



## EM TEMPO

Revista da área de Direito do UNIVEM  
Centro Universitário Eurípides de Marília  
UNIVEM, mantido pela Fundação de  
Ensino “Eurípides Soares da Rocha”

**Luiz Carlos de Macedo Soares**  
Reitor do UNIVEM

**Prof.º Dr. Lafayette Pozzoli**  
Coordenador do Mestrado em Direito do  
UNIVEM e Pró-Reitor de Pós-Graduação,  
Pesquisa e Extensão

**Prof.º Luiz Vieira Carlos**  
Coordenador do Curso de Direito do  
UNIVEM

### Conselho Editorial

Prof.º Adauto de Almeida Tomaszewski  
(UEL)

Prof.º Carlos Aurélio Mota de Souza  
(UNIB)

Prof.º Edinilson Donisete Machado  
(UNIVEM)

Prof.º Gilberto Giacóia  
(FUNDINOPI)

Prof.º Jairo José Genova  
(UNIVEM)

Prof.º Lafayette Pozzoli  
(UNIVEM)

Prof.º Luís Henrique Barbante Franzé  
(UNIVEM)

Prof.º Jose Geraldo Alberto Bertoncini  
Poker  
(UNESP-Marília)

Prof.º Norma Sueli Padilha  
(UNIVEM)

Prof.º Olney Queiroz Assis  
(DAMÁSIO)

Prof.º Oscar Vilhena Vieira  
(FGV)

Prof.º Oswaldo Giacóia Junior  
(UNIVEM/ Unicamp)

Prof.º Pietro de Jesús Lora Alarcón  
(ITE/ PUC-SP)

Supervisão Editorial

**Prof.º Luis Henrique Barbante  
Franzé**

Editoria Científica

**Prof.º Sérgio Luiz Cruz Aguiar**

Jornalista Responsável

**Ivan Evangelista Jr (MTB 43686/SP)**

Revisão Bibliográfica

**Sônia Regina Machado (CRB.  
8º/6078)**

Revisão Ortográfica

**Paula Renata Bertho**

Capa, Projeto Gráfico e Diagramação

4ª Turma de Design Gráfico.

Disciplina Computação Gráfica II - IST,  
orientados pelo Prof.º Márcio Duarte

**CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA UNIVEM**  
*Mantenedora: Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” Entidade espírita sem fins lucrativos*

**Luiz Carlos de Macedo Soares**

Presidente da Mantenedora e Reitor

**Hildebrando Tenório Gomes**

Tesoureiro

**Prof.º Lafayette Pozzoli**

Coordenador do Mestrado em Direito e Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão

**Prof.ª Raquel Cristina Ferraroni Sanches**

Pró-Reitora de Graduação

**Prof.ª Marlene de Fátima Campos Souza**

Pró-Reitora Administrativa e Coordenadora do Curso de Ciências Contábeis

**Prof.º Reginaldo Arthus**

Pró-Reitor de Desenvolvimento Institucional e Novos Negócios e Coordenador do Centro de Educação Continuada

**Ivan Evangelista Júnior**

Chefe de Gabinete e Gerente de Marketing

**Prof.º Luiz Vieira Carlos**

Coordenador do Curso de Direito

**Prof.º Elvis Fusco**

Coordenador dos Cursos de Ciência da Computação e Sistemas de Informação

**Prof.ª Paula Renata Bertho**

Coordenadora do Curso de Licenciatura em Letras

**Prof.ª Maria Christina A. de Almeida**

Coordenadora do Curso de Licenciatura em Matemática

**Prof.º Eduardo Rino**

Coordenador do Curso de Administração

**Prof.º Sérgio Sartori**

Coordenador do Curso de Engenharia de Produção

**Prof.º Fernando Netto**

Coordenador do Instituto Superior de Tecnologia IST

**Prof.º Sérgio Luiz Cruz Aguiar**

Chefe do Núcleo de Apoio a Pesquisa e Extensão

**Joviro Gati Magnani**

Secretário de Cursos

**Sônia Regina Machado**

Bibliotecária

Endereço: Av. Hygino Muzzi Filho, 529

CEP: 17.525-901 Marília-SP

Tel: (14) 2105-0833 Fax: (14) 2105-0890

Home: <http://www.univem.edu.br>

e-mail: [emtempo@univem.edu.br](mailto:emtempo@univem.edu.br)

### Permuta:

Aceita-se permuta com revistas congêneres do Brasil e do exterior

**Citação da Fonte:** Permite-se a reprodução total ou parcial dos textos com citação expressa da fonte.

Responsabilidade: os trabalhos assinados exprimem conceitos da responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da Revista Em Tempo.

**Em Tempo / Centro Universitário Eurípides de Marília  
UNIVEM . Revista da área de Direito do UNIVEM**

**-v.7, n.1 (Dez. 08) - . Marília: Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2008.**

**Anual**

**ISSN 1516-8964**

**1. Direito 2. Direitos Humanos 3. Cidadania 4. Justiça  
5. Dignidade da pessoa humana I. Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM**

ISSN 1516-8964

UNIVEM

Centro Universitário Eurípides de Marília  
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”

# Em Tempo

Revista da área de Direito do UNIVEM

Editoria Científica  
Sérgio Luiz Cruz Aguilar

Em Tempo	Marilia	v.7	P. 1-128	2008
----------	---------	-----	----------	------

# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

---

Luiz Carlos de Macedo Soares, Reitor do UNIVEM ..... 06

## PARTE I

---

### • Artigos

A ASSINATURA DIGITAL COMO PROVA DE AUTORIA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO.

Mário Furlaneto Neto e Giuliano Bellinetti ..... 09

A NECESSIDADE DE UM JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO EM FACE DA REALIDADE DOS MILHARES DE HIPOSSUFICIENTES CULTURAIS.

Raquel Rosan Christino Gitahy e Rogério José da Silva ..... 25

COLISÃO DE PRINCÍPIOS E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

Antônio José Fernandes Vieira ..... 36

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL.

Wambert Gomes Di Lorenzo ..... 44

POR UM DIREITO DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANO.

Hélio Daniel Favare Baptista ..... 64

O ENSINO DO DIREITO E A MATRIZ POSITIVISTA.

Samara Tavares Agapto das Neves ..... 76

OS MITOS E A PROPRIEDADE PRIVADA DA TERRA.

Elaine Cristina Francisco ..... 90

REFLEXÕES SOBRE A COLISÃO DE DIREITOS.

Gustavo Henrique Scheneider Nunes ..... 104

## *PARTE II*

---

- **Parecer jurídico**

E – 2.824/2003

Dr. Lafayette Pozzoli e Dra. Maria do Carmo Whitaker ..... 120

- **Resumo de Dissertação**

BIOÉTICA E DIREITO: DESAFIOS E LIMITES ÉTICO-JURÍDICOS DA  
MANIPULAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO HUMANO.

Melissa Cabrini Morgato ..... 124

## *PARTE III*

---

NORMAS GERAIS DE PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS ..... 127

DISPOSIÇÕES GERAIS ..... 127

# APRESENTAÇÃO

O Volume 7 da Revista “Em Tempo” busca divulgar, desde sua criação em 1999, a produção científica desenvolvida no âmbito da área do Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), bem como artigos de professores e pesquisadores de outras instituições. A motivação advinda da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), órgão do MEC (Ministério da Educação) que incentiva a pesquisa, aponta para uma séria e fundamental atenção para com a produção científica do país. É neste sentido que a Revista Em Tempo representa uma ferramenta nascida a partir das experiências da instituição.

Os artigos chamam, particularmente, a atenção para as pesquisas sobre importantes temas no campo da filosofia do direito, não abandonando análises sobre a área dogmática do direito; também reúnem produções relacionadas ao meio ambiente, bem como pareceres e resumo de dissertação, sempre ressaltando a forte presença humanista nos artigos, como os que dizem respeito, sobretudo, à dignidade da pessoa humana.

Seu Conselho Editorial formado por professores competentes em suas áreas de atuação, ao selecionar os artigos propostos, os analisou especialmente em relação às linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito: Construção do saber jurídico e Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Apresentar a Revista Em Tempo é portanto, confiar, como confiaram os seus autores, que os artigos aqui presentes possam contribuir para a construção das ciências. É com o espírito de quem aprendeu a amar o conhecimento como instrumento essencial na construção da solidariedade, da fraternidade, como consignado na Constituição Federal, e da paz no mundo, que temos agora satisfação de levar até você, leitor, o presente trabalho, um reconhecimento de que é possível criar formas novas de comunicação dentro de um processo integrativo.

**Luiz Carlos de Macedo Soares**  
**Reitor do UNIVEM**

Parte

**Parte I**

Artigos

**Artigos**



---

# A assinatura digital como prova de autoria do documento eletrônico<sup>1</sup>

Mário Furlaneto Neto<sup>2</sup>

Giuliano Bellinetti<sup>3</sup>

**Resumo:** Para se investigar cientificamente a questão da assinatura digital como prova da autoria do documento eletrônico, fez-se necessário, inicialmente, através de uma revisão bibliográfica, abordar a conceituação de documento, desde sua origem etimológica, passando pela forma documental, até chegar ao conceito de documento eletrônico, para, posteriormente, dispor sobre a questão da assinatura digital. Assim, foram elencados aspectos como o código secreto, a assinatura digitalizada, a assinatura digital (criptografia simétrica e assimétrica) e a chave biométrica. Pode-se concluir ser a assinatura digital, por intermédio da criptografia assimétrica, meio hábil para garantir autenticidade, integridade e validade jurídica do documento eletrônico, porém, necessário se faz que a comunidade jurídica discuta cientificamente as resoluções e projetos de lei que abordam a matéria, como forma de contribuir para a melhoria do processo.

**Palavras-chave:** documento eletrônico, assinatura digital, criptografia assimétrica.

**Abstract:** In order to investigate the digital signature issue as an evidence of the responsibility for the electronic document, it has been necessary, initially, through a bibliographic review, to approach the document conceptualization, since its etymological origin, going through the documental form, until it gets to the concept of electronic document, to subsequently, deal with the digital signature issue. Therefore, it has been chosen aspects such as the hidden code, the digitized signature, the digital signature (asymmetrical and symmetrical cryptography) and the biometrical key. It can be concluded that the digital signature, through the asymmetrical cryptography, is a skilful way to guarantee the authenticity, integrity and legal validity of the electronic document. However, it's necessary that the juridical community discusses scientifically the resolutions and law projects which approach the issue as a way of contributing to the process improvement.

**Keywords:** electronic document, digital signature, asymmetrical signature.

---

1 O presente artigo surgiu no decorrer das discussões do NEPI – Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”.

2 Delegado de Polícia, Mestre em Ciência da Informação pela UNESP de Marília, Professor de Processo Penal do UNIVEM, membro e pesquisador do NEPI. E-mail: mariofur@flash.tv.br.

3 Graduando em Direito no UNIVEM e membro do NEPI. E-mail: gbellinetti@ig.com.br.

---

**Resumen:** Para investigar científicamente la cuestión de la firma digital, como prueba de la autoría del documento electrónico, se hizo necesario, inicialmente a través de una revisión bibliográfica, abordar la conceptualización del documento, desde su raíz etimológica, pasando por la forma documental, hasta llegar al concepto de documento electrónico, para , posteriormente, hablar sobre la cuestión de la firma digital. Por lo tanto, han sido catalogados aspectos como el código secreto, la firma digitalizada, la firma digital (criptografía simétrica y asimétrica) y la clave biométrica. Se puede concluir que la firma digital, por intermedio de la criptografía asimétrica, es un medio hábil para garantizar autenticidad, integridad y validez jurídica del documento electrónico. Sin embargo, es necesario que la comunidad jurídica discuta científicamente las resoluciones y los proyectos de ley que abordan el asunto, como manera de contribuir con la mejoría del proceso.

**Palabras-clave:** documento electrónico, firma digital, criptografía asimétrica.

## Introdução

A *Internet* pode ser considerada o maior sistema de comunicação interativo com que a humanidade já se deparou. Em apenas 35 anos, já soma 600 milhões de usuários mundialmente interligados (Módulo Security – 9ª Pesquisa Nacional de Segurança da Informação).

Esse sistema de comunicação interativo fez surgir a cibercultura, definida por Lévy (1999, p. 17) como o “conjunto de técnicas (materiais e intelectuais) de práticas, de atitudes, de modos, de pensamentos e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço”<sup>4</sup>.

Justamente neste contexto é que os empresários do setor comercial enxergaram um grande filão, o *e-commerce* ou comércio eletrônico.

Somente no Brasil, em um cenário de 30 milhões de usuários interligados à grande rede, estima-se que 3 milhões de internautas façam compras pela *Internet*, gerando um faturamento na ordem de 1,7 bilhões de reais (Módulo Security – 9ª Pesquisa Nacional de Segurança da Informação).

A título de exemplificação e voando em direção ao *e-commerce*, as companhias aéreas foram responsáveis por 13% do volume de transações no comércio eletrônico no mês de setembro de 2004, de maneira que, atualmente, Gol e Varig vendam cerca de 80% de seus bilhetes via *web* (Balieiro, 2005).

Segundo Sposito (2005), o portal Submarino estima um faturamento de 300 milhões de reais em 2004, contra 212 milhões no ano anterior, enquanto a rede varejista Magazine Luiza estimou um aumento de 100% nas vendas pela *Internet* em 2004, o que, atualmente, representa praticamente 12% da receita total da empresa.

Porém, ao mesmo tempo em que o comércio eletrônico cresce exponencialmente, os golpes digitais desenvolvem-se em um ritmo acelerado. Assim, o número de ataques a computadores de empresas aumentou 34% em apenas um ano, de maneira a alcançar a cifra de 400 milhões de reais de prejuízo em 2004 (Módulo Security – 9ª Pesquisa Nacional de Segurança da Informação).

Para atingir a boa-fé do usuário e ludibriá-lo, de forma a obter dados cadastrais importantes ou a vantagem indevida, os autores dos golpes digitais realizam as mais variadas condutas.

Assim, a arquitetura do golpe digital pode compreender o envio de um simples *e-mail*, denominado de *phishing scam* e intitulado por Fortes (2005) como a praga de 2004, a um *keylog*, programa malicioso instalado na máquina da vítima.

O *phishing scam* é uma mensagem fraudulenta, normalmente com características idênticas a de uma instituição financeira ou comercial, que visa a induzir o usuário a preencher formulários com seus dados cadastrais ou confirmar contas bancárias, senhas ou número do cartão de crédito. De posse dos dados, o agente consegue subtrair dinheiro da conta corrente do internauta, acessando-a por meio do *home banking*, ou mesmo fazer compras na *web* ou por telefone mediante o pagamento com o cartão de crédito da vítima.

Por sua vez, o *keylog* ou cavalo de tróia são pequenos programas maliciosos que são inseridos no computador do internauta, normalmente mediante *e-mail*, cuja finalidade é a de subtrair dados. Assim, quando o usuário acessa um *home banking* e digita sua senha e os dados de sua conta corrente, estas informações são monitoradas e

retransmitidas ao invasor, que de posse delas, poderá, igualmente, acessar a conta corrente da vítima e efetuar saques fraudulentos.

Diante do contexto de crescimento do comércio eletrônico e dos golpes digitais, necessário se torna a adoção de mecanismos para garantir confiabilidade e segurança nas transações eletrônicas, em cujo contexto se insere a prova da autoria da transação ou do documento eletrônico, motivo pelo qual, com o presente artigo, mediante uma revisão literária, pretende-se resgatar a questão da assinatura digital como prova de autoria do documento eletrônico.

Inicialmente, resgatar-se-á a conceituação de documento eletrônico como embasamento para tratarmos a questão da assinatura digital e os processos utilizados para a sua efetivação.

### **Documento: conceituação e tipologia<sup>5</sup>**

Em um sentido etimológico, documento tem sua origem nos termos latim *doceo* e *disco*, que significam ensinar e aprender, bem como no termo *mentum*, instrumento. Portanto, seria o instrumento de ensinar ou para aprender.

Para López Yepes (1997, p. 12, tradução nossa), o documento possui duas facetas: a de “testemunho para ensinar e transmitir conhecimentos” e a de “testemunho como prova”.

Conferindo um caráter mais amplo e geral ao conceito de documento, Núñez Contreras (1981, p. 32, tradução nossa) o define como “um objeto corporal, produto da atividade humana que lhe reflete e que conserva e transmite permanentemente a representação de um fato alheio, alheio ao próprio documento”.

No mesmo sentido, Chiovenda (1965, apud Marcacini, 1999) salienta ser “toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz, fixada duradouramente”.

No dizer de Guimarães (1998, p. 99), “aos olhos da Diplomática<sup>6</sup>, o documento atua como materialização de um ato jurídico-administrativo, de modo a surtir efeitos jurídicos”. Segue o autor dizendo que “mais do que mero suporte de informação (como alude a Biblioteconomia) ou ainda meio de prova (como no Direito), o documento é focado a partir do contexto de seu órgão gerador, tendo, assim, uma função precípua (e originária)”<sup>7</sup>.

Em termos de estrutura documental, autores como Bellotto (1991) e Núñez Contreras (1981) arrolam como elementos constitutivos o trinômio matéria, meio e conteúdo, denominados por Heredia Herrera (1988) como suporte, estrutura e conteúdo. Em um raciocínio inverso, tem-se que o conteúdo do documento (um texto biográfico, um testamento, um relato, etc) é representado por um meio (como por exemplo, sinais gráficos, pintura a óleo, etc) e sedimentados em uma matéria (suportes como a pedra, o pergaminho, o papel, etc).

Ao tratar sobre o meio ambiente de um documento tradicional, Duranti (*Interpares Project*, 2003, tradução nossa) delimita como seus componentes necessários básicos os seguintes:

1. meio: suporte material do conteúdo do documento;
2. conteúdo: os fatos narrados no documento;
3. forma: os modos pelos quais o conteúdo é manifestado, que podem ser físicos (características externas ou elementos extrínsecos do documento, tais como formato, cores, etc) ou inte-

lectuais (características de composição internas ou intrínsecas do documento, como configurações, articulações textuais e anotações);

4. pessoas: entidades reconhecidas pelo sistema jurídico como capazes para o ato, podendo ser físicas ou jurídicas.

5. atos: condutas de criação, manutenção, modificação ou extinção de situações, como por exemplo, o ato de transação, capaz de mudar a relação entre duas pessoas ou mais.

Em decorrência de o objetivo do presente artigo ser o de analisarmos mecanismos confiáveis de prova de autoria do documento eletrônico, necessário se faz conferirmos uma atenção especial ao elemento pessoa, pois segundo o *Inter pares Project* (2003, tradução nossa), independentemente de serem físicas ou jurídicas, em todo documento necessariamente concorrem três pessoas:

a) Autor: pessoa competente para a criação do documento, ou seja, sua edição ou comando. Pode coincidir ou não com o autor da ação;

b) Destinatário: a pessoa para quem o documento é dirigido. O destinatário pode ou não coincidir com o destinatário da ação. O destinatário não é necessariamente a pessoa para

quem um documento é remetido ou transmitido;

c) Escritor: a pessoa intelectualmente responsável pela origem do documento.

Existem outras duas pessoas que podem estar envolvidas com a criação do documento, mas não necessariamente existentes. São:

d) Subscritor ou Firmante: pessoa que valida a forma do documento, o procedimento de sua criação, ou seu conteúdo, como ocorre nos casos de fé pública do escrevente judiciário.

e) Testemunha: a pessoa que sinaliza o documento para o propósito de conferi-lo solenemente; autenticando a assinatura do autor, o conteúdo do documento, ou suas cópias; ou conferindo atos orais ou escritos que dependam de requisitos formais, como o juramento, feito em sua presença.

Os elementos do documento tradicional apontados por Duranti (1996) serviram de base para o *Inter pares Project* (2003, tradução nossa) iniciar a pesquisa dos elementos essenciais para conferir a autenticidade de um documento eletrônico. Com o transcorrer da pesquisa, esses elementos foram revistos e ampliados, de forma a se propor os seguintes requisitos de identidade e integridade:

<b>Quadro 1 – Elementos do documento eletrônico</b>
<b>A.1: Expressões dos atributos do documento e linkage para o documento:</b>
<b>A.1.a Identidade do documento:</b>
<b>A.1.a.i Nomes das pessoas que concorrem na formação do documento:</b>
- nome do autor <sup>8</sup>
- nome do escritor <sup>9</sup> (se diferente do autor)
- nome do originador <sup>10</sup> (se diferente do nome do autor ou escritor)
- nome do destinatário <sup>11</sup>
<b>A.1.a.ii Nome da ação ou matéria</b>
<b>A.1.a.iii Data da criação e transmissão:</b>

- data cronológica <sup>12</sup>
- data do recebimento <sup>13</sup>
- data da transmissão <sup>14</sup>
<b>A.1.a.iv Expressões de vínculo arquivístico<sup>15</sup> (ex.: código de classificação, arquivo identificador)</b>
<b>A.1.a.v Identificação de anexos</b>
<b>A.1.b Integridade do documento:</b>
<b>A.1.b.i Nome da instituição, departamento ou seção responsável pelo trâmite<sup>16</sup></b>
<b>A.1.b.ii Nome do escritório de responsabilidade primária<sup>17</sup> (se diferente do previsto no item anterior)</b>
<b>A.1.b.iii Indicação dos tipos de anotações adicionadas no documento<sup>18</sup></b>
<b>A.1.b.iv Indicação de modificações técnicas<sup>19</sup></b>
<b>A.2 Privilégios de acesso: o criador definiu e efetivamente implementou privilégios de acesso concernentes à criação, modificação, anotações, relocação e destruição do documento</b>
<b>A.3 Procedimento de proteção: perda e adulteração do documento</b>
<b>O criador estabeleceu e efetivamente implementou procedimentos para prevenir, descobrir e corrigir perda ou adulteração de documentos.</b>
<b>A.4 Procedimentos de proteção: meio e tecnologia empregados</b>
<b>O criador estabeleceu e efetivamente implementou procedimentos para garantir a contínua identidade e integridade do documento contra meio deteriorado e através de mudanças tecnológicas</b>
<b>A.5 Estabelecimento de formas documentais: o criador estabeleceu formas documentais do documento associadas a cada produto de acordo com requisitos do sistema jurídico ou aqueles do criador</b>
<b>A.6 Autenticação do documento: se a autenticação é requisito para o sistema jurídico ou necessita de organização, o criador estabeleceu rotas específicas com referências aos documentos que podem ser autenticados, para quem, e o meio de autenticação</b>
<b>A.7 Identificação da Autoridade do documento: se existem múltiplas cópias de alguns documentos, o criador estabeleceu procedimentos que identifiquem quais documentos são autorizados.</b>
<b>A.8 Remoção e transferência de documentos relevantes: se há uma transição de documentos para o status ativo, semi-ativo ou inativo, quais envolvem a remoção de documentos de um sistema eletrônico, o criador estabeleceu e eficientemente implementou procedimentos para determinar que documentos devem ser removidos e transferidos para serem preservados.</b>

Figura 1. Fonte: *Interpairs Project* (2003).

Afora os elementos essenciais do documento diplomático, os diplomatas distinguiram caracteres extrínsecos e intrínsecos, como requisitos de autenticidade visando auxiliar e garantir a sua confiabilidade. Os primeiros se referindo à aparência externa, e os segundos ao modo pelo qual se articula a representação de seu conteúdo.

Para Núñez Contreras (1981, p. 39-40, tradução nossa), Belloto (1991, p. 33) e Heredia Herrera (1988, p. 92-93, tradução nossa) os caracteres externos são representados pela matéria (suporte), meio (escrita), formato com o que se representa a escrita na matéria e os sinais gráficos especiais, distintos

da escrita, tais como os selos, carimbos, letras iniciais, etc, enquanto os caracteres internos estariam representados pela língua empregada e o teor documental, que no dizer de Belloto (1991, p. 33) “[...] é o modo de articular o discurso segundo fórmulas determinadas e uniformes segundo a tipologia do documento”.

Sob o ponto de vista da estrutura da análise crítica diplomática, Duranti (1996, p. 131-132, tradução nossa) apresenta uma metodologia de trabalho que foi incorporada por Nascimento (2002, p. 127) para a análise do documento jurídico eletrônico:

**Quadro – 2 Elementos de forma documental**

<b>Elementos da forma documental</b>	<b>Elementos diplomáticos</b>	<b>Caracterização e função</b>
<b>Externos ou extrínsecos</b>	Suporte Escritura Linguagem Signos especiais Selos Anotações	<ul style="list-style-type: none"> <li>- caráter material do documento e sua aparência externa</li> <li>- podem ser examinados sem ler o documento</li> <li>- determina a disposição e articulação do discurso</li> <li>- estabelecer data, proveniência e provar autenticidade</li> <li>- verificar grau de autoridade e solenidade</li> <li>- verificar modo de edição e melhoria da documentação associada a um sistema eletrônico de informação.</li> </ul>
<b>Internos ou intrínsecos</b>	Protocolo e subseções  Texto e subseções  Escatocolo e subseções	<ul style="list-style-type: none"> <li>- todos os documentos da articulação intelectual (modo de apresentação do conteúdo ou partes que determinam o teor do conjunto);</li> <li>- Elementos reunidos em grupos com alguma relação de subordinação uns com os outros, denominados de subestrutura ideal (protocolo, texto, escatocolo);</li> <li>- onde se localiza a parte central do documento (texto);</li> <li>- contém (protocolo) o contexto administrativo da ação (pessoas incluídas, tempo, lugar e assunto), fórmulas iniciais;</li> <li>- contém (texto) as considerações e circunstâncias que lhe deram origem e as condições relacionadas com seu cumprimento; como também uma manifestação de vontade; comunica natureza da ação e a de função do documento;</li> <li>- contém (escatocolo) o contexto da documentação da ação (enuncia os meios de validação, indica a responsabilidade com relação ao ato de documentação e fórmulas finais;</li> </ul>

		- nos documentos contemporâneos, o intitulado é usualmente seguido pela data, indicando o lugar e/ou o momento da compilação do documento e/ou da ação concernente ao documento.
--	--	--

Figura 2. Fonte: Nascimento (2002, p. 127).

Assim, pode-se concluir que a assinatura digital estaria inserida no contexto dos elementos externos ou extrínsecos apontados por Duranti (1996 Apud Nascimento, 2002), com o objetivo de provar a autenticidade e autoria do documento eletrônico, gerando confiabilidade.

Superada a questão da forma documental, necessário se torna analisarmos o posicionamento doutrinário no que tange à conceituação de documento eletrônico.

Em uma abordagem sobre o valor probatório do documento eletrônico, Marcacini (1999), o define como “uma seqüência de *bits* que traduzida por um programa de computador, seja representativa de um fato” (grifo nosso). Verifica-se que o autor emprega o documento eletrônico como gênero, do qual o documento digital é espécie.

Em seu manual de direito de informática, Giannantonio (1994, p. 338 apud Trujillo, 2000) conceitua documento eletrônico ou informático como “o documento produzido pelo computador eletrônico. Distinguem-se documentos eletrônicos *stricto sensu*, memorizados em forma digital e não perceptíveis ao homem se não através do computador, e documentos eletrônicos *lato sensu*, isto é, todos os documentos formados pelo computador mediante dispositivos de saída”.

López Yepes (1997, p. 21-22) apresenta, tipologicamente, a seguinte classificação de documento:

a) Pela forma de representação da mensagem no suporte físico:

1. Gráfico: livro, revista, etc.

2. Iconográfico: fotografia, pintura, etc.

3. Fônico: disco, fita magnética, etc.

4. Audiovisual: filme, vídeo, etc.

5. Plásticos: objetos.

6. Eletrônico: fita de vídeo.

7. Digital: disquete, disco óptico digital, etc.

b) Por nível de difusão:

1. Publicado: qualquer documento multiplicado em número suficiente de exemplares que permitem sua difusão pública.

2. Inédito: manuscrito ou documento de arquivo não publicado.

3. Reservado: documento manuscrito ou impresso, porém não difundido.

c) Pelo grau de originalidade em sua criação:

1. Fontes: os documentos mais próximos às informações ou acontecimentos que refletem o que constitui a matéria prima: documentos de época, crônicas, estatísticas, legislação, objetos de museu, etc.

2. Bibliografia: os documentos elaborados desde as fontes: monografia, artigo de revista, etc.

d) Pelo grau de modificação da natureza da mensagem como resultado da análise documental:

1. Primário: livro, artigo de revista, etc.

2. Secundário: ficha bibliográfica, repertório bibliográfico, resumos, etc.

e) Pelo grau de transformação da mensagem documentária registrada em um documento:

1. Mensagem documentada.

2. Mensagem marginal.



3. Mensagem referencial.

4. Mensagem documental.

f) Por sua situação no âmbito do sistema das ciências: político, econômico, demográfico, religioso, etc.

g) Pelo grau de permanência da mensagem ao longo do tempo:

1. Científico: monografia científica, teses de doutorado, artigo científico, etc.

2. Não científico: artigo de imprensa, ensaio, etc.

h) Pela natureza do código ou modo tecnológico de representação da mensagem:

1. Documento analógico: vídeo.

2. Documento eletrônico: vídeo.

3. Documento digital: CD-ROM.

Para o autor, há uma clara distinção entre documento eletrônico e digital, mormente quando o pontua sob o ponto de vista do modo tecnológico de representação da mensagem.

Verifica-se que a doutrina não é pacífica quanto aos conceitos de documentos eletrônicos e digitais. Ao que parece, para López Yepes (1997), o liame que separa os conceitos está na linguagem tecnológica empregada para a representação da mensagem aposta no documento, independentemente de seu suporte. Dessa forma, a seqüência de *bits* caracterizaria o documento digital e não o eletrônico, enquanto Marcacini (1999) e Giannantonio (1994) caracterizam o documento digital como espécie do gênero documento eletrônico.

Importa salientar que, pelas ementas de projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados<sup>20</sup> e pela legislação em vigor<sup>21</sup>, o legislador pátrio tem demonstrado uma preferência em adotar a terminologia documento eletrônico.

Após a análise do conceito de do-

cumento eletrônico, necessário se torna abordarmos a questão da assinatura digital como sua garantia.

3 Assinatura digital: a garantia da autoria do documento eletrônico

O avanço tecnológico proporcionado pela grande rede faz com que passemos a refletir sobre a autenticidade e veracidade do documento digital.

No entanto, “podemos dizer que a autenticidade de um documento depende do grau de confiabilidade que dele se pode extrair” (Gico Júnior, 2000, p. 325 Apud Nascimento, 2002, p. 96).

Nesse contexto, Nascimento (2002) aponta a assinatura como elemento diplomático intensamente relacionado à autenticidade documental.

E como conferir confiabilidade em um documento eletrônico, se ele pode ser facilmente adulterado?

A resposta pode estar na adoção da assinatura digital. Vale lembrar que não estamos falando da digitalização da própria assinatura letrada ou assinatura autógrafa, normalmente apostas em documentos como, por exemplo, nos certificados de licenciamento anual de veículos automotores expedidos pelos Departamentos de Trânsito, ou mesmo em resultados de exames médicos disponibilizados pela *Internet*, mas sim, do resultado de complexos algoritmos criptográficos que cifram os *bits*, atribuindo segurança e confiabilidade ao documento.

A criptografia, a arte de escrever em código, tão antiga quanto à própria escrita, era utilizada por Júlio César, Imperador romano, que codificava suas mensagens alterando as letras que compunham uma palavra pela terceira letra seguinte do alfabeto. Também foi largamente empregada pelos alemães

na Segunda Guerra Mundial, que fabricaram a máquina enigma, considerada a ferramenta criptográfica mais importante da Alemanha nazista. O sistema foi desvendado pelo matemático polonês Marian Rejewski, o que resultou em um passo decisivo para os aliados vencerem a guerra.

O seu emprego oferece ao documento digital requisitos para a sua autenticidade e confiabilidade, de maneira que uma transação efetuada pela *Internet* consista, de fato, em uma expressão de vontade com validade jurídica e força probante.

Segundo Devegili (2001) o emprego da criptografia pode resultar em: confiabilidade, identificação, integridade e não repúdio.

Assim, preserva-se a autoria da mensagem e sua originalidade, de maneira que ela, cifrada, não poderá ser lida por terceiros, não tendo como o remetente negar o seu envio e tampouco o destinatário alegar o não recebimento.

Dentro desse contexto e a título de exemplo, imaginemos uma compra pela *Internet*. A informação objeto do negócio deve estar disponível, de maneira que o comprador possa acessá-la a qualquer hora. O objeto do negócio não pode ser alterado após a contratação, mantendo-se íntegro. A transação deve ser restrita, privativa aos contratantes, ensejando o controle de acesso, que por sua vez, oferece às partes a absoluta certeza de quem figura em ambos os pólos contratuais, caracterizando a autenticidade. Assim, o contrato transforma-se em um instrumento com validade jurídica, podendo ser usado como prova em futura ação, de forma que não poderá ser repudiado pelas partes, contraente e contratado.

Ao abordar sobre os processos tecnológicos *lato sensu* empregados para

formalizar a assinatura eletrônica, Correia (1999) elenca suas formas:

1. código secreto: consistente no emprego de um *password*, fórmula numérica ou alfanumérica de conhecimento pessoal do proprietário, que deverá ser confirmada pelo gestor de sistemas ou da base de dados do sítio acessado.

2. assinatura digitalizada: reprodução da assinatura autógrafa do autor, por meio de *scanner*.

3. assinatura digital ou criptográfica: de acordo com o sistema em que se baseia, comporta duas modalidades:

3.1 criptografia com chave privada ou simétrica: a mesma chave serve tanto para criptografar o documento como para decodificá-lo. Assim, tanto o autor como o receptor são detentores da mesma chave.

2.2 criptografia com chave pública ou assimétrica: consiste no emprego de uma chave pública, capaz de decodificar a mensagem encriptada, e uma chave privada, que a codifica.

4. chave biométrica: fundamentada no reconhecimento de características físicas da pessoa, tais como, por exemplo, as impressões digitais e as da íris.

O código secreto ou *password*, largamente utilizado em *home banking*, não vem impedindo que internautas tenham suas senhas subtraídas e utilizadas por outrem, demonstrando ser um sistema bastante vulnerável.

A assinatura digitalizada por meio de *scanner* não impede, por exemplo, que de posse de um documento original, um terceiro digitalize a assinatura de seu autor e emita um outro documento, com conteúdo diverso, contendo a assinatura copiada, demonstrando, também, ser um processo sujeito a fraudes.

No que tange à criptografia simétrica, o processo permite que uma das partes emita um documento como se fosse de autoria da outra, já que a chave para codificar e decodificar é a mesma, de forma a também não ser confiável.

O processo de chave biométrica é preciso, porém extremamente caro, face aos equipamentos de ponta utilizados e em decorrência da necessidade de se ter uma grande base de dados com padrões originais fornecidos pelas partes, para servirem de confronto. Atualmente, é utilizado por empresas de grande porte para controlar o acesso restrito de pessoas.

Assim, por ser um processo menos oneroso e eficaz, a ICP-Brasil adotou como base a criptografia assimétrica, sem, contudo, proibir “a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, podendo inclusive ser(em) utilizados certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que emitidos pelas partes como válidos ou aceitos pela pessoa a quem for oposto o documento” (Copalo, 2002).

Segundo Demócrito Filho (2000) a chave pública, “de conhecimento público, é usada para verificar se a assinatura digital aposta no documento eletrônico é mesmo dele (daquele determinado usuário), ou para criptografar um documento a ser-lhe enviado”. Segue o autor dizendo que a chave privada “é o elemento do par de chaves assimétricas de uso exclusivo do usuário, mediante a qual ele põe sua assinatura digital do documento eletrônico ou decripta uma mensagem que lhe foi enviada, previamente criptografada por um terceiro que utilizou a sua (dele, usuário) chave pública”.

Conclui seu raciocínio ao afirmar que, diante disso, “a autoridade certificadora, responsável pela outorga des-

as chaves, emite então um certificado eletrônico, uma espécie de garantia de autenticidade dos emissores e destinatários dos documentos que trafegam na rede de comunicação”.

Vale lembrar que o par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular perante a autoridade certificadora e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento.

Como garantia de segurança, Devegili e Santos (2003) salientam que o sistema não deve ser utilizado em qualquer computador, apenas naquele de uso pessoal do autor do documento. Para os autores, deve-se adotar o emprego de cartões inteligentes ou *smart cards* para o armazenamento das chaves, pois, em caso de extravio ou furto, pode-se facilmente cancelá-las junto à autoridade certificadora.

A preocupação com a autenticidade, integridade e validade jurídica do documento eletrônico tem contorno transnacional.

Tanto assim que, partindo do pressuposto de uma legislação uniforme em âmbito mundial, sem desprezar a soberania estatal, e procurando preservar a eficácia probatória dos documentos eletrônicos, a *United Nations Commission on International Trade Law* – Unictral, elaborou a *Model Law on Electronic Signatures* (2001) como diretriz a ser seguida sobre a temática.

Fazendo alusão ao direito comparado, Paiva e Cuervo (2002) citam as legislações dos Estados Unidos, México, Reino Unido, Espanha, Itália e Alemanha, de forma a traçar um paralelo com o direito pátrio.

No Brasil, a MP-2.200-2, de 24 de agosto de 2001, estatuiu a ICP-Brasil com o objetivo de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica

ca do documento eletrônico.

Basicamente, a ICP-Brasil é composta por uma autoridade gestora política, no caso, o Comitê Gestor<sup>22</sup>, bem como pela cadeia de autoridades certificadoras, composta pela Autoridade Certificadora Raiz – AC Raiz, pelas Autoridades Certificadoras – AC, e pelas Autoridades de Registro – AR.

Segundo o artigo 4º da MP-2.200-2, de 24 de agosto de 2001, compete ao Comitê Gestor da ICP-Brasil:

I - adotar as medidas necessárias e coordenar a implantação e o funcionamento da ICP-Brasil;

II - estabelecer a política, os critérios e as normas técnicas para o credenciamento das AC, das AR e dos demais prestadores de serviço de suporte à ICP-Brasil, em todos os níveis da cadeia de certificação;

III - estabelecer a política de certificação e as regras operacionais da AC Raiz;

IV - homologar, auditar e fiscalizar a AC Raiz e os seus prestadores de serviço;

V - estabelecer diretrizes e normas técnicas para a formulação de políticas de certificados e regras operacionais das AC e das AR e definir níveis da cadeia de certificação;

VI - aprovar políticas de certificados, práticas de certificação e regras operacionais, credenciar e autorizar o funcionamento das AC e das AR, bem como autorizar a AC Raiz a emitir o correspondente certificado;

VII - identificar e avaliar as políticas de ICP externas, negociar e aprovar acordos de certificação bilateral, de certificação cruzada, regras de interoperabilidade e outras formas de cooperação internacional, certificar, quando for o caso, sua compatibilidade com a ICP-Brasil, observado o disposto em

tratados, acordos ou atos internacionais; e

VIII - atualizar, ajustar e revisar os procedimentos e as práticas estabelecidas para a ICP-Brasil, garantir sua compatibilidade e promover a atualização tecnológica do sistema e a sua conformidade com as políticas de segurança.

O Comitê Gestor da ICP-Brasil poderá delegar atribuições a AC Raiz, cuja competência originária é de emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das AC de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria das AC e das AR e dos prestadores de serviço habilitados na ICP, em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, e exercer outras atribuições que lhe forem cometidas pela autoridade gestora de políticas, sendo-lhe vedado emitir certificados aos usuários finais.

Entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete às AC emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.

Por sua vez, às AR, entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC, compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações.

Importa salientar que o Comitê Gestor da ICP-Brasil poderá estabelecer critérios para credenciar como AC e AR, os órgãos e as entidades públicas e as pessoas jurídicas de direito privado,

sendo vedado a qualquer AC certificar nível diverso do imediatamente subsequente ao seu, exceto em hipóteses excepcionais previamente aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

#### 4 Conclusão

A criptografia assimétrica, adotada como padrão pela ICP-Brasil parece ser o processo mais confiável para se garantir autenticidade, integridade e validade jurídica do documento eletrônico.

Porém, para que todo o processo ganhe a confiança da sociedade, necessário se torna sua efetiva implementação.

Nessa seara, o Comitê Gestor da ICP-Brasil editou várias resoluções disciplinando o funcionamento da certificação digital e o Governo Federal apresentou, em regime de prioridade, o PL-2281/2003, visando instituir taxas de credenciamento, fiscalização e manutenção de credenciamento e multas relativas às atividades de certificação digital, que merecem o devido enfrentamento pela comunidade jurídica, como forma de contribuição para a melhoria de todo o sistema.

#### Bibliografia

Balieiro, Silvia. *Viagem pela internet*. São Paulo: Abril. Info Exame, n. 226, jan. 2005. p. 26-27.

Bellotto, Heloisa Liberalli. *Arquivos permanentes: tratamento documental*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1991, 198p. ISBN 85-7182-006-6.

Brasil. Medida Provisória n. 2.200-2 de 24 de out. de 2001. Institui a Infra-

Estrutura de Chaves Públicas brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em 6 fev. 2005.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 3872, de 18 de jul. de 2001. Dispõe sobre o Comitê Gestor da Infra-Estrutura de Chaves Públicas brasileira – CGICP-Brasil, sua secretaria-executiva, sua comissão técnica executiva e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em 6 fev. 2005.

\_\_\_\_\_. Projeto de lei n.º 1589, de 31 de ago. De 1999. Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.camara.gov.br>>. Acesso em: 6 fev. 2005. (Autor: Luciano Pizzatto).

\_\_\_\_\_. Projeto de lei n.º 2281, de 10 de out. de 2003. Institui a Taxa de Credenciamento – TCD, a Taxa de Fiscalização e de Manutenção de Credenciamento – TFM, as multas que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.camara.gov.br>>. Acesso em: 6 fev. 2005. (Explicação da ementa: Criando a TCD e a TFM relativas às atividades de certificação digital) (Autor: Luciano Pizzatto).

Carrascosa López, Valentin. *La regulación jurídica del fenómeno informático*. Mérida: Revista Iberoamericana Informática y Derecho. 1998. v. 19-22. p. 33-55. ISBN 84-88861-61-3.

Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed. vol 3. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 127. Apud Marcacini, Augusto Tavares Rosa.

O documento eletrônico como meio de prova. *Augusto Marcacini*, São Paulo, nov. 1999. Disponível em: <http://augustomarcacini.cjb.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico> Acessado em: 06 fev. 2005.

Correia, Miguel Pupo. Sociedade de informação e direito: a assinatura digital. *Avocati Locus*, São Paulo, jul. 1999. Disponível em: <http://www.advogado.com/cd/cd-doutri.htm>. Acessado em: 26 jan. 2005.

Copalo, Edilane Del Rio. ICP-Brasil: o sistema de certificação digital brasileiro. *Infojus*, Recife, mar. 2002. Disponível em: [http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id\\_noticia=1337&](http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=1337&). Acessado em: 05 fev. 2005.

Devegili, Augusto Jun. Farnel: uma proposta de protocolo criptográfico para votação digital. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Faculdade de Ciência da Computação, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <<http://www.inf.ufsc.br/~custodio/orientacao.html>>. Acesso em: 09 jan. 2002.

Devegili, Augusto Jun; Santos, Aline Sueli de Salles. Conceitos de criptografia e sua relação com o direito: segurança e autenticidade. In: Kaminski, Omar (Org.) *Internet Legal: o direito na tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2003.

Duranti, Luciana. *Diplomática: usos novos para uma antiga ciência*. Tradução Manuel Vázques. Carmona: S & C ediciones, 1996. 170 p.

Fernández Molina, Juan Carlos. Derecho de autor y privilegios de las bi-

bliotecas: ¿es posible su mantenimiento en un entorno electrónico? *Revista Argentina de Bibliotecología*, Buenos Aires, n. 2, 1999, p. 39-48.

Fortes, Débora. A praga de 2004. São Paulo: Abril. *Info Exame*, n. 226, jan. 2005, p. 23.

Furlaneto Neto, Mário. *Pornografia infantil na internet: elementos diplomáticos como subsídio à caracterização do delito*. Marília, 2003. 144 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista. Marília, 2003.

Giannantonio, Ettore. *Manuale di Diritto dell'Informatica*. Padova: Ed. Cedam, 1994, p. 338 ss. Apud Trujillo, Elcio. O Mercosul e a documentação eletrônica. *Avocati Locus*, São Paulo, fev. 2000. Disponível em: <http://www.advogado.com>. Acessado em: 06 fev. 2005.

Gico júnior, Ivo Teixeira. O arquivo eletrônico como meio de prova. Repertório IOB de Jurisprudência, caderno 3, 1ª quinzena, n.15, ago. 2000, p.321-329. Apud Nascimento, Lúcia Maria Barbosa do. *A dimensão diplomática do documento jurídico digital*. Marília, 2002. 180 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista. Marília, 2002.

Guimarães, José Augusto Chaves. O caráter instrumental da Diplomática para o tratamento temático de documentos na área jurídica. *Cadernos da Faculdade de Filosofia e Ciências*, Marília, v. 7, n.1/2, p. 97-106. 1998.

Heredia Herrera, Antonia. *Archivísti-*

ca general: teoría y práctica. Sevilla : Diputación Provincial, 1988. p. 35-105.

Interpares Project. Internacional Research on Permanent Authentic Records in Eletronic Systems. The long-term preservation of authentic electronic records: findings of the InterPARES Project. Disponível em: <<http://www.interpares.org/book/index.htm>>. Acessado em: 18 jan. 2003.

\_\_\_\_\_. Requirements for assessing and maintaining the authenticity of electronic records. March, 2002. Disponível em: <<http://www.interpares.org/book/index.htm>>. Acessado em: 18 jan. 2003b.

Lèvy, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. 260 p.

Lòpes yepes, José. Reflexiones sobre el concepto de documento ante la revolución de la información: ¿un nuevo profesional del documento? *Scire*, v.3, n.1, p.11-29, ene./jun. 1997.

Marcacini, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. Augusto Marcacini, São Paulo, nov. 1999. Disponível em: <http://augustomarcacini.cjb.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>. Acessado em: 06 fev. 2005.

Nascimento, Lúcia Maria Barbosa do. *A dimensão diplomática do documento jurídico digital*. Marília, 2002. 180 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista. Marília, 2002.

NÚÑEZ contreras, Luis. Concepto de documento. In: *Archivística: estúdios*

básicos. Sevilla: Diputación Provincial, 1981. p. 25-44.

Paiva, Mário Antônio Lobato de; Cervo, José. A firma digital e entidades de certificação. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2945>. Acessado em: 05 fev. 2005.

Reinaldo filho, Demócrito. A certificação de documentos eletrônicos. *Infojus*, Recife, mai. 2000. Disponível em: [http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.phd?id\\_noticia=541&](http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.phd?id_noticia=541&). Acessado em: 05 fev. 2005.

Sola, José Eduardo Martins. *A proteção dos direitos autorais a partir da realidade Internet: a perspectiva brasileira*. Marília, 2002. 172 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) - Faculdade de Filosofia e Ciências - Universidade Estadual Paulista, 2002.

Sposito, Rosa. O e-commerce desentou. São Paulo: Abril. *Info Exame*, n. 226, jan. 2005. p. 54-59.

Uncitral. United Nations Commission on International Trade Law. *United Nations*, Vienna, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.uncitral.org>>. Acesso em: 07 jan. 2002.

## Notas

<sup>1</sup> O presente artigo surgiu no decorrer das discussões do NEPI – Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”.

<sup>2</sup> Delegado de Polícia, Mestre em Ciência da Informação pela UNESP de Marília, Professor de Processo Penal do UNIVEM, membro e pesqui-

sador do NEPI. E-mail: mariofur@flash.tv.br.

<sup>3</sup> Graduando em Direito no UNIVEM e membro do NEPI. E-mail: gbellinetti@ig.com.br.

<sup>4</sup> Levy (1999) salienta ser o Ciberespaço o resultado da interconexão mundial de redes de computadores, não caracterizado apenas pela infraestrutura, mas também pelas informações e as relações humanas que o alimentam.

<sup>5</sup> O presente item foi extraído e adaptado de Furlaneto Neto (2003) que, inclusive, abordou critérios de confiabilidade do conteúdo da informação de uma página *web*.

<sup>6</sup> Heredia Herrera (1988, p. 36-37, tradução nossa) define Diplomática como a “ciência que estuda o documento, sua estrutura, suas cláusulas, para estabelecer as diferenças tipológicas e suas gênesis dentro das instituições escriturarias, com o fim de analisar sua autenticidade”.

<sup>7</sup> A interdisciplinaridade entre a Ciência da Informação e o Direito, por meio da interface com a Diplomática, está consubstanciada no dogma constitucional do direito ao acesso à informação, se consolidando quando conceitos comuns são discutidos por ambas as áreas, como, por exemplo, o Direito do Autor de um documento ou de uma obra científica ou literária, estudados por pesquisadores como Fernández Molina (1999), na Espanha, e por Sola (2002), no Brasil, ou o caráter instrumental da Diplomática para o tratamento temático de documentos na área jurídica (GUIMARÃES, 1998), ou ainda, em pesquisas como a dimensão diplomática do documento jurídico digital (NASCIMENTO, 2002) e os elementos diplomáticos como subsídio à caracterização da autoria do delito de pornografia infantil na *Internet* (FURLANETO NETO, 2003).

<sup>8</sup> O nome da pessoa física ou jurídica que tenha a autoridade e capacidade de editar o documento ou em cujo nome ou cujo comando o documento foi editado.

<sup>9</sup> O nome da pessoa física ou jurídica que tenha autoridade e capacidade para articular o conteúdo do documento.

<sup>10</sup> O nome da pessoa física ou jurídica que aponta o endereço eletrônico em que o documento foi gerado e/ou transmitido.

<sup>11</sup> O nome da pessoa física ou jurídica para quem o documento é direcionado ou pretendido.

<sup>12</sup> A data e horário possível de compilação de um documento incluído pelo autor ou pelo sistema eletrônico no interesse do autor.

<sup>13</sup> A data e o horário possível que o documento é transmitido para o interessado.

<sup>14</sup> A data e horário em que o documento ingressa no espaço em que foi gerado.

<sup>15</sup> O arquivo vinculado é a relação que liga cada documento, desenvolvimento, para o anterior e subsequente e todos aqueles que participam de alguma atividade. Ele é originário (ex., ele vem a existir quando um documento é feito ou transmitido e desprezado), necessário (ex., ele existe para todo documento) e determinado (ex., ele é caracterizado pela proposta do documento).

<sup>16</sup> O escritório (ou cartório) formalmente competente para exteriorizar a ação relatada pelo documento ou pela matéria à qual o documento pertence.

<sup>17</sup> O escritório (ou cartório) formalmente competente para a manutenção da autoridade do documento, que é o documento criado pelo criador para ser o oficial.

<sup>18</sup> Anotações são adições feitas em um documento após ele estar completo. Por essa razão, não são considerados elementos da forma documental do documento.

<sup>19</sup> Modificações técnicas são quaisquer mudanças nos componentes digitais do documento como definido pelo *Preservation Task Force*. Desta maneira, modificações incluirão quaisquer alterações no estilo de quaisquer elementos do documento digitais além de mudanças nos métodos (softwares) aplicados para reproduzir o documento para o estoque de componentes digitais; Que é, quaisquer mudanças que podem elevar questões como o documento produzido é como teria sido antes da modificação técnica. A indicação de modificações pode referir a documentos adicionais externos para o documento que explicar mais detalhes da natureza dessas modificações.

<sup>20</sup> Vide, a título de exemplo, o PL 1589/1999, que dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, bem como a exposição de motivos do PL 2281/2003 que prevê a instituição de taxa de Credenciamento, Fiscalização e Manutenção de Credenciamento, bem como multas relativas às atividades de certificação digital.

<sup>21</sup> Vide Medida Provisória nº 2.200-2/2001 que instituiu a chamada Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira e a exposição de motivos

<sup>22</sup> O Comitê Gestor da ICP-Brasil foi regulamentado pelo Decreto nº 3.872, de 18 de julho de 2001.



---

# A necessidade de um judiciário democrático em face da realidade dos milhares de hipossuficientes culturais

Rogério José da Silva<sup>1</sup>

Raquel Rosan Christino Gitahy<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo de estudo um problema típico do Brasil: o acesso à justiça. Procurando apontar dados comprobatórios da ineficácia do acesso à justiça, em especial pelos “hipossuficientes culturais”, uma massa populacional de direitos ignorados, que tem como sinônimo ao conceito de hipossuficiência previsto no CDC — a hipossuficiência econômica e técnica — apenas a ‘ausência de algo’, seja este algo a orientação educacional/jurídica adequada ou o amparo eficaz por órgãos responsáveis pela defesa de seus direitos. Não significa dizer que também seja devido uma presunção de hipossuficiência, pois não é restrito o conceito e a abrangência do termo “hipossuficiente cultural”, tal como nos conceitos relativos à economia e técnica. Mas principalmente por serem resultado do descaso das políticas educacionais que atravessaram o século passado em nosso país, o que gera, hoje, problemas que já estão a fugir do amparo Estatal é que deve ser repensado o aspecto democrático do acesso à justiça, praticamente inexistente para estes. Percorreremos caminhos relativos ao âmbito jurídico, analisando-os com base num recorte do universo cotidiano nacional, procurando entrelaçá-los a fim de revelar problemas específicos que inibem a busca pela e o próprio acesso à justiça. Assim, foi objetivo deste trabalho clamar por um novo foco de nossa Justiça para a solução de conflitos com características específicas que atingem os hipossuficientes culturais, entre outros.

**Palavras-chave:** hipossuficiente cultural, justiça, judiciário, democracia

**Abstract:** The present work has as objective of study a typical problem of our country: the access to justice. Looking for to point given evidential of the inefficacy of the access to justice, in special for the “cultural hipossuficientes”, a population mass of ignored rights, that have as synonymous to the concept of hipossuficiência foreseen in the CDC - the economic hipossuficiência and technique - only ‘absence of something’, either this something adequate the educacional/jurídica orientation or the efficient support for responsible agencies for the defense of its rights. It does not mean to say that also a hipossuficiência swaggerer must, therefore is not restricted the concept and the abrangência of the cultural term “hipossuficiente”, such as in the relative concepts the economy and technique. But mainly for being resulted of the indifference of the educational politics that they

---

1 Bacharel em Direito, licenciado em Letras e professor de Ensino Médio na cidade de Presidente Prudente/SP

2 Doutora em Educação. Docente da graduação em Direito da UNIVEM e UNOESTE. Professora colaboradora do Mestrado em Direito ( UNIVEM) e titular do Mestrado em Educação (UNOESTE).

---

had crossed the century passed in our country, what generates, today, problems that already are to run away from the State support is that the democratic aspect of the access to justice must be rethink, practically inexistent for these. We cover relative ways to the legal scope, analyzing them with base in a clipping of the national daily universe, looking for to interlace them in order to disclose problems specific that inhibit the search for and the proper access to justice. Thus, he was objective of this work to clamar among others for a new focus of our Justice for the solution of conflicts with specific characteristics that reach the cultural hipossuficientes.

**Keywords:** Noncultured people , justice, judiciary, democracy

**Resumen:** El actual trabajo tiene como objetivo del estudio un problema típico de nuestro país: el acceso a la justicia. Buscando a fundado dado punto de la ineficacia del acceso a la justicia, en especial para los “hipossuficientes culturales”, una masa de la población de las derechas no hechas caso, que tienen como sinónimo al concepto del hipossuficiência previsto en la CDC - el hipossuficiência y la técnica económicos - solamente ausencia del ` algo ‘, esto algo adecuado la orientación de educacional/jurídica o la ayuda eficiente para las agencias responsables para la defensa de las sus derechas. No significa decir que también debe un swaggerer del hipossuficiência, por lo tanto no se restringe el concepto y el abrangência del término cultural “hipossuficiente”, por ejemplo en los conceptos relativos la economía y la técnica. Pero principalmente para ser resultada de la indiferencia de la política educativa que se habían cruzado el siglo pasó en nuestro país, qué genera, hoy, los problemas que son ya funcionar lejos de la ayuda del estado son que el aspecto democrático del acceso a la justicia debe ser repiensa, prácticamente inexistente para éstos. Cubrimos maneras relativas al alcance legal, analizándolas con la base en un truncamiento del universo diario del nacional, buscando para entrelazar las para divulgar específico de los problemas para las cuales inhiba la búsqueda y el acceso apropiado a la justicia. Así, él era objetivo de este trabajo a clamar entre otros para un nuevo foco de nuestra justicia para la solución de conflictos con las características específicas que alcanzan los hipossuficientes culturales.

**Palabra-llave:** “hipossuficiente cultural”, justicia, judicatura, democracia

## INTRODUÇÃO

[...] embora o tema [**Hi-possuficientes**] não seja novo, continua sendo inevitavelmente atual, tendo em vista a preocupação generalizada de se buscar maior proteção e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana frente aos novos conflitos sociais surgidos com a moderna sociedade de massa deste final de século XX.

Ademais, a oportunidade de estudo revela-se sumamente importante diante do novo Texto Supremo, que emprestou superlativa significação jurídico-social a ele, erigindo a assistência jurídica aos hipossuficientes em premissa necessária para a participação dos cidadãos despossuídos de fortuna nos objetivos políticos do Estado Democrático de Direito Social brasileiro, além de constituir-se em mecanismo de concretização de muitos outros direitos fundamentais insculpidos na tábua das Liberdades Públicas da ‘Constituição Cidadã de 1988’, mormente, se colocada a descoberto a realidade sócio-econômico-cultural de nosso País, que se caracteriza por um brutal contraste entre os indicadores econômicos — que o elevaram à 8ª economia do mundo ocidental na década passada — e seus atuais indicadores sociais, de nível africano. Basta dizer que 64,7% dos brasileiros

se encontram em níveis que variam da miséria absoluta à estrita pobreza (PINTO, 1997, p. 7, grifo nosso)

A citação acima apresenta a justificativa de um estudo inovador, realizado há pouco menos de 10 anos, e que se revelava importante pelo fato de até o ano de 1997 não ter sido efetivamente objeto de estudo de autores renomados, tampouco iniciantes, a situação dos *Hipossuficientes*, em sua acepção ampla.

O autor do estudo, o professor, Mestre e Procurador do Estado de São Paulo, Robson Flores Pinto, trata do assunto valendo-se da acepção ampla do termo “hipossuficiente”, buscando apontar desde início o significado adotado. Para ele, os hipossuficientes seriam “os cidadãos despossuídos de fortuna”, carentes da real eficácia da justiça, préstimo mais comumente alcançável pelos abastados — uma minoria significativa no Brasil.

Entre outros tantos ensinamentos, o autor tece conclusões perseguidas na formulação deste artigo e, de certa forma, até já imaginadas, inicialmente, na idealização pretérita de um projeto de pesquisa. Uma das conclusões mais significativas para estes estudos é a constatação de que, conforme apontou Pinto (1997, p. 89) “os baixos indicadores sócio-econômico-culturais brasileiros, são obstáculos à assistência jurídica aos hipossuficientes.” Conclusão esta que serve de mote para o estudo ora apresentado.

Antes de tratar da espécie de hipossuficiência foco deste trabalho, necessária se faz uma abordagem muito sucinta — até porque não é este nosso foco — da idéia de assistência judiciária necessária ao hipossuficiente no Direito estrangeiro e em nosso país.

## 1. A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NECESSÁRIA AO HIPOSSUFICIENTE

A previsão de assistência judiciária sempre foi uma constante em vários países do mundo. Sua primeira manifestação, conforme também nos esclarece Pinto (1997, p. 89), remonta ao velho “‘Código de Hamurabi’, (2.067 a 2.025 a.C), passando pela Grécia, Roma, Idade Média, Declarações de Direitos do final do século XVIII, Constituições e leis contemporâneas”, ora tendo uma previsão insuficiente, ora mais abrangente, de acordo com a própria evolução do Direito de cada sociedade. Em algumas sociedades, como a francesa e a inglesa, por exemplo, a assistência estatal para os hipossuficientes a partir do final da 2ª Guerra assumiu um aspecto mais “solidarista” (sem distinções pormenorizadas), talvez mesmo como um reflexo dos malefícios trazidos pela 2ª grande Guerra. Hoje, apesar de não haver previsão constitucional para a assistência jurídica aos hipossuficientes em nenhum dos textos de lei máxima de ambos países, os Estados não se eximem de tal prestação.

O autor também aponta o sistema Sueco como um dos mais modernos, prevendo inclusive um seguro de “litigiosidade”, para cobrir despesas judiciais e extrajudiciais, com um valor mínimo estipulado, mas que cobre tanto despesas do autor quanto às da sucumbência. Este seguro é utilizado por cerca de 85% da população, segundo dados apurados pelo autor, em 1997, que cobrem a maior parte dos ônus pela derrota numa demanda judicial. Por esta previsão, mesmo o adversário que tenha sido sucumbido, pode recuperar seus custos, mesmo sendo um adversá-

rio pobre, pois é segurado. Outra grande vantagem também ressaltada, é a de que o sistema Sueco possibilita à parte optar entre os serviços de advogados particulares ou de defensores públicos. Não por acaso, a Suécia possui o sexto melhor IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) do mundo. Seu sistema vantajoso, inclusive, serviu de modelo para outros países de estruturas sociais semelhantes, como Noruega (melhor IDH desde de 2001) e Holanda (Países Baixos), o 12<sup>o</sup>.

No Brasil, manifesta-se primeiramente com as Ordens Filipinas, em 1603, e em leis posteriores. Em 1934, a expressão “assistência judiciária” aparece pela primeira vez em nossa Constituição inserida no capítulo dos “Direitos e Garantias Individuais”.

“O Estado Brasileiro reconhecia, assim, pela primeira vez, a ‘assistência judiciária’ como uma de suas polifunções sociais.” (PINTO, 1997, p. 74)

Esta previsão foi suprimida no Estado Novo, quando passou a vigorar a Carta *facistóide* (de 10/11/1937), período em que os direitos individuais foram suprimidos — independente da situação econômica destes indivíduos — em favor de um estado coletivo. Mas importante se faz ressaltar a observação de Barbosa Moreira, citado por Pinto (1997, p. 75) ao nos revelar que mesmo nessa Constituição, a assistência judiciária foi minudentemente versada pelo Código de Processo Civil de 1939, e dotava ainda de caráter personalíssimo. Afora essa Constituição, todas as outras trouxeram em seu texto a previsão à assistência judiciária, inclusive a atual, de forma mais acertada ainda, prevendo-a entre os “Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana” (título II), especificamente no capítulo dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (capítulo I), no

rol do art. 5º, inciso LXXIV, no qual se lê: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

## 2. O HIPOSSUFICIENTE CULTURAL

No estudo presente, cuidou-se, desde o início, de se fazer uma restrição do termo, procurando focar uma única espécie — se é que assim podemos classificá-la — do gênero “hipossuficientes”, espécie esta comum, do cotidiano das cidades pequenas, médias ou grandes; tão bem conhecida dos profissionais da educação em especial. Está-se falando dos Hipossuficientes Culturais.

Pelo termo, buscou-se a formulação de um conceito que pudesse não só distingui-lo do conceito amplo, mas também, justificar a restrição do foco. Desta forma, o termo *Hipossuficiente Cultural*, assim disposto, assumiria o seguinte significado: Trata-se de um neologismo, pois ainda não fora encontrado registro sobre tal termo em vasta literatura pesquisada. Conceito ainda a ser plenamente formulado. porém, a princípio, tomando como referência o conceito básico do termo isolado *hipossuficiente*, presente no Dicionário Houaiss da língua portuguesa, e combinando-o à idéia ampla de *cultural*, podemos definir tal expressão como que se diz de ou pessoa de poucos recursos culturais/educacionais, que não é auto-suficiente, de formação cultural precária, falível numa sociedade altamente consumista como a atual.

Em termos mais objetivos, o hipossuficiente cultural seria aquele que não conhece seus próprios direitos, tampouco como valer-se da ajuda necessária para buscá-los e torná-los efe-

tivos. Muitas vezes, são os analfabetos funcionais — mas não só —, inúmeros no Brasil.

Estes brasileiros — e por que não “cidadãos do mundo”? Já que vivemos a era da globalização... — surgem, principalmente, como consequência da educação defasada a que tiveram (e muitos ainda assim a têm) acesso e pelo convívio com pessoas que ignoram seus próprios direitos, o que é lamentável, pois desistir de lutar por uma questão de estratégia é o que marca a biografia de grandes personalidades de nossa história, mas desistir de lutar por ignorância condena-os ao anonimato estatístico da história de um país.

Ao contrário do conceito amplo de hipossuficiente, que se refere àqueles desprovidos de seus direitos simplesmente pelo fato de não terem recursos econômicos suficientes para tal, — os “pobres”, no sentido lato da palavra, despossuídos, desafortunados — os hipossuficientes culturais não necessariamente são pobres nesse sentido exposto, embora muitos o sejam.

Nestes casos de não adequação ao sentido lato do termo “pobre”, estas pessoas têm uma vida comum, conhecem a pobreza de perto, mas não a vivem em essência. São, geralmente, assalariados, pagam suas contas de consumo com certa dificuldade, mas geralmente em dia, e ainda conseguem adquirir alguns bens, supérfluos para alguns, mas especialmente essenciais a este grande segmento de nossa sociedade. Produtos como TV, geladeira, aparelhos de som e, mais recentemente, celulares e DVD’s. É justamente este o perfil dos hipossuficientes culturais: assalariados (muitas vezes já aposentados), de quase nenhuma formação educacional ou com ensino fundamental incompleto, desprovidos de uma

cultura mais ampla relativa a suas próprias origens e costumes, seduzidos facilmente pelos inúmeros estímulos ao consumo do dia-a-dia<sup>4</sup> — propagandas na TV, rádio, revistas, jornais e até pela indução ao consumo de determinado produto utilizado pelos personagens de novela — seu lazer favorito —, num claro *merchandising*. É algo em torno disso o perfil comum de milhares de brasileiros que têm uma má formação cultural/educacional, embora não sejam “privilégios”(?) desses apenas tal descrição.

Ressalte-se dados comparativos demonstrados na obra de Pinto (1997), cruzados com o Censo 2000, apurado pelo IBGE. O autor aponta uma pesquisa do Banco Mundial, realizada em 1995, na qual o Brasil encabeçava a lista dos cinco países de mais alta taxa de concentração de renda. Na oposição, apareciam países como a Suécia e a Finlândia, que, ainda hoje, mantém este mesmo disparate em relação ao Brasil. A Suécia, por exemplo, é a sexta colocada no ranking de IDH, enquanto o Brasil é o 63<sup>o</sup>, conforme dados apontados recentemente por órgãos oficiais.

Especificamente em relação à educação — importantíssimo fator para a formação cultural do cidadão — Pinto (1997) ainda afirmava que a par da imensa desigualdade na distribuição de renda que graça no Brasil, há também extrema e inequitativa distribuição de educação, pois 27,1% dos brasileiros de 5 ou mais anos de idade são analfabetos: destes, 53,9% são analfabetos urbanos. Os dados não mudam muito, pois no último Censo realizado no país, em 2000, 16% de mesma parcela da pesquisa relatada continua não-alfabetizada. Percentualmente até nos surpreende uma queda no número de não-alfabetizados, mas se levamos

em conta que este percentual representa nada mais, nada menos, que 24 milhões de brasileiros, ainda são, sem dúvida alguma, estarrecedores. Ressalte-se ainda que, desse total, segundo o Censo 2000, 63% são analfabetos urbanos (percentual que aumentou). Dados mais recentes ainda, como o IDH divulgado no ano de 2005, em 7 de setembro, possibilitam constatações como esta, do Jornal Correio Braziliense:

A revelação alvissareira do RDH em relação ao Brasil é o crescimento da taxa de alfabetização: saltou de 86,4%, como constava no relatório de 2004, para 88,4% no atual (restam, portanto, 11,6% de brasileiros ainda humilhados pelo analfabetismo).<sup>6</sup>

Constata-se, numa visão realista e pela insignificância da melhoria dos dados apurados pelo IDH, ser muito difícil combater a hipossuficiência cultural em nosso país.

O hipossuficiente cultural, entre outras defasagens, não tem por hábito planejar um “futuro financeiro” (prevenir-se de eventuais gastos imprevistos), por isso quando é surpreendido por uma situação que possa impedi-lo de arcar com os seus custos, como por exemplo, o desemprego, a morte de um ente próximo ou uma doença grave pessoal ou na família; situações que implicam em gastos, ele se vê incapaz de encontrar uma solução para o problema financeiro inesperado em que se encontra.

### 3. DA (INEXPLICÁVEL INAPLICABILIDADE DA) TEORIA DA IMPREVISÃO

Devido a imprevisibilidade que ataca o hipossuficiente cultural, há quem defenda ser possível a alegação da “Teoria da Imprevisão”. Para outros — Negrão e Guimarães, 2005, p. 58 — em determinados contextos, é possível também valer-se do princípio ou “conceito jurídico indeterminado” da boa-fé. Um conceito indeterminado, pois impenderá à jurisprudência e à doutrina, a exemplo do que ocorrera no exterior, determinar seus limites, principalmente em relação à boa-fé objetiva, pela qual:

o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos e acontecimentos sociais envolvidos. Deste modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos. Enfim, a boa-fé objetiva traduz o estabelecimento de padrões de comportamento, segundo critérios fixados pela doutrina e jurisprudência. (NEGRÃO e GUIMARÃES, 2005, p. 68)

Assim, entendemos ser possível a um juiz, ao reconhecer a inadequação do hipossuficiente cultural ao padrão típico do homem médio, constatar a necessidade de se determinar a boa-fé objetiva como motivo suficiente para a resolução do impasse. Possível, mas nem sempre assim decidido, seja pela simples ausência de pedido, seja pelo conceito rígido do que se entende por “homem médio”, ou por quaisquer

outros motivos. O fato é que não temido, de fato, o hipossuficiente cultural, o acesso amplo e irrestrito à justiça e à devida assistência jurídica para a resolução de seus conflitos, mormente nos casos de pequena monta, geralmente relacionados ao Direito do Consumidor.

## CONCLUSÃO

O problema dos hipossuficientes culturais está, de início, no não planejamento de vida, principalmente no aspecto econômico, fato este intimamente relacionado à má formação educacional e cultural.

Como conseqüência, diante de um problema de inadimplência — fato comum a estas pessoas —, que pode ou não ser combinado ao desemprego, estas pessoas se vêem num turbilhão de situações complexas e não têm/sabem como resolvê-las! É a má formação educacional e cultural — insistimos —, principalmente, o que leva estas pessoas a não planejarem suas vidas e, em conseqüência, não saberem como livrar-se de certas situações não esperadas.

Nossa legislação prevê, na esteira de outros países que também possuem seus hipossuficientes, amparo irrestrito aos menos favorecidos economicamente. Ocorre que o desfavorecimento econômico não é o único empecilho imposto aos hipossuficientes culturais na busca pelo acesso à justiça. A verdade é que estas pessoas mal sabem que têm direitos! Vez ou outra descobrem um ou outro direito por terem assistido a alguma cena melodramática numa ou noutra novela, ou por terem ouvido falar por algum “entendido na defesa dos mais pobres” num programa popular de variedades nos mais diversos horários.

Assim, quando passam a conhecer a possibilidade de lutarem por um de seus direitos, estas pessoas, por ignorância, decidem não litigar por medo de alguma represália da parte contrária, ou por temerem que possam vir a perder o pouco que têm caso venham a ser vencidos na demanda interposta — certamente também nos “cairia” muito bem o seguro de “litigiosidade” existente na Suécia, não?

Outras vezes, quando este cidadão descobre ser possível buscar a satisfação de seu direito por meio dos Juizados Especiais, ilude-se com a possibilidade de ter encontrado a solução para todos os seus problemas! Ledo engano, pois a competência destes juizados — os cíveis em especial — é limitada (art. 275, II, CPC e art. 3º, da Lei 9.099/95). Mais: em muitos casos, os responsáveis por estes ‘braços’ céleres da justiça ignoram a possibilidade de uso de determinadas inovações legais que poderiam resolver muitos problemas dos hipossuficientes culturais, como é o caso da própria alegação da boa-fé objetiva, a fim de ao menos colocar as partes frente a frente para uma possível conciliação. Sobre esta possibilidade, muitas vezes alega-se nos Juizados somente ser possível se for usada uma estratégia chamada de ‘Procedimento Informal’, pela qual o ‘adversário’ na ação não é obrigado a comparecer.

Parte-se para outro braço de apoio, então! Ao buscar orientação que, no estado de São Paulo é oferecida pela Procuradoria Geral do Estado, os problemas também não se resolvem. Os entraves são outros tantos, mas o resultado, o mesmo: sem solução.

Assim, com todo este trâmite, o grande prejudicado é o devedor, o hipossuficiente cultural, que já não tinha condições de arcar com a dívida justamente por estar desempregado

— motivo já suficiente para a revisão contratual, segundo entendimento jurisprudencial majoritário<sup>7</sup> — e por tantos outros motivos que surgem de maneira imprevisível e impossível de se prevenir. Os meses passarão, a dívida aumentará e, certamente, ele também não poderá arcar com esta dívida ao fim do prazo contratual, pois, via de regra, seu nome passará a constar no maior número possível de bancos de dados de devedores do comércio nacional e, como consequência, esta “vítima” não conseguirá — durante a vigência do contrato não cumprido, tampouco durante o trâmite da ação de execução que sofrerá — um novo emprego formal justamente por “passar a ser cliente” dos tais cadastros de devedores, exigência negativa de qualquer empregador formal do país. Pior, se de fato forem exercidas as medidas de execução legais para o pagamento da dívida, é possível que este devedor ainda perca o pouco que tem pelo exercício da penhora ou outra medida similar. Algo que, indubitavelmente, poderia ser evitado se no início tivesse este devedor tido a oportunidade de renegociar sua dívida em juízo, informalmente ou não.

Tudo que se possa ser feito para a busca da justiça há de ser feito pelo direito e, compartilhando uma filosofia comum com o Direito Alternativo, tal situação encontra ressonância em garantias institucionalizadas pelo Código de Defesa do Consumidor. Sobre este, ressalta Cláudia Lima Marques, em comentários ao artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor:

A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base



objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi.

Nesse sentido a conclusão n. 3 do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor — Contratos no ano 2000, com o seguinte texto: “Para fins de aplicação do art. 6º, V, CDC não são exigíveis os requisitos da imprevisibilidade e excepcionalidade, bastando a mera verificação da onerosidade excessiva.

A jurisprudência tem desenvolvido um outro requisito, qual seja o da não imputabilidade do fato causador da onerosidade excessiva ao consumidor. Nesse sentido, a jurisprudência tem aceito como motivo suficiente para a revisão contratual e para a ação corretora do equilíbrio contratual pelo judiciário, situações em princípio individuais, como por exemplo a **perda do emprego**. (MARCQUES, 1998, p. 413-414, grifo nosso)

O acesso à justiça, pelo demonstrado até aqui, reveste-se como ineficaz aos hipossuficientes culturais (ao

menos no estado de São Paulo), pois temos: um Juizado Especial com uma maioria de profissionais desconhecedores dos próprios limites de atuação dos órgãos em casos como o exposto; uma Assistência Judiciária deficiente na prestação de serviços necessários a estes hipossuficientes — talvez pela inabilidade dos profissionais que se prezam a oferecer serviços jurídicos ao Estado que os remunera numa mesma proporção; e, por fim, uma Justiça Comum morosa e/ou onerosa, insustentável para muitos, não só hipossuficientes culturais.

É esse acesso restrito e ineficaz à justiça, e à necessidade de torná-lo efetivamente democrático para alcançar aos que dele carecem, em especial os hipossuficientes culturais, que justifica este trabalho, cuja finalidade é ensejar mudanças de entendimentos e procedimentos para que, talvez, possamos descobrir um caminho possível e ainda não — ou pouco — trilhado, para um dia ser possível propiciar aos hipossuficientes culturais um acesso irrestrito e eficaz à justiça.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Selene Maria de. O paradigma social do liberalismo e o acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, n. 22, p. 20-24, jul./set. 2003. (In: SEMINÁRIO SOBRE ACESSO À JUSTIÇA, 2003, Belo Horizonte-MG)

ANGHER, Anne Joyce, Organiz. VADE Mecum Acadêmico de Direito. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Teoria da Imprevisão* – Dos poderes do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. (Coleção Primeira lei-

tura. Constituição de 1988; v. 16)

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998..

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 36<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NÓBREGA, Airton Rocha. Assistência judiciária aos necessitados: um fator de ampliação do acesso à Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 202, 24 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4735>>. Acesso em: 15 out. 2005.

PINTO, Robson Flores. *Hipossuficientes - Assistência Jurídica na Constituição*. São Paulo: LTR, 1997.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri, SP: Manole, 2004. (Cadernos de Direito Privado: v. 1 / Escola Paulista de Magistratura)

USTÁRROZ, Daniel. As Origens Boa-fé Objetiva no Novo Código Civil. *Jornal Síntese*, [S.l.], n<sup>o</sup> 71, p. 3, jan. 2003

SILVA, Ezequiel Theodoro. *Raiva e Revolta em Educação*. Campinas-SP: Autores Associados, 1998.

## Notas

<sup>3</sup> Dados colhidos no relatório “Informe sobre Desarrollo Humano 2005”, Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Ediciones Mundi-Prensa 2005. (Arquivo em PDF intitulado “HDR05\_sp\_complete.pdf”, baixado do site <http://www.pnud.org.br/home/>, em 15/10/2005. Vale dizer que os dados

do IDH 2005 incluem dados, majoritariamente de 2003, relativos a 175 países, além de Hong Kong e os territórios palestinos, conforme nota publicada na edição eletrônica Folha Online, de 7/9/2005, às 16h34, sob o título “Argentina tem o maior IDH da América Latina”.

<sup>4</sup> Uma das formas de sedução mais recente se dá por meio do oferecimento de créditos a juros “baixos” aos aposentados em geral. Seja por iniciativa do mercado ou do próprio governo, para aquecer a economia, o que se vê é que num curto espaço de tempo estaremos presenciando reflexos negativos dessa prática dos consumidores. Parecendo preocupado com tais conseqüências, o Banco Itaú lançou uma campanha para o “Uso consciente do crédito”, nome dado, inclusive, a uma cartilha elaborada pelo próprio banco. As possíveis conseqüências negativas foram motivo de matéria recente da revista *Veja* (ed. 1005, ano 38, n<sup>o</sup> 20, 18/Mai/2005), as quais foram chamadas de “ressaca do crédito”. Na matéria, relata-se o medo do governo e também dos bancos de uma verdadeira ressaca — um mal-estar causado pela “ingestão” excessiva de crédito — o que justifica a chamada da matéria: “O governo e os bancos criaram o empréstimo popular. Virou vício. Agora, pede-se aos consumidores que se ‘endividem com moderação’”. A campanha do banco Itaú representa — e assim é apontado na revista — uma campanha contrária à euforia do crédito, em favor daqueles tidos como hipossuficientes culturais, na nomenclatura adotada no presente trabalho. Sim, pois são muitas vezes os clientes de bancos também hipossuficientes culturais, incapazes de se planejarem financeiramente, por não terem sido educados para isso. O referido banco preocupou-se com isso, talvez até pensando em eventuais inadimplências — o que não é incomum — temendo o fato de ser necessário valer-se de ações judiciais para receber o que fora emprestado a estes muitos hipossuficientes, e demais tomadores deste tipo de crédito. Seria uma atitude politicamente correta para com seus clientes, inspiradora até para outros bancos e norteadora para aqueles que assistissem à propaganda e/ou tivessem contato com a cartilha. Digna de elogios pela preocupação com nossos hipossuficientes culturais. Mas a verdade é que o pecado mora ao lado. O banco Itaú protege seus clientes das tentações do crédito fácil, mas no prédio ao lado de suas agências, onde geralmente há uma financiadora “Taíí”, a tomada de crédito é incentivada, nos moldes de qualquer outro banco. Já dizia o bom e velho Rock Nacional: “[...] A mesma mão que acaricia, fere e sai furtiva [...]” (*Flores do Mal*, Barão Vermelho)

<sup>5</sup> Dados extraídos de matéria veiculada na edição on-line do *Jornal Folha de S. Paulo*, em 7/9/2005, sob o título “IDH sobe pouco e Brasil permanece na 63<sup>a</sup> posição em ranking da ONU”. Acesso em 20/9/2005: <http://www1.folha.uol>

[com.br/folha/cotidiano/ult95u112795.shtml](http://com.br/folha/cotidiano/ult95u112795.shtml) — “[...] Com um IDH de 0,792 ponto, o Brasil ficou em 63º lugar no ranking, mantendo a mesma posição do ano anterior em relação aos demais países. [...]”

<sup>6</sup> Dados extraídos de matéria veiculada a respeito da ONU, no jornal Correio Braziliense, edição de 7/9/2005, assinada pela jornalista Mariana Maineri, cujo título e subtítulo eram: “Conflitos e comércio injusto são obstáculos — *Documento revela que redução das disparidades sociais depende de auxílio ao desenvolvimento de países pobres e da busca pela paz*”, localizadas em seu site:

[http://www.pnud.org.br/pnud\\_midia/index.php?valor=2&id\\_categoria=5&id\\_subcategoria=12&nomecategoria=2005#](http://www.pnud.org.br/pnud_midia/index.php?valor=2&id_categoria=5&id_subcategoria=12&nomecategoria=2005#); em Outubro de 2005, na página intitulada “PNUD/ONU na Mídia”; uma espécie de *Clipping* das matérias publicadas no país sobre a entidade.

<sup>7</sup> Trecho reproduzido para comprovação da afirmação apontada: “**A jurisprudência tem desenvolvido um outro requisito, qual seja o da não imputabilidade do fato causador da onerosidade excessiva ao consumidor**”. Nesse sentido, a jurisprudência tem aceito como motivo suficiente para a revisão contratual e para a ação corretora do equilíbrio contratual pelo judiciário, situações em princípio individuais, como por exemplo **a perda do emprego**. (MARQUES, 1998, p. 413-414, grifo nosso).

---

# Colisão de Princípios e Investigação Criminal

Antonio José Fernandes Vieira <sup>1</sup>

**Resumo:** Este trabalho trata das colisões de princípios constitucionais que ocorrem na investigação criminal, buscando delimitar até que ponto um direito fundamental pode ser restringido em prol do desvendamento de um delito. Após serem apresentadas as principais distinções entre princípios e regras, busca demonstrar que somente a ponderação, no caso concreto, pode indicar o limite dessa restrição. Finaliza tentando aproximar os critérios utilizados para a resolução de conflitos nos chamados *hard cases* da investigação criminal.

**Palavras-chave:** colisão de princípios, investigação criminal, ponderação.

**Abstract:** This work deals with the colitions of the constitutional principles which occur in the criminal investigation, trying to delimit until what point a basic right can be restricted in favour of elucidating a crime. After being shown the main distinction between the rights and the rules, it tries to demonstrate that only ponderation, in a concrete case, can indicate the limit of that restriction. It concludes trying to approximate the criteria used to the solution of the conflicts in the so called *hard cases* of the criminal investigation.

**Keywords:** Colition of Principles. Criminal Investigation. Ponderation.

**Resumen:** Este trabajo trata de las colisiones de los principios constitucionales que ocurren en la investigación criminal, buscando delimitar hasta que punto un derecho fundamental puede ser restringido en favor de la elucidación de un delito. Después de sido presentadas las principales distinciones entre principios e reglas, busca demostrar que solamente la ponderación, en el caso concreto, puede indicar el limite de esa restricción. Finaliza tentando aproximar los criterios utilizados para la resolución de los conflictos en los así llamados *hard cases* de la investigación criminal.

**Palabras-clave:** Colisión de los Principios. Investigación Criminal. Ponderación.

---

<sup>1</sup> Antônio José Fernandes Vieira. Mestre em Direito (UNIVEM-Márilia/SP). Professor da Faculdade de Direito OAPEC-Santa Cruz do rio Pardo/SP. Delegado de Polícia. E-mail: antoniojosefv@hotmail.com

Todas as Constituições modernas visando a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos em face do forte poder estatal, trazem em seu bojo regras que impõem ao Estado o respeito aos direitos individuais. São as chamadas Constituições Garantistas, nas quais, segundo Silva (1999, p.174), o Brasil teria sido o pioneiro.

As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração de direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Já observamos, antes, até, que a primeira constituição, no mundo, a *subjeter* e *positivar* os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a que se tem dado primazia.

Essas normas limitativas na atuação estatal refletem de maneira muito forte na investigação criminal e no processo penal como um todo. Prova dessa influência é o surgimento do chamado Processo Penal Constitucional que, segundo Araújo Cintra, Grinover e Dimarco (*apud* FERNANDES, 2003, p.17), é a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”.

No tocante à investigação criminal, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 atribuiu à polícia a competência de investigar os delitos, mas também limitou, em vários aspectos, esse poder investigatório, quando, por exemplo, instituiu o controle externo da atividade policial e a necessidade de mandado judicial para a realização de busca domiciliar.

É interessante ressaltar que, do

mesmo modo que a Constituição assevera os direitos à vida, à liberdade e à intimidade, também garante o direito à segurança. Surge, então, uma relação de tensão entre o dever do Estado em promover uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do investigado na garantia de seus direitos constitucionais, a cuja observância o Estado está igualmente obrigado pela Constituição.

Comumente, para se evitar a impunidade, eram cometidos atos investigativos arbitrários, ou então, usavam-se as garantias constitucionais como desculpa para a incompetência dos órgãos encarregados da persecução penal inicial.

Talvez a maior vantagem do sistema acusatório é o fato de o juiz não ser instrutor e sim garantidor dos direitos fundamentais. Assim, o juiz é mais que simples “encaminhador de inquéritos” ao Ministério Público. Cabe a ele a importante função de determinar até que ponto o trabalho investigativo invade a esfera dos direitos e garantias individuais dos sujeitos investigados.

Sem dúvida, alguns atos investigativos como buscas domiciliares, apreensão de bens, interceptações de comunicações, prisões temporárias, restringem direitos fundamentais do investigado como sua liberdade e intimidade. A questão fundamental é saber qual o limite de restrição desses direitos fundamentais.

Para Alexy (1993), a resposta a essa indagação reside na chamada “**lei de colisão**”, que se define como a “**ponderação**”, uma vez que ocorrendo colisão de princípios, ou seja, quando algo é vedado por um princípio, mas autorizado por outro, não é possível dizer *a priori* qual deles deve ceder. Só uma análise do caso concreto poderá apontar o princípio preponde-

rante.

Vários são os critérios para identificar um princípio e distingui-lo das regras. Princípios e regras são espécies do gênero “norma”. Alexy (1993, p. 83/84) pondera que o critério mais utilizado para mostrar a distinção é o da generalidade.

Numerosos son los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios. El de generalidad es el más frecuentemente utilizado. Según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. Un ejemplo de una norma con un nivel relativamente alto de generalidad es la norma que dice que cada cual goza de libertad religiosa. En cambio, un norma según la cual todo preso tiene derecho a convertir a otros presos tiene un grado relativamente bajo de generalidad. Según el criterio de generalidad, se podría pensar que la primera norma podría ser clasificada como principio y la segunda como regla.

Contudo, para Alexy (1993, p.86), a principal diferença entre princípios e regras é qualitativa e não a maior ou menor generalidade.

La tercera tesis dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y entre reglas y principios existe no sólo una diferencia sino *qualitativa*. Esta tesis es cor-

recta.

Sintetizando o pensamento de Alexy, princípios seriam normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Seriam mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo tanto das possibilidades reais, quanto jurídicas.

Já as regras seriam normas que podem ser cumpridas ou não, e quando uma regra é válida deve ser feita exatamente o que ela determina. Quando regras entram em conflito, a solução é mais fácil, já que o conflito pode ser resolvido com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a introdução de uma cláusula de exceção.

A resolução da colisão de princípios se dá de forma diferente. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma “relação de precedência condicionada”, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios constitucionais, no âmbito do valor.

Alexy (1993, p. 91/92), ao falar da colisão de princípios diz que:

Esta situación no es solucionada declarando que

uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todo los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha ou no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*.

Dantas (2004, p.64), ao discorrer sobre a lei de colisão, assevera:

A lei de colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios em Alexy, refletindo o caráter dos princípios enquanto determinações de otimização, com duas **nuanças**: a) não há hierarquia absoluta de precedência e b) os princípios referem-se a situações e ações a ações que não são matematicamente quantificáveis.

Para Alexy, enquanto os conflitos de regras se solucionam no plano da validade, os conflitos de princípios só encontram resposta no plano dos valores – na dimensão do peso, o princípio que na situação tenha o maior peso relativo prepondera. A questão decisiva, pois é saber sob quais condições determinado princípio tem precedência sobre o(s) outro(s). Para respondê-la, Alexy observa que o Tribunal alemão se uti-

liza da metáfora do peso: “O conceito de relação de precedência condicionada permite uma resposta simples. O princípio P1 tem, no caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existiam razões suficientes para que P1 preceda P2, sob as condições C dadas no caso concreto”. “Se o princípio P1, sob as condições C, precede ao princípio P2: (P1 P P2) C, e se P1 sob as condições C resulta a consequência R, então vale uma regra que contem C como hipótese de fato e R como consequência jurídica: C-R. Uma formulação um tanto menos técnica seria: as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem a hipótese de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.”

Deste modo, uma norma será princípio ou regra pelo modo particular que se apresenta quando em colisão com outras normas. Se a norma, ao colidir com outra, cede sempre ou triunfa sempre, será por ter ela nota típica de regra. Mas se, de acordo com as situações concretas, o conflito com outras normas resulta vitórias e derrotas é porque se está diante de um conflito de princípios.

Uma vez identificado que se está diante de um conflito de princípios, é necessário, então, estabelecer-se até que ponto esses princípios podem ser restringidos.

Inicialmente cabe dizer que um direito fundamental só pode ser restringido por uma norma que seja constitu-

cional. É nesse sentido o magistério de Alexy (1993, p.272):

Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. Con esto, puede fijarse ya una primera característica: las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son *constitucionales*.

Tanto regras quanto princípios podem restringir direitos fundamentais. Uma regra (de acordo com a Constituição) restringe um direito fundamental, quando com a sua vigência, surge, no lugar de um direito fundamental, um não direito definitivo de igual conteúdo. Para explicar isto, Alexy (1993, p.274) cita o exemplo de um motociclista, falando que enquanto não estiver em vigência uma norma segundo a qual os motociclistas têm que usar capacete, o indivíduo titular do direito fundamental, em virtude do princípio da liberdade geral de ação, tem uma liberdade jusfundamental *prima facie* de usar ou não o capacete. A regra que obriga os motociclistas a usar o capacete protetor é uma restrição de direito fundamental porque, em virtude de sua vigência, no lugar da liberdade *prima facie* aparece aquela não-liberdade definitiva de igual conteúdo.

Do mesmo modo, um princípio é uma restrição de um direito fundamental quando existe uma razão para que, em lugar de uma liberdade jusfundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, aparece uma não-liberdade definitiva ou um não-

direito definitivo de igual conteúdo. Alexy (1993, p. 275) assevera:

Hasta ahora, el concepto de restricción de derecho fundamental ha sido definido sólo para las reglas. Pero, también principios pueden ser restricciones de derechos fundamentales. Cuando el Tribunal Constitucional Federal dice que “derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional” pueden limitar derechos fundamentales, se refiere a restricciones de derechos fundamentales que tienen el carácter de principios. Desde luego, por sí solos, tales principios restrictivos no pueden colocar al individuo en determinadas posiciones definitivamente restringidas (no-libertades, no-derechos).

Os direitos fundamentais são normas de classe constitucional e, como tais, podem ser restringidos somente por meio de normas igualmente constitucionais, ou por normas inferiores à Constituição, mas cuja imposição foi autorizada por ela. No primeiro caso são restrições “diretamente constitucionais” e no segundo são restrições “indiretamente constitucionais”. Alexy (1993, p. 279-280) pondera:

De acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional Federal, pertenece al orden constitucional toda norma de rango constitucional como así también “toda norma que formal y mate-



rialmente sea conforme con la Constitución. Sólo las normas de rango constitucional son restricciones directamente constitucionales. En la medida en que la cláusula “orden constitucional” permite la restricción a través de normas de rango inferior a la Constitución, es una cláusula de reserva: autoriza al legislador a establecer restricciones mediatamente constitucionales.

É interessante observar que as restrições indiretamente constitucionais em muito se assemelham com o que Silva (1982, p.89-91) entende por normas constitucionais de eficácia contida.

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

A possibilidade da existência de restrições indiretamente constitucionais tem sido muito criticada. Comentando a Constituição da República Francesa, Marx (1960, *apud* ALEXY, 1993, p. 314) considerava ser um ardil prometer a liberdade plena, estabelecendo os mais belos princípios, mas deixar sua aplicação a cargo de leis posteriores. Na mesma linha de argumentação, Jellinek (1946, *apud* ALEXY, 1993, p.314-315) se pergunta o que adianta a primeira frase de um artigo

sobre direito fundamental conferir solenemente um direito, se a segunda permite restrições através de leis?

Importante ressaltar que quando se fala em restrição de direitos fundamentais deve-se ter em mente que cada direito possui um conteúdo essencial que funciona como restrição à própria restringibilidade do direito. Ademais, uma restrição de direitos fundamentais só é admitida se, no caso concreto, os princípios opostos têm maior peso que o princípio jusfundamental restringido. Ensina Alexy (1993, p.286):

Una restricción de los derechos fundamentales es sólo admisible si en caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor que al principio iusfundamental. Por ello, se puede decir que los derechos fundamentales, en tanto tales, son restricciones a su restricción y restringibilidad.

El artículo 19 párrafo 2 LF parece normar una valla adicional de restricción y restringibilidad que prohíbe afectar a los derechos fundamentales en su contenido esencial.

Se de um lado deve-se evitar uma excessiva restrição dos direitos fundamentais, de outro também é conveniente evitar uma excessiva expansão dos direitos fundamentais, o que geraria a jusfundamentação de todo o direito, criando uma espécie de “ditadura do Poder Judiciário”. A esse respeito, Alexy (1993, p 315):

Cuanto más ampliamente son concebidos los supuestos de tanto mayor es el

número de casos en los cuales tienen relevancia las normas iusfundamentales y, por lo tanto, tanto mayor es también el número de colisiones de derechos fundamentales. En contra de esto se objeta una “iusfundamentalización de todo el derecho”, una “expansión de los derechos fundamentales”, que encerraría en sí misma el peligro de una excesiva expansión de la competencia del Tribunal Constitucional Federal.

Rousseau já alertava para o risco de uma ditadura do poder judiciário. Ao discorrer sobre o Tribunato, ensina que é um corpo moderador, não é parte constitutiva da cidade, não possui qualquer parcela do poder legislativo, tampouco do poder executivo. Sua missão é conservar as leis do poder legislativo, autuando entre o príncipe e o povo, entre o príncipe e o soberano, ou entre ambos os lados. É o defensor das leis. Assevera ainda que “O tribunato degenera em tirania quando usurpa o poder executivo, do qual não passa de moderador, e quando deseja dispensar as leis cuja proteção lhe compete.” (ROUSSEAU, 1995, p. 120)

Obviamente o modelo proposto por Alexy não traz soluções para todas as colisões de princípios, mas têm sido de suma importância, ao lado de outras teorias, como a de Dworkin<sup>1</sup>, para a resolução dos chamados *hard cases*. Ora, se tais ensinamentos são úteis para os casos difíceis, porque não utilizá-los na investigação criminal, principalmente na jurisdicionalização dos incidentes (prisões temporárias, buscas domiciliares, seqüestro, etc). O processo penal e a investigação criminal não comportam posições imutá-

veis, pois só a análise do caso concreto, pode mostrar até que ponto as medidas investigativas invadam o *status libertatis* do indivíduo submetido à investigação.

No garantismo, como já mencionado, o juiz assume a posição de garantidor dos direitos humanos fundamentais, cumprindo-lhe, inclusive reparar injustiças eventualmente praticadas. Assim, o juiz não pode estar alheio à investigação criminal. Sua importante função faz que um “simples pedido de prazo num inquérito policial” seja também uma oportunidade para que o juiz tome conhecimento da investigação que se está realizando, não com olhos de instrutor, mas sim com o fito de verificar o efetivo respeito aos direitos fundamentais do investigado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1995.

## ARTIGOS

---

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 16<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

### Notas

<sup>1</sup> O jurista norte-americano Ronald Dworkin entende a igualdade como sendo a virtude suprema, de modo que o princípio da igualdade seria preponderante sempre que entrasse em conflito com outros princípios.

---

# Discrecionalidade Administrativa e Controle Judicial

Wambert Gomes Di Lorenzo <sup>1</sup>

**Resumo:** Controle judicial da administração em razão dos direitos fundamentais. A racionalização do Estado de Direito se deu formalmente pela vitória da sociedade sobre o Estado e do Direito sobre o arbítrio estabelecendo um sistema de garantias de natureza jurídica. Dentre elas, os direitos fundamentais surgiram com verdadeiro fim da limitação jurídica do próprio Estado. Daí, o conceito de Estado de Direito estar identificado com os seus elementos formais-instrumentais, principalmente o princípio da legalidade da administração e da justiça administrativa. Essa proposição, mais o princípio democrático, esvaziam a idéia de discrecionalidade ou o mérito administrativo como uma esfera onde o poder judiciário não pode penetrar. Em contrapartida, a garantia dos direitos fundamentais requer também uma apurada separação das funções de Estado, em que a administração reste protegida da política para que, ao tutelar tais direitos, o poder Judiciário não afunde a si e a própria democracia na chamada *judicialização da política*.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Ato Administrativo. Controle Judicial.

**Abstract:** Judicial control of administration grounded in constitutional rights. The rationalization of the *RechtStaat* occurred formally through the victory of society over State and of Law over pure discretion, designing a system of legal warranties. Among them, constitutional rights came to be as the true end of legal limitation of State. Thus, the concept of *RechtStaat* is identified with its procedural features, mainly the principle of legality of administration and administrative justice. This claim, plus the democratic principle, empties the idea of pure discretion or administrative merit as ground off-limits for Judiciary Branch. On the other hand, warranty of constitutional rights demands also an accurate separation of State's functions, in which administration is protected from politics, so that in enforcing those rights, the Judiciary branch does not sink itself, and even democracy itself in the so called *judicialization of politics*.

**Keywords:** Administrative Right. Administrative Act. Judicial Control.

---

<sup>1</sup> Wambert Gomes Di Lorenzo. Doutor em Direito (UFRGS). Professor da PUCRS-Porto Alegre/RS.

---

**Resumen:** Control judicial de la Administración en razón de los derechos fundamentales. La racionalización del Estado de Derecho se dio formalmente por la victoria de la sociedad sobre el Estado y del Derecho sobre el arbitrio, estableciéndose de esta manera, un sistema de garantías de naturaleza jurídica. Cabe señalar que dentro de estas, los derechos fundamentales surgieron como verdadero fin de la limitación jurídica del propio Estado. En cuanto al concepto de Estado de Derecho, este debe estar identificado con sus elementos formales-instrumentales, principalmente el principio de legalidad de la administración y de la justicia administrativa. Esta proposición, más el principio democrático, vacían juntos la idea de discrecionalidad o mérito administrativo, como si esta fuera una esfera donde el poder judicial no pudiese penetrar. En contrapartida, la garantía de los derechos fundamentales requiere también una apurada separación de las funciones estatales, en la cuál, la administración quite la protección a la política, para que al tutelar tales derechos, el poder Judicial no se sumerja a sí mismo, arrastrando también a la propia democracia, esto en la llamada *judicialización de la política*.

**Palabras-clave:** Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Control Judicial

## INTRODUÇÃO

Há uma invocação cotidiana e quase abusiva da expressão Estado de Direito feita pelo homem comum, pelas oposições políticas e pelos detentores do poder. Esse uso colaborou para um sentido mítico: a crença de que o reconhecimento como Estado de Direito legitima qualquer poder político.

Todavia, dentre tantas definições, aparece algo que é núcleo essencial em todas elas: liberdade e direitos fundamentais do cidadão a partir da limitação jurídica dos Estados e dos titulares do poder. O conceito de Estado de Direito só adquire sentido, inteligibilidade e justificação em função da garantia, do respeito e da promoção desses direitos e liberdades fundamentais.

A intervenção do Estado pode variar na sua intensidade e nas técnicas formais de sua limitação do Estado, mas só haverá Estado de Direito se, em seu cerne, estiver a preocupação de garantir e de proteger tais direitos. Essa é a natureza do Estado de Direito Liberal e a idéia que orienta o seu processo de racionalização. Essa racionalização irá surgir formalmente pela vitória da sociedade sobre o Estado e do Direito sobre o arbítrio. Para cumprir sua finalidade, este estabelece um sistema de garantias de natureza jurídica, a começar pela garantia dos direitos fundamentais e pela divisão de poderes.

Nesse contexto, os direitos fundamentais não devem ser considerados como um dos elementos do Estado, mas como verdadeiro fim da sua limitação jurídica. Para o Estado liberal, os direitos fundamentais são de natureza pré-estatais, cuja teorização global remonta a Locke.

No confronto com o Estado absoluto, os direitos fundamentais surgem como direitos contra o Estado e como

garantia da autonomia privada contra a intervenção do soberano. O fator determinante dessa garantia estava no império da lei. A liberdade consistia em obedecer às Leis e não aos homens, pois democracia e liberdade significavam soberania da lei.

Do império da lei, decorre o princípio da legalidade, que afirma o caráter soberano da função legislativa, quer na subordinação do executivo, quer na vinculação do judiciário. É, porém, com a relação entre executivo e legislativo que o Estado de Direito Liberal vai se preocupar. Sobretudo para subordinar a administração à lei.

Os interesses burgueses exigiam não somente subordinar politicamente o executivo ao parlamento, mas submeter a administração às leis. Na medida em que os direitos individuais eram sustentados pela lei que emanava do parlamento, a liberdade e a propriedade burguesas só estariam garantidas mediante a submissão da administração ao espírito dessa lei.

No conceito acima, tem-se o Estado de Direito Material, já que a limitação jurídica do poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado. Baseando-se nessa idéia particular de direito e de justiça material é que a burguesia rompeu com o antigo regime.

Entretanto, para considerar como dimensão exclusiva ou determinante da racionalização do Estado, essas técnicas de garantia daqueles direitos fundamentais configuram-se como valores autônomos. Com isso, o conceito de Estado de Direito surge, cada vez mais, identificado com os seus elementos formais-instrumentais, principalmente o princípio da legalidade da administração e da justiça administrativa.

Todo esse entendimento sobre Estado de Direito, mais modernamente acrescido do princípio democrático, levanta-se contra a discricionariedade ou o mérito administrativo, aqui entendido como um *sanctus sanctorum* do Estado onde o poder judiciário não pode penetrar.

À contramão do direito continental e da própria doutrina francesa, que evoluiu, o direito brasileiro se mantém isolado na idéia de “administração forte”, que predominava na França na primeira metade do século XX. Isso se dá, sobretudo, pela manutenção de uma divisão tripartite estanque e superada, na qual um único poder concentra as funções de chefia do Estado, chefia do governo e administração pública. É uma simbiose institucional que impede a jurisprudência de encontrar a ténue linha que separa o poder político da função burocrática.

Dessarte, este trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, pretende apresentar um conceito de discricionariedade partindo da idéia de poder discricionário, perpassando pela Teoria Geral do Direito, ao visitar a relação entre Discricionariedade Administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados, deduzindo daí a própria idéia de ato. Na segunda parte, trabalha a idéia do controle do ato a partir dos seus vícios, sob o prisma da legalidade, da idéia de mérito, da distinção entre o político e o administrativo para inferir a idéia de discricionariedade em face dos direitos subjetivos e do princípio da tutela e do monopólio.

## 1 UM CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

### 1.1 Do poder discricionário

Apesar da exaustiva abordagem

do tema pela doutrina, parece-me que nossos sistemas científicos necessitam de um enfoque mais factual no que diz respeito ao tema, voltado para os fenômenos específicos do nosso direito público. Também a jurisprudência corrobora com tal equívoco, porquanto constrói um raciocínio divorciado do nosso ordenamento jurídico<sup>1</sup>. Reservada essa discussão para a segunda parte, é bem verdade que a jurisprudência é dada a tarefa de preencher as normas vagas. Entretanto, ela pouco tem aplicado a real proporcionalidade na acomodação dos princípios, como também tem demorado a adequar seu entendimento à *ratio legis* da atual Constituição e ao Estado Democrático de Direito, ainda carente de concreção.

Todavia, o caminho jurisprudencial é inevitável na construção de um conceito de discricionariedade. Se a doutrina se perde por não construir um pensamento mais fenomênico, vem o judiciário na aplicação da norma particular, edificando uma idéia própria, mesmo que imóvel perante a evolução do direito constitucional positivo.

Para cumprir sua função, a administração é dotada de poderes, dentre eles o discricionário. Esses poderes se distinguem dos poderes políticos, pois dizem respeito à atividade do Estado, em sua função burocrática, na tarefa de atender o cidadão e a sociedade, e à ação específica do Estado através dos seus organismos administrativos. Os poderes administrativos são mecanismos, isto é, ferramentas que possibilitam à burocracia cumprir o seu papel com eficiência; são, no entendimento de Meirelles (1999, p. 121), *poderes instrumentais* que divergem dos políticos, uma vez que se referem à estruturação do próprio Estado.

Stassinopoulos (1954) sintetiza as definições das principais escolas: a

primeira define como discricionariedade a determinação ou a capacidade de determinação de um conteúdo deixado impreciso pela norma; outra afirma ser tudo aquilo que excede aos limites fixados pela norma, que podem ser protegidos como direito subjetivo; uma terceira diz ser todo aquele poder que escapa do controle jurisdicional; a quarta coloca a possibilidade de *escolha* como fundamento da discricionariedade; outra coloca no cerne da ação discricionária a *motivação*.

A discricionariedade é a “faculdade concedida à administração de eleger o objeto e a forma do ato, quando não estabelecido em lei” (TÀCITO, 1959, p. 30). É, segundo Couto e Silva (1990, p. 55), a escolha do *se* e do *como* da ação. Ela dá ao administrador a liberdade de praticar ou não um ato, como também de escolher a forma de agir para atingir a finalidade administrativa. A escolha de ação ou omissão do ato, configura a discricionariedade mínima e expressa a impossibilidade de desvincular o poder discricionário da lei. A faculdade de agir ou não, significa que mesmo a liberdade de escolha subsume na legalidade, pois é a lei, e não o arbítrio do agente, que determina esta margem de decisão. Mesmo que a liberdade de escolha seja ampliada, esta estará sempre adstrita à lei que determinará o nível de amplitude da liberdade de decidir.

Assim, falha a definição de discricionariedade que parte da antinomia de vinculação:

O conceito de poder discricionário só tem sentido e só adquire expressão prática quando posto em contraste com outras situações em que o agente do Estado tem o dever jurídico de atuar ou de

omitir-se e pode ser compelido a isso (COUTO e SILVA, 1990, p. 55).

Tendo em vista a existência de poder discricionário também nas funções legislativa e judiciária, a idéia acima diz respeito exclusivamente à discricionariedade legislativa, porquanto, segundo o magistério de Couto e Silva (1990, p. 55), o legislador não tem competência vinculada. Tal entendimento encontra oposição em Kelsen, que afirma que a validade de uma norma, inclusive constitucional, sempre terá seu fundamento em uma *Norma Fundamental*. Assim, também o processo legislativo e o conteúdo das normas produzidas, ou seja, o poder de legislar, seria poder vinculado e não discricionário<sup>2</sup>.

Vale-se da antinomia Bandeira de Mello (1997, p. 262), inicialmente, para classificar atos vinculados e discricionários *quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática*. Posteriormente, para defini-los a partir da oposição conceitual.

Convém distinguir a discricionariedade na função judiciária. Essa ocorre de duas maneiras: primeiro, de forma estrita, quando o juiz engasta o fato na previsibilidade normativa; segundo, quando se trata das normas vagas (princípios, cláusulas gerais ou conceitos indeterminados) que devem ter seu conteúdo preenchido valorativamente pela jurisprudência.

Dessarte, não há de se falar de discricionariedade administrativa como desvinculação da lei, ou mesmo como “válvula da rigidez da legalidade”, na expressão de Ferraz Júnior (1990, p. 41). Como afirma Gordillo (1977, p. 170):

A discricionariedade não é o resultado de uma carência



pura e simples de regulamentação normativa: é em realidade uma forma possível de regulamentação, na qual a lei fixa um marco de competência dentro do qual deixa ao funcionário certa margem de decisão, de criação própria, sem que isto signifique, por si só, que a mera atribuição de competência possa entender-se como outorga de liberdade para atuar.

Assim, podemos afirmar que a discricionariedade administrativa é uma atribuição de competência conferida pelo direito, um poder limitado atribuído pelo legislador.

A expressão poder discricionário tem uso majoritário na doutrina nacional. Ela é coerente com o nosso superado sistema tripartite que delega a um único poder três funções: a chefia do Estado, o governo e a burocracia. Tal realidade, como veremos na seqüência, é um dos obstáculos do controle jurisdicional, pois tarefa difícil é localizar a tênue linha que separa o poder político da função administrativa quando exercida pela mesma pessoa. A doutrina alemã distingue administração de governo (MEIRELLES, 1999, p. 100). Enquanto este tem função política, a burocracia é apolítica e não exerce função autônoma. Ao governo é conferido poder discricionário, mas não à administração (HESSE, 1998, p. 404). O mesmo ocorre com a doutrina francesa, que afirma “não existir jamais, para a administração, um poder discricionário. Porque não lhe é nunca deixado poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar” (BONNARD, 1934, 1940 apud MEIRELLES, 1999).

À burocracia é dada a tarefa de agir buscando a utilidade pública em

nome do Estado. Para tanto, o legislador a instrumentaliza com mecanismos necessários à sua eficiência, a essas ferramentas a doutrina dá o nome de poderes administrativos. Dentre eles, está o poder discricionário que, escusando-me pela tautologia, nada mais é que a capacidade de agir com uma certa liberdade determinada previamente pelo ordenamento jurídico. Poder discricionário é uma delegação de competência dada pelo Estado à burocracia.

Trata-se de um *poder-dever*, na expressão de Grau (1990, p. 41). Também Meirelles (1999, p. 89) firma não ser possível distinguir o que vem a ser poder ou dever da administração. Na verdade, é para o administrador um dever de agir e não mera faculdade como seria para um particular. Trata-se, então, de um meio e não de um fim em si mesmo (MEIRELLES, 1999, p. 152).

Vale ressaltar que é equivocada a expressão *poder arbitrário*, já utilizada por nossa jurisprudência constitucional: “Há que se distinguir entre poder discricionário e poder arbitrário.” (Recurso Extraordinário 68388/SP. 1ª Turma, j. 11/11/1969. Rel. Min. Luís Callotti. DJU 24/04/1970. Ementa.) A arbitrariedade é o *não-direito*, a insurreição contra o ordenamento jurídico, contra o Estado que o estabeleceu e a sociedade que o legitima. Poder é uma delegação de competência dada pelo Estado, uma função estatal que subsume no princípio da legalidade, pressuposto do Estado de Direito. Tais conceitos colocam uma separação abissal e definitiva entre as noções de arbitrariedade e discricionariedade.

## 1.2 Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados

Uma doutrina majoritária assevera que a discricionariedade advém dos *conceitos jurídicos indeterminados*<sup>3</sup>. Outra afirma haver, na área de livre apreciação, um ponto em comum entre os dois (COUTO e SILVA, 1990, p. 57). Adotada a primeira posição, afirmamos que a procedência da discricionariedade administrativa diz respeito às Regras Gerais (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais) e não às normas vagas como um todo.

Acatando a distinção entre princípios e regras afirmada por Dworkin (1999, p. 72-80), entendemos que os princípios conferem discricionariedade *lato sensu*, por serem *standarts* juridicamente vinculantes radicados na idéia de justiça, fundamentos das normas e normas bases que constituem a *ratio* das regras. Além disso, a vagueza conceitual dos princípios deverá ser preenchida exclusivamente pelo judiciário.

Três são as espécies de normas vagas: os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Dessas, as duas últimas podem ser consideradas Regras Gerais, não obstante contrário pensamento da maior parte da doutrina. Entendo, de acordo com os ensinamentos de Martins-Costa (1999, p. 324-8), haver distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Apenas dessas Regras Gerais advém a discricionariedade administrativa, sobretudo por serem regras dirigidas ao intérprete que, excepcionalmente, pode não ser o judiciário, como é o caso das regras administrativas.

Como afirmamos, juntamente com os princípios, essas são espécies de normas vagas, sempre dirigidas ao intérprete, que descrevem uma con-

duta de forma aberta sem determinar claramente suas conseqüências e sem pretender prever todos problemas da realidade, dando-lhes respostas prévias. São meios e técnicas de recepção e concreção dos princípios (DI LORENZO). Elas não pretendem tipificar condutas e determinar suas conseqüências. Diferentemente, pela vagueza semântica, estão abertas a conceitos que lhe darão conteúdo, utilizando enunciados vagos na configuração da *fattispecie*.

São normas que forcem o intérprete a uma medida própria de valoração. Para Canaris (1989, p. 142), uma de suas características é “estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização”.

Cordeiro (apud MARTINS-COSTA, 1999, p. 295) divide-as em três espécies: restritivas, regulativas e extensivas. Restritivas, por delimitarem ou restringirem um conjunto de permissões oriundas de regras e princípios jurídicos; regulativas, porque regulam hipóteses, com base em um princípio; e, extensivas, por ampliarem determinada regulação jurídica mediante expressa possibilidade de introdução de princípios e regras próprias de outros textos normativos.

Qualquer norma jurídica, como tal, deverá estar estruturada em duas partes: suporte fático e conseqüência jurídica. Kelsen (1986, p. 39) afirma que o suporte fático se refere a uma conduta humana. Tal conduta é o objeto da própria norma. A norma pode, eventualmente, referir-se a algo diferente dessa conduta ou mesmo de seus efeitos. Todavia, para que a norma tenha validade, o suporte fático deverá ser exequível<sup>4</sup>. A conseqüência deve ser, também, exequível, pois, se ela é impossível, torna a norma inválida.

Tal raciocínio tem aplicação conforme a função pretendida pela norma, pois diz respeito exclusivamente às normas primárias. Todavia, também nas normas secundárias, a consequência jurídica se refere a uma conduta. Isso se dá pela diversidade de funções que a norma assume, que Kelsen divide em “imposição, permissão, autorização e derrogação.” (KELSEN, 1986, p. 130)

Apesar da clara distinção entre as funções das normas secundárias, a *autorização* pode implicar *imposição*. Isso ocorre quando ela autoriza o estabelecimento da norma particular pelo aplicador (KELSEN, 1986, 131). É precisamente o caso da norma administrativa, que oferece um suporte fático impreciso que deve ser estatuído pelo administrador. Ressalta-se que não é uma delegação de arbitrariedade.

O Tribunal Constitucional Alemão afirma que as Regras Gerais são fundamentais para o direito administrativo porque a “multiplicidade das tarefas econômicas nem sempre se deixa apreender em conceitos de contornos claros”. Neste campo, o legislador não pode abrir mão de tais regras, mas se servirá delas para colocar instrumentos eficientes nas mãos do administrador (HECK, 1995, p. 207).

As Regras Gerais apresentam a mesma estrutura bipartite elementar de todas as normas. Porém, é no seu suporte fático que está a diferença da norma casuística. Enquanto a *fattispecie* da casuística é precisa, nítida, nas Regras Gerais, o que predomina é uma *ratio decidendi*, baseada em critérios que podem ser metajurídicos, como, por exemplo, na chamada discricionariedade técnica. Esse suporte fático impreciso leva English (p. 190 apud MARTINS-COSTA, 1998, p. 24-8) a afirmar que as Regras Gerais não possuem qualquer estrutura própria.

Luzzati (1990, p. 414) assevera que são normas parcialmente em branco.

Grau (1990) distingue conceitos indeterminados de poder discricionário. Segundo ele, os conceitos indeterminados restringem a uma única solução, enquanto que o poder discricionário admite várias soluções justas. Opõe os conceitos, afirmando ser a discricionariedade uma liberdade de eleição, enquanto a aplicação de conceitos indeterminados é *um caso de aplicação da lei*<sup>5</sup>. Tal contradição leva a concluir que se trata de um poder arbitrário que deserta da legalidade.

Hesse, tratando de vinculação administrativa, afirma que o poder administrativo é vinculado mesmo “lá onde as normalizações vinculativas são indeterminadas e amplamente formuladas e, com isso, põe aos órgãos da administração a tarefa da concretização relacionada ao caso” (HESSE, 1998, grifo nosso). Também a jurisprudência alemã afirma que o legislador não deve fazer uso de Regras Gerais para deixar a decisão sobre a “liberdade dos cidadãos unilateralmente à discricção da administração”. (HECK, 1995, p. 206)

### 1.3 Do ato discricionário

Se a discricionariedade administrativa é potência, significa que, como tal, não passa de uma capacidade de agir do administrador conferida pelo legislador. Para migrar do mundo ideal para a realidade concreta, essa potência necessita do ato. Ato, de uma forma genérica, é a maneira de como um *ens* (ser) passa a existir. É ele que vai dar existência ao *ens*, tornando-o um *esse* (ser existencial).

Poