, como um meio alternativo de solução de conflitos, questiona-se sempre sobre a eficácia dessa decisão arbitral e mais ainda a possibilidade de impugnação a essa decisão.

Inquieta muito dizer que a sentença arbitral tem a mesma eficácia que a sentença judicial e mais ainda dizer que essa sentença não é passível de recurso no Poder Judiciário.

É interessante notar, inclusive, o paradoxo que essa situação nos mostra: de um lado, convencionam-se livremente a arbitragem como forma de solução de litígio, escolhe-se o árbitro, escolhe-se a “lei” aplicada ao julgamento e, por outro lado, teme-se pela impossibilidade de recurso.

---

12 Art. 6º da Lei nº 9.307/1996: “Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.”

Talvez a explicação para isso seja até cultural, não confiamos em nossas instituições e por isso só nos sentimos seguros com a possibilidade de recursos de suas decisões. Mas, nesse caso, é curioso que a sociedade que não confia naquelas instituições parece que também não confia em si própria, afinal, também se sente insegura caso não possa recorrer de uma decisão para a qual estabeleceu tudo, desde o juiz até a lei.

A Lei nº 9.307 faz referência somente a duas formas de impugnação: a ação de nulidade proposta no Judiciário (art. 33) e os embargos de declaração (art. 30).

A matéria dos embargos de declaração, que não recebe esse nome pela lei, está descrita em dois incisos: o primeiro diz respeito aos erros materiais da sentença que, no processo civil, pode ser realizado de ofício pelo juiz, independente de embargos (art. 463 do CPC); e o segundo diz respeito à obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral (como no CPC, nos embargos).

A matéria de nulidade é especificada em oito incisos no art. 32, mas em todos eles não acarretará uma nova decisão pelo Poder Judiciário: ou se declarará nula a sentença, ou se determinará que o árbitro profira outra.

Essas são resumidamente as hipóteses legais de impugnação à arbitragem.

### **3.4 Ação de nulidade de ato jurídico**

Além das duas hipóteses descritas especificadamente na Lei nº 9.307, também podemos pensar na ação de nulidade de ato jurídico.

Sendo a sentença arbitral um ato jurídico, e não estando sujeita ao procedimento recursal do Código de Processo Civil, também deve preencher os requisitos de validade do ato jurídico.

Agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Os dois últimos aspetos do ato jurídico não comportam muitos comentários, mas com relação ao primeiro podemos fazer algumas considerações.

Agente capaz não é uma relação somente quanto à capacidade, mas também quanto à manifestação livre da vontade.

Não pode ser chamado de agente capaz aquele que realiza o ato coagido, ou por dolo, ou mesmo por erro. O defeito no negócio jurídico também lhe retira a manifestação livre de vontade, que é um dos elementos para a formação do agente capaz de negociar.

Feita essa consideração, podemos dizer que a ação de nulidade do ato jurídico também será um meio de impugnação àquela decisão arbitral quando emanada de erro, dolo ou coação

## **4 MEDIAÇÃO**

A mediação é um meio que vem ganhando muito destaque entre os meios alternativos de solução de litígios.

Pode ser definida como o meio que se utiliza de uma terceira pessoa – o mediador – como uma facilitadora do acordo. Nesse sentido, é também um meio heterocompositivo, pois há a presença deste terceiro – o mediador – que auxilia as partes na busca da solução de seu litígio.

Fernanda Tartuce, ao defini-la, diz que “a mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual”<sup>13</sup>.

Mas não é o mediador quem decide o litígio, como acontece com o árbitro na arbitragem, e nesse aspecto é muito semelhante à conciliação, sendo mesmo difícil em sua atuação diferenciá-los.

Costuma-se dizer que a figura do conciliador é mais ativa, enquanto a do mediador é mais passiva. O conciliador propõe o acordo, sugere o acordo; já o mediador age para que as partes cheguem a essa composição, mas sem impor.

Essa sutil diferença é percebida por Joel Figueira Dias, que a explica da seguinte forma:

A mediação (judicial ou extrajudicial) propicia aos contendores o encontro da solução amigável capaz de resolver definitivamente a controvérsia, seja pela conciliação ou pela transação.

Como uma das técnicas de composição dos conflitos não se identifica totalmente com a conciliação, nada obstante a similitude existente entre ambas. Naquela, o mediador tenta aproximar os litigantes promovendo o diálogo entre elas a fim de que as próprias partes encontrem a solução e ponham termo ao litígio. Funda-se a técnica aos limites estritos da aproximação dos contendores.

Diversamente, na conciliação, o terceiro imparcial chamado a mediar o conflito – o conciliador – não só aproxima as partes como ainda realiza atividades de controle das negociações, aparando as arestas porventura existentes, formulando propostas, apontando as vantagens ou desvantagens, buscando sempre facilitar e alcançar a autocomposição.<sup>14</sup>

Também Fernanda Tartuce, em sua obra sobre mediação, aponta esta diferença: “O mediador não impõe decisões, mas dirige as regras de comunicação entre as partes”<sup>15</sup>.

O próprio projeto de lei, de que trataremos a seguir, define a mediação em seu art. 2º como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, *as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções*, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual” (grifos nossos).

13 *Mediação nos conflitos civis*, p. 208.

14 *Arbitragem*, p. 52.

15 *Mediação nos conflitos civis*, p. 208.

Por isso se disse que é muito difícil em uma atuação prática da mediação, principalmente envolvendo conflitos jurídicos, diferenciá-la da conciliação. A própria Justiça tem usado a terminologia “sessão de conciliação e mediação” para designar a audiência na qual se tentará uma solução pacífica do conflito<sup>16</sup>.

Mas a atuação da mediação não se dá somente nos conflitos jurídicos; a sua abrangência é muito mais extensa, envolvendo várias áreas que inclusive classifica a atuação da mediação como, por exemplo: mediação familiar; mediação corporativa; mediação comunitária; mediação de pares e outras.

#### **4.1 Institucionalização da mediação**

A importância da mediação na atuação dos conflitos tem sido cada vez maior, as suas vantagens percebidas por muitos têm tornado-a hoje um dos meios alternativos mais comentados.

Prova dessa importância é a institucionalização da mediação que se propõe no Projeto de Lei nº 4.287/1998.

O projeto é assim ementado: “Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências”.

A mediação, por este projeto, é classificada em judicial e extrajudicial e poderá ser prévia ou incidental<sup>17</sup>.

Os mediadores poderão, por sua vez, serem judiciais ou extrajudiciais. Serão mediadores judiciais os advogados com três anos de exercício de atividade profissional, e extrajudiciais qualquer profissional, desde que inscrito no Registro de Mediadores, conforme a lei.

Um ponto polêmico desse projeto é a instituição de uma mediação incidental obrigatória em determinados processos, dos quais a lei somente excepciona aqueles em que esta não ocorrerá (art. 34).

Porém, tudo isso só demonstra o quanto esse meio vem ganhando força e deixando de ser uma mera alternativa.

### **5 COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA**

Instituída pela Lei nº 9.958/2000, que acrescentou os arts. 625-A a 625-H, as Comissões de Conciliação Prévia enquadram-se como um dos meios alternativos de solução de litígios, específicos do direito trabalhista.

---

16 O Provimento nº 893/2004 do Conselho Superior da Magistratura autorizou a criação e instalação do Setor de Conciliação e Mediação nas Comarcas e Foros da Capital e do interior do Estado para questões cíveis que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, questões da família e da infância e juventude. Atualmente está em vigor o Provimento nº 953/2005, que revogou o provimento anterior.

17 Diz o art. 3º do Projeto nº 4.827/1998: “A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores”.

Estabelece o art. 625-A:

As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho.

Parágrafo único. As comissões referidas no *caput* deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical.

Diante dessa leitura, constata-se que as Comissões de Conciliação Prévia, quando instituídas, funcionarão como uma etapa de conciliação anterior à Justiça.

Mas é uma etapa obrigatória ou apenas facultativa? Nessa pergunta encontra-se uma das suas principais discussões. Pela leitura do art. 625-A, é facultativa. Mas o art. 625-D estabelece que “qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria”.

Caso se entenda que é obrigatória, esta passaria a ser uma condição da ação trabalhista: ter submetido o conflito à Comissão de Conciliação Prévia.

Não parece ser esse o caminho adotado pela Justiça Trabalhista; há muitas decisões entendendo que o trabalhador não é obrigado a participar de uma Comissão de Conciliação Prévia<sup>18</sup>.

Além disso, as Comissões são alvo de muita crítica pelos teóricos do direito do trabalho, há mesmo quem as considere um convite à fraude<sup>19</sup>. Elas fazem parte da política de flexibilização dos direitos trabalhistas implementada em nosso País, muitas vezes em um discurso falacioso, culpabilizando as garantias trabalhistas como a causa de tantos problemas<sup>20</sup>.

---

18 Como na decisão do Agravo de Instrumento nº 885/2002, decidido pela 5ª Turma do TST: “Agravo de instrumento. Admissibilidade. Recurso de revista. Submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia. Faculdade. Obediência ao Princípio do Acesso ao Judiciário. A Lei nº 9.945/2000 instituiu a Comissão de Conciliação Prévia, de composição paritária, em empresas ou grupo de empresas, em sindicatos ou grupo destes, acrescentando à CLT os arts. 625-A a 625-H. O art. 625-D, por sua vez, dispõe que: ‘Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituído a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria’. Esta Corte vem decidindo que, inobstante a Lei nº 9.958/2000 tenha instituído as Comissões de Conciliação Prévia, constitui mera faculdade do trabalhador a submissão da demanda à conciliação extrajudicial antes de postular em juízo parcelas que entende ser credor. Tal entendimento funda-se no princípio que assegura o direito à inafastabilidade do controle jurisdicional, inserto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal”.

19 É esse o título de um artigo escrito por Orlando Tadeu de Alcântara e José Nilton Ferreira Pandelot: “Comissões de Conciliação Prévia: um convite à fraude”, p. 90.

20 “Tanto a lei que trata do rito sumaríssimo – Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000 –, quanto a que trata das Comissões de Conciliação Prévia – Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000 –, se prestam a um só fim, qual seja, dar sequência e consequência à política de flexibilização dos direitos, materializando aquilo que já foi implementado, afastando dos Sindicatos e do Poder Judiciário a possibilidade de fiscalizar e apenar os empresários que não cumprem os direitos dos trabalhadores e colocando nas mãos dos lobos – empresários – uma forma mais concentrada e controlada de não terem seus desmandos divulgados

Classificaríamos as CCPs como um meio autocompositivo, pois não há a presença de um terceiro mediando ou mesmo julgando o litígio, o que há é uma composição paritária de empregado e empregador discutindo e buscando resolver o litígio.

## 6 NEGOCIAÇÃO

A negociação, no nosso entendimento, é uma técnica e não um dos meios alternativos aqui tratados, mas sem ela não se faz um bom conciliador, um bom mediador, um bom árbitro e até mesmo um bom juiz, daí a sua importância nos escritos sobre esse assunto<sup>21</sup>.

Há inúmeras obras sobre negociação, e as principais delas fogem ao mundo jurídico que a descobriu recentemente, muito depois dos administradores, economistas, psicólogos, etc.

E a descobriu depois porque negociar era algo que não preocupava os operadores do Direito, que viam o conflito sob a ótica de um processo litigioso, no qual cada um sentava de um lado para brigar e ver afinal quem ganhava, quem tinha razão.

Bom, não se precisa dizer que tudo isso faz parte de um passado que cada vez fica mais distante; negociar faz parte do dia a dia de todos nós e, hoje, também do profissional do Direito.

Existem vários estudos sobre as técnicas de negociação, uma das que vem ganhando muito espaço entre nós é a da Escola de Negociação Harvard, chamada de negociação baseada em princípios<sup>22</sup>.

Segundo esse método, há quatro posições que um negociador deve adotar:

1. Separar as pessoas do problema;
2. Concentrar-se nos interesses e não nas posições;
3. Inventar opções de ganhos mútuos;
4. Utilizar critérios objetivos.

Todas essas quatro posições são fartamente explicadas na obra citada.

Como dissemos, existem diversas técnicas de negociação, mas o mais importante que devemos saber é que negociar é algo que fazemos a todo momento e, por isso, quanto melhor realizada, melhor a chance de emprendermos bons acordos em que a

---

ou mesmo atacados e anulados". Esta é a ácida crítica de Ellen Mara Ferraz Hazan e Marcelo Lamego Pertence na obra coletiva *Comissões de conciliação prévia*, p. 101.

21 Para Juliana Demarchi, a negociação é a técnica por meio da qual as pessoas com interesses conflitantes tentam resolver seu problema por meio de tratativas diretas.

22 Esse método foi muito difundido por meio da obra *Como chegar ao sim*, dos professores e idealizadores da técnica.

preocupação não seja somente no seu conteúdo, mas, também, e principalmente, na relação entre as partes.

## CONCLUSÃO

Nada mais injusto que um sistema que não possibilita a todos os meios necessários para a solução de seus litígios, e o conhecimento desses meios, a forma de utilizá-los, o acesso simples e rápido. O nosso Judiciário está longe de ser um sistema acessível dessa forma, mas ficará sempre mais distante se monopolizar para si todo meio de solução de litígio.

Os meios alternativos surgem também como uma forma de enfrentar o problema da dificuldade do acesso ao Judiciário, mas principalmente como meios que vêm a ser uma escolha frente ao que antes quase poderíamos afirmar ser um monopólio da prestação da jurisdição.

Porém, não devem ser vistos como a solução para os problemas do Judiciário, principalmente o da sua morosidade, que é onde o discurso mais se justifica.

Aliás, essa não pode ser a justificativa para sua adoção, senão estaremos perversamente transferindo para as partes envolvidas em um conflito um problema que não é delas: o da lentidão do Judiciário.

Daí a crítica que fazemos a essas “audiências pressionadas de conciliação”, nas quais o motivo para sua adoção não é pacificação com justiça do conflito, mas a demora da decisão, utilizando o juiz ou conciliador expressões como “é melhor se conciliar porque o processo demora muito”.

Isso não só é cruel com as partes, porque, afinal, deve-se conciliar, não porque o processo demora, mas porque identifico como vantajoso para o meu litígio; mas também desmerece o próprio Judiciário, deslegitimando-o como Poder julgador dos conflitos de interesses e, nesse sentido, ao invés de contribuir com o acesso à justiça, afasto-o.

Porém, para além dessa crítica, a ampliação da participação desses meios alternativos vem contribuir acima de tudo com uma visão menos litigiosa do conflito, fazendo com que as pessoas busquem, antes de mais nada, uma composição e levando ao Judiciário somente aquilo que realmente é necessário.

Mas para que se consolidem de maneira séria e legítima, é necessária a percepção de todos de suas reais funções, para que assim possam sempre ser utilizados de maneira correta e justa entre as partes em conflito, pois só assim se construirá culturalmente o ambiente necessário para seu maior alcance.

## REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Orlando Tadeu; PANDELOT, José Nilton Ferreira. Comissões de conciliação prévia: um convite à fraude. In: RENAULT, Luís Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). *Comissões de conciliação prévia: quando o direito enfrenta a realidade*. São Paulo: LTr, 2003.

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000.
- DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e negociação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. Revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. Legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999.
- HAZAN, Ellen Mara Ferraz; PERTENCE, Marcelo Lamego. Comissões de conciliação prévia: verdades e mentiras. In: RENAULT, Luís Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). *Comissões de conciliação prévia: quando o direito enfrenta a realidade*. São Paulo: LTr, 2003.
- MOURA, Renata Helena Paganoto. Uma tentativa de reflexão – jurídica e extrajurídica – sobre a arbitragem. *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista*, São Paulo: Thomson/IOB, 2006.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PORTANOVA, Ruy. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

# A ÉTICA ACADÊMICA COMO INSTRUMENTO DE HARMONIZAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES NO PROCESSO EDUCACIONAL

---

**Marcos Abílio Domingues**

Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor do Curso de Direito e Coordenador da Área 3 da Faculdade Campo Limpo Paulista/SP, Advogado.

**RESUMO:** O processo educacional pressupõe responsabilidades, que nem sempre estão claramente identificadas. Elas envolvem tanto a sociedade quanto os principais atores da relação educacional, estudantes e professores. Tais responsabilidades podem ser tratadas do ponto de vista da Ética, seja ela dos seus protagonistas ou de toda a sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação; ética; responsabilidade; sociedade.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A ética e a dignidade humana; 2 A ética e a educação; 3 A ética e o estudante; 4 A ética e o professor; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

Apesar de muito discutida, a Ética jamais deixa de estar na pauta das preocupações humanas, notadamente do meio acadêmico.

Com exceções, geralmente discutimos a Ética do ponto de vista do outro, ou seja, “eu sempre ajo de maneira ética e não as outras pessoas”. É assim, por exemplo, para o aluno ou para o professor. No mesmo sentido, vale o exemplo: quando dirigimos no trânsito, todos os demais motoristas estão errados, menos nós.

Com esta perspectiva, pretendemos incentivar o debate no sentido de despertar uma preocupação no meio acadêmico da prática de cada um.

Já se disse que Ética não é apenas uma teoria, mas, sobretudo, prática, pois não existe Ética sem a sua efetiva adoção nas ações cotidianas, ainda que se possa identificá-la como uma das ciências do vasto conhecimento humano.

Diante dessas primeiras linhas, pretendemos discutir a Ética como construção humana, inicialmente, subjetiva que se estende ao convívio social. Posteriormente, a ideia é cuidar do tema, especificamente, no que incide sobre o comportamento do estudante e do professor.

Sem pretender esgotar o assunto ou oferecer uma conclusão definitiva ou absoluta, pretendemos colaborar com a repercussão e o tratamento da Ética na prática acadêmica, pois entendemos que esta mereça maior atenção e reflexão, principalmente no meio universitário.

## 1 A ÉTICA E A DIGNIDADE HUMANA

De maneira simples e como área do conhecimento humano, a Ética pode ser definida como a ciência do bem ou, pragmaticamente, a conduta para o bem comum. Esta afirmação conduz a identificar a Ética a “uma reflexão sobre a conduta humana”<sup>1</sup>, que implica também regras de conduta, razão pela qual a Ética diz respeito ao comportamento entre as pessoas e o Direito, que normatiza este comportamento.

De outro lado, para o mesmo Gustavo Korte<sup>2</sup>, Ética, como ciência, envolve o estudo de todos os fenômenos sociais que, por serem sociais, incluem a participação do ser humano nas relações com outro ser humano e com o universo. Nesse sentido, podemos identificar a conduta ética individual no que diz respeito, por exemplo, ao relacionamento personalíssimo entre as pessoas, como também, destas com outros indivíduos e perante o meio natural e o meio artificial que as cercam.

Especificamente, Eduardo García Máynez<sup>3</sup> define Ética como “o conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem”. De outro lado, mas com significado semelhante, Guilherme Assis de Almeida e Martha Ochsenhofer Christmann<sup>4</sup> afirmam que a “ética é a ciência ou filosofia que fará a eleição das melhores ações, tendo como horizonte o interesse coletivo, universal”. Esta definição traz à mente o famoso imperativo categórico de Kant: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”<sup>5</sup>.

No contexto até aqui referido, diante da vinculação da Ética ao bem e, consequentemente, à noção de justiça, caminhamos para a percepção de que a Ética, ciência, ou, a ética, prática cotidiana do comportamento humano, é, ou são, a consagração da virtude ou daquilo que deve ser considerado como bom para todos<sup>6</sup>.

Entretanto, a ideia de justiça e bem-estar para todos, frente à realidade, nem sempre é alcançada ou realizada. De regra, as preocupações humanas estão tomadas pela necessidade de sobrevivência e proteção, que aniquilam o comportamento virtuoso, pois os interesses individuais de cada um se sobrepõem à harmonização do coletivo. Esta circunstância, escolher entre a virtude da prática do bem e da justiça ou, mesquinha-mente, agir em benefício próprio, ainda que isto resulte prejuízo e mal ao semelhante, implica uma nítida relação da Ética com a dignidade humana e o dever-ser.

---

1 Korte, 1999, p. IX.

2 Idem, p. 1 e 22.

3 *Ética – Ética empírica. Ética de bens. Ética formal. Ética valorativa*. 18. ed. México: Editorial Porrúa, 1970. p. 12. Apud Nalini, 2004, p. 26.

4 Almeida e Christmann, 2009, p. 4.

5 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril, 1980. p. 135. Apud Vasconcellos, 2002, p. 90.

6 Contudo, muitos autores, entre eles Miguel Reale (2009, p. 39), destacam dois prismas da Ética: a Ética subjetiva, relacionada ao bem individual e cujas escolhas dizem respeito à moral; e a Ética da coletividade, que considera nas escolhas o bem comum e as relações intersubjetivas e, por extensão, o Direito.

O plano que envolve a existência de regra de conduta, como coisa que existe – por exemplo, a norma jurídica no Direito –, mas que não necessariamente acontece, pois depende da escolha humana, revela o dever-ser da Ética ou do comportamento ético. Ou seja, qualquer pessoa pode escolher agir somente em proveito de si mesma ou agir em benefício da sociedade na qual se inclui. Na primeira hipótese prevalece o egoísmo, e na segunda o altruísmo.

A diferença entre o ser humano e o animal é a possibilidade consciente de escolha das ações que realiza. Isso não é, com certeza, uma vantagem, e sim um diferencial por vezes perigoso, visto que o discernimento pode resultar na deliberação de realizar o mal por exclusão do bem. Por essa razão que se faz necessária a Ética<sup>7</sup> como ciência e até instrumento que permeia o processo de escolha das ações humanas<sup>8</sup>. Esse processo de escolha está intimamente ligado à ideia de dignidade humana; caso contrário, a escolha seria mera operação de favorecimento pessoal e arbitrário, como acontece com o instinto.

Neste ponto, podemos perguntar: o que a Ética tem com a dignidade ou vice-versa? Se iniciarmos a discussão considerando que a dignidade é atributo inerente à condição humana, pois resultado da capacidade racional do ser humano, inevitavelmente chegaremos à percepção de que a ética decorre desse atributo racional humano. Ou seja, o ser humano, em razão da capacidade de pensar e, conseqüentemente, estabelecer escolhas, constrói, naturalmente, um campo do saber que inclui o estudo das razões e das conseqüências do exercício da vontade. Este campo, identificado na imensa seara cultural humana, é também a Ética. Korte afirma que “o exercício das vontades está presente em todos os momentos da vida humana. Seu estudo é um dos objetos da Ética”<sup>9</sup>.

As escolhas humanas não ocorrem senão com a valoração das coisas e das atitudes, pois quem escolhe o faz mediante atribuição de valor a diversas alternativas. Quem escolhe, escolhe entre várias possibilidades. Diante disso, implica comparar e atribuir valor a essas possibilidades ou alternativas. Quando o ser humano escolhe, o faz com a atribuição de juízos de valor. Para Miguel Reale<sup>10</sup>, toda norma revela um dever-ser; pois resultado do reconhecimento de “um valor como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório”. O valor reconhecido é o juízo, como ato mental, pelo qual se atribui “com caráter de necessidade certa qualidade a um ser, a um ente”. A perspectiva da possibilidade de estabelecer um juízo de valor, a tudo que cerca o ser humano, revela também um poder decorrente da liberdade, pois escolher é estabelecer valor. “A característica da preferibilidade explica o porquê da escolha de determinado valor em detrimento de outro. Mostra também a relação existente entre liberdade e valor: ter um valor preferido implica uma escolha”<sup>11</sup>.

7 Almeida e Christmann, 2009, p. 20.

8 Aqui vale ressaltar e diferenciar o termo Ética como ciência e ética como prática cotidiana, como pragmática ou instrumento para determinar as ações.

9 Korte, 1999, p. 23.

10 Reale, 2009, p. 34.

11 Almeida e Christmann, 2009, p. 37.

Entretanto, é importante reconhecer esse poder ou essa liberdade de escolha não apenas em si mesmo, mas em todos os seres humanos, caso contrário, a Ética coletiva pode se restringir a uma moral subjetiva e egoísta. Nesse ponto, podemos identificar com clareza a relação da Ética com a dignidade humana. Mais uma vez Almeida e Christmann<sup>12</sup> nos ajudam ao afirmar:

A mera possibilidade de escolha, a liberdade por si só, não constitui a dignidade do ser humano. O que será constitutivo de sua dignidade é a consideração da existência dessa liberdade em todos os seres humanos, e não mero desejo de seu exercício. [...] O ser humano é aquele que possui a liberdade, que tem a possibilidade de, ao menos teoricamente, determinar seu *dever-ser*. É essa possibilidade que deve ser levada em conta, respeitada, considerada. A essência da dignidade do ser humano é o respeito mútuo a essa possibilidade de escolha. Como a especificidade do ser humano é sua liberdade, a dignidade a ele inerente consistirá no respeito a essa possibilidade de escolha.

Vale dizer que a Ética, ou o agir de acordo com os designios da Ética, implica comparar-se aos demais seres humanos, reconhecendo em si e nos outros o atributo da dignidade humana e, por consequência, o poder de escolha e os efeitos dessa escolha, que podem resultar em males para a coletividade. Não nos enganemos ao pensar que há males para a coletividade somente quando somos atingidos, individualmente, em nosso patrimônio econômico, psíquico ou moral. O prejuízo é também de cada um de nós, mesmo quando um ente vivo – conhecido ou desconhecido; próximo ou distante; parente ou não – é prejudicado, pois somos parte da coletividade. Se um fragmento dessa coletividade é desrespeitado, o todo ou mesmo cada fragmento é também desrespeitado.

De outro lado, Gofredo Telles Junior<sup>13</sup>, ao relacionar Ética, razão humana e valor, menciona bens soberanos que são alvo da escolha e da ação humanas: a liberdade, a justiça, a bondade, a verdade, a beleza e o poder. Contudo, destaca que estes não são sempre os mesmos, pois dependem do lugar e do tempo, haja vista vinculados a realidades históricas. De qualquer maneira, sempre são determinados por juízos de valor. Mais adiante o autor conclui:

Vê-se, pois, que a Ética ou a Moral é a ordenação ideal para a atividade livre do ser humano. De fato, a Ética ou Moral tem por objetivo levar o homem a ser a plena e perfeita realização de sua natureza, isto é, a ser cada vez *mais homem*, mais completamente aquele ser que a natureza dotou de consciência e espiritualidade. [...] Quando o homem segue a sua natureza, ele tende para o seu perfazimento, dentro da ordem ou categoria a que o homem pertence. Ele tende a ser cada vez mais homem.<sup>14</sup> (mantida a grafia original!)

---

12 Idem, p. 39.

13 Telles Junior, 1988, p. 226-229.

14 Idem, p. 233-234.

Deve-se ressaltar que as ideias de natureza ou perfazimento devem ser consideradas no sentido de aprimoramento do ser humano, ou seja, mesmo que a Ética possa ser contextualizada em uma medida de tempo e espaço, ela está vinculada a uma escolha axiológica que decorre da busca humana de aprimoramento. Por exemplo, a escravidão, no mundo ocidental, já foi considerada prática comum. Hoje, deixou de ser em razão de uma nova valoração da condição humana, pois atualmente entende-se que a escravidão viola a dignidade do homem. Nesse sentido, será que as escolhas humanas implicam descobertas e não criações culturais? O ser humano descobre novas naturezas de si mesmo e, por consequência, novos valores. Gofredo Telles Junior afirma: “Compreender o comportamento ético é compreender o ato de escolha”<sup>15</sup>.

De qualquer maneira, sendo ou não alterável no tempo ou no espaço, a Ética sempre traz em si a ideia de aperfeiçoamento para o bem.

## 2 A ÉTICA E A EDUCAÇÃO

Todas as ações humanas estão permeadas pela Ética. Diferente não é com a educação. Talvez esta, em razão do suporte que dá a todas as escolhas humanas, tenha maior responsabilidade no aperfeiçoamento dessas escolhas.

A educação considerada como processo regular de aprendizagem pode ser encaminhada conforme os interesses coletivos ou individuais. Aqui emerge uma circunstância que implica escolha, ou seja, educar mediante modelo que priorize, por exemplo, os interesses de controle e poder de grupos ou indivíduos específicos, ou, de outro lado, educar no propósito de aperfeiçoamento humano para o bem da coletividade. A primeira possibilidade, naturalmente, decorre de um prisma egoísta, que não considera a dignidade humana e a razão alheia e própria, pois em uma perspectiva que desconsidera a liberdade humana. A segunda, por sua vez, consagra a liberdade humana e, por conseguinte, a própria dignidade, pois permite e incentiva o processo de aprendizagem baseado no aperfeiçoamento da capacidade de escolha.

Parece simples considerar que a melhor escolha para a educação deva ser a segunda possibilidade. Não pode existir liberdade, própria e do semelhante, na atitude de condicionar os comportamentos humanos para o bem ou a felicidade de si mesmo, em detrimento dos valores coletivos.

Nesse propósito devem agir os protagonistas do processo educacional, estudantes e professores. Não se trata apenas de aperfeiçoamento pessoal, mas também de aperfeiçoamento da humanidade. Somente assim podemos justificar e explicar que existe uma Ética segundo o tempo e o espaço. A mudança decorre da busca e do aperfeiçoamento da humanidade.

Nesse sentido, Pimenta e Anastasiou afirmam que educação “é o processo pelo qual se possibilita que os seres humanos se insiram na sociedade humana, historicamente

---

15 Idem, p. 256.

construída e em construção”<sup>16</sup>. As autoras continuam o raciocínio acrescentando que nesse processo há o exercício “da reflexão, do conhecimento, da análise, da compreensão, da contextualização, do desenvolvimento de habilidades e de atitudes”, do qual podemos destacar duas finalidades ou ações primordiais no processo educacional, a competência e a habilidade. A primeira, como o conjunto de conhecimentos ou saberes de um conteúdo; a segunda, como a capacidade de aplicar e renovar esse conhecimento<sup>17</sup>. Tanto a competência quanto a habilidade devem ser conduzidas e praticadas sob a influência da Ética.

Nos dois próximos capítulos pretendemos identificar uma prática ética para os principais agentes do aprendizado. Ainda que isso possa levar a uma infinidade de condutas, é nossa intenção restringir a, basicamente, cinco os enunciados éticos para estudantes e professores. Certamente, em razão da priorização da síntese, não descartamos que outras práticas existam e devam igualmente ser consideradas importantes, contudo, a exclusão daquelas que excedam cinco, apenas visa consolidar as mais relevantes.

### 3 A ÉTICA E O ESTUDANTE

Neste ponto pretendemos estabelecer quais as principais práticas éticas que devem conduzir o comportamento do estudante. Naturalmente que podemos elencar uma infinidade de condutas para exemplificar ou delimitar o que poderia ser considerado como o comportamento ideal dos discentes. Contudo, por uma escolha pela brevidade, pois acreditamos que a síntese contribui para uma melhor assimilação, como já referido, apontaremos cinco condutas para a ética estudantil.

Inicialmente, entendemos de extrema sabedoria a passagem de Platão, em *A República*, ao narrar a fala de Sócrates para Glauco: “[...] O homem livre não deve ser escravizado no aprendizado de nenhuma ciência, pois, se por um lado a prática forçada dos exercícios corporais não causa nenhum dano ao corpo, por outro lado o estudo imposto pela força não se sedimenta na alma”. Esta passagem revela que o aprender como processo depende da vontade dos agentes envolvidos. Significa dizer que o estudante precisa querer aprender para o sucesso desse processo. Em um processo de preparação física de um atleta pode-se esperar o alcance da finalidade do treinamento, mesmo que aquele não deseje ou não esteja comprometido com o próprio aperfeiçoamento; pois, em razão de tratar-se de um processo biológico e fisiológico, basta que se realize os exercícios previstos para se obter algum resultado, ainda que o atleta não esteja empenhado e comprometido. Evidentemente, que se houver extrema dedicação e vontade do atleta, o resultado será melhor, mas mesmo que ele não demonstre dedicação, o fato de realizar os exercícios resultará em algum resultado, ainda que com menor proveito ou desempenho.

Agora, o aprendizado intelectual pressupõe a escolha por aprender, visto que sem predisposição à aprendizagem o estudante ou qualquer pessoa não logra apreen-

---

16 Pimenta e Anastasiou, 2002, p. 97.

17 Domingues, 2003, p. 77-78.

der o conhecimento que se compartilha. Acreditamos que esta circunstância esteja vinculada ou decorra da condição da liberdade humana. A liberdade confere ao ser humano a condição de escolher seus atos e, sobretudo, seus pensamentos. Estes jamais proibidos ou dominados. Como o aprendizado depende do desempenho intelectual ou do espírito – como preferem alguns –, a liberdade da razão ou do pensamento pode impedir o aprendizado.

Assim, a primeira regra ou conduta a ser assumida pelo estudante é a vontade de aprender. Antes da preocupação das boas notas ou avaliações, deve o estudante dedicar-se ao aprender, tanto para o conhecimento quanto para as habilidades. A aprovação ou as boas notas, de regra, sempre são consequência do aprendizado. Mesmo porque a aprovação não depende de saber tudo ou de uma nota máxima. Normalmente, nas instituições de ensino, em qualquer nível, a nota de aprovação varia de cinco a sete. Isso indica que não se exige o conhecimento de tudo; basta dominar parte do conhecimento.

Outro ponto a ser considerado é que o estudante tenha humildade, em todos os sentidos. Principalmente em compreender que não há pessoa que saiba tudo e que sempre podemos aprender mais. É comum, notadamente, nas primeiras séries do ensino superior, o estudante demonstrar certa agressividade diante do desconhecido<sup>18</sup>. Essa agressividade, que na maioria das vezes o estudante não percebe, decorre do receio do desconhecido. É também resultado da relutância em deixar o senso comum para o científico, como exige o aprendizado metódico do ensino superior. Essas circunstâncias conduzem a um estado de insegurança que se agrava, no estudo do Direito, diante da possibilidade de existir mais de uma solução para o mesmo caso. Esse processo de agressividade é agravado pela situação do estudante não querer abrir mão do que sabe, pois, nós, seres humanos, somos resistentes em abandonar a segurança daquilo que conhecemos. Normalmente, aquilo que não conhecemos ou, no caso do processo de aprendizagem, ainda não compreendemos, nos deixa inseguros e nos leva a certa agressividade. Essa agressividade é consequência da crise que se instaura em nosso cotidiano, até então sob nosso domínio e segurança.

Neste momento, deve o estudante, com humildade, buscar superar a crise e reconhecer que não sabemos tudo e, ademais, é necessário aceitar o novo, pois, em seguida, o aprender ou a superação dessa crise pode resultar em muito prazer e satisfação, posto que o ato de aprender, para o ser humano, sempre é seguido de uma sensação de vitória.

Como terceira prática no processo educacional, podemos destacar a compreensão e o respeito à dignidade humana. Ou seja, adotar conduta que priorize condições e oportunidades iguais para todos os envolvidos na aprendizagem. Isso implica honestidade nas tarefas escolares; abster-se da prática de fraudes em quaisquer atividades acadêmicas, seja o repúdio às chamadas “colas” nas avaliações, seja na elaboração de pesquisas sem cópias, etc. Aqui, o respeito à dignidade humana se justifica considerando

---

18 Rodriguez, 2008, p. 1.

que, como seres iguais e pertencentes à mesma espécie, todos os sujeitos envolvidos nas relações educacionais merecem tratamento igualitário para usufruírem das mesmas oportunidades e possibilidades.

Além das condutas até aqui elencadas, devemos incluir o compromisso com a pacificação das relações sociais. A convivência dos estudantes entre si e destes com os professores é inerente ao processo educacional, portanto, inevitável que atuem, todos, para um convívio pacífico e respeitoso. A paz entre os agentes educacionais, inegavelmente, traz maior oportunidade para o aprendizado, tanto de conteúdo quanto de qualidade. O ganho não é apenas para o conhecimento formal inerente a qualquer estudo regular, como também do ponto de vista pessoal e emocional, pois a harmonia entre aqueles que convivem no cotidiano só pode engrandecer a cada um e a todos no propósito humano do aperfeiçoamento.

Finalmente, entendemos como relevante enunciar como ação positiva nas relações que ocorrem no processo educacional a escolha crítica, reflexiva e consciente pelo aperfeiçoamento humano. Isso nada mais significa que o ato de aprender e conhecer, e como característica da razão humana deve resultar de uma escolha consciente do estudante, para que ele contribua decisivamente no engrandecimento pessoal e coletivo. Se o estudante opta pela educação, seja sob qualquer pretexto – melhorar de vida econômica, social ou pessoalmente –, deve fazê-lo com entrega, para que este momento contribua para o crescimento pessoal e de toda a sociedade.

Evidente, nos parece, que todas essas cinco práticas indicadas estejam interligadas, seja a dignidade humana ao atributo da razão humana – que possibilita escolhas – ou aos vários aspectos que torneiam a Ética, pois em tudo que o ser humano constrói deve-se incluir “a construção da paz, da solidariedade, da justiça, da liberdade e da responsabilidade social, com postura crítica e reflexiva, sem arrogância ou pretensão da verdade absoluta”<sup>19</sup>.

#### 4 A ÉTICA E O PROFESSOR

Apesar das inúmeras discussões sobre Ética no meio acadêmico, absurdamente, pouco se fala ou se discute acerca desta com relação ao comportamento do professor. Essa constatação não é somente nossa. Parece que o professor, em razão de sua posição talvez de domínio (não tanto hoje como no passado) ou de evidência, está acima de qualquer suspeita, contudo, também ele é um ser humano e, por isso, passível das mesmas aflições e imperfeições do estudante. Quem sabe, no caso do professor, essas sejam maiores, pois sempre se espera dele a supremacia do saber e o controle da situação no processo educacional.

Diante disso, e até por uma questão de síntese, indicamos aqui para reflexão, basicamente, as cinco mesmas práticas apontadas anteriormente para os estudantes, apenas adaptadas para o comportamento do mestre.

---

19 Domingues, 2004, p. 31.

Inicialmente, entendemos pertinente ao professor encarar seu mister com vontade para compartilhar o conhecimento. Atualmente, está superada a máxima de que o professor ensina e o aluno aprende. São de Paulo Freire as seguintes palavras: “Não há docência sem discência, as duas se explicam e seus sujeitos, apesar das diferenças que os conotam, não se reduzem à condição de objeto, um do outro. Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender”<sup>20</sup>. Podemos entender que hoje temos uma parceria entre professor e aluno. Ambos constroem um caminho de aperfeiçoamento mútuo.

A ética do professor de compartilhar conhecimento deve incluir a prática costumeira de sempre e sempre aperfeiçoar sua atuação no processo pedagógico. Isso inclui a revisão permanente, não só dos métodos de aula, mas dos próprios conteúdos de aula. O professor deve ter o compromisso eterno de aprender e dividir este aprendizado com o estudante. Quem assim não faz fere a Ética e a moral, pois “quando o professor é negligente ou incompetente, tanto a sua dignidade pessoal é afetada como o aluno é prejudicado em seus interesses legítimos”<sup>21</sup>.

A segunda prática reservada ao professor, que também decorre daquela atribuída ao estudante, implica o reconhecimento e a superação da própria agressividade diante da resistência ou do inconformismo do estudante. Por vezes a agressividade do estudante, motivada pela insegurança diante do desconhecido apresentado pelo professor, gera de outro lado uma reação agressiva por este último. Da mesma maneira que o estudante se sente ameaçado quando se vê diante da constatação de que não sabe tudo, por sua vez, o professor – como aquele que deve controlar e conduzir o processo educacional – também se sente inseguro e desafiado com a reação do estudante.

Diante disso tudo, inegavelmente, o professor, aparentemente, como o principal condutor do aprendizado, deve ter habilidade para superar a sua agressividade e a do estudante. O professor precisa buscar mecanismos de superar sua agressividade e conduzir o estudante a fazer o mesmo em relação à dele. Nessa tarefa é ideal que o professor consiga destacar para cada estudante a individualidade de cada um, de maneira que cada um deles identifique o próprio momento e o ritmo do aprendizado. Ou seja, apesar das dificuldades, às vezes decorrentes das salas com muitos alunos, deve o professor demonstrar aos estudantes a necessidade deles se autoconhecerem. Com isso, o professor alerta o estudante para que ele identifique o melhor caminho para o conhecimento, pois, por exemplo, para alguns é eficaz a participação nas discussões em sala de aula, para outros, por outro lado, se fazem imprescindíveis leituras prévias ou posteriores, e assim por diante.

O terceiro ponto para o professor seria a compreensão e o respeito à dignidade humana, com a adoção tanto nas atividades de ensino quanto nas atividades de avaliação

---

20 Freire, 2002, p. 25.

21 Vasconcellos, 2002, p. 119.

de condições e oportunidades iguais. A avaliação não pode ser entendida como um ato de poder ou de força. Certo que este aspecto mereceria maior reflexão e debate, que, infelizmente, não comporta maior extensão neste texto, mas, vale destacar, rapidamente, que a lisura das atividades e das avaliações escolares deve ser promovida pelo professor, até como respeito a todos os envolvidos.

Da mesma maneira que todas as atividades pedagógicas sejam direcionadas para o aprendizado, igualmente deve o professor pensar a avaliação como oportunidade de aprendizado e não como mero instrumento de barganha de nota para controle e disciplinamento dos estudantes<sup>22</sup>. Isso pode engrandecer a avaliação e diminuir o impacto emocional desta na atitude dos estudantes. Infelizmente, ainda não podemos descuidar dos aspectos relacionados à honestidade na realização das atividades ou avaliações escolares, de maneira que deve o professor evitar fraudes e abusos.

A quarta conduta do professor em benefício da Ética deve ser o compromisso com a pacificação das relações sociais no âmbito escolar. O professor deve incentivar e praticar uma conduta de paz no meio acadêmico, que possibilite condições adequadas e serenas para o processo educacional. Essa atitude não deve ser confundida com permissividade excessiva, pois, mesmo entre os adultos, que são a maioria no meio universitário, espera-se do professor um comportamento de controle, ainda que amistoso. Também, de outro lado, não pode existir uma atuação extremamente repressiva ou tolhedora da ação do estudante, como no passado, pois, como afirma Charles Silva Barbosa<sup>23</sup>:

Não se viabiliza a formação de cidadãos éticos impondo preceitos dogmáticos e inquestionáveis, limitando o raciocínio crítico e pugnando pelo acatamento de modelos pré-concebidos e ortodoxos. A ética se resgata pelo sentimento de valorização da vida em cada uma das suas facetas, pelo modificar constante das respostas e pela constante renovação no incansável enfrentamento dos problemas.

Por último, identificamos como a quinta conduta do professor para a sagração da Ética, a escolha crítica, reflexiva e consciente pelo aperfeiçoamento humano e profissional do estudante e de si mesmo. No caso, o professor deve buscar constante atualização do próprio conhecimento, bem como contínua preparação e reformulação de sua atuação em sala, antes e depois da aula. Maura Vasconcellos afirma:

No caso do professor, o desenvolvimento de uma consciência crítico-reflexiva é fundamental para que ele possa elevar-se do plano de sua prática e refletir sobre ela visando um maior aperfeiçoamento. Somente essa conscientização pode permitir que o professor faça de sua prática uma verdadeira práxis.<sup>24</sup>

---

22 Idem, p. 154.

23 Barbosa, 2009, p. 94-95.

24 Vasconcellos, 2002, p. 118.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ética só pode ser entendida do ponto de vista da dignidade humana. O ser humano como ser vivo e racional necessita da Ética como freio dos desmandos que a escolha pode perpetrar. Além disso, a Ética, diante do dever-ser, pode funcionar como instrumento do aperfeiçoamento e elemento de igualdade humana.

Pela Ética e com a Ética os agentes do processo educacional devem assumir suas respectivas responsabilidades, haja vista tratar-se de uma parceria na qual ambos aprendem e ensinam mediante escolhas.

Nesse intento, em resumo, destacamos cinco condutas básicas, tanto para estudantes quanto para professores: vontade para o conhecimento e para seu compartilhamento; reconhecimento e superação da agressividade diante do desconhecido ou da resistência ao novo; respeito à dignidade humana; compromisso com a pacificação das relações sociais, principalmente no meio acadêmico; escolha crítica e reflexiva pelo aperfeiçoamento humano.

Evidente que o assunto não se esgota nessas poucas linhas. Temos certo que muitos dos aspectos aqui mencionados mereceriam, do ponto de vista educacional, uma análise mais profunda, mas, como já referido, não seria, especificamente, o objeto deste escrito.

Mas pretendemos, humildemente, destacar a responsabilidade dos principais sujeitos do processo educacional para as respectivas atuações, que podem ter um princípio de assunção pela conscientização ética.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guilherme Assis; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. *Ética e direito: uma perspectiva integrada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARBOSA, Charles Silva. Em resgate à Ética nas carreiras jurídicas – A necessária ruptura com o modelo acadêmico científico-positivista. *Revista Diálogos e Ciência*, a. 7, n. 17, mar. 2009. Disponível em: <[http://dialogos.ftc.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=167&hemid=4](http://dialogos.ftc.br/index.php?option=com_content&task=view&id=167&hemid=4)>. Acesso em: 2 maio 2010.
- DOMINGUES, Marcos Abílio. Ensino jurídico: entre a competência e a habilidade. *Revista do curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, p. 71-80, 2003.
- \_\_\_\_\_. Curso de bacharelado em direito: refém de um equívoco. *Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista*, São Paulo: Síntese IOB, v. 2, p. 23-32, 2004.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996-2002.
- KORTE, Gustavo. *Iniciação à Ética*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PIMENTA, Selma Garrido; ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos. São Paulo: Cortez, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. Ajustada ao novo código civil. São

Paulo: Saraiva, 2002, 8. tir. 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Resistir ao conhecimento e sufocar a imaginação. *Boletim Educação Jurídica*, v. 2, n. 1, p. 01-05, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publicaçõe/Educação%20Jurídica%20Vol.2%20Nº1%20-%20jan-mar%202008.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2008.

TELLES JUNIOR, Gofredo. *Ética – Do mundo da célula ao mundo da cultura*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

VASCONCELLOS, Maura Maria Morita. *Avaliação e ética*. Londrina: UEL, 2002.

# DEBATE: DIREITOS NATURAIS E DIREITOS POSITIVOS

---

**Samuel Antonio Merbach de Oliveira**

Doutor em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Doutor *Honoris Causa* pela Academia de Letras do Brasil, Doutor em Filosofia pela PUC-SP, Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas, Mestre em Filosofia pela PUC-Campinas, Mestre em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Professor da Faculdade Campo Limpo Paulista.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo analisar o histórico debate entre os direitos naturais e os direitos positivos. Na antiguidade, os gregos já fizeram a distinção entre *physis* e *nomos*, no sentido de entender o que estava representado na natureza e o que os homens estabelecem por convenção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos naturais; direitos positivos; justiça.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Debate: direitos naturais e direitos positivos; 2 O ressurgimento o direito natural no pensamento contemporâneo; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

De fato, na filosofia se busca a fundamentação dos direitos, isto é, sua justificação a fim de torná-los necessários e os reforçar. Cunha Júnior (2009, p. 594) explica que, “segundo os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, inatos ao ser humano, anteriores e superiores ao Estado. Para os positivistas, os direitos do homem são franquias previstas e concebidas por lei”.

O debate sobre o fundamento do direito sempre esteve presente na história da filosofia. Nessa reflexão, têm-se as seguintes perguntas: o Direito é convencionado pelos homens, ou o Direito é oriundo dos elementos dados pela natureza? Para o Direito, são válidas somente as normas convencionadas pelo homem ou apenas as normas abstratas, deduzidas da natureza?

## 1 DEBATE: DIREITOS NATURAIS E DIREITOS POSITIVOS

No histórico debate sobre direitos naturais e direitos positivos, os gregos fizeram a distinção entre *physis* e *nomos*, no sentido de entender o que estava representado na natureza e o que os homens estabelecem por convenção. Essa distinção começa com os sofistas afetando o conceito tradicional de justiça, que, na sua concepção, não surge da natureza, mas sim da convenção humana fundada em interesses. Rivas (2000, p. 96) explica que para Trasímaco, por exemplo, “a justiça está a serviço dos fortes, sem

importar o sistema de governo existente na *polis*”. Em sentido contrário aos sofistas, Platão entende que “a justiça é a virtude por excelência da alma humana e da *polis*”.

A partir dessa distinção, Aristóteles, na obra *Ética a Nicômaco* (2007, p. 163-164), diferencia o justo natural do justo legal. Justo natural é o justo segundo a natureza; justo legal é o justo segundo as leis estabelecidas pelo legislador humano, de onde se entende que há coisas que são justas pela natureza e outras coisas que o são por disposição dos homens:

A justiça política é em parte natural e em parte convencional. Uma regra de justiça natural é aquela que apresenta idêntica validade em todos os lugares e não depende de nossa aceitação ou inaceitação. Uma regra convencional é aquela que, em primeira instância, pode ser estabelecida de uma forma ou outra indiferentemente, ainda que, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente. Por exemplo: que o resgate de um prisioneiro seja no valor de uma mina, que um sacrifício consista em um bode e não duas ovelhas. [...] As regras de justiça baseadas na convenção e na conveniência são como medidas padrões. As medidas de trigo e vinho não são iguais em todos os lugares, mas são maiores no atacado e menores no varejo. De modo análogo, as regras da justiça que não são ordenadas pela natureza, mas pelo ser humano, não são as mesmas em todos os lugares, visto que as formas de governo não são as mesmas, ainda que em todos os lugares haja apenas uma forma de governo que é natural, a saber, a melhor forma.

Na Grécia antiga, entre outros grandes filósofos, merecem destaque Sócrates e Antígona, que foram sacrificados por ordem da justiça oficial.

Diante da acusação de reconhecer os deuses do Estado, introduzir novas divindades e corromper a juventude, Sócrates é condenado à morte. Embora os discípulos tivessem pedido a Sócrates que fugisse, este recusa, pois jamais trairia sua consciência, preferindo morrer a declarar-se culpado; assim, por respeitar a lei, não quis fugir da prisão (Platão, 2004, p. 12-13).

Na peça *Antígona*, de Sófocles (2006, p. 49), há um diálogo que evidencia o sentimento que inspira os direitos do homem. Nesse diálogo, Creonte, o soberano, indagou Antígona se ela tinha conhecimento da proibição legal de se dar sepultura religiosa a seu irmão, morto em revolta contra o soberano, ao que Antígona respondeu:

Antígona

É claro que sim. Por acaso era secreto?

Creonte

E tiveste a ousadia de infringir a lei?

Antígona

Tive, pois não foi o meu Zeus que a proclamou. E nem a Justiça dos deuses lá debaixo, que fixaram aos homens as perenes leis. Não pensei que teus decretos fossem tão fortes. A ponto que um mortal pudesse transgredir. As inescritas

e indelévels leis divinas. Elas não são de hoje, nem de ontem, são eternas. E ninguém nunca soube de onde elas vieram. Crês que, por temer um homem, eu as violaria, sob a pena de expor-me à cólera divina?

Nesse diálogo, Antígona em nada atenua o fato de ter desobedecido ao edito. Em sentido contrário, critica a decisão de Creonte, devido ao fato de este querer competir com os deuses, publicando uma lei que divergia das normas divinas. Trata-se da questão da obediência às leis não escritas que exigem o sepultamento dos mortos. Antígona defende a sacralidade do enterro.

Aristóteles, na obra *Retórica* (2004, p. 68), cita Antígona como exemplo de justiça natural. Observa-se que Aristóteles não faz menção ao caráter divino das leis naturais. A oposição não se faz mais entre leis escritas e não escritas, mas sim entre leis particulares e leis comuns. Conforme Aristóteles (2004, p. 68), o que Antígona está reivindicando para Polínicos é, a rigor, o cumprimento de uma lei comum a todos os povos: o direito ao sepultamento.

Digo que, de um lado, há a lei particular e, de outro lado, a lei comum: a primeira varia segundo os povos e define-se em relação a estes, quer seja escrita ou não escrita; a lei comum é aquela que é comum à natureza. Pois há uma justiça e uma injustiça, de que o homem tem, de algum modo, a intuição, e que são comuns a todos, mesmo fora de toda comunidade e convenção recíproca. É o que expressamente diz a Antígona de Sófocles, quando, a despeito da proibição que lhe foi feita, declara haver procedido justamente, enterrando Polínicos: era esse o seu direito natural: “Elas não são de hoje, nem de ontem, são eternas. E ninguém nunca soube de onde elas vieram”.

Assim, tem-se um exemplo de indignação que surge sempre que os direitos do homem são violados, sempre que o ordenamento jurídico encontra-se fora de sintonia com o valor de justiça presente na sociedade; há uma revolta contra leis positivadas, pois, para a escola do direito natural, os direitos existem independentemente de seu reconhecimento estatal.

Comparando o processo de morte de Sócrates e Antígona, Rivas (2000, p. 95-96) reflete que:

No caso histórico de Sócrates, predomina o interesse legal frente ao indivíduo. No caso literário de Antígona, a supremacia está junto à consciência moral que se nutre em “leis não escritas” superiores à normatividade injusta. Em termos atuais, para o filósofo, o supremo é a “segurança jurídica do Estado”; para Antígona, a desobediência civil supera a injustiça legal.

A mesma dicotomia aparece no direito romano clássico sob a nomenclatura de *jus gentium* (direito natural) e *jus civile* (direito positivo). Enquanto o primeiro evidencia a natureza (*naturalis ratio*), o segundo evidencia as normas do povo, agregando que são os critérios para distinguir ambos. O *jus civile* pertence a um determinado povo ou sociedade, sendo estabelecido por uma entidade criada pelos homens, ao passo que o *jus gentium* é originário da razão natural.

Desde a era antiga até os dias atuais, os filósofos defensores da corrente do “direito positivo” entendem que somente o direito expresso na forma de normas prá-

ticas, ou seja, um direito codificado teria possibilidade de criar obrigações, condição necessária para o reconhecimento da existência do direito. Os “positivistas” consideram que “somente os direitos humanos que entram no mundo normativo podem ser aceitos de forma geral” (Duarte, 1998, p. 9), uma vez que somente podem ser exigidos quando previstos nos Códigos e nas leis.

Em sentido contrário, para corrente do direito natural, o direito tem como fonte a natureza, respeitando o ser humano em todas as suas dimensões, preservando seu direito à vida, à liberdade e à igualdade. Para Duarte, os jusnaturalistas não aceitam a vinculação estrita que estabelece a existência do direito somente quando há sua expressão por meio de normas práticas de conduta. Para essa corrente, “os direitos humanos são oriundos da própria natureza do ser humano, pertencem ao homem como tal, não dependem da sociedade política ou do Estado para existir, são inerentes ao ser humano em razão de sua dignidade, sua racionalidade e sua liberdade” (Duarte, 1998, p. 9).

Na Idade Clássica, quando o direito natural era identificado na contraposição entre a natureza e o mundo da práxis humana, emerge o significado do termo natureza, que

[...] serve, originariamente, para abranger, em uma mesma categoria, todas as coisas que não são produzidas pelo homem; toda a parte do mundo que, aos olhos de quem observa e procura a realidade do universo, não depende do fazer humano; todos os seres e eventos que, tendo “em si mesmos o princípio do movimento”, nascem, desenvolvem-se e morrem de acordo com as leis que o homem não formulou nem pode alterar. (Bobbio, 1997, p. 28)

Bobbio observa que a percepção dessa diferença é um dos princípios da especulação, uma vez que o homem primitivo, por estar inserido no mundo natural circundante, não percebe que há coisas que não dependem dele, pois não tem poder diante delas, e outras coisas que dele dependem, pois existem porque foram produzidas pelos seus antecessores e que, por conseguinte, podem ser desfeitas. Assim, o homem, ao começar a tomar consciência de sua posição no mundo, descobre que todos os seres e todos os eventos podem ser divididos em duas grandes categorias:

A primeira, englobando tudo o que existia antes do homem e que continuará a existir sem o homem – como o Sol, as estrelas, a Terra, as plantas, os rios.

A segunda diz respeito às coisas que só existem porque foram produzidas pelo homem: as casas, as armas, os utensílios, as roupas. (Bobbio, 1997, p. 28)

Dos conceitos de direito e de natureza entende-se que o direito natural é um conjunto normativo que, para existir, nunca dependeu da intervenção dos homens e, ainda, ajuda a reger a vida em sociedade. Em contraposição, o direito positivo é um grupo de normas produto da práxis humana.

Na Idade Média, o direito natural, por ser oriundo das Sagradas Escrituras, identificava-se com o divino. Essa concepção, cuja origem é o cristianismo, iniciada na patrística com Santo Ambrósio, São Jerônimo e Santo Agostinho e consolidada na escolástica de São Tomás de Aquino. Desse entendimento do direito natural inspirado no cristianismo derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de con-

siderar tal direito como superior ao positivo, pois o direito, para existir, não depende de estar codificado (Bobbio, 1995, p. 25-26).

Carmelo Castiglioni e Fabrizio Castiglioni (2008, p. 497) explicam que os padres da Igreja Católica foram influenciados pelo estoicismo, sobretudo no que se refere à existência de um direito natural absoluto e um relativo:

O direito natural absoluto é aquele estabelecido por Deus e que imperava no princípio da existência humana, antes do pecado original, o qual fez surgir o direito natural relativo (direito positivo), que eventualmente era um sistema cujos princípios foram adaptados pela humanidade, pensavam, que foi modificada pelo pecado original, que conduziu a concepção de distintas instituições da humanidade, como trabalho, escravidão, matrimônio, etc. Essas regulamentações entenderam que deviam estar em conformidade com o disposto pelo direito natural absoluto e relativo, sendo a igreja o sujeito designado para concretizar este fato.

Para destacar-se a concepção cristã da lei natural, Bobbio (1995, p. 26) observa o *Decretum Gratiani*, em que “direito natural é o que está contido na lei e no Evangelho”; entende-se por *Lex* o Antigo Testamento e por Evangelho o Novo. Desse modo, a lei natural é identificada com os Dez Mandamentos e com os preceitos de vida pregados por Cristo.

Explica Bobbio (1997, p. 31) que a natureza na Idade Média

era considerada o produto da inteligência e da potência criadora de Deus; nesse sentido, ela está ainda bastante adequada à função de categoria abrangente, reunindo tudo que não depende do homem. E o direito natural torna-se, então, ora a lei inscrita por Deus no coração dos homens – por Deus, não pelo príncipe ou pelos juizes ou pela assembleia popular –, ora a lei revelada pelos textos sagrados, que transmitem a palavra divina, ora, ainda, a lei comunicada aos homens por Deus, por meio da razão.

A lei natural, na filosofia tomista, é considerada como aquilo que o homem é levado a fazer pela sua natureza racional, como participação da criatura racional na lei eterna. É um reflexo parcial da razão divina, que permite aos homens conhecerem princípios da lei eterna. O preceito básico do direito natural é o que manda observar o bem e evitar a prática do mal. Estariam de acordo com a lei natural: a) a conservação da vida; b) a união dos sexos para a formação da prole; c) a busca da verdade; d) a participação na vida social (Nader, 2000, p. 124).

Na *Suma teológica* (2005, v. IV) de São Tomás de Aquino encontramos os tópicos principais de cada tipo de lei:

1. A lei eterna é soberana e reside na Razão de Deus; podemos conhecê-la porque está impressa em nós; toda e qualquer lei deriva da lei eterna; “é a razão divina que governa o mundo” (Bobbio, 1997, p. 38).
2. A lei natural estabelece diversos preceitos e prescreve os atos de virtude que conduzem o homem ao bem-estar; a lei natural é comum a todas as

nações, remonta à criação da criatura racional, que consiste no princípio *bonum faciendum, male vitandum*, que estabelece fazer o bem e evitar o mal (Aquino, 2005, q. 94, art. 2).

3. A lei humana, embora criada e promulgada pelo homem, possui sempre algo da lei natural. Se por alguma razão não deflui da lei natural, não é mais lei, e sim uma forma de perversão da lei. A lei humana é útil ao homem, à felicidade coletiva. A lei positiva é ordenada para o bem comum. Bobbio (1997, p. 39) explica: “A razão humana precisa necessariamente evoluir dos princípios da lei natural e de certas normas comuns e indemonstráveis para alguns pontos ordenados de modo mais particular; disposições que a razão chama de leis humanas”.

A lei humana equivale ao que se chama hoje de lei positiva, aquela que é feita pelo homem para possibilitar a vida em sociedade, devendo estar de acordo com o direito natural, sob pena de ser injusta por não atender ao bem comum, não obrigando, nesse caso, o seu cumprimento.

Bobbio (1997, p. 39) explica que, para São Tomás de Aquino, “todas as esferas da conduta humana já estão potencialmente sujeitas às leis naturais – o direito positivo é apresentado como um desenvolvimento interno, uma adaptação gradual da máxima geral à situação concreta”.

Na doutrina tomista, lei seria o preceito substancialmente justo, e considerava-se justo o que estivesse de acordo com a razão. Devido à razão se fundamentar na natureza, toda lei criada pelos homens teria a natureza de lei em consonância com a lei natural. Assim, Bobbio (1997, p. 40) esclarece: “Critério que consiste na afirmação que para a lei positiva a correspondência com o direito natural é uma condição para sua validade”.

Bobbio explica que, na filosofia tomista, há duas maneiras de a lei natural passar para a lei humana: *per conclusionem* e *per determinatorem*. A primeira é oriunda de princípios evidentes, como a norma “não se deve matar”; “não matar” é regra derivada da regra geral que proíbe fazer o mal. Na segunda, a lei natural determina que o culpado deve ser punido, mas cabe ao legislador humano estabelecer a pena. A diferença entre ambas é que a primeira retira sua validade também da lei natural, da qual provém, enquanto que a segunda tem validade proveniente da lei humana, isto é, tem força somente a partir da lei humana. Bobbio (1997, p. 40) entende que no que se refere ao segundo aspecto de toda doutrina jusnaturalista, “ou seja, a afirmação da superioridade do direito natural sobre o direito positivo, o pensamento de São Tomás é muito claro e sobretudo bem conhecido”.

No início da Idade Moderna, a natureza era entendida como a ordem racional do universo; o direito natural era tido como conjunto de leis sobre a conduta humana, que, ao lado das leis do universo, estão inscritas naquela ordem universal, contribuindo mesmo para compô-la e que podem ser conhecidas por intermédio da razão. Esse direito natural é um direito encontrado pelo homem, não formado por ele (Bobbio, 1997, p. 31-32).

Para Delgado, no estudo preliminar da obra *La ley*, de Francisco de Vitoria, a teoria do direito natural vitoriana se fundamenta em Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, partindo do conceito de lei eterna. A lei natural é “a participação da lei eterna na criatura racional” (Delgado, 2009, p. XXIII). Portanto, o direito natural é tudo o que aparece justo à luz da razão natural, e o injusto o oposto. Desse modo, tudo o que se impõe ao direito natural é injusto e não humano e, portanto, não pode ter força de lei. Na Idade Moderna, o direito natural é identificado com a natureza racional do homem.

Hugo Grotius, considerado como o pai do direito internacional, na obra *O direito da guerra e da paz*, apresenta a seguinte distinção entre direito natural e direito positivo:

O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto, vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza. [...] O direito civil é aquele derivado do poder civil, e designa por poder civil aquele que compete ao Estado, por Estado a associação perpétua de homens livres, reunidos em conjunto com o fito de gozar os próprios direitos e buscar a utilidade comum. (*Apud* Bobbio, 1995, p. 20 e 21)

A evolução histórica demonstra que se buscou a fundamentação filosófica dos direitos com o fim de garantir que fossem erigidos, proclamados e utilizados como ideias regulamentadoras da vida em sociedade, o que se observa mais claramente após o século XVII, com o jusnaturalismo de Locke, para quem o homem naturalmente tem direito à vida e à igualdade.

Bobbio (1992, 15) observa que:

O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um “direito que se tem” ou de um “direito que se gostaria de ter”. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que reconhece qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo.

Diante da reflexão acerca da existência de direitos positivos e direitos naturais, há hierarquia de validade entre eles? Na evolução histórica da filosofia do direito, verifica-se uma disputa constante entre partidários da supremacia ora do direito positivo, ora do direito natural.

Ao final do século XVIII, o direito definiu-se em duas espécies distintas: o direito natural e o direito positivo. Na Idade Clássica, o direito positivo prevalecia sobre o direito natural. Já na Idade Média, ocorreu o contrário, pois o direito natural se estabelece como “a lei escrita por Deus no coração dos homens”, conforme ensina São Paulo (Bobbio, 1995, p. 25). Assim, na era medieval, o pensamento jusnaturalista para justificar o direito natural fundamenta-se no pensamento cristão e, na era moderna,

na natureza racional do homem. Para Bobbio, a passagem da concepção jusnaturalista à concepção positivista ocorreu com a formação do Estado Moderno oriunda da modificação da sociedade medieval classes, onde cada uma tinha um ordenamento jurídico próprio, sendo o direito produzido pela sociedade civil, e não pelo Estado. Entretanto com a formação do Estado Moderno, a sociedade passa a ter uma estrutura monista, visto que todos os poderes se concentram no Estado, sobretudo o de criar o direito, conforme explica Bobbio (1995, p. 27): “Não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária”. A partir desse momento, tem-se a monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

No contexto da passagem do direito natural para o direito positivo, destaca-se a filosofia de Hobbes, que, na reflexão de Bobbio, de um lado Hobbes pertence de fato à história do direito natural, pois a filosofia hobbesiana é estudada pelos jusnaturalistas. Por outro lado, Hobbes pertence, de direito, à história do positivismo jurídico, uma vez que sua concepção de lei e do Estado é uma antecipação das teorias positivistas do século passado. Assim, Bobbio (1991, p. 102) entende que “Hobbes pertence realmente ao movimento jusnaturalista e é realmente iniciador do positivismo jurídico”.

A diferença entre a teoria hobbesiana e a teoria dos jusnaturalistas tradicionais é o significado diferente de razão. Para os jusnaturalistas tradicionais, o objetivo supremo é o bem (moral). Portanto, as leis naturais estabelecem o que é bom e proíbem o que é mau (independentemente da utilidade ou dano que disso pode resultar), e, por conseguinte, podem estabelecer sobre algo que é bom ou mau em si mesmo. Já na teoria hobbesiana, a lei natural indica o que é conveniente ou não conveniente para a consecução do objetivo da paz, sendo essa sua maior utilidade (Bobbio, 1991, p. 105).

Na filosofia hobbesiana, a natureza do homem tem uma maior inclinação para a desconfiança do que para a maldade e, não sendo possível saber o pensamento de outros indivíduos, faz-se necessário antecipar, uma vez que o medo da morte e os desejos das coisas necessárias a uma vida confortável motivam o homem para a paz (*Leviatã*, XIII). Magalhães (2008) entende que o que faz o homem pensar dessa maneira é a crença na razão que não permite aos homens permanecerem por muito tempo na condição de guerra. Com fundamento nas leis da natureza, imutáveis e eternas, atendem ao preceito estabelecido pela razão que é a busca da paz, sendo o contrato a fonte da obrigação, pois decorre da lei natural que impõe o dever aos homens de cumprirem os pactos celebrados (*Leviatã*, XV). Assim, Magalhães (2008, p. 154) explica que:

Desse modo, são as leis da natureza que criam condições de paz entre os homens, porque tais leis determinam o que um ser idealmente razoável faria se pudesse analisar suas relações com outros homens de modo imparcial, levando em consideração as coisas que interessam à sua segurança.

Vale notar que, para Hobbes, as leis da natureza ordenam *in foro interno*. Nesse aspecto, pouco importa que elas só adquiram validade por meio da vontade do soberano. Em última instância, são sugeridas pela consciência e todos estão moralmente obrigados a contrair obrigações jurídicas, pois é impossível qual-

quer lei da razão opor-se à lei divina. Se buscamos a paz por meio de normas legais, é porque esse desejo é imposto moralmente pela lei natural; é ela que confere validade à lei positiva. Além do que, nos casos omissos, isto é, em que esta não regula, recorre-se àquela.

Assim, a paz é o objetivo maior, e não um conhecimento imediato, pois origina-se de um raciocínio que se desenvolve entre premissas e respectivas consequências, tendo como premissa principal a conservação da própria vida. Bobbio (1991, p. 106) observa que:

Metodologicamente correta do problema da lei natural (que se identifica para ele, como de resto para os demais jusnaturalistas, com a lei moral): as leis naturais, ou morais, são aquele conjunto de prescrições que derivam do bem considerado supremo, ou seja, um bem de tal ordem que todos os demais bens lhe são subordinados como meios em relação ao fim.

Na teoria de Hobbes, por intermédio do Estado é mais fácil alcançar a paz e, portanto, realizar o valor supremo da conservação da vida, uma vez que o Estado, mediante leis positivas, tem o poder de regular as condutas dos indivíduos na sociedade, conforme entendimento de Bobbio (1991, p. 107-108):

O Estado se funda na própria lei natural, e as leis positivas – cuja produção é a própria razão de ser do surgimento do Estado – retiram sua justificação da lei natural. Em outras palavras: a lei natural afirma que, para alcançar o fim prescrito pela própria lei natural, o homem deve se deixar governar pelas leis positivas [...] a lei natural é aquele ditame de nossa razão que sugere ao homem, se este quer obter a paz, a obedecer em tudo e por tudo apenas às leis positivas.

Assim, para Hobbes, a obediência absoluta e incondicional é a premissa fundamental da lei natural, pois mostra a eficácia do fundamento do poder absoluto do soberano e, por conseguinte, a supremacia do direito positivo. O soberano, na filosofia de Hobbes, é absoluto não por ter um poder divino, mas, por ser legislador, está acima da lei, pois sua função é criar o direito mediante a lei. Vigo (2008, p. 65) explica que “o mandato despótico do soberano termina com o direito natural que matematicamente a razão havia deduzido, o jusnaturalismo dá lugar ao positivismo jurídico”. Em suma, mediante as concepções de direito positivo e de soberania absoluta, a teoria hobbesiana contribui, sobremaneira, para a compreensão moderna do Estado como titular da criação do direito, e do direito como um sistema normativo positivo. Na teoria hobbesiana, segundo Bobbio (1991, p. 103-104), a progressiva positivação do direito acontece de modo proporcional com o processo de constituição do Estado moderno,

no qual é levado às extremas consequências o fenômeno da monopolização estatal do direito, através da cuidadosa eliminação de todas as fontes jurídicas que não sejam a lei, ou vontade do soberano (e, *in primis*, do direito consuetudinário) e de todos os ordenamentos jurídicos que não sejam estatal (e, em particular, dos ordenamentos da Igreja, da comunidade internacional e das entidades associativas menores).

Na obra *O positivismo jurídico* (1995), Bobbio analisa as diferenças entre o positivismo e o jusnaturalismo. O *positivismo* jurídico é uma doutrina que considera direito somente aquilo que é posto pelo Estado. Sua tese básica é a de que o direito constitui produto da ação e da vontade humana (direito positivo é aquele posto pelo Estado), e não mais o direito pela imposição divina, da natureza ou da razão, como afirma o jusnaturalismo, que Bobbio (1994, p. 12) define como

a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais.

## 2 O RESSURGIMENTO DO DIREITO NATURAL NO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO

No período compreendido entre os séculos XIX e a primeira metade do XX, a escola do direito positivo se fortaleceu no mundo ocidental, impondo-se sobre os preceitos da escola do direito natural. Contudo, após a Segunda Guerra Mundial, quando o Estado deveria proteger os direitos do homem, paradoxalmente, a política nazista se tornou uma grande violadora dos direitos do homem; muitos horrores e catástrofes aconteceram amparados em leis; assim, a escola do direito natural novamente se fortaleceu, chegando, inclusive, a influenciar tratados firmados internacionalmente, como a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. Kelsen não teve nenhuma participação na elaboração de leis nazistas, entretanto sua teoria pura serviu para dar fundamento jurídico para se tentar justificar as atrocidades cometidas contra os direitos do homem, visto que, nessa teoria, não há margem para o jurista discutir sobre o conteúdo da norma. Assim, George Marmelstein (2008, p. 11) observa que:

Na ótica de Kelsen, não cabe ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do direito. Se a norma fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos. E foi precisamente essa questão levantada pelos advogados nazistas: segundo eles, os comandados de Hitler estavam apenas cumprindo ordens e, portanto, não poderiam ser responsabilizados por eventuais crimes contra a humanidade.

Nessa linha de pensamento, o interesse pela obra e pela filosofia de Gustav Radbruch ressurgiu quando ressurgiu a disputa entre o positivismo e o jusnaturalismo. Bobbio (1997, p. 19) explica que Gustav Radbruch, “um dos mais conceituados filósofos do direito das primeiras décadas do século, que era relativista quando publicou a edição completa de sua filosofia do direito, em 1932, e, depois do nazismo, tornou-se um defensor convicto do direito natural”.

Alguns falam num “primeiro” (antes do nazismo) e num “segundo” Radbruch; outros falam numa “conversão” de Radbruch, após a guerra do positivismo para o jusnaturalismo. Biógrafos ou comentadores como Artur Kaufmann e Winfried Hassemer preferem apontar para uma certa linearidade e continuidade no pensamento

de Radbruch, que procurava harmonizar o positivismo com a ideia de justiça, da qual, a seu ver, não era diferente da ideia de direito (Cunha. In: *Prefácio à edição brasileira*. Radbruch, 1999. p. X-XI).

Do “primeiro” Radbruch, temos as seguintes afirmações: “Que como não se pode saber o que é justo, alguém precisa determinar o que deve ser direito. Hoje todos reconhecem que não há direito que não seja legal ou positivo”; “A validade jurídica de uma norma independe de seu conteúdo”; “A tarefa do jurista consiste apenas em indagar o que é Direito, e nunca o que é justo”. Entretanto, do “segundo” Radbruch, em sentido oposto ao anterior, temos as seguintes indagações: “Só podemos definir o direito, e também o direito positivo, como uma ordem ou norma cujo sentido é servir a justiça” (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946); “Precisamos voltar a refletir sobre os direitos do homem, que estão acima de todas as leis, sobre o direito natural, que recusa validade às leis contrárias à justiça” (*Erneuerung des Rechts*, 1946) (Cunha. In: *Prefácio à edição brasileira*. Radbruch, 1999, p. X-XI).

Radbruch (2004, p. 271-272) explica:

O Estado foi chamado a legislar somente com a condição de que ele mesmo se considere vinculado às suas leis. Com o preceito jusnaturalista de imposição legal do direito daquele que é detentor de poder em um certo momento, está, pois, também indissolavelmente unido ao outro preceito de direito natural que exige a sujeição desse detentor de poder às suas próprias leis. O detentor de poder deixa de estar justificado em sua imposição legal, assim que ele mesmo se esquive de suas leis. Ao tomar o poder estatal, assume-se, necessária e irrecusavelmente, a obrigação de realizar o Estado de Direito. O Estado está, pois, vinculado ao seu direito positivo por um direito suprapositivo, natural, pelo mesmo princípio jusnaturalista com o qual do próprio direito positivo pode propriamente fundamentar-se.

Radbruch, descontente com as violações aos direitos humanos praticadas pelos nazistas, em sua obra *Cinco minutos de filosofia do direito* (1945), culpa o positivismo pela situação ditatorial implantada na Alemanha pelo regime nazista (*Gesetz und Recht*, 1947) e busca conciliar teoricamente a positividade e a justiça; em injustiça legal e direito supralegal (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946), depois de observar que o positivismo, com a sua afirmação de que “lei é lei” deixou os juristas alemães indefesos diante das leis arbitrárias e criminosas, conclui que,

em caso de um conflito entre a segurança jurídica e a justiça, a preferência deve ser dada à regra do direito positivo mesmo quando a lei é injusta, a menos que a violação da justiça alcance um grau tão intolerável que a regra torna-se, na verdade, ausência de direito. (Cunha. In: *Prefácio à edição brasileira*. Radbruch, 1999, p. X-XI)

Radbruch (2005, p. 51-52) acrescenta:

A seguridade jurídica que o direito positivo garante, quando se trata de uma lei injusta, perde o valor [...] – se a injustiça nela contida alcança tais proporções que, por seu lado, perde toda importância a segurança jurídica garantida pelo direito positivo. Assim, pois, se é verdade que, na maioria dos casos, a

validade do direito positivo pode justificar-se pelas exigências da segurança jurídica, não é menos certa que, em casos excepcionais, tratando-se de leis extraordinariamente injustas, cabe também a possibilidade de não se conhecer a validade de tais leis, por razão de injustiça.

Radbruch reflete sobre a impossibilidade de se delinear precisamente os casos em que a lei escrita deve dar lugar à justiça e aqueles onde uma lei precisa ser reconhecida como válida a despeito de seu conteúdo danoso e injusto. Contudo, salienta que há um método distintivo que pode ser usado com absoluta transparência: se a igualdade, que é o escopo da justiça, é rejeitada veementemente ao editar-se uma regra de direito positivo, então a regra não é só injusta, como também não possui a verdadeira natureza de direito; porque este não pode ser definido senão como uma instituição ou ordem das relações humanas cujo sentido e propósito é servir à justiça (Cunha. *In: Prefácio à edição brasileira*. Radbruch, 1999, p. X-XI).

Radbruch (2005, p. 180) entende que “o caminho para chegar à solução destes problemas já implícito no nome que a filosofia do direito ostentava nas antigas universidades e que, por muitos anos em desuso, volta a ressurgir hoje: no nome e no conceito de direito natural”.

Entre os filósofos pertencentes à escola do direito natural revigorada após 1945 está o filósofo norte-americano John Rawls, autor da obra *Uma teoria de justiça* (2000a), que salienta que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se são injustas. Rawls procura renovar a teoria contratualista, inspirando-se em autores como Locke, Rousseau e, principalmente, Kant.

A justiça como equidade retoma a doutrina do contrato social e adota uma variante da última resposta: os termos equitativos da cooperação social são concebidos como um acordo entre as pessoas envolvidas, isto é, entre cidadãos livres e iguais, nascidos numa sociedade em que passam sua vida. Mas esse acordo, como qualquer acordo válido, deve ser estabelecido em condições apropriadas. Em particular, essas condições devem situar equitativamente pessoas livres e iguais, não devendo permitir a algumas pessoas maiores vantagens de barganha do que outras. Além disso, coisas como ameaça do uso da força, a coerção, o engodo e a fraude devem ser excluídas. (Rawls, 2000, p. 66)

Pelo princípio da igualdade, “todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido” (Rawls, 2000, p. 47).

Já pelo princípio da diferença, “as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade” (Rawls, 2000, p. 47).

John Rawls ao estabelecer esses dois princípios, acaba possibilitando direitos que se aproximam, ou equivalem, a “direitos naturais”, uma vez que se sobrepõem às “estruturas básicas da sociedade”, incluindo a legislação positiva, pois essas “estruturas” devem se inspirar, se modelar nestes dois princípios destacados por Rawls.

## CONCLUSÃO

Na filosofia, busca-se a fundamentação dos direitos. No histórico debate sobre direitos naturais e direitos positivos, os gregos fizeram a distinção entre *Physis* e *Nomos*, no sentido de entender o que estava representado na natureza e o que os homens estabelecem por convenção.

Para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, inatos ao ser humano, anteriores e superiores ao Estado. Em sentido contrário, para os positivistas, os direitos do homem são franquias previstas e concebidas por lei.

Os positivistas criticam o jusnaturalismo, que, não possuindo o atributo da eficácia, não garante nem a paz, nem a segurança, uma vez que não basta a um direito ser reconhecido e declarado, mas é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado. Com o advento do Estado liberal, teve-se a concessão de direitos civis, porém com o monopólio da força legítima, regulada pelas leis, a qual está limitada pelas Constituições e pelo surgimento do Estado de Direito. Entre os séculos XIX e a primeira metade do XX, a escola do direito positivo se fortaleceu no mundo ocidental, impondo-se sobre o jusnaturalismo.

Por fim, depois da Segunda Guerra Mundial, quando o Estado deveria proteger os direitos do homem, de modo contrário, o Estado nazista, amparado em leis, tornou-se um grande violador desses direitos. Assim, a escola do direito natural novamente se fortaleceu, chegando, inclusive, a influenciar tratados firmados internacionalmente, como a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948.

## REFERÊNCIAS

- AQUINO, Tomás de. *Summa teológica*. São Paulo: Loyola, v. IV, 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Retórica*. Trad. César I. Rodríguez Mondino. Buenos Aires: Gradifco, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath; trad. das expressões latinas Janete Melasso Garcia; rev. Dourimar Nunes de Moura. 2. ed. Brasília: UNB, 1997.
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra; trad. e

- notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Thomas Hobbes*. Trad. Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- CASTAGLIONI, Carmelo Augusto; CASTAGLIONI, Fabrizio Augusto. *Introducción al estudio del derecho*. Asunción: Intercontinental, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2009.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del derecho*. 9. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1991.
- \_\_\_\_\_. *História da filosofia do direito*. Trad. e notas de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.
- DUARTE, Mónica Soledad. *Conceptos básicos de derechos humanos*. Asunción: Bi.Ju.Pa, 1998.
- GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz (de jure belli ac pacis)*. Introd. António Manuel Hespanha; trad. Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Unijui, v. 1 e 2, 2005.
- HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.
- LOCKE, John. *La ley de la naturaleza*. Estudio preliminar y traducción de Carlos Mellizo. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Introd. J. W. Gough; resumo do Primeiro Tratado de B. Gilson; trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006.
- MAGALHÃES, Fernando. Hobbes contra a guerra: os fundamentos éticos de uma filosofia da paz e sua atualidade. In: *Novo manual de ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PLATÃO. *Apologia de Sócrates, Xenofonte, ditos e feitos memoráveis de Sócrates*. Trad. Enrico Corvisieri e Mirtes Coscodai. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen e revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow e revisão técnica e prefácio à edição brasileira de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Introducción a la filosofía del derecho*. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo e revisão de tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Uma teoria de justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.
- RIVAS, Hernán Ortiz. *Estudios de filosofía jurídica*. Bogotá: Temis, 2000.
- SÓCRATES, Coleção os Pensadores. Trad. Jaime Bruna, Líbero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Lawrence Flores Pereira – Introd. e notas de Kathrin Holzemayr Rosenfield. Rio de Janeiro: TopBooks, 2006.

VIGO, Rodolfo Luis. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

VITORIA, Francisco. *La ley*. Estúdio preliminar y traducción Luis Frayle Delgado. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

\_\_\_\_\_. *Sobre el poder civil*; sobre los indios; sobre el derecho de la guerra. Estúdio preliminar, traducción y notas Luis Frayle Delgado, comentário crítico de José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

# AS TEORIAS DAS CONSTITUIÇÕES EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DE CARL SCHMITT

---

**Patrícia Gentil Passos**

Mestre em Direito Constitucional, Professora de Direito Público e Privado nos Cursos de Administração, Ciências Contábeis e de Direito Civil no Curso de Direito, Diretora da Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP.

**RESUMO:** O presente trabalho tratará do nascimento da Constituição, das teorias das Constituições, prevalecendo, sobretudo, a opinião de Carl Schmitt sobre o conceito atual de Constituição, citando, inevitavelmente, as teorias da democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Carl Schmitt; teoria da Constituição; democracia; formação política; povo.

**SUMÁRIO:** Introdução; A origem da Constituição e da teoria da Constituição; 1 Conceito de Constituição; 2 Conceitos da Constituição para Carl Schmitt; 2.1 Conceito absoluto de Constituição; 2.2 Conceito relativo de Constituição; 2.3 O conceito positivo de Constituição (a Constituição como decisão do conjunto sobre o modo e a forma da unidade política); 3 Conceitos fundamentais da democracia; 3.1 Conceito de igualdade; 3.2 Conceito de democracia; 4 O povo e a Constituição democrática: o povo antes e depois da Constituição; 4.1 O povo dentro da Constituição; Eleições; 4.2 Votações sobre o assunto; 4.3 O povo junto à regulamentação constitucional (opinião pública); 4.4 Significados para a expressão “povo” para uma moderna teoria da Constituição; 5 Consequências do princípio político da democracia: tendências gerais que são explicadas pelo esforço de realizar a identidade democrática; 5.1 O cidadão na democracia; 5.2 Métodos democráticos para determinar as autoridades e os funcionários; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

### A origem da Constituição e da teoria da Constituição

Em Roma, a expressão *constitutiones principum* significava simples atos de cunho normativo editados pelo imperador e que tinham valor de lei, muito embora não fosse a Constituição o estatuto de um Estado, tampouco a limitação dos poderes.

Em Aristóteles, o conceito de Constituição (politeia) representava a maneira de ser da *polis*, em que já poderíamos encontrar vestígios da Constituição moderna.

Na Idade Média, a *Magna Charta Libertatum* era imposta pelo Rei João-Sem-Terra no ano de 1215, e essa expressão até hoje é usada para demonstrar o documento máximo de um país.

Para Carl Schmitt, a teoria da Constituição está centrada em categorias nominalistas como “ordem total”, “ordem concreta”, “direito-situação”, “Constituição-decisão”, “Constituição e Lei Constitucional”, “amigo-inimigo”, que serviam de

referência e suporte dogmático à teoria do direito e do Estado nacional-socialista<sup>1</sup>. Daí dizer que a teoria da Constituição é uma teoria que pretende descrever, explicar e citar fundamentos, ideais, estruturas e métodos do Direito Constitucional – diferentemente de Richard Smend, que sugeria a teoria da integração como meio de compreensão do Direito Constitucional e da realidade.

## 1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

A expressão “Constituição” significa o meio especial de ser de um corpo, de um objeto ou de um ser vivo; é a organização ou, ainda, a sua constituição. Ressalta-se que a expressão corpo leva-nos à ideia de maneira de ser de um Estado.

A Constituição do Estado era vista como lei fundamental, em que estavam organizados seus elementos fundamentais

num sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.<sup>2</sup>

Lassale afirmava que a Constituição é resultante da positivação dos fatores reais do poder; sendo assim, “reúnem-se os fatores reais do poder, dá-se-lhe expressão escrita, e, a partir desse momento, não são simples fatores reais do poder, mas verdadeiro direito. Quem contra eles viola a lei é, por conseguinte, punido”<sup>3</sup>.

Segundo Carl Schmitt, a ideia expressada é no sentido de que a Constituição – em termos gerais, não precisos – quer representar um estatuto fundamental de regulação da convivência civil. A sua doutrina coloca a Constituição como sendo um diploma confeccionado em um determinado momento da história, por grupos específicos do conjunto da sociedade, recebendo o caráter de importância singular e única para a manutenção e evolução das regras do *contrato social*, sendo-lhe atribuído o significado de *lei fundamental* – em uma diferenciação primorosa entre Constituição e Lei Constitucional, no sentido do conceito positivo do estatuto.

Assim, Carl Schmitt vai colocar a Constituição no rol das *leis fundamentais*, aquelas disposições gerais elaboradas ao longo do tempo para uma garantia do pensamento da unidade política, uma manutenção do nacional, uma premissa da indivisibilidade das partes como elemento garantidor do todo. O seu pensamento reside em estabelecer para a Constituição um caráter de inviolabilidade, seja de sua reforma ou de sua ofensa, admitindo rara exceção. Entende, portanto, a Constituição como diploma *rígido*. Vai dizer o pensador germânico que assim é a Constituição, ou norma fundamental:

1 SCHMITT, Carl. *Verfassungsbre*. 8. ed. 1928, 8. ed. 1993.

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 42.

3 LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição política*. Colômbia: Temis S.A., 1997. p. 42.

Ley fundamental = una norma *absolutamente inviolable*, que no puede ser, ni reformada, ni quebrantada.

Ley fundamental = toda norma *relativamente invulnerable*, que sólo puede ser reformada o quebrantada bajo supuestos dificultados.

Ley fundamental = el último *principio unitario* de la *unidad política* y de la *ordenación de conjunto*. Aquí se expresa el concepto absoluto de Constitución.

Ley fundamental = cualquier *principio particular* de la organización estatal (derechos fundamentales, división de poderes, principio monárquico, el llamado principio representativo, etc.).

Ley fundamental = la *norma* última para un sistema de imputaciones normativas. Aquí se destaca o carácter normativo, y en ley fundamental equivale ante todo el elemento “ley”.

Ley fundamental = toda regulación orgánica de competencia y procedimiento para las actividades estatales políticamente más importantes; y también, en una Federación, la delimitación de los derechos de ésta respecto de los Estados miembros.

Ley fundamental = toda limitación normada de las facultades o actividades estatales.

Ley fundamental = Constitución em sentido positivo, de donde la llamada ley fundamental no tiene por contenido esencial una equivale legal, sino la decisión política.<sup>4</sup>

A construção teórico-doutrinária de Carl Schmitt acerca da significação da Constituição como sendo *norma fundamental*, ou mesmo de toda a significação da palavra, da expressão *lei fundamental*, enseja a colocação de ambas em primeiro plano. Toda essa formulação do significado da *norma fundamental* faz surgir o *status da Constituição como sendo o todo em um do ordenamento jurídico nacional que regula a convivência civil e social*. Em uma admissão, seja todo ou em parte, da formulação teórica germânica, a Constituição é colocada como sendo a *toda-poderosa*. É a ela, em primeiro lugar, que devemos obediência.

## 2 CONCEITOS DA CONSTITUIÇÃO PARA CARL SCHMITT

### 2.1 Conceito absoluto de Constituição

A “Constituição” pode significar um sistema fechado de normas, e não uma unidade existente em concreto, porém pensada, idealizada. O conceito verdadeiro ou idealizado é um conceito de Constituição absoluto, porque fornece um todo. Hoje se entende por Constituição uma série de leis.

4 SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982. p. 63-4.

A Constituição deve formar um corpo de regras jurídicas vinculativas ao corpo político e estabelecer limites jurídicos ao poder, sendo que esse corpo de regras vinculativas do corpo político deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como, por exemplo, o princípio da separação dos poderes, a exigência de um governo representativo e o controle político ou judicial do poder<sup>5</sup>.

Constituição no sentido absoluto pode significar, portanto, a concreta maneira de ser resultante de qualquer unidade política existente.

- O conjunto da unidade política e da ordem social pode se chamar Constituição.
- A Constituição é a forma especial de domínio que afeta cada Estado. Constituição é igual à forma de governo.
- Constituição é o princípio dinâmico da unidade política. Os interesses, as tendências e as opiniões contraditórias formam diariamente a unidade política. Segundo Smend, deverá acontecer a “interação”.

Constituição em sentido absoluto pode significar um regulamento legal fundamental, isto é, um sistema de normas supremas e últimas (Constituição é a norma das normas). Como bem afirma Canotilho, a Constituição situa-se no vértice da pirâmide, e, em virtude dessa posição hierárquica, ela atua como fonte de outras normas<sup>6</sup>.

## 2.2 Conceito relativo de Constituição

As Constituições escritas são designadas “Constituição em sentido formal”. Se o conceito de Constituição escrita leva a considerar a Constituição como lei, é, portanto, só no sentido de um conceito absoluto de Constituição, isto é, como unidade e como um todo. Em todos os países com Constituições escritas se tem hoje, na realidade, só uma pluralidade de Leis Constitucionais escritas.

As leis constitucionais ganham durabilidade e estabilidade de acordo com as dificuldades para reformá-las, “aumentando a força legal” delas.

As Constituições flexíveis, ao contrário das rígidas, podem ser alteradas mediante procedimentos legislativos menos severos. Daí Bryce dizer que as Constituições flexíveis foram as primeiras formas de estruturação que apareceram nas sociedades políticas organizadas<sup>7</sup>. Quanto às rígidas, Bryce entende que integram na espécie “cujo caráter específico consiste em que todas possuem uma autoridade superior às demais leis do Estado e são modificadas por procedimentos diferentes daqueles pelos quais se ditam e revogam as demais leis”<sup>8</sup>.

---

5 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1116.

6 Idem, p. 1137.

7 BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 94.

8 Idem, p. 94.

### 2.3 O conceito positivo de Constituição (a Constituição como decisão do conjunto sobre o modo e a forma da unidade política)

No sentido positivo, a Constituição surgiu mediante um ato do poder constituinte, ato esse que não contém como tal normas quaisquer, somente e precisamente por um único momento de decisão a totalidade da unidade política, considerada em sua particular forma de existência. Este ato constitui a forma e o modo da unidade política, cuja existência é anterior. Não é, pois, que a unidade política surja porque se haja “dado uma Constituição”.

A Constituição em sentido positivo contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto para a qual se pronuncia ou decide a unidade política. Essa forma pode mudar. Podem-se introduzir fundamentalmente novas formas sem que o Estado, vale dizer, a unidade política do povo, cesse. Mas sempre tem o ato constituinte um sujeito capaz de fazer, que o realiza com a vontade de dar uma Constituição. Tal Constituição é uma decisão consciente que a unidade política, por meio do titular do poder constituinte, “adota por si mesma e se dá por si mesma”.

Na concepção de Schmitt, a Constituição não surge de si mesma, portanto não pode ser coisa absoluta, não valendo por virtude de sua justiça normativa ou por virtude de sua cerrada sistemática. A Constituição é dada por uma unidade política concreta, e não “se dá a si mesma”, pois tal afirmação é um absurdo manifesto. A Constituição vale por virtude da vontade política daquela que dá. Toda espécie de norma jurídica, também a norma constitucional, pressupõe tal vontade como existente<sup>9</sup>.

É talvez possível dizer que uma Constituição “se estabelece por si mesma” sem que a raridade desta expressão choque em seguida.

As Leis Constitucionais valem, pelo contrário, a base da Constituição e pressupõem uma Constituição. Toda lei, como regulação normativa, e também a Lei Constitucional, necessita para sua validade, em último termo, de uma decisão política prévia, adotada por um poder ou autoridade politicamente existente. Toda unidade política existente tem seu valor em sua “razão de existência”, não na justiça ou conveniência de normas, senão em sua existência mesma. O que existe como magnitude política é juridicamente considerado digno de existir. Por isso seu “direito a sustentar-se e substituir” é o que supõe toda decisão ulterior; busca antes de tudo subsistir em sua existência, em seu “esse preservar” (Spinoza); defende “sua existência, sua integralidade, sua segurança e sua constituição” – todo valor existencial. Seria julgado e castigado como alta traição ou traição do país todo ato dirigido contra a existência, a integridade, a segurança ou a Constituição da Federação alemã, nos distintos Estados da Federação.

## 3 CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA DEMOCRACIA

Democracia é a forma política que corresponde ao princípio da identidade. O portador do poder constituinte é o povo, a dar a si mesmo uma Constituição. A palavra

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, 2001, p. 25.

democracia pode indicar um método para o exercício de certas atividades estatais, designando a forma de governo ou da legislação.

A democracia como forma política significa também República. Para o governo ou para a legislação, podem ligar-se elementos estruturais democráticos; uma parte da atividade estatal se organizara democraticamente e a outra, monarquicamente. Então o Estado será designado quase sempre como monarquia. A palavra “República” adota, desde Maquiavel, o significado negativo em contraste com a monarquia.

Os cidadãos ativos, isto é, com direito a voto, são chamados de um “império da maioria” sob a maior parte das definições de democracia. Não basta que “impere” a maioria dos cidadãos ativos, mas também se fazem necessários os direitos da grande massa da população. Essa “maioria” divide-se em várias classes:

- a) maioria dos cidadãos participantes do sufrágio;
- b) maioria de todos os cidadãos ativos, participando ou não do sufrágio;
- c) maioria dos súditos do Estado;
- d) maioria da população de um país.

Erroneamente são citados os princípios democráticos juntamente com os de igualdade e liberdade, pois, na realidade, estes são diferentes e com frequência se contradizem. Podemos citar somente a igualdade como válida no princípio democrático.

A maior dúvida surge de que o conceito de democracia tornou-se um conceito ideal muito geral, cuja pluralidade de sentidos abre caminho a outros diferentes ideais e, por último, a tudo o que é ideal, belo e simpático.

### 3.1 Conceito de igualdade

A primeira observação a ser feita é no sentido de que os tratamentos diferenciados podem estar em plena consonância com a Constituição. Assim o mestre André Ramos Tavares ensina: “A igualdade implica no tratamento desigual das situações de vida desiguais, na medida de sua desigualação”<sup>10</sup>.

A igualdade de tudo o que “tem figura humana” não pode oferecer fundamento nem a um Estado, nem a uma forma política e nem uma forma de governo. A ideia de igualdade humana não contém um critério nem jurídico, nem político, nem econômico. Seu significado para a teoria constitucional, no que corresponde ao individualismo liberal, está a serviço dos direitos fundamentais.

Segundo Carl Schmitt, poderíamos citar a Constituição do Estado burguês de Direito, visando à liberdade do cidadão, e, conseqüentemente, à igualdade de todos<sup>11</sup>.

A democracia política não pode basear-se na indistinção de todos os homens, mas apenas no domínio de um povo determinado, isto porque o conceito democrático

10 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 399.

11 SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, p. 145 e ss.

de igualdade é um conceito político e, como todo conceito político autêntico, deve relacionar-se com a possibilidade de uma distinção. A igualdade que corresponde à essência da democracia se dirige, por isso, sempre ao interior, e não ao exterior: dentro de um Estado Democrático, todos os súditos são iguais.

Na verdade, a igualdade advém de um princípio, isto é, o princípio da igualdade jurídico-constitucional, que deixa o espaço de conformação totalmente aberto ao legislador, como forma de assegurar a igualdade de chances, ou eliminar a desigualdade social<sup>12</sup>.

Todos os cidadãos podem ser tratados como iguais, ter igualdade diante do sufrágio, etc., porque participam dessa essência. A essência da igualdade pode ser diferente nas diferentes democracias e nas diferentes épocas.

Se a democracia tem que ser forma política, há somente democracia do povo, e não democracia da humanidade. Nem sequer o conceito de classe pode substituir, para a democracia, o conceito de povo, pois ela tem um conceito puramente econômico, não dando lugar à homogeneidade substancial. Se o Estado for dominado, a classe torna-se o povo e Estado.

### 3.2 Conceito de democracia

Dominação ou governo em uma democracia não podem nascer de uma desigualdade, superioridade dos dominadores ou governantes, de que os governantes sejam melhores que os governados. A força da autoridade daqueles que dominam ou governam não deve se apoiar em quaisquer qualidades inacessíveis ao povo, mas apenas na vontade, no mandato e na confiança que vão ser dominados ou governados, que desta forma governam a si mesmos. A democracia é uma dominação do povo sobre si mesmo.

A democracia traduz a vontade da sociedade por meio dos direitos fundamentais do homem, revelando por hora um regime político em que o poder emana da vontade do povo. Assim, pode-se concluir que a democracia “é o governo do povo, pelo povo e para o povo, admitindo a democracia por um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”<sup>13</sup>.

Dentro da homogeneidade inalterável do povo, os governantes e governados têm que ser diferenciados dentro da democracia, pois essa diferença subsiste na ideia de que o Estado Democrático é um Estado. Essa diferença pode se fortalecer e aumentar em comparação com outras formas políticas, apenas pelo fato de que as pessoas que governam e mandam permanecem na homogeneidade substancial do povo.

O elemento liberal específico, de Estado de Direito, que se une com o elemento democrático de uma Constituição, leva a abrandar e debilitar o poder do estado em um

---

12 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 384.

13 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 127.

sistema de controles e freios. Uma ditadura só é possível sobre a base democrática, enquanto que contradiz aos princípios do Estado Liberal de Direito, por ser próprio da ditadura que ao ditador não lhe é dada uma competência geral padronizada, circunscrita e prefigurada, mas o volume e o conteúdo de sua autorização dependem de seu critério, com o qual já não há uma competência no sentido de Estado de Direito.

Em uma democracia, a inevitável diferença prática entre governantes e governados não pode passar a ser uma distinção e singularização qualitativas das pessoas governantes. Quem governa em uma democracia não o faz porque possua as condições de uma camada superior qualitativamente melhor frente a uma camada inferior menos valiosa. Se o povo elege apenas os melhores e os mais virtuosos, melhor ainda: essa espécie de eleição não pode levar nunca à consequência dentro da democracia, de que forma uma camada especial que coloca em perigo a igualdade de todos, isto é, a suposição total de toda a democracia. Aqueles que governam se diferenciam por meio do povo, e não frente ao povo.

A identidade democrática descansa na ideia de que tudo o que há dentro do Estado como atuação do poder estatal e como o governo permanece dentro da homogeneidade substancial. O poder estatal deve emanar do povo, e não da pessoa ou órgão exterior ao povo e colocado sobre ele. Tampouco ele emana de Deus. Segundo a lógica democrática, somente deve-se levar em consideração a vontade, porque Deus, no campo político, não pode aparecer mais do que o Deus de certo povo. Isso significa a frase “*vox populi, vox Dei*”.

#### 4 O POVO E A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA: O POVO ANTES E DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO

Na democracia, o povo é o sujeito do poder constituinte. Toda Constituição, segundo a concepção democrática, baseia-se na decisão política concreta do povo dotado de capacidade política.

Lassale expõe: “*La gran verdad de que sin estas rivalidades y celos de unos gobiernos com otros, que son el aciate que los espolea a manternese a tono com el progreso em el interior del país, no sabríamos em qué etapa da barbarie nos encontraríamos hoy, y com nosotros el mundo todo*”<sup>14</sup>.

##### 4.1 O povo dentro da Constituição

O povo pode exercer certas competências legalmente regulamentadas enquanto corpo eleitoral ou de cidadãos com direito de voto.

##### Eleições

A eleição pode ter um duplo sentido: a determinação de um representante, ou nomeação de um agente dependente, determinando assim a pessoa a quem deve ser confiada uma atividade estatal:

14 LASSALE, Ferdinand. *Qué es una constitución?* 2. ed. Colômbia: Temis S.A., 1997.

- Eleição de um representante de todo o povo unido. Aqui o resultado da eleição está determinado pela maioria dos cidadãos com direito a voto que nela participarem.
- Eleição de um membro de um corpo legislativo de todo o Estado. Segundo o Direito Constitucional atual, aqui dá lugar à eleição de uma representação.
- Eleições locais. Não têm interesse nesse assunto porque não afetam a unidade política como um todo.

#### 4.2 Votações sobre o assunto

Nesse ponto, é importante lembrar que a democracia não é só um princípio, mas também uma representação da participação do povo por meio dos seus representantes no poder, ou seja, também é uma forma de o povo exercer o direito do voto. Dessa forma, José Afonso da Silva afirma que também é a forma pela qual o povo participa do poder, em que também estão consubstanciados os princípios da representação e da autoridade legítima<sup>15</sup>.

O cidadão vota, opina frente a uma questão objetiva e dá uma resposta objetiva. A isso correspondem os diversos métodos de *referendum*, de plebiscito e demais votações populares compreendidas sobre a dominação geral de “votação popular”. Vale como resposta a questão colocada no conteúdo da resposta dada pela maior parte dos votantes. A questão deve ser colocada de modo que possa ser respondida com um simples “sim” ou “não”.

Designa-se como iniciativa popular a iniciativa de uma minoria, mesmo quando não se possa decidir que a vontade desses eleitores vá como vontade de todos os demais. A palavra “popular” tem aqui um sentido essencialmente diferente em expressões como “votação popular” ou “eleição popular”. Uma iniciativa é, normalmente, algo que pertence à esfera de autoridades estatais, das magistraturas. Não pode haver nenhum governo sem iniciativa. Junto a outros significados, a palavra povo tem o sentido especial de implicar um contraste frente a toda autoridade ou magistratura estatal. O povo são aqueles que não governam, não representam, não exercem funções orgânicas de autoridade.

#### 4.3 O povo junto à regulamentação constitucional (opinião pública)

O povo como titular do poder constituinte encontra-se fora e acima de toda a regulamentação constitucional. Quando, por Lei Constitucional, lhe são transferidas certas competências (eleições e votações), não por isso se esgotam e acabam, em uma democracia, a sua possibilidade de atuar e seu significado político. Nem mesmo quando se acrescentam à organização estatal instituições constitucionais da democracia direta fica desconectado o povo para todas as demais relações; e ainda que aos eleitores e

---

15 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 136.

aos cidadãos com direito a voto lhe são atribuídas faculdades constitucionais, o povo se transforma por isso em autoridade. O povo não pode chegar a ser uma autoridade e simples órgão do Estado. É sempre algo mais que um órgão que funciona com competência para resolver assuntos oficiais, e subsiste, junto aos casos de uma atuação constitucionalmente organizada (eleições e votações populares), como entidade essencialmente não organizada e nem estruturada.

Essa magnitude negativamente fixada é o povo, não pela negatividade de sua determinação ser menos significativa que a vida pública. Povo é um conceito que somente adquire existência na esfera do *público*. O povo se manifesta apenas no público; inclusive o produz. Povo e coisa pública existem juntos: não se dá o primeiro sem a outra. O povo produz o público mediante a sua presença; apenas o povo presente, verdadeiramente reunido, é povo e produz o público.

Somente o povo verdadeiramente reunido é povo, e só o povo verdadeiramente reunido pode fazer o que especificamente corresponde à atividade dele: pode aclamar, ou seja, gritar “viva” ou “morra”, festejar a um chefe ou a uma proposição, aclamar ao rei ou a qualquer outro, ou negar a aclamação com o silêncio dos murmúrios. Também na monarquia aparece inevitavelmente o povo nessa atividade, em que a monarquia aparece sem o Estado vivo.

Apenas a partir de tais fenômenos simples e elementares pode-se repor em seus direitos o conceito do público, bastante duvidoso, mas essencial para toda a vida política e, sobretudo, para a moderna democracia, e conhecer o problema próprio desta. A regulamentação constitucional da atual democracia burguesa ignora por completo as autênticas assembleias populares e aclamações. O direito de reunião aparece como um direito garantido de liberdade burguesa (art. 124, C.a.) e como objeto da regulamentação da lei de reuniões e de associações.

Poderia-se confundir a Constituição de uma democracia com tais padronizações e aí pode-se discutir facilmente que aqui exista um problema, pois a organização da democracia, tal como se aceita hoje, nos Estados da Constituição liberal-burguesa, parte de ignorar precisamente ao povo reunido como tal, porque, como já havíamos dito tantas vezes, é próprio da Constituição do Estado burguês de Direito ignorar o soberano, ignorar se este soberano é o monarca ou o povo<sup>16</sup>.

Certo de que existe liberdade de reunião, e têm lugar, com ocasião das eleições e votações, “assembleias populares”. Aqui, os reunidos, desde o ponto de vista da Lei Constitucional, não são o povo e nem se movem em uma função pública. A eleição ou votação é, antes de mais nada, uma votação individual secreta. O método do sufrágio secreto é, entretanto, democrático e expressão do individual liberal, assim como também seu propugnador no século XIX. Jeremias Bentham foi um liberal típico. Os métodos da atual eleição popular e da atual votação popular, na moderna democracia, não contêm, de modo algum, o procedimento de uma verdadeira eleição popular ou verdadeira votação popular, porém organizam um procedimento de votação individual com adição de votos. Esse procedimento é hoje muito comum na maior parte das democracias.

---

16 SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, p. 283.

A Constituição de Weimar garante, junto à liberdade do sufrágio, também o segredo dele<sup>17</sup>. Segundo as leis eleitorais e os regulamentos, cuida-se, mediante uma série de dispositivos protetores (urnas, envelopes, cabines eleitorais, etc.), que o segredo fique assegurado e “não seja observado” o indivíduo. Poderia imaginar-se que um dia, por meio de inventos apropriados, cada homem particular, sem abandonar seu domicílio, pudesse dar expressão continuamente a suas opiniões sobre questões políticas, e que todas essas opiniões fossem registradas automaticamente por uma central onde só faltaria lhes dar leitura. Isso não seria uma democracia especialmente intensa, mas uma demonstração de que o Estado e o público privatizaram-se em sua integridade. Não seria opinião pública, porque não resulta opinião pública nem mesmo da opinião de acordo com milhões de pessoas; o resultado é apenas uma soma de opiniões privadas. Assim, não aparece nenhuma vontade geral, nenhuma *volonté générale*, mas sim apenas a soma de todas as vontades individuais, uma *volonté de tous*.

Podemos designar a democracia como império da opinião pública *government by public opinios*. Em vias do sufrágio secreto e mediante a adição de particularidades isoladas, não pode sugerir nenhuma opinião pública. A opinião pública é a forma moderna da aclamação. É possivelmente uma forma difusa, e seu problema não está resolvido nem para a sociologia, nem para o direito público. Mas a sua essência e o seu significado político apoiam-se no que pode ser interpretado como aclamação. Não há nenhuma democracia, nem Estado, sem opinião pública, como não há nenhum Estado sem aclamação. Não há democracia sem partidos, mas apenas porque não há nenhuma democracia sem opinião pública e sem que o povo encontre-se sempre presente. Assim como a opinião pública não pode se transformar em uma competência de autoridade, tampouco um partido pode transformar-se em autoridade sem perder seu caráter de partido, pelo menos que, ao mesmo tempo, o próprio povo não pode se tornar uma autoridade sem deixar de ser povo.

O atual predomínio das organizações de partido, frente ao parlamento, baseia-se em que elas correspondam ao princípio democrático da identidade, tanto assim que, como o povo, estão sempre presentes sem representar, enquanto que o parlamento tem seu sentido apenas na representação, e de fato perdeu, entretanto, seu caráter representativo.

Apesar de sua imprevisibilidade e inorganibilidade, a opinião pública foi reconhecida e tratada desde o século XVIII na literatura e na teoria do estado como valor especial da vida estatal. A liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa tornam-se assim instituições políticas. Daí recebem o caráter de direitos políticos e deixam de ser seqüela, como com o processo americano, da liberdade de consciência e religião.

Algumas dessas representações democráticas da opinião pública mostram-se na regulamentação da Lei Constitucional e empregam conceitos para cuja indeterminação jurídica deve deliberadamente uma fixação precisa, padronizada. As instituições e os procedimentos legais não podem organizar e abranger exaustivamente a opinião pública,

---

17 Weimar. *La constitución de Weimar*; en el art. 130.

mas sim servir para dar garantia e eficácia à sua expressão e criar um valor de sintonia acima de seu conteúdo oficial.

O resultado de uma eleição ou votação tem sempre junto à sua significação imediata de conteúdo – determinação de um deputado ou resposta a uma questão proposta – este outro significado, todavia muito diminuído pelos métodos do sufrágio secreto, pela dependência em relação às listas de candidatos propostas e pela colocação da questão. Tal pode ser a situação, que a opinião pública apenas combine em expressar-se mediante a abstração do sufrágio. Lembrando que os métodos legais nunca detêm mais que um único momento. Mas, em todo caso, pertence à essência de uma democracia autêntica em que seja observado de maneira leal o valor sintomático de eleições e votações populares<sup>18</sup>.

Assim, a votação do povo alemão sobre a expropriação dos bens das antigas famílias Reinoutes, em junho de 1926, não teve lugar uma aclamação – que em si mesma era evidente – porque a prescrição do art. 75, C.a., tornava possível e até induzia os adversários da expropriação a ficarem em casa. Na prática inglesa, chegou-se a considerar como sintomas reconhecidos e dignos de ser observados se se procederem com lealdade os resultados de segundo turno e reeleições e de grandes eleições municipais.

Já no reino alemão, não há lugar para a consciência dos sistemas de listas da representação proporcional, segundos turnos e reeleições, tendo desaparecido assim essa importante possibilidade e controle; as eleições ao Landtag em pequenos países e as eleições municipais não podem oferecer nenhum substitutivo.

A consequência jurídico-política mais importante da consideração pública que aqui se fala afeta o instituto político da dissolução do parlamento. Essa instituição recebe assim o caráter de instituição normal; perde o aspecto de coisa extraordinária, em conexão com ideias de conflito ou por acaso golpe de Estado, segundo esta ainda na recordação desde os tempos da monarquia constitucional.

#### **4.4 Significados para a expressão “povo” para uma moderna teoria da Constituição**

Para a democracia grega, povo era apenas o conjunto dos homens livres excluídos da massa dos libertos; portanto, povo era equiparado ao regime da minoria, não era o ser humano em si, mas um povo de cidadãos, isto é, indivíduos abstratos e idealizados, fruto do racionalismo e do mecanismo que informa o constitucionalismo do século XIX. Na verdade, povo eram os trabalhadores e não os titulares do poder dominante (político, econômico e social), uma vez que estes teriam que ser apenas representantes do povo, ou seja, aqueles que exercem o poder em nome do povo<sup>19</sup>.

Povo com magnitude não formada, não regulamentada na Lei Constitucional.

18 SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 290.

19 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 136.

- a) povo como sujeito do poder constituinte;
- b) povo como portador da opinião pública e sujeito de aclamações;
- c) povo como aqueles que não governam ou não são autoridades.

Povo como entidade organizada e formada por uma Lei Constitucional, observando, aqui, em realidade, que não é o povo aquele formado e organizado, mas aquele que existe apenas no procedimento para as eleições ou votação, e a vontade do povo surge só como resultado de um sistema de vigências ou talvez ficções. Então, povo equivale à maioria simples e quantificada dos eleitores que tenham emitido o sufrágio.

## 5 CONSEQUÊNCIAS DO PRINCÍPIO POLÍTICO NA DEMOCRACIA: TENDÊNCIAS GERAIS QUE SÃO EXPLICADAS PELO ESFORÇO DE REALIZAR A IDENTIDADE DEMOCRÁTICA

Na concepção de Canotilho, a teoria elitista era uma espécie de síntese de uma pretensa teoria democrática com uma teoria de elites de poder, ou seja, a democracia não era o poder do povo, mas poder das elites para o povo que se limitava a escolher as elites<sup>20</sup>.

- a) O maior número de pessoas com direito a voto, diminuição de idade eleitoral, voto feminino.
- b) “Decisão por uma maioria maior possível de votantes, isto é, aproximação do ideal da unanimidade”. Essa ideia, entretanto, é um equívoco, e é explicada, no essencial, porque, mediante os métodos do individualismo liberal (sufrágio secreto) e – desde Condorcet – mediante a mentalidade matemática de simples conta de resultados de votação, veio escurecer o conceito especificamente político de democracia, uma representação puramente quantitativa e aritmética.
- c) A maior extensão possível dos métodos de eleição direta para a determinação de Magistrados e autoridades, e a repetição o mais frequente possível dessas eleições, turno eleitoral rápido, mandatos breves, possibilidade de dispor aos Magistrados eleitos, fácil disposição dos corpos legados eleitos.
- d) “A maior extensão possível de decisão objetiva imediata pelos cidadãos com o direito a voto (*referendum*)”<sup>21</sup>.

### 5.1 O cidadão na democracia

- a) Conceito de cidadão pertence à esfera política. O cidadão na democracia é citado, no particular ou no burguês.

20 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1396.

21 SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 292.

- b) Igualdade diante da lei, isto é, supressão e proibição de todos os privilégios a favor ou em prejuízo dos cidadãos ou certas categorias e situações sociais. Tais privilégios não podem ser introduzidos por meio da lei, nem poderia fundamentar-se em uma lei de reforma da Constituição. Nisso consiste a fundamental significação do postulado de que os cidadãos são iguais diante da lei (art. 109, C.a.), isto quer dizer, sobretudo:
- c) Igualdade de *status* político: participação igual dos cidadãos em eleições e votações referidas a todo o Estado, isto é, direito ao sufrágio igual. As outras particularidades e métodos desse direito eleitoral: sufrágio direto sistema de representação proporcional, voto secreto, não resulta dos princípios democráticos, mas de outras reflexões, em parte da justiça em geral e em parte de justiça no sentido do individualismo liberal.
- d) O direito de sufrágio não é um direito no sentido de encontrar-se à livre disposição do indivíduo (como os segredos eleitorais, cuja condição heterogênea mostra-se bem neste contraste); mas não é um simples “reflexo” da Lei Constitucional, e sim uma função pública e, por consequência, lógica, em dever, porque não é exercitado pelo indivíduo como particular, e sim como cidadão e, portanto, em virtude de um *status* do direito público. Entretanto, a maior parte dos Estados democráticos não tinham nas suas leis eleitorais a consequência do dever de sufrágio.
- e) Serviço militar obrigatório, o direito e o dever de todo cidadão defender, com acerto, a sua aptidão ao Estado e sua ordenação, desde o interior ao exterior com as armas na mão. Assim como não há uma democracia autêntica sem sufrágio universal, tampouco há sem serviço militar obrigatório. O art. 133, C.a. (“o serviço militar é regido com ordem às prescrições da lei da defesa do Reich – exército”) garante um princípio essencial, pois reserva a possibilidade de que todo alemão seja obrigado a prestar o serviço militar de acordo com a lei. Segundo o art. 478, 2, C.a., prevaleceram, entretanto, as prescrições do Tratado de Versalles (em cujo no art. 173 fica abolido o serviço militar obrigatório na Alemanha). A prática daquela instituição democrática fica assim impedida, embora essa prescrição de um pacto internacional não muda, segundo o dito anteriormente. Igualdade diante dos cargos públicos obrigatórios e os serviços obrigatórios (arts. 432-433 C.a.).
- f) Obrigação igual em relação ao art. 434, C.a.: “Todos os cidadãos, sem distinção, em proporção a seus meios e de acordo às leis de sustentação dos encargos públicos”.
- g) Ausência de limitações da elegibilidade e ausência de incompatibilidades. A consequência da igualdade de todos os cidadãos diante da lei é que impossível excluir em sua democracia grupos de cidadãos a certos cargos, funções e, sobretudo, da elegibilidade. Tampouco uma incompatibilidade parlamentar em sentido próprio (a distinguir da inelegibilidade), pois significa que certos cidadãos são elegíveis, mas, quando eleitos, têm que renunciar, ou

de sua atual função ou cargo, ou do seu mandato. No restante, enquanto que se reconheça o *status* especial dentro do *status* cidadão geral naqueles que pertençam à situação de soldados, são possíveis limitações da elegibilidade e incompatibilidade.

O mesmo pode-se dizer em relação aos funcionários quando tenham também o *status* especial, embora pareça falhar na Alemanha o sentido para a consequência. Pelo contrário, apenas seria possível em uma democracia fundar legalmente incompatibilidades econômicas e dispor para aqueles pertencentes a certas profissões econômicas, banqueiros, síndicos, etc., que não possam ser ao mesmo tempo deputados, para obter uma independência social e econômica destes, atribuindo outra vez um significado à “independência” legal-constitucional do deputado (art. 21, C.a.). Se renunciar das dificuldades práticas de semelhante tentativa e das muitas possibilidades de burlá-lo, a dificuldade teórica consiste, sobretudo, em que uma lei que dispusesse tais incompatibilidades econômicas tropeçaria com a igualdade democrática diante da lei.

- h) A igualdade do direito privado domina, segundo os princípios democráticos, só no sentido de que as leis de direito privado valem de igual forma para todos, mas não no sentido da igualdade econômica dos bens, propriedades ou ingressos privados. A democracia, como conceito essencialmente público, apenas afeta em suas consequências e aplicações ao direito público. Entretanto, pode-se deduzir do caráter essencialmente político da democracia e incondicional primazia do público sobre o privado. Tão logo como a desigualdade econômica ou o poder social da propriedade privada estorve ou ponha em perigo a igualdade política, pode-se tornar politicamente necessário suprir por lei ou por medidas tais esses estorvos ou perigos.

Frente a essa necessidade, a invocação ao caráter sagrado da propriedade privada não seria democrática; corresponderia aos princípios do estado burguês de direito, cujo sentido específico é o de frear as consequências de um princípio político como a democracia, convertendo-a em uma democracia constitucional, isto é, limitada pela Lei Constitucional.

## 5.2 Métodos democráticos para determinar as autoridades e os funcionários

A igualdade de todos os cidadãos, isto é, igual acesso a todos os cargos, sendo necessária uma qualificação objetiva e uma formação profissional ou técnica, existe somente sob a hipótese de igual aptidão (art. 128, C.a.). Para comprovar a formação profissional ou técnica, não podem existir privilégios de classe ou posição social, nem tampouco desigualdades encobertas por um *numerus clausus*. O igual acesso para todos os cargos públicos despoja também a burocracia profissional do caráter de instituição antidemocrática. Entretanto, a formação de uma hierarquia de funcionários poderia levar à contradição com a igualdade democrática dos cidadãos se os cargos superiores dessa

hierarquia saíssem da própria burocracia profissional exclusivamente. Pelo contrário, não há contradição quando assumem os cargos supremos de delegados que atuam neste cargo, chamados não de funcionários profissionais, podendo ser Ministros de Departamentos. O essencial para uma democracia é que a atividade reitora do governo continue dependendo da vontade e confiança do povo. Por isso, as garantias institucionais da Constituição de Weimar (arts. 129, 130), que protegem por Lei Constitucional a burocracia profissional, são compatíveis com os princípios democráticos<sup>22</sup>.

Determinação do funcionário ou chefe.

- a) Por sorteio.
- b) Por eleição. Em comparação com o sorteio, a determinação por eleição é, como Platão e Aristóteles dizem, um método aristocrático. Mas em comparação com a nomeação por uma Instância Superior, ou com uma determinação em vias hereditárias, pode aparecer como algo democrático. Na eleição, escolhem-se as duas possibilidades: pode ter o sentido aristocrático ou o sentido democrático da designação de um grande agente, delegado ou servidor; o eleitor pode aparecer frente ao eleito como subordinado ou como supraordenado. No século XIX, considerou-se a eleição como método democrático, o qual ainda hoje explica que se defina a democracia como uma formação estatal apoiada no direito de sufrágio universal. Se a eleição não der base de representação autêntica, então é um meio para o princípio democrático; se significar somente a designação de um delegado dependente, então pode considerá-la como um método especificamente democrático. A lógica democrática leva à supressão de eleições e à votação dos assuntos pelo povo em sua identidade de cada momento.

A nomeação dos funcionários por uma autoridade superior costuma ser considerada um método antidemocrático. Se for indispensável, surgem então outros diferentes métodos chamados para corrigir e modificar, em um sentido democrático, aquele método autoritário: por exemplo, dependência dos órgãos supremos de cada jurisdição, isto é, do ministro, com relação à confiança do povo ou da representação popular, além da retificação do sistema de nomeação, anexando leigos que atuem remuneradamente: jurados e escabinos nos Tribunais administrativos. A participação de leigos significa apenas uma participação do povo, adotando um sentido negativo antes desenvolvido, de que pertencer a ele: diante de tudo, os que não são funcionários profissionais.

## CONCLUSÃO

A ideia central do artigo é passar uma breve noção do surgimento da Constituição e analisar o conceito da Constituição na concepção de Carl Schmitt. O citado autor entende que a Constituição é um conjunto de leis fundamentais que garantem o pensamento político, mas de maneira pouco flexível, e colocada como sendo “toda-poderosa”.

---

22 Weimar, op. cit.

Por outro lado, as demais Constituições, como a Absoluta, têm um sistema único e verdadeiro que coordena os poderes de toda a administração do governo.

Na concepção relativa da Constituição, como o próprio nome diz, as Constituições oscilam, variando de acordo com as suas espécies. Se flexíveis, os procedimentos são “desenhados” em consonância com as autoridades do país. Diferentemente ocorre no conceito positivo da Constituição, uma vez que as leis são formadas acompanhando as mutações sociais. Todavia, fica claro que a formação política tem um papel prévio e fundamental, justificando a sua existência de ser.

Diante do exposto, entendo que Carl Schmitt trabalhou um pensamento verdadeiro das Constituições que foram surgindo, acompanhando as formações políticas vivenciadas nos diferentes países e passaram no decorrer das décadas e séculos a respeitar o mínimo necessário e ético da democracia, exercida por meio do voto.

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* 2. ed. Colômbia: Temis S.A., 1997.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Alianza Universidad Textos, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIEIRA, Oscar de Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, n. 42, 1997.

# O PODER CONSTITUINTE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE 1988

---

**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:** A Constituição, seu conceito e seus sentidos, o poder constituinte, nas formas originária e derivada, e, ainda, o conceito de sistema e sua natureza, objetivavam estabelecer uma noção do sistema constitucional brasileiro, conjugando-o com sistemas outros, reconhecendo-se, assim, a interdependência e as consequências dela decorrentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; sentidos de constituição; poder constituinte; poder constituinte originário; poder constituinte derivado; sistema; sistema jurídico constitucional.

**SUMÁRIO:** 1 Constituição – Etimologia: origem do vocábulo e conceito; 2 Sentidos da Constituição; 2.1 Sentido político; 2.2 Sentido sociológico; 2.3 Sentido formal ou jurídico; 3 O poder constituinte; 3.1 Características do poder constituinte originário; 3.2 Características do poder constituinte derivado; 4 O sistema constitucional brasileiro de 1988; 5 O poder constituinte no sistema constitucional de 1988; Conclusão; Referências.

## 1 CONSTITUIÇÃO – ETIMOLOGIA: ORIGEM DO VOCÁBULO E CONCEITO

O vocábulo “constituição” tem origem latina, de *constitutione*, que significa o ato de constituir, de estabelecer, de firmar. É a maneira pela qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação<sup>1</sup>.

Entenda-se constituição, em um sentido não técnico, como anota Maria Jacira Pereira<sup>2</sup>, como a estrutura, a espinha dorsal, o esqueleto das normas que regem o Estado e a sociedade.

O conceito de Constituição pode ser tomado sob vários aspectos; todavia, faz-se necessário que se analise tal conceito sob o prisma científico, delimitando seu alcance.

Ferdinand Lassalle<sup>3</sup> afirmava que o conceito de Constituição “é a fonte primitiva da qual nascem a arte e a sabedoria constitucionais”.

---

1 *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 460.

2 A manifestação do poder constituinte na Constituição Federal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, RT, n. 12, p. 241, 1991.

3 *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988. p. 22.

Para Isócrates<sup>4</sup>, a Constituição é a alma da *polis*.

Nas palavras de Celso Bastos<sup>5</sup>, “constituição, em um sentido amplo, significa a maneira de ser de qualquer coisa, sua particular estrutura. Nesta acepção, todo e qualquer ente tem sua própria constituição”.

Em um sentido material, como anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>6</sup>,

constituição é a organização de alguma coisa. Em tal acepção, o termo pertence somente ao vocabulário do direito público. Assim conceituado, é evidente que o termo aplica-se a todo grupo, a toda a sociedade, a todo Estado. Designa a natureza peculiar de cada Estado, aquele que faz este ser o que é.

O filósofo Aristóteles<sup>7</sup> utilizava o vocábulo “constituição” significando

a ordenação das funções do governo nas cidades quanto à maneira de sua distribuição e à definição do poder supremo nas mesmas e do objetivo de cada comunidade. Afirmava apresentar-se a constituição como um edifício ou um complexo de engrenagens, no qual se concretizava a estrutura fundamental daquela instituição denominada Estado.

Como enfatiza Guillermo Cabanellas de Torres<sup>8</sup>, “*esta voz pertenece de modo especial al derecho político, donde significa la forma o sistema de gobierno que tiene adoptado cada Estado*”.

E segue o autor: “*Puede ser considerada como acto o decreto fundamental em que están determinados los derechos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los poderes públicos de que este se compone*”.

José Carlos Tosetti Barrufini<sup>9</sup>, ao analisar o tema sob o prisma de vários estudos, menciona a Constituição

como um princípio dinâmico da unidade política do fenômeno da contínua renovação desta unidade. Compreende-se o Estado não como algo existente, em repouso estático, mas como algo surgindo sempre de novo. Dos distintos interesses contrapostos, opiniões e tendências, deve formar-se diariamente a unidade política.

Dalmo de Abreu Dallari<sup>10</sup> conceitua Constituição como

a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando à proteção

4 *Areópago*, 14. Apud BARRUFINI, José Carlos T. *Revolução e poder constituinte*. São Paulo: RT, 1976. p. 15.

5 *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 42.

6 *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 9.

7 *Política*. 3. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 9.

8 *Diccionario politico elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta SLR, 1993. p. 88.

9 *Revolução e poder constituinte*. São Paulo: RT, 1976. p. 16.

10 *Constituição e constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 21.

e à promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo.

Nesse passo, vale recordar os diversos sentidos em que a Constituição foi analisada.

## 2 SENTIDOS DA CONSTITUIÇÃO

### 2.1 Sentido político

Carl Schmitt afirmava ser a Constituição um ato de poder soberano, que determinaria a estrutura mínima do Estado, qual seja, as regras que definem a titularidade do poder, a forma de seu exercício e os direitos individuais. Outras normas, embora inseridas no documento político, seriam denominadas leis constitucionais.

Como menciona Michel Temer<sup>11</sup>, Schmitt aponta uma diferença entre a Constituição e a lei constitucional. Aquela é a decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política. É conteúdo próprio da Constituição aquilo que diz respeito à forma de Estado, à de governo, aos órgãos do poder e à declaração dos direitos individuais. Tudo o mais, embora possa estar escrito na Constituição, é lei constitucional.

Para José Afonso da Silva<sup>12</sup>, a concepção política de Carl Schmitt revela determinada faceta do sociologismo, considerando-a como *decisão política fundamental*.

Merece destaque o comentário de Jorge Miranda<sup>13</sup>, que afirma ser a concepção de Carl Schmitt *decisionista*, na qual a Constituição seria válida somente por força do ato do poder constituinte, e sendo a ordem jurídica essencialmente um sistema de atos preceptivos de vontade, um sistema de decisões.

Para Carl Schmitt, uma constituição é válida sempre que emane de um poder constituinte e se estabeleça por sua vontade.

### 2.2 Sentido sociológico

Em um sentido sociológico, a concepção de Ferdinand Lassalle, advogado e militante político francês, aponta para um conjunto ou consequência dos mutáveis fatores sociais que condicionam o exercício do poder. Para Lassalle, a Constituição é vista como lei que rege, efetivamente, o poder político em certo país, em virtude das condições sociais e políticas nele dominantes<sup>14</sup>.

---

11 *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 20.

12 *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 15.

13 *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, t. II, 1996. p. 54/55.

14 *Idem*, p. 53.

Como afirma Celso Bastos<sup>15</sup>, para Lassalle, a essência da Constituição está no que se denomina “fatores reais de poder”, que regem a sociedade, é dizer, as forças reais que mandam no país. São forças de cunho político, econômico, religioso, ativo e eficazes o bastante para informar todas as leis e instituições políticas de uma dada sociedade. Sua essência não repousa em uma “folha de papel”, que representa a Constituição escrita, que é mera descritora da realidade subjacente, mas sim nas relações fáticas reinantes de poder em um Estado.

Nas palavras de Michel Temer<sup>16</sup>, “os que veem o Direito sob o prisma sociológico, distinguem os instrumentos formais, consubstanciados na Constituição, e o instrumento real, consubstanciado na efetiva detenção e exercício do poder”.

### 2.3 Sentido formal ou jurídico

Nesse sentido, Constituição é o conjunto de normas que se situa em um plano hierarquicamente superior a outras normas. Dessa maneira, pouco importa o conteúdo, mas a formalização desse conjunto de normas.

Hans Kelsen, sob tal enfoque, demonstra a diferença entre o Direito e as demais ciências, sejam naturais, sejam sociais. Enfatiza que o jurista não necessita socorrer-se da Sociologia ou da Política para sustentar a Constituição. Sua sustentação encontra-se no plano jurídico. O cientista do Direito busca soluções no próprio sistema normativo. Daí porque a busca de suporte para a Constituição em um plano puramente jurídico<sup>17</sup>.

## 3 O PODER CONSTITUINTE

Partindo-se dos conceitos e sentidos de Constituição, necessário se faz conhecer o poder pelo qual esta norma de caráter especial é criada, e quem tem legitimidade para tanto.

A Constituição, considerada a lei máxima de um Estado, é criada por um poder, denominado poder constituinte.

A ideia de um poder que cria a constituição surgiu na época da Revolução Francesa, com o pensamento de Emmanuel Sieyès, com um texto intitulado “O que é o Terceiro Estado?”.

Na lição de Sieyès, o poder constituinte preexiste à nação e está acima dela. É limitado apenas pelo direito natural, ignorando qualquer direito positivo anterior a ele. É poder inalienável, permanente e incondicionado, nas palavras de Celso Bastos<sup>18</sup>.

Maria Garcia<sup>19</sup>, ao comentar a doutrina do Abade Sieyès, assinala que “o poder constituinte é um poder indelegável, mesmo que delegue seu exercício a um órgão especial destinado a esse fim e cujos membros são eleitos com esse único objetivo”.

---

15 Bastos, 1997, p. 2.

16 Temer, 2010, p. 19.

17 Idem, p. 20.

18 Bastos, 1997, p. 22.

19 Exercício do poder constituinte derivado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, II, p. 35.

O poder constituinte é, essencialmente, um poder de natureza política e filosófica, ligado ao conceito de legitimidade imperante em uma determinada época. Assim entendido, é sempre poder primário, de ocorrência excepcional, exercitando-se para criar a primeira Constituição do Estado ou as Constituições que, posteriormente, se fizerem necessárias.

O poder constituinte, no entanto, pode se manifestar de duas formas, tendo, em cada uma delas, características totalmente distintas. Na primeira, quando cria uma nova Constituição, ou seja, uma nova ordem jurídica, é denominado poder constituinte originário; na segunda, quando apenas reforma pontos específicos da Carta Maior, é chamado de Derivado ou de Reforma, como preferem alguns doutrinadores.

### 3.1 Características do poder constituinte originário

Como anotam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>20</sup>, Sieyés já havia dividido linearmente o poder constituinte – que cria a constituição – e o poder constituído – órgãos e funções criados pela Constituição. O poder constituinte seria inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado. Inicial, porque inaugura uma nova ordem jurídica, revogando a Constituição anterior e os dispositivos infraconstitucionais anteriormente produzidos e incompatíveis com ela; *autônomo*, pois só a seu exercente cabe determinar quais os termos em que a nova Constituição será estruturada; *ilimitado*, porque não se reporta à ordem jurídica anterior, compondo nova estrutura jurídica, sem limites para a criação de sua obra; *incondicionado*, por não submeter-se a nenhum processo predeterminado para sua elaboração.

É um poder ilimitado porque é um poder que se propõe, que se diz, que se reafirma incondicionado, podendo, portanto, dispor do modo que quiser sem que algum bloqueio de ordem jurídica possa servir de óbice àquilo sobre o que venha a dispor.

Todavia, Nelson Saldanha<sup>21</sup> aponta existirem, para o poder constituinte, limites, pois “em não tendo, não seria jurídico. Na proporção de seus limites estão, entretanto, seus alcances, de vez que esta mesma combinação de fato e norma, que o sustenta, lhe fornece as mais concretas perspectivas de atuação”.

Segue o autor, dizendo que o alcance de todo poder constituinte depende, antes de tudo, do grau de consciência cultural e jurídica que esteja habilitado àqueles que, direta ou indiretamente, estão investidos dele; o povo representado e a assembleia representante.

### 3.2 Características do poder constituinte derivado

Emmanuel Sieyés distinguiu o poder constituinte dos poderes constituídos.

20 *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.

21 Poder constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Forense, a. III, n. 4, 1985. p. 122.

Os poderes constituídos, na interpretação de Maria Jacira Pereira<sup>22</sup>, são limitados e condicionados ao poder constituinte e à Constituição que lhes dita a organização e forma de atuação.

Para Vanossi<sup>23</sup>, o poder constituinte que atua na etapa de reforma ou revisão é uma competência, é mais uma manifestação de aplicação da própria legalidade prevista por aquele Poder Constituinte inicial.

Entende o autor que o poder constituinte originário permanece na manifestação do Poder de Reforma.

#### 4 O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE 1988

A Constituição pode ser considerada como um sistema de normas e princípios.

Sistema é o conjunto de elementos ligados entre si, com uma finalidade comum.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>24</sup>, ao estudar a concepção de Lask sobre sistema, afirma que “o sistema jurídico, *de lege data*, tem um caráter acabado, ainda que imperfeito. O sistema da realidade, que dá a dimensão de sua imperfeição, é, ao contrário, inacabado, dinâmico, em constante mutação”.

Para Miguel Reale, o sistema jurídico é um conjunto unitário de órgãos que por si mesmo se faz e refaz, em uma rede autônoma de processos generativos de elementos complementários, até que não se extinga a força física que é imanente ao corpo como um todo unitário.

Dessa forma, se pode inferir que o sistema jurídico é, para Reale, autopoietico, ou seja, se autorregula, se autoalimenta. Pela teoria “autopoietica”, o Direito tem possibilidade de autorregenerar-se.

Para Gunther Teubner<sup>25</sup>, “*el sistema jurídico es cerrado, diferenciándose de su mundo circundante. Puede reproducir sus propias operaciones través de la rede de operaciones propias*”.

Kelsen<sup>26</sup> destaca que “apenas existe *unidade cognoscitiva*: podemos conceber todas as normas jurídicas positivas como um *sistema unitário de normas* e, também, como um *sistema único*, como um todo fechado em si”.

---

22 Pereira, p. 240.

23 VANOSSO, Jorge Reinaldo, Uma visão atualizada do poder constituinte. *Revista de Direito constitucional e Ciência Política*, a. I, n. 1, 1983. p. 25.

24 *Conceito de sistema no direito*, São Paulo: RT, p. 136.

25 *Recht als Autopoietisches System (Derecho como Sistema “Autopoietico”)* Frankfurt/Main, 1989 apud LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 49, 1990. p.155.

26 *Théorie Purê du Droit*, p. 430/432 apud VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 179/180.

Em um sistema fechado, a inclusão de um elemento novo modifica todo o sistema: o implode ou cria regra nova.

Para Lourival Vilanova<sup>27</sup>, todavia, “o fechamento do sistema jurídico é tão somente do ponto de vista do conhecimento específico (dogmático) levado a termo pela Ciência do Direito. Para o autor, o sistema *aberto*, em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo de referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através dos esquemas hipotéticos, os *descritores* de fatos típicos, e dos esquemas consequenciais, donde se dá a *função prescritora* da norma de Direito”.

Assim concebido, o sistema jurídico é, então, considerado *alopoiético*, ou seja, vai buscar alimentação fora de si mesmo.

Nesse passo, a palavra-chave é *interdependência*; é admitido o elemento novo, sem modificar o sistema.

No estudo em pauta, se pode entender o sistema jurídico como “alopoiético”<sup>28</sup>.

## 5 O PODER CONSTITUINTE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE 1988

Através da análise dos conceitos e sentidos da Constituição, do poder constituinte, em suas formas originárias e derivadas, e do sistema jurídico, pode-se inferir que:

1. A Constituição, como declaração política de um povo, é criada de modo solene;
2. Sua finalidade precípua é estabelecer os direitos e garantias fundamentais, atribuir competências, garantir direitos e estabelecer deveres, aplicando-se aos indivíduos e ao governo;
3. A criação da Constituição é atribuída a um poder especial, denominado poder constituinte, estabelecido para esse fim;
4. Tal Poder é dividido entre originário, que cria uma nova ordem jurídica, revogando totalmente a anterior, e derivado, que visa apenas à reforma de determinados pontos do Texto Constitucional, com a finalidade de adaptá-lo à evolução natural da sociedade;
5. O sistema jurídico constitucional, analisado sob o enfoque de alguns doutrinadores, tem natureza *alopoiética*, pois mantém intercâmbio com sistemas outros, quais sejam, social, econômico, político, ético, que lhe fornecem subsídios para renovação e adaptação às contingências atuais. Ocorre a interdependência entre os sistemas.

27 VILANOVA, Lourival. Op. cit., p. 179/180.

28 Que recebe informações de outros sistemas.

## CONCLUSÃO

Com fulcro nas pesquisas realizadas, a Constituição, considerada a Lei Maior de um Estado, sua criação e possibilidade de reforma por um poder, criado e com competência delimitada pela própria norma constitucional, e o sistema jurídico constitucional, considerado como *alopoiético*, se pode extrair algumas conclusões.

A Constituição, entendida como a espinha dorsal do sistema de normas que rege o Estado e a sociedade, determina, de maneira expressa, em seu próprio corpo, a forma de sua alteração e os limites observados pelo poder instituído para esse fim.

O próprio poder constituinte originário, que é aquele que cria uma nova Constituição, observa limites metajurídicos, como ensina Vanossi.

Nesse passo, vale lembrar que o poder de reforma ou derivado tem, além dos limites predeterminados na Carta Constitucional, aqueles já observados pelo poder originário, quando da criação da norma superior.

Assim, considerando o sistema jurídico como aberto ou *alopoiético*, ou seja, que sofre a influência de sistemas outros a ele circundantes, se pode afirmar que a observância, pelo poder constituinte reformador, dos limites impostos até ao poder originário é de caráter impositivo.

A permanência do poder constituinte originário na manifestação do poder constituinte reformador é característica apontada por Vanossi e, dessa forma, tal permanência pode ser entendida como elemento de consolidação das barreiras impostas à reforma.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e poder constituinte*. São Paulo: RT, 1976.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASSIRER, Ernst. *O mito do estado*. Zahar Editores, 1976.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: RT, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

GARCIA, Maria. Exercício do poder constituinte derivado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, II.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1984.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1969.
- \_\_\_\_\_. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 49, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. Poder constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. III, n. 4, 1985.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, t. II, 1996.
- NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Maria Jacira. A manifestação do poder constituinte na Constituição Federal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 12.
- RAZ, Joseph. *Il Concetto di Sistema Giuridico*. Ed. Il Mulino, 1977.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: RT, 1977.
- SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: RT, 1986.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TORRES, Guillermo Cabanellas. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta SRL, 1993.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do poder constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, a. I, n. 1, 1983.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

# PRISÃO CAUTELAR E PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NA INSTÂNCIA DA CIÊNCIA E DO PODER

---

**Sabrine Pierobon de Souza**

Advogada, Mestre em Educação e Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Pontifícia Universidade Católica de Campinas).

**RESUMO:** Nos termos da lei processual penal brasileira e dos princípios esposados constitucionalmente, a prisão cautelar é medida excepcional de segregação que, atendidos os parâmetros normativos, sob a ótica da ciência jurídica, se harmonizaria ao princípio da presunção da inocência. O presente texto visa a discutir a prisão provisória, analisando seus delineamentos legais e teóricos, bem como sua aplicação prática na atualidade e as contradições existentes entre estas categorias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão provisória; presunção de inocência; prisão preventiva.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A prisão provisória no Brasil e suas delimitações preliminares; 2 Prisão preventiva, Poder Judiciário e o exercício do poder de polícia; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

É cediço que, nos parâmetros legais ordinários, constitucionais e até mesmo supraleais, a liberdade, quando se trata de um Estado Democrático de Direito, sobrepe-se à segregação de um indivíduo, especialmente quando impera o princípio da presunção da inocência, enquanto vigora a afirmação dogmática de que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

As famigeradas prisões para averiguação e as detenções abusivas há muito foram banidas do nosso ordenamento jurídico, migrando para a esfera da ilegalidade e da ilegitimidade.

Contudo, os princípios inferidos pelo saber jurídico nem sempre encontram eco nas decisões que emanam dos órgãos judicantes e hodiernamente se contrapõem aos parâmetros da ciência e aos argumentos da política criminal.

É exatamente neste limiar que transitará o presente artigo, sem grandes pretensões no sentido de exaurir o tema, mas com vistas à inclusão de categorias novas para a discussão e apontando a dicotomia entre os parâmetros legais e a aplicação prática da prisão provisória.

## 1 A PRISÃO PROVISÓRIA NO BRASIL E SUAS DELIMITAÇÕES PRELIMINARES

Ainda que em vigor a presunção da inocência, é possível que a prisão cautelar seja recomendada antes mesmo da formação de culpa do acusado, e, entre as espécies

de prisão provisória permitidas, aquela que mais se destaca pela amplitude de aplicação prática na atualidade e indefinição quanto à fase processual de imposição e requisito temporal é a prisão denominada preventiva, que pode ser decretada durante o inquérito ou após o recebimento da denúncia, e não se submete a regras de prazo determinadas e específicas.

Contudo, é importante repisar que, conforme afirma o Ministro Eros Grau,

antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo. (STF, HC 95009/SP, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, J. 06.11.2008)

Assim, esta prisão é possível desde que elementos concretos que se amoldem à descrição legal se façam presentes, aptos a justificar a segregação. Tais elementos devem apontar, no caso da prisão preventiva, para quatro circunstâncias norteadoras que somente devem ser analisadas quando presentes os pressupostos da medida, quais sejam: prova da materialidade delitiva e indícios de autoria do crime.

Preenchidos os pressupostos da preventiva, são circunstâncias que podem ensejá-la: a) a conveniência da instrução criminal; b) a garantia da ordem pública; c) a garantia da ordem econômica; d) a assecuração de aplicação da lei penal.

Desta forma, se há elementos concretos apontando que o indiciado/acusado pretende perturbar a colheita de provas ou turbar o processo, ou ainda que poderá praticar outros crimes, bem como intenta evadir-se, cabe, evidentemente, a imposição da segregação.

Contudo, a sua decretação deve ser motivada e ainda calcada em elementos concretos, não em meras suposições. Do contrário, resvalar-se-ia para a seara do arbítrio e da prepotência, a qual ainda assombra a trajetória das instituições do nosso infante Estado Democrático de Direito.

Esses parâmetros são aqueles encontrados no art. 5º da Constituição Federal e exatamente no Código de Processo Penal, em seu art. 312.

Outras prisões também encontram respaldo antes da condenação definitiva, assim como a prisão em flagrante delito ou ainda a prisão temporária, mas essas modalidades são ainda mais restritas do que a prisão preventiva, pois submetem-se a diversas regras específicas.

Como se vê, o acusado, na maioria dos casos, deveria acompanhar em liberdade o desenrolar de seu processo, concedido a ele o direito de presença e defesa ampla. Isto, pois, nos termos prelecionados por Tourinho,

toda e qualquer prisão que antecede a um decreto condenatório com trânsito em julgado é medida odiosa, porque somente a sentença com trânsito em julgado é legítima fonte para restringir a liberdade individual a título de pena. (*Código processual penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 846)

Entretanto, esses parâmetros teóricos nem sempre são observados quando juízes e tribunais decretam a cautela.

## 2 PRISÃO PREVENTIVA, PODER JUDICIÁRIO E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

Analisando a jurisprudência nacional e as decisões emanadas em primeira instância, é facilmente constatada a “inclusão” de outras categorias e hipóteses que têm ensejado na prática a decretação da prisão preventiva no Brasil, em face de indiciados ou acusados de envolvimento em ilícitos penais.

Entre essas novas categorias, são comuns nas fundamentações dos julgadores, em decretos prisionais, as menções à gravidade abstrata do crime ou hediondez deste; a existência de clamor público; a incidência de circunstâncias pessoais relevantes, como ser o réu policial e ter porte de arma ou ter praticado outro crime no passado.

Em contrapartida, as instâncias superiores já se manifestaram no sentido de que a prisão preventiva “constitui medida de natureza excepcional, e a gravidade em abstrato do crime não constitui fato de legitimação da privação cautelar da liberdade” (STF, HC 95.464/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

No mesmo sentido, como ensina Tourinho,

a maior ou menor periculosidade não pode exercer qualquer influência no campo da prisão provisória. Justificá-la, pois, em face da periculosidade do réu seria uma forma de burlar a lei, que, às expressas, impede a aplicação de medida de segurança provisória, mesmo para as pessoas inimputáveis referidas no art. 26 do Código Penal. (Tourinho, *idem*, p. 841)

Mas, em homenagem ao valor segurança, e atendendo aos objetivos de política criminal, se avolumam as decisões que contrariam as assertivas acima e cada vez mais a prisão durante o processo se torna regra, e a culpa, presumida, como já ocorre no imaginário popular.

Tais decisões que acolhem as manifestações do Ministério Público e os requerimentos das autoridades policiais são frequentemente contestadas pelos patronos dos acusados, mas a morosidade da Justiça contribui para a manutenção da prisão e, finalmente, quando as Cortes superiores corrigem a evidente dissonância entre os parâmetros da lei, esclarecidos pela ciência jurídica, e as decisões judiciais violadoras dos princípios constitucionais, já é tarde demais para qualquer reparação.

Como se vê, o Poder Judiciário flagrantemente tem assumido uma missão que é típica do Poder Executivo: a de buscar efetivar, às avessas, a segurança pública – e é neste afã que as prisões provisórias estão sendo decretadas.

Esclarecendo a questão, afirma Zaffaroni que,

à medida que o estado de direito cede às pressões do estado de polícia encapsulado em seu seio, ele perde racionalidade e enfraquece sua função de pacificador social, mas ao mesmo tempo perde nível ético, porque acentua a arbitrariedade da coação. (ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 243)

É aí que reside o grande paradoxo, pois quando a instância judicial renuncia aos limites éticos e normativos do exercício do poder de coerção, dá lugar à sua ilegitimidade e enseja a conseqüente impossibilidade lógica de exigir comportamentos adequados ao direito, por parte dos indivíduos.

O Estado se torna o mais perigoso dos vilões, pois, exercendo o poder aparentemente legitimado, transgredir através dele suas próprias delimitações legais.

Através da alienação e da negação das ideologias, frequentemente são cooptados adeptos à bandeira da segurança pública pelo recrudesimento penal, com o lema de que a proteção da comunidade justifica o sacrifício dos direitos de alguns, mas, em termos lógicos, a afronta aos direitos fundamentais de alguns é, na verdade, uma violação a todo o corpo social e conduz à deslegitimação do exercício de todo o poder punitivo estatal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que em um Brasil aviltado pela criminalidade, a prisão provisória é possível e admitida em nosso ordenamento jurídico apenas excepcionalmente. Somente em casos específicos, atendidos os parâmetros legais, esclarecidos pela ciência jurídica, deve ser decretada a segregação cautelar.

A segurança pública *versus* o *status libertatis* sempre rivalizará, coexistindo no mesmo cenário, mas são aqueles que exercem a atividade jurisdicional que, encarnando suas ideologias, por vezes ultrapassam uma tênue fronteira, justificando os meios pelos fins.

É por isto que, “quando conflitam valores, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança, a solução haverá de ser a favor da liberdade, à vista de normas que têm precedência, entre outras, de ordem constitucional, as dos arts. 1º, III, e 5º, X, LV, LVII, LXIII; de ordem infraconstitucional, a do art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/1994” (STJ, HC 47704/SP, 2005/0149415-0, 6ª T., Rel. Min. Nilson Naves (361), J. 21.02.2006, DJe 01.09.2008; *LEXSTJ*, v. 230, p. 275).

Não se pode admitir a prisão dissociada dos parâmetros impostos pela lei, posto que devemos atuar no sentido da imprescindível limitação do poder de polícia, ainda mais quando este pretende ser exercido pelo Poder Judiciário, pois não há garantia de segurança a nenhum de nós que possa nascer da negação dos direitos de alguém.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. STJ, HC 47704/SP, 2005/0149415-0, 6ª T., Rel. Min. Nilson Naves (361), DJ 21.02.2006, Data da Publicação: DJe 01.09.2008; *LEXSTJ*, v. 230, p. 275.

TOURINHO FILHO. *Código processual penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

## O DIREITO DO TRABALHO NA GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA

---

**Domingos Sávio Zainaghi**

Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP, Pós-Doutorado pela Universidad de Castilla – La Mancha/Espanha, Presidente da Asociación Ibero-Americana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Jr., da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, Professor Honorário da Universidad Privada de Ciencias y Tecnología de Ica/Peru, Professor Visitante da Universidad Tecnológica do Peru/Lima, Professor de Graduação e Mestrado no UNIFIEO, Advogado em São Paulo.

RESUMO: Estuda-se, neste trabalho, o que se convencionou chamar de globalização da economia, mas sob uma ótica do Direito do Trabalho. Quais os efeitos daquele fenômeno nas relações de emprego, diante das mudanças de paradigmas anteriormente adotados pelo direito laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização; economia; direito do trabalho; escravidão.

Não pretendemos apresentar aqui soluções para um tema tão delicado e tão importante neste final de século. Nosso intuito é o de colaborar nos estudos que se desenvolverão neste Congresso e concitar a todos os participantes a refletirem sobre o tormentoso problema da globalização da economia e seus reflexos no Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho é produto da Revolução Industrial do século XVIII, sendo que seu maior desenvolvimento ocorreu neste século.

A antiguidade conheceu o maior fonte de trabalho a escravidão, em que o trabalhador não era conhecido como ser humano, mas sim como coisa (*res*) e, portanto, sem qualquer direito trabalhista.

Após o período da escravidão, veio a servidão, a qual não se diferenciou muito daquela, pois o servo trabalhava em terras do senhor feudal, sendo que este detinha as forças militares e políticas. Os servos exerciam funções de camponeses, entregando parte do que cultivavam à guisa de pagamento pela ocupação da terra e, também, pela proteção que recebiam dos proprietários.

Em seguida, surgem as corporações de ofícios. Nestas, os trabalhadores agrupavam-se para o exercício de um ofício, sendo este artesanal. As corporações eram compostas de três categorias de membros: os mestres, os companheiros e os aprendizes.

Os mestres eram os proprietários das oficinas, geralmente os mais velhos e com maior capacidade técnica. Os companheiros eram auxiliares dos mestres, sendo que trabalhavam em troca de salário. Os aprendizes eram jovens, quase sempre menores de idade, que aprendiam o ofício e geralmente se tornavam mestres anos depois.

Como afirmado acima, o Direito do Trabalho é fruto da sociedade industrial. Com o advento da máquina e a rápida expansão da indústria e do comércio, o trabalho passou a ser assalariado, em substituição às formas mencionadas.

No Estado Liberal, havia plena liberdade de contratação. E o capital, que se impunha ao trabalho, foi substituído pelo neoliberalismo. Neste, há uma nítida intervenção do Poder Público nas relações sociais, limitando, sobremaneira, a plena liberdade das partes no concernente às relações de trabalho.

É nesse contexto que, em 1891, a Igreja Católica se pronunciou sobre a questão social através da Encíclica *Rerum Novarum*.

O México foi o primeiro país a tratar de matéria trabalhista em nível constitucional, isto em 1917; em seguida, veio a Alemanha (1919) e, após, uma avalanche de leis e constituições em vários países, tendo como intuito o de se protegerem as formas de trabalho subordinado.

O Direito do Trabalho é acusado de ser extremamente protecionista ou paternalista. Periodicamente, busca-se diminuir essa característica. A flexibilização e a terceirização são alguns dos meios “modernos” de se tentar retirar do Direito do Trabalho este seu caráter de proteção.

Busca-se, hoje em dia, uma desregulamentação do direito laboral. Essa desregulamentação consiste em expungir do Direito do Trabalho as normas cogentes, substituindo-as pelas normas voluntariamente estipuladas nos instrumentos coletivos.

Todavia, o Direito do Trabalho é o ramo da ciência jurídica que tem por missão a proteção da dignidade do trabalhador. O prestador de um trabalho entrega-se a si próprio, e não a um bem material. A finalidade do Direito do Trabalho, nos dizeres do Mestre Mário de La Cueva, “*el bienestar del hombre que trabaja*”. E é com esses rápidos conceitos históricos e filosóficos sobre o Direito do Trabalho que passamos a tratar do problema da globalização da economia e sua influência no direito laboral.

Não obstante ocuparem trincheiras diferentes, a economia e o Direito do Trabalho estão muito ligados. A geração de empregos, a falta ou a *escassez* destes trazem reflexos diretos no Direito do Trabalho, ao qual é solicitada a confecção de regras solucionadoras ou concertadoras dos problemas relativos às relações trabalhistas.

É fato que a economia está universalizada e, ao que tudo indica, não há mais chances de retrocesso nesse panorama. Mercados comuns são ampliados ou criados (Nafta, Mercosul, Comunidade Europeia) e é nesse contexto que o Direito do Trabalho é chamado a atuar.

Mas, se por um lado é notório o processo de universalização, e, também, não havendo, ao que tudo indica, sinais de retrocesso, verdade é, outrossim, que o desemprego aumenta em todo o mundo em cifras alarmantes, trazendo, em seu rastro, a miséria e a violência.

Se a automação traz benefícios e conforto para os consumidores, por outro lado tira vagas de trabalho.

O computador, o fax, o telefone celular são instrumentos de trabalho os quais já se tornaram imprescindíveis para as pessoas.

Parece-nos que certa flexibilização do Direito do Trabalho seja importante, ou até necessária, para se preservar um maior número de empregos. Contudo, essa flexibilização não poderá desprezar os princípios básicos do Direito do Trabalho, sob pena de haver um retrocesso nas relações trabalhistas, percorrendo o caminho deste por nós apontado no início, só que em sentido inverso, isto é, neoliberalismo-liberalismo-corporativismo-servidão-escravidão.

O processo de universalização fará com que muitas empresas em determinados setores cresçam e, conseqüentemente, tenham receitas maiores, como, por exemplo, no setor de computação. Todavia, tais empresas tenderão a manter seus quadros de empregados, ou, se tiver de usar, o fará com cautela e nos limites rígidos de sua necessidade.

Logo, se o número de vagas não cresce, em contrapartida aumenta o número de mão de obra ociosa, ainda mais com o grande número de jovens potencialmente preparados para ingressar no mercado de trabalho.

Talvez a redução da jornada de trabalho, com a proibição de o empregado laborar em jornada extraordinária, fará com que uma vaga de emprego, sendo ocupada por dois ou mais trabalhadores, possa ser uma das saídas.

De qualquer modo, mesmo havendo uma maior flexibilidade na legislação trabalhista de todos os países, os mecanismos de proteção ao trabalhador não podem ser abandonados. A flexibilização, entretanto, não deverá partir de uma ordem geral e modelar para todos os países. Cada Estado deverá buscar soluções para os problemas de desemprego, levando-se em conta suas necessidades sociais. Uma solução que se mostre adequada para o Brasil pode não ser para um outro país vizinho e vice-versa.

Coragem de empreender novas jornadas faz-se necessário. O Direito do Trabalho criou, em seu início e em vários países, a estabilidade no emprego. Hoje isso não é mais possível, mas, quando em vários países cogitou-se em acabar com a estabilidade em nome de uma empresa moderna e também para modernizar as relações de trabalho, pareceu à época uma insensatez (falamos aqui em termos de Brasil, onde o regime da estabilidade foi abolido em 1967, parcialmente, e em 1988, definitivamente).

Na legislação brasileira, já encontramos a flexibilização no art. 7º da Constituição Federal. No tocante à duração do trabalho (incisos XIII e XIV):

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV – jornada de seis horas para trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

[...].

Como se vê, trata-se de dois exemplos com nítido apelo à conservação do emprego, sem, contudo, a lei esquecer seu caráter protetor.

E a Constituição brasileira traz a flexibilização no concernente ao salário no mesmo art. 7º, inciso VI: “Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Como afirmado acima, são normas flexibilizadas permitidas pela realidade social brasileira, a qual talvez não surtisses efeitos em outro país, ou, o que é pior, pudesse levar a situações de confronto social.

Curioso é que a globalização da economia não é com processo surgido neste final de século. Trata-se, isto sim, de um estágio mais adulto da internacionalização econômica iniciada no século XIX. Se é verdade que as guerras de conquistas não existem hoje em dia, há uma “guerra” para a conquista de mercados.

Logo, se um determinado país é exportador de certo produto, sendo este de qualidade melhor do que aquele produzido nos demais países do mundo, as indústrias destes países importadores sofrem perdas imensas, com reflexos nos empregos, ou seja, elas despedem empregados, gerando um grave problema social, principalmente se se levar em conta que a perda do emprego na América Latina pode levar o trabalhador a passar fome, uma vez que inexistente ou existe deficitariamente um seguro social.

Portanto, como se vê, o problema é sério, e só com a boa vontade de governos, empregadores e empregados é que se poderá salvar a humanidade de uma catástrofe social, imaginada no passado ser possível somente pelas guerras.

Para terminar, imaginemos um cruzamento de duas ruas com tráfego intenso de veículos. O sinal de trânsito ali colocado não agrada certamente aos motoristas que passem naquele cruzamento, pela demora que o sinal apresenta. Embora cause transtornos e irritação às pessoas, ninguém seria capaz de dizer que se deveria tirar aquele sinal do tal cruzamento, pois isso acarretaria uma série de acidentes com graves e maiores consequências do que as que surgem com a manutenção do sinal.

O mesmo ocorre com a legislação do trabalho. Talvez ela cause transtornos e irritação a empregadores e empregados, mas a extinção dela causaria maiores e mais danosas consequências do que sua manutenção.

Concluimos esta nossa colaboração alertando para o fato de que uma certa desregulamentação do direito laboral faz-se necessária, mas sem deixar de lado os princípios básicos deste ramo da ciência jurídica. Os modelos de proteção não devem ser abandonados, uma vez que seu abandono não garante a geração de empregos.

Não nos esqueçamos da Revolução Industrial, em que a humanidade tinha trabalho sem normas protecionistas, acarretando em situações de exploração do traba-

lhador, com a ocorrência, inclusive, de grande número de acidentes do trabalho sem haver seguro social.

O problema a ser solucionado não é apenas a geração de empregos, mas a existência destes com a dignidade para o trabalhador.

Os escravos não experimentaram a falta de trabalho, mas também não conheceram a proteção da lei.

# AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA\*

---

**Evelyn Lucas de Oliveira**

Aluna do 5º Período do Curso Direito da FACCAMP.

**Jaciara Rocha Lemes**

Aluna do 5º Período do Curso de Direito da FACCAMP.

**Marcelo Rodrigues dos Santos**

Aluno do 4º Período do Curso de Direito da FACCAMP.

**Talita Gade Domingues Sanches**

Aluna do 5º Período do Curso de Direito da FACCAMP.

**Edinei Aparecido Sanches Soares**

Aluno do 5º Período do Curso de Direito da FACCAMP.

**Flávio Bernardo de Souza**

Aluno do 5º Período do Curso de Direito da FACCAMP.

**RESUMO:** O presente trabalho objetiva expor as instituições que foram consagradas pela Constituição Federal de 1988 como *essenciais à justiça*: o Ministério Público, a advocacia, a advocacia pública e a defensoria pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal; Ministério Público; advocacia; advocacia pública; defensoria pública; legalidade.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Ministério Público; 2 Advocacia; 3 Advocacia pública; 4 Defensoria pública; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, objetivando garantir ao máximo uma nova era de democracia ao País, atribuiu ao Ministério Público, à advocacia, à advocacia pública e à defensoria pública o honorífico de *funções essenciais à justiça* – indispensáveis em seus misteres para a efetividade do Estado Democrático de Direito.

## 1 MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é a instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida de defender o interesse público. É considerada, também, a guardiã do regime democrático, defensora dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

---

\* Pesquisa realizada sob a orientação da Professora Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi.

Há controvérsia quanto ao exato surgimento do Ministério Público na história, mas a teoria mais aceita é que seu surgimento aconteceu na França, no século XIV, com os procuradores do rei que patrocinavam as causas dele.

Todavia, o Ministério Público somente foi reconhecido como instituição no período napoleônico.

No Brasil, as Ordenações Manuelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603 já faziam menção aos promotores de justiça, atribuindo a eles o papel de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal. Só no Império, em 1832, com o Código de Processo Penal do Império, iniciou-se a sistematização das ações do Ministério Público.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público recebeu previsão constitucional, a partir dos arts. 127 e seguintes.

O Ministério Público, com base no art. 128 da Constituição Federal, está estruturado da seguinte forma: Ministério Público Estadual e Ministério Público da União – MPU (que abrange o Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e Territórios). No primeiro caso, a estrutura é mantida pelos Estados; no segundo, pela União.

São princípios institucionais do Ministério Público de acordo com o § 1º do art. 127 da Constituição Federal:

*Unidade:* o Ministério Público deve ser visto como uma instituição única, sendo a divisão essencialmente funcional;

*Indivisibilidade:* revela a possibilidade de um membro ser substituído por outro; já que os atos são considerados praticados pela instituição;

*Independência funcional:* livre convencimento de cada membro do Ministério Público, inexistindo vinculação dos seus membros a pronunciamentos processuais anteriores.

E a Constituição ainda enumera garantias (§ 5º, I, *a, b, c*, do art. 128) e vedações (§ 5º, II, *a, b, c, d, e, f*, do art. 128) para os promotores de Justiça: Das Garantias –*vitaliciedade* (após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado); *inamovibilidade* (salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, assegurada ampla defesa); *irredutibilidade dos subsídios* (observado o que dispõem os arts. 37, XI; 150, II; 153, 153, § 2º, I, da Constituição Federal).

Das Vedações – receber honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial, na forma da lei; exercer qualquer função pública, salvo a de magistério; exercer atividade político partidária, salvo exceções previstas na lei.

## 2 ADVOCACIA

O advogado é um profissional habilitado para o exercício do *jus postulandi*, competindo-lhe representar judicial ou extrajudicialmente interesses de terceiros, que o constituem como defensor. Seu trabalho se destina tanto a preservar o patrimônio, quanto a liberdade e a própria vida, nos países que admitem a pena de morte.

A advocacia se preocupa com a ética e a moralidade humana, tanto que possui um código de ética e disciplina que rege estes profissionais, mesmo porque a Constituição Federal de 1988 lhes atribui o trato de indispensável à Justiça – a saber, art. 133.

## 3 ADVOCACIA PÚBLICA

Trata-se a advocacia pública de função essencial à justiça, cujas instituições públicas (Advocacia-Geral da União, Procuradorias-Gerais dos Estados e, também, pelo princípio da simetria, Procuradorias dos Municípios, onde houver), ao lado do Ministério Público e Defensoria Pública, foram colocadas em patamar de independência e autonomia.

Com sua previsão constitucional nos arts. 131 e 132, os procuradores públicos são responsáveis por zelar pela legalidade dos atos emanados do Estado. Sua atuação não se resume à defesa de ações intentadas contra o Estado, mas em atuar de forma ativa no combate à corrupção e à malversação do dinheiro público. Os membros da Advocacia Pública devem possuir o máximo de ética e seriedade, vez que são remunerados pelo povo (detentor da soberania nacional). Por isso, são recrutados por concurso público, de igual seriedade daqueles realizados para recrutamento de juízes e promotores.

## 4 DEFENSORIA PÚBLICA

Registros históricos atribuem ao imperador romano Constantino a primeira iniciativa de ordem legal em prover advogado para quem não possuísse meios para constituir um defensor.

No Brasil, a Defensoria Pública é nossa nova instituição jurídica, cujo preceito constitucional está inserido no art. 143, que atribui aos defensores públicos a função de orientação e defesa judicial e extrajudicial dos hipossuficientes. São questões de exclusão ou de não inclusão, de pobreza, de miséria, de indigência, de saúde física e mental. Terão de investir na sua capacidade de desvendar os mistérios da mente, ainda que desprovidos de formação psicológica, no seu talento de assistentes sociais, na sua parcela de compreensão dos dramas humanos para o bom desempenho da função.

Os defensores públicos têm atuação no primeiro e no segundo grau de jurisdição, com titularidade e atribuições específicas em razão da matéria a ser examinada. São independentes em seu mister, litigando em favor dos interesses de seus assistidos independente de quem ocupe o polo contrário da relação processual, pessoa física ou pessoa jurídica, Administração Pública ou Administração Privada, em todos os seus segmentos.

A Lei Complementar nº 80/1994 organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, prescrevendo normas gerais para a sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos; assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, ao enunciar as *funções essenciais à justiça*, criou um dos “antídotos” contra a falsa ideia de justiça, praticada nestas terras desde 22 de abril de 1500.

E, para aqueles que sentiram o peso arbitrário da mão estatal no período da ditadura militar, muitos dos quais compuseram o Poder Constituinte responsável pela elaboração e promulgação da atual Constituição Federal, justifica-se a preocupação em organizar, institucionalizar e constitucionalizar o acesso e o exercício da justiça.

Incumbindo a todos os profissionais que compõem cada instituição, dita por nossa Constituição como “essenciais à justiça”: a fiscalização do cumprimento da lei – *erga omnes* – e a defesa do Estado Democrático de Direito – inclusive pela Procuradoria Pública, que, como vimos, não deve ser entendida como, *data venia*, defensora do “Diabo/Estado”: contrária à sociedade, mas sim defensora de legalidade.

Em suma, cada operador do Direito, exercendo o seu mister – o promotor no Ministério Público em defesa e orientação da sociedade, o advogado em defesa dos particulares, o procurador público em defesa e orientação do Estado, e o defensor público na defesa e orientação dos hipossuficientes –, deve sempre estar ligado pelo compromisso constitucional de proteção da legalidade, a fim de sepultar, enfim, a perniciosa prática – da justiça pelo peso em ouro – dos idos de 1500, que ainda insiste em se instalar no nosso sistema de justiça.

## REFERÊNCIAS

DREBES, Josué Scheer. Funções essenciais da justiça brasileira. Conteúdo jurídico. Brasília/DF, 26 maio 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigos&ver=2.24050>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Simone dos Santos. Defensoria Pública brasileira: sua história e objetivos. *Revista Eletrônica de Direito Público da Universidade de Londrina*, a. 2, n. 2, maio a ago. 2007. Disponível em: <[http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME\\_2/num\\_2/Artigo-Simone%5B3%5D.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_2/num_2/Artigo-Simone%5B3%5D.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2010.

RAMOS, William Junqueira. Novos rumos da advocacia pública. *Revista Jus Vigilantibus*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39730>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

# DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS\*

---

**Flávio Bernardo de Souza**

Aluno do 5º Período do Curso de Direito da FACCAMP.

**RESUMO:** Este trabalho visa a proporcionar uma breve análise sobre direitos e garantias fundamentais, em especial o direito à educação, presente no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais; educação; efetividade; problemas; ética.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Histórico; 2 Da educação; 3 Dados da educação pelo Governo Federal; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

A doutrina jurídica, no estudo quanto à acepção de direitos fundamentais, proporciona-nos ensinamentos de relevante valia.

Uadi Lamêgo Bulo expõe a universalidade e severidade jurídica dos direitos fundamentais:

[...] são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas.

E como brilhantemente assinala José Batista Herkenhoff: “São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir”.

## 1 HISTÓRICO

O Código Hamurábi (1690 a.C.) foi a primeira codificação que contemplou direitos comuns a todos os homens, como a vida, a propriedade e a dignidade.

A concepção derivada do Cristianismo, na qual todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus, foi um dos fundamentos para a construção de uma base de proteção aos direitos de igualdade entre os homens. Para explicar tal fenômeno, foi

---

\* Pesquisa realizada sob orientação da Professora Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi.

adotada a teoria do estado natural, segundo a qual os homens são livres e iguais e têm direitos a eles inerentes por natureza.

Não obstante, a simples afirmação da existência de direitos não era suficiente para assegurar a sua efetividade. Durante a Idade Média, apareceram documentos precursores das futuras declarações destes direitos. Temos, como exemplo, a *Magna Carta Libertatum* de 1215, firmada pelo Rei João Sem-Terra com bispos e barões ingleses, na qual o rei garantia que homem livre não seria detido, preso, privado de seus bens, banido ou incomodado, e proibia que fosse preso sem julgamento, consoante a Lei da Terra. Já no século XVII, temos *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Act* de 1629 e *Bill of Rights* de 1689, documentos de restauração da liberdade dos ingleses, sem ter um caráter universalista, que se verificará, quase um século depois, com a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789.

E, no pós-Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que, além de sua universalidade, impõe o reconhecimento e a normatização desses direitos, a fim de assegurar sua efetividade em todo o mundo.

O Brasil acompanhou essa evolução desde a Constituição de 1824, que trazia em seu art. 179 um rol de 35 (trinta e cinco) direitos destinados aos cidadãos brasileiros. Todavia, foi a Constituição Federal de 1988 que realmente normatizou os direitos fundamentais do homem. Além do vasto rol de direitos e garantias individuais contidos em seu art. 5º, encontra-se uma enorme gama de direitos fundamentais espalhados pelo Texto Constitucional.

## 2 DA EDUCAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 firmou o direito à educação no rol dos direitos fundamentais previstos no art. 6º e, especificamente, nos arts. 205 a 214. Em termos gerais, cada ente federativo deve contribuir com percentual mínimo para a manutenção e desenvolvimento do ensino. O Estado tem o dever de garantir o direito à educação. Tal dever consubstancia-se em um direito subjetivo da pessoa humana do acesso à educação, obrigando a sua ampla e irrestrita efetividade. Inclusive com intervenção do Poder Judiciário, se necessário for:

A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo art. 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que [...] é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. (STF, RE 594018-AgRg/RJ, 2ª T., Rel. Min. Eros Grau; STF, RE 464143-AgRg/SP, 2ª T., Relª Min. Ellen Gracie)

### 3 DADOS DA EDUCAÇÃO PELO GOVERNO FEDERAL

Um indicador importante é o total de investimentos na educação: R\$ 19 bilhões em 2003; R\$ 59 bilhões em 2010. Um aumento de 210%.

O Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) possibilitou que, em 2008 e 2009, tenha sido aplicado R\$ 1,2 bilhão para a construção, reforma e ampliação de escolas em convênios com 23 Estados. O número de vagas nos cursos universitários aumentou 43%: de 106,8 mil em 2003 para 186,9 mil em 2009. E para monitorar a evolução da educação no País, foi criado o Índice de Desempenho da Educação Básica (Ideb), calculado com base na taxa de rendimento escolar e no desempenho dos estudantes. A cada dois anos, o Ministério da Educação tem os índices nacional, regional, por ente federativo e por escola. Assim, concede apoio técnico ou financeiro aos Municípios com índices insuficientes para manter a evolução. O Ideb subiu de 3,6 em 2003 para 4,2 em 2007; a meta é chegar a 6 em 2021.

Embora o Governo Federal apresente dados positivos, há, ainda, muitas falhas neste setor social, tais como falta de professores nas escolas, carência de merenda escolar – que, muitas vezes, é a principal motivação para que as crianças compareçam todos os dias às aulas – e as péssimas condições estruturais dos prédios que abrigam os estudantes, reflexos da malversação das verbas públicas destinadas à educação<sup>1</sup>. Em virtude dessas considerações, nada mais oportuno do que apontar a ética como principal meio de solução para estes problemas. Pelos ensinamentos do Professor José Renato Nalini:

A Administração Pública brasileira se submete ao princípio da moralidade, tendo o constituinte positivado no Texto Constitucional o preceito ético de consecução do bem comum e de não causação de prejuízo a quem quer que seja. A imoralidade administrativa no Brasil contemporâneo comporta sanções. Uma delas poderá derivar de ação popular proposta para anular ato lesivo à moralidade administrativa. Outra é a punição à improbidade administrativa do governante, seja através de crime de responsabilidade, seja mediante suspensão de direitos políticos, além de outras retribuições.<sup>2</sup>

O governo só se legitima se estiver a serviço do povo. O mandato do governante não foi outorgado por Deus. Foi outorgado pelo povo, titular da soberania, por força mesmo do pacto constitucional.

A comunidade jurídica e a juventude têm um compromisso reforçado. É da tradição brasileira que todos os grandes espetáculos democráticos tenham origem na mocidade que conhece o Direito. Ao optar pelo direito, escolheu o correto, o certo, o direito, não o torto e o errado. Cumpre exigir que aqueles que sobrevivem às custas do Erário também se comportem com lisura. Cada

---

1 É oportuno destacar a matéria publicada na *Revista Época*: “As rachaduras do orçamento da educação”, por Ana Aranha, de 2 maio 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Época/0,,EMI137349-15223,00AS+RACHADURAS+NO+ORCAMENTO+DA+EDUCACAO.html>>.

2 Respectivamente: arts. 5º, LXXIII; 85, V; e 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

real subtraído às políticas públicas é roubado à pobreza, que tem o direito de ser incluída na sociedade prevista pela Constituição.

## CONCLUSÃO

De fato, ao observar atentamente o dia a dia, é possível constatar que somos melhores com uma bola nos pés do que com o lápis na mão. Não por incapacidade das crianças ou adolescentes em idade escolar (eleitores do amanhã), mas pelo desinteresse estatal. Professores desmotivados que acabam por não fornecer o melhor ensino aos alunos, até porque lhes faltam condições dignas para exercer o ofício. E quem perde com tudo isto é a Nação.

Pelos ensinamentos do Professor Nalini, apontamos a ética como um caminho para solucionar o descaso com a educação, além, como apontou a jurisprudência aqui exposta, do Poder Judiciário, que tem força e autonomia para fazer cumprir os direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição. E a educação é um destes direitos. Esta é postura que o Poder Judiciário deve assumir em defesa da Constituição da República Federativa do Brasil e, por conseguinte, da sociedade brasileira. Através do clamor popular e pela força das leis, certamente teremos crianças e jovens tão bons ou melhores com um lápis na mão quanto com uma bola nos pés.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Neide Maria Carvalho. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/Anais/Neide%20Maria%20Carvalho%20Direitos%20Humanos%20e%20Teoria%20Democracia.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2010.
- BRAATZ, Tatiani Heckert. Direito à educação: dever do estado? *Revista Jurídica – CCJ/Furb*, v. 12, n. 24, p. 80-94, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewPDFInterstitial/1331/937>>. Acesso em: 10 maio 2010.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. Destaques: ações e programas do Governo Federal/Secretaria de Comunicação Social – Brasília, 2010. Disponível em: [www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br). Acesso em: 16 maio 2010.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 23 maio 2010.
- NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 238-240.
- 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, 2008.
- PFAFFENSELLER, Micheli. Teoria dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 85, p. 92-107, jun./jul. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 10 maio 2010.

## A LEI DE ANISTIA E SUA CONSTITUCIONALIDADE\*

---

**Janio Paulo dos Santos**

Aluno do 5º Crédito do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

Antes de entrarmos na polêmica da Lei nº 6.683/1979, mister se faz conceituarmos o que é anistia na visão doutrinária, bem como suas consequências jurídicas.

Para Maximiliano<sup>1</sup>, “anistia é um ato do poder soberano que cobre com o véu do ouvido certas infrações criminais, e, em consequência, impede ou extingue os processos respectivos e torna de nenhum efeito as condenações”.

A definição do eminente doutrinador dispensa grandes comentários e nos ajuda a entender melhor o tema da Lei de Anistia, em largo debate, inclusive sobre o poder soberano do Estado, garantido na nossa Carta Magna, sob pena de perdermos o dogma sobre a segurança jurídica num Estado Democrático de Direito.

Reforçando essa tese, Aguiar<sup>2</sup> nos ensina que, de forma bem resumida, podemos dizer que a ideologia esquerdista vê o mundo como um grande palco de luta de classes: Marx referia-se a burgueses contra proletários, com a vitória inevitável dos últimos. Porém, o marxismo moderno, cuja consequência cultural foi a ideologia do “politicamente correto”, ampliou essa luta para outras classes: homens contra mulheres, brancos contra negros, heterossexuais contra homossexuais, adultos contra idosos e crianças, ricos (conceito que, no Brasil, acaba por incluir a classe média) contra pobres, etc. De acordo com essa ideologia, todas as medidas favoráveis às classes dominadas e contrárias às classes dominantes são justificadas em nome de um futuro melhor e mais igualitário.

A mais nova manifestação desse movimento é a pretendida revisão da Lei de Anistia. A Lei nº 6.683/1979 extinguiu a punibilidade de todos os crimes políticos e dos conexos a eles, desde que cometidos entre 1961 e 1979. Não foram anistiados aqueles já condenados por crimes de terrorismo, de assalto, de sequestro e de atentado pessoal. A ideia é possibilitar a condenação daqueles que realizaram torturas nos integrantes dos movimentos de esquerda. O fundamento da ideia é até bastante simpático: a tortura é um crime contra a humanidade e, por isso, imprescritível. O caráter absolutamente hediondo do crime e sua consequente imprescritibilidade seriam razões mais do que suficientes para retirá-lo do rol de crimes políticos e, portanto, da Lei de Anistia. Porém, abaixo dos belos ideais, esconde-se a ideia de desprezo ao Estado de Direito. Não faremos maiores debates se há ou não conexão entre os crimes de tortura e aqueles

---

\* Pesquisa realizada sob a orientação da Professora Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi, da Disciplina Direito Constitucional I.

1 *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Editora ESDC, 2005.

2 AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O movimento da esquerda punitiva e a revisão da Lei de Anistia. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 1973, 25 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>>.

anistiados pela Lei nº 6.683/1979, pois o que se discute é, na verdade, o poder soberano do Estado, que não pode ser colocado em questão.

Não podemos ficar reféns desse tipo de exegese, pois a Lei nº 6.683/1979 foi amplamente discutida pelas mais diversas e respeitáveis instituições, inclusive aquela (OAB) que recentemente impetrou ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) no Supremo Tribunal, pela mutação dela, contrariando parecer da própria entidade à época da discussão acerca da referida lei, conforme lembrou o Ministro do STF Eros Grau<sup>3</sup>, em que justificou seu voto afirmando que a legislação deve ser analisada em seu contexto histórico. Para isso, citou parecer da própria OAB, assinado pelo então Conselheiro Sepúlveda Pertence, hoje ex-Ministro do Supremo, que defendia a maior amplitude possível da anistia. A entidade, à época, defendeu a anistia.

A anistia é sempre ampla, é sempre no sentido da generosidade, afirmou o Presidente do STF, no voto que encerrou a sessão e definiu o placar. Só uma sociedade elevada é capaz de perdoar. Uma sociedade que quer lutar contra seus inimigos com as mesmas armas está condenada ao fracasso.

Essa afirmação do Ministro Eros Grau ocorreu no STF. Após dois dias de julgamento e mais de dez horas de discussão, a Suprema Corte entendeu que a Lei da Anistia foi *bilateral* e fruto de um acordo político resultado de um amplo debate travado pela sociedade brasileira. Prevaleceu a tese do Relator do caso, Ministro Eros Grau, ele próprio uma vítima da Ditadura Militar – foi preso e torturado na década de 1970. Seu voto, que durou mais de três horas, foi seguido pelos colegas Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Cezar Peluso, cuja estreia na presidência da Corte foi marcada pelo julgamento.

Assim, por 7 votos a 2, o STF, nos dias 28 e 29 de abril de 2010, decidiu manter intacta a Lei brasileira de Anistia (Lei nº 6.683/1979). Dessa forma, foi rejeitada a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>4</sup> (ADPF) nº 153 proposta pela OAB, que pretendia o reconhecimento de que a lei não teria perdoado os torturadores do Regime Militar.

O argumento utilizado a favor da tese (da OAB) pode ser facilmente discutido por um estudante de Direito. Primeiramente, de fato, a tortura é um crime contra a humanidade, tal como definido no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI). Porém, vários outros crimes receberam também essa qualificação. Vejamos: homicídio; extermínio; escravidão; deportação; aprisionamento com violação das normas do direito internacional; estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, violência sexual; perseguição de grupos ou comunidades por motivos políticos, raciais, culturais, religiosos; desaparecimento forçado de uma ou mais pessoas; *apartheid*; atos inumanos que provocam graves sofrimentos. De fato, os crimes da competência do TPI não prescrevem, ou seja, o processo nessa Corte Internacional é sempre possível. Interessante que, no Brasil, seja defendida a imprescritibilidade apenas do crime de tortura.

3 Ministro do Supremo Tribunal Federal justificando seu voto, que manteve a Lei nº 6.683/1979.

4 Disponível em: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em: 26 maio 2010.

Até esse ponto, a argumentação é sustentável. O problema começa ao verificarmos que a *Constituição Federal*, norma fundamental que está *acima de qualquer tratado internacional*, considera imprescritíveis apenas os crimes de racismo, tortura e de ação de grupos armados contra o Estado. Tais exceções ao princípio da prescritibilidade estão previstas no art. 5º da CF, inciso XLIII da Magna Carta de 1988, *cláusula pétrea* que, como amplamente sabido, não pode ser modificada. Apenas para argumentar, vamos supor que a tortura seja mesmo um crime imprescritível. Mesmo assim, não seria possível sua punição atualmente. O motivo chega a ser banal: a prescrição é apenas uma das causas de extinção da punibilidade. Mesmo que um crime seja imprescritível, ainda é possível que sua punição seja impossibilitada por outras causas, como a *abolitio criminis* (revogação do crime, ou seja, aquele tipo de crime deixa de ser previsto em lei), a graça, o indulto e a anistia, espécie de perdão concedido pelo Congresso Nacional. Assim, um crime imprescritível não será, necessariamente, sempre punível, pois é sempre possível que a extinção da punibilidade ocorra por outros meios.

Outro argumento corrente é o de que a tortura não é enquadrável nas hipóteses da Lei de Anistia, por não ser crime político ou crime conexo a político. Ora, tratando-se de uma norma penal benéfica, seus dispositivos devem ser interpretados extensivamente. Assim, crime político é aquele que tem por objetivo alterar o regime dominante no país (ditadura para democracia, capitalismo para socialismo, etc.) e, por simetria, aquele cometido para evitar que essa modificação ocorra, que é o caso da tortura.

Outro fato que nos chama a atenção é que querem a punição apenas dos militares que torturaram guerrilheiros, optantes da luta armada. Nada dizem a respeito desses mesmos guerrilheiros, que praticaram atos de terrorismo (explicitamente excluídos da Lei de Anistia), mataram e, inclusive, torturaram. Ora, a mais banal aplicação do princípio da *isonomia* requereria que a Lei de Anistia fosse revista para todos, e não apenas a favor daqueles que “venceram a guerra” e hoje estão no poder. Essa interpretação parcial dos fatos não é novidade: há tempos, os perseguidos pelo Regime Militar recebem vultosas indenizações. Aqueles que sofreram algum dano causado por esses “perseguidos” foram simplesmente ignorados.

Finalmente, mesmo se desconsiderarmos todas as ponderações anteriores, existe um *detalhe esquecido* pelos que querem a punição daqueles que praticaram torturas durante o Regime Militar. Tortura somente tornou-se crime no Brasil em 7 de abril de 1997, com a publicação da Lei nº 9.455/1997. Assim, pleiteia-se que uma norma incriminadora tenha eficácia retroativa, atingindo fatos que ocorreram antes de sua entrada em vigor. Mais uma vez, quer-se desobedecer a uma cláusula pétrea, pois a CF apenas permite a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu ou ao condenado. Não há dúvida de que ninguém pode ser punido por fato que não era considerado crime à época em que foi cometido, pois feriríamos o *princípio da anterioridade da lei*, que é corolário da reserva legal. Não adiantaria nada garantir a segurança da reserva legal (qualquer norma incriminadora tem que se originar da lei) e não garantir a anterioridade. Não pode um cidadão praticar uma conduta hoje e ser condenado porque, no dia seguinte, essa mesma conduta veio a ser tipificada como crime. Os fatos que vão ser abrangidos pela norma incriminadora só podem ser alcançados quando praticados após da edição da lei.

Não podemos apagar da memória essa página negra da nossa história, nem tampouco negar que vários crimes foram cometidos pelo governo na Ditadura Militar. As pessoas que torturaram, mataram, estupraram estavam obedecendo às regras do Estado, ainda que regras tácitas, não expressas. Ainda que tivessem ultrapassado as ordens dadas pelo Estado, há de se ver que são fatos ocorridos há mais de 30 anos. A finalidade de uma pena, que é ressocializar, reeducar, punir efetivamente, está perdida. O Estado é que deve ser responsabilizado, vez que ele próprio ordenou a maior parte dos ilícitos e ilegalidades cometidos. E essa punição já está acontecendo, com indenizações às vítimas e às suas famílias, por meio de ações em trâmite em todo o Brasil. O governo ditatorial acabou, e nada mais há que ser feito senão deixarmos isso bem gravado na história.

Portanto, é visível que a reivindicação de nova interpretação da Lei de Anistia, com o objetivo de excluir de seu campo a tortura, é simplesmente uma aberração do ponto de vista jurídico. Isso, porém, não importa para o movimento da esquerda punitiva, para o qual a ideologia é mais importante e mais defensável que o próprio Estado de Direito. Em decorrência, as pessoas que a defendem têm imunidade penal e podem, sem maiores problemas éticos, considerar legítima a vingança contra seus algozes de tempos passados, porque, de fato, é disto que se trata: *pura e simples vingança*, envernizada por uma finíssima e falsa camada de elevados ideais humanitários.

# O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO\*

---

**Márcio Aparecido Balbino**

Agente de Segurança Penitenciária, Aluno do 5º Crédito de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP.

**RESUMO:** O presente texto visa a sanar todas as controvérsias que giram em torno do direito de votar do preso provisório. Seja através de disposição em lei específica e, acima de tudo, sob o prisma constitucional, esclarecer que não há óbice legal para que o indivíduo que não foi atingido por uma sentença condenatória transitada em julgado possa votar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Voto; preso provisório; cidadania.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O voto e a cidadania no Estado Democrático de Direito; 2 O voto do preso provisório; 3 A Resolução nº 23.219 do Tribunal Superior Eleitoral; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o escopo de tratar das questões pertinentes à importância do voto do preso provisório, aquele que ainda não sofreu uma sentença condenatória transitada em julgado e, sobretudo, deixar claro que não há impedimento legal para que indivíduos provisoriamente presos votem.

O voto é o maior sinônimo de democracia em um país. A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem entre seus fundamentos a soberania e a cidadania. Portanto, a vontade do povo deve ser soberana, e, para que isso ocorra, é necessário que haja a representação política – e esta só poderá ser realizada por meio da eleição. A Constituição Federal, em seu art. 14, expressa que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei [...]”.

Será que, pelo fato de estar encarcerado, o preso provisório não tem direito à dignidade, a exercer sua cidadania, que ainda não chegou a ser atingida por uma sentença condenatória, e eleger seus representantes? O que diz o Tribunal Superior Eleitoral através de sua recente resolução?

## 1 O VOTO E A CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é aquele em que o próprio povo governa; como este não tem possibilidades de governar de forma direta, o faz através de repre-

---

\* Trabalho realizado sob a orientação do Professor Marcelo Adriano de O. Lopes, da disciplina Direito Constitucional.

sentantes que são eleitos pela vontade popular, o que se denomina democracia indireta ou representativa.

De acordo com a definição de Dalmo de Abreu Dallari, “na democracia representativa, o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando”<sup>1</sup>.

A democracia indireta ou representativa consiste na expressão da vontade do povo, que é manifesta através da eleição de representantes.

“A conquista do sufrágio universal foi um dos objetivos da Revolução Francesa e constou dos programas de todos os movimentos políticos do século XIX, que se desencadearam em busca da democratização do Estado. Atualmente é fórmula consagrada nas Constituições a afirmação de que o voto é universal”<sup>2</sup>. Em nossa Constituição, tal afirmação encontra-se positivada no art. 14.

Ao tratar dos princípios fundamentais, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania e a soberania, ressaltando em seu parágrafo único que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A cidadania consiste na manifestação das prerrogativas políticas que um indivíduo tem dentro de um Estado Democrático; trata-se de um estatuto jurídico que contém os direitos e as obrigações da pessoa para com o Estado. Já o cidadão é aquele indivíduo que goza de seus direitos políticos.

O exercício da cidadania é fundamental para a democracia, pois somente ela assegura aos indivíduos a participação na vida política e nos negócios do Estado.

## 2 O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO

Há muito se reivindica um sistema penal eficaz, no sentido de preparar o indivíduo que cometeu um delito para que ele possa voltar à sociedade em condições de igualdade para com os demais membros desta.

Com muita propriedade, Michel Foucault defendeu que,

desde o começo, a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para afundá-los ainda mais na

---

1 Dallari, 2003, p. 155.

2 Idem, p. 183.

criminalidade. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa.<sup>3</sup>

Diante da privação de sua liberdade, o encarcerado se alimenta de um sentimento de injustiça e ódio, ambos proporcionados pelas condições impostas por um sistema carcerário falido, no qual os estabelecimentos penais não passam de meros depósitos de pessoas, o crime organizado se estabelece e cada vez mais se fortalece diante da omissão do Estado.

Nada mais propício de que o preso provisório, ou seja, aquele que não foi atingido por uma sentença condenatória transitada em julgado possa votar e eleger os seus representantes, a fim de que estes estabeleçam políticas penitenciárias mais eficazes.

O art. 3º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) diz: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença e pela lei”.

Em seu parágrafo único, esse mesmo artigo expressa que: “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

Sob o prisma constitucional, a Constituição Federal, em seu art. 5º, consagra o princípio da isonomia com a expressão de que todos são iguais perante a lei.

Mais adiante, o inciso LVII do artigo supracitado dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por sua vez, o art. 15, ao tratar dos direitos políticos, estabelece, em seu inciso III, que ocorrerá a perda ou suspensão destes em caso de condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos.

Vale ressaltar que o impedimento ao exercício pleno da cidadania ao preso provisório afronta o princípio da presunção de inocência previsto na CF.

Corroborando com as questões suscitadas, a corrente denominada neoconstitucionalismo defende a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais. Portanto, o que se busca é uma aplicação efetiva do Texto Constitucional, fazendo com que os direitos e garantias se tornem uma realidade e não se façam presentes apenas na letra fria da lei.

### 3 A RESOLUÇÃO Nº 23.219 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Em novembro do ano passado, o Tribunal Superior Eleitoral e o Conselho Nacional de Justiça formaram uma comissão com a finalidade de viabilizar o voto do preso provisório, atendendo à reivindicação de entidades civis. Após audiências públicas sobre o assunto, o TSE aprovou a Resolução nº 23.219, que disciplina a criação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes nas eleições 2010.

---

3 Foucault, 1977, p. 235.

O Brasil tem 473 mil presos, sendo 152 mil provisórios. Um terço deles, ou seja, 52,5 mil, está no Estado de São Paulo.

E é justamente no Estado de São Paulo que vamos focar nossa crítica, pois já foi anunciado pelo Desembargador Walter de Almeida Guilherme, Presidente do TRE/SP, que cerca de 15 mil presos provisórios, o que representa apenas 30% do total existente no Estado, deverão votar na eleições de 3 de outubro de 2010. Segundo ele, a votação ocorrerá em locais considerados de baixo e médio risco, conforme classificação da Secretaria da Administração Penitenciária. Os considerados de alto risco foram excluídos. Conforme entendimentos anteriores mantidos entre o TRE e o TSE, houve a ponderação entre dois direitos, o do preso provisório de votar e o da segurança da sociedade. O que parece ser bastante contraditório, já que todos os dias 14.859 presos estudam dentro das unidades prisionais paulistas, outros saem de seus pavilhões para atendimento com seus advogados para irem à enfermaria, etc.; portanto, esse “vai e vem” de presos dentro de uma unidade prisional é comum, o que não presume que a segurança da sociedade está em risco devido a isso. Pode-se perfeitamente retirá-los um a um de seus pavilhões habitacionais e conduzi-los ao local onde estiver instalada a seção eleitoral sem que se tenha comprometida a segurança da unidade.

No entanto, é preciso atentar-se para possíveis influências por parte do crime organizado, já que é sabido que presos integrantes de facções exercem forte poder de coação diante de outros presos.

Para evitar essa coação, o Estado tem que garantir a individualização da pena, não deixando presos provisórios juntamente com presos já condenados e criar estabelecimentos destinados somente a presos primários, para que estes não venham a se contaminar com o crime organizado.

Parece que ainda não será desta vez que as garantias constitucionais serão aplicadas de forma efetiva, pelo menos no que diz respeito ao direito de voto do preso provisório.

## CONCLUSÃO

Como se pôde perceber através dos dispositivos citados da Constituição Federal, bem como da Lei de Execução Penal ao longo do trabalho, fica evidente que não há qualquer impedimento legal para que o preso provisório exerça o seu direito de cidadão através do voto. Fica claro também que a justificativa em torno da segurança pela não aplicação de maneira efetiva à resolução do TSE é descabida, pois, se tomadas todas as cautelas necessárias por parte dos órgãos competentes, é possível, sim, viabilizar esse direito.

Até quando os interesses políticos vão estar acima das garantias constitucionais? Afinal, a Administração Pública tem que obedecer, entre outros, ao princípio da impessoalidade, previsto em nossa Lei Maior.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria do estado*. 24. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1977.

### *Sites*

Informativo Jurídico Migalhas. Disponível em: [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br).

O Estadão. Disponível em: [www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br).

# 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 CD 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 a 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 o resumo do artigo com, no máximo, 5 (cinco) linhas;
- k) após o resumo, constarão palavras-chave.
- l) sumário contendo (de maneira contínua e não vertical): introdução; desenvolvimento; conclusão e 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.



## FUSEP – UMA FEDERAÇÃO DE DESTAQUE

---

### O SERVIDOR PÚBLICO: O FOCO DA SOCIEDADE

O servidor público municipal do Estado de São Paulo sempre foi um alicerce para a sociedade. Em busca dos serviços públicos está uma população carente de bom atendimento, de atenção e principalmente de soluções; conseqüentemente, há a extrema necessidade de servidores preparados, motivados e dispostos a entender o importante papel que prestam para o público.

A Federação dos Servidores Públicos Municipais do Estado de São Paulo – Fupesp – tem a constante preocupação pelo bem-estar dos servidores públicos; para tanto, preserva um elo com os sindicatos municipais da categoria. A dinâmica das atividades desenvolvidas pela entidade demonstra resultados significativos, motivo que permite que seus projetos sejam seguidos por outros estados no País.

A Fupesp é hoje uma referência no quesito compromisso com o servidor público municipal, se destaca nos projetos que implanta, tem na sua base de sindicatos líderes engajados na luta diária pelas melhorias das condições de trabalho dos servidores, o que com certeza reflete na sociedade. Além de um comando preparado, a sua diretoria tem como foco o trabalho, dessa forma o resultado não poderia ser outro além do sucesso, tudo na entidade é bem fundamentado e o grande responsável por isso é sem dúvida o doutor Damázio Sena, presidente da Fupesp.

Palavras do Presidente da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB, João Domingos Gomes dos Santos.

### PROJETOS

Em 2010, a Fupesp foi destaque em várias áreas, a começar pela social; a entidade preocupada com as dificuldades que os sindicatos enfrentam em não poder oferecer aos seus associados uma sede onde possam se reunir, articular, trabalhar em prol aos servidores, conseguiu colocar em prática o Projeto “meu sonho é minha sede”, adquirindo imóveis em Municípios e disponibilizando-os para que os sindicatos usufruam sem gasto com aluguel.

Outro importante Projeto é a “Copa Fupesp”. Único campeonato no País voltando exclusivamente para a categoria. Em 2010, a sexta edição da Copa acontece na Cidade de Santos e conta com mais de 30 equipes. O campeão leva um carro zero km.

Na educação, a Fupesp investe em um convênio entre a FACCAMP – Faculdade Campo Limpo Paulista, proporcionando um desconto de 32% aos servidores públicos e familiares.

## ATIVIDADES

No âmbito político, a Fupesp também se destaca; tem na figura do seu presidente, o advogado Damázio Morais Sena, uma importante referência, o qual acumula estratégicos cargos que permitem articular com desenvoltura negociações que respaldam os servidores. No mês de junho, Damázio Sena, acompanhado de diretores da Fupesp, esteve em Genebra para participar do mais importante Fórum de Trabalhadores Mundial na Organização Internacional do Trabalho – OIT.

No Congresso Nacional, Sena foi fundamental no fortalecimento para a aprovação da Convenção nº 151, que, entre várias demandas, garante a negociação dos servidores públicos com os governantes, estabilizando, inclusive, o direito de greve.

Esta é a Fupesp, não apenas uma entidade de classe, mas um ícone na esfera municipal para a conquista do respeito aos Servidores Públicos Municipais do Estado de São Paulo.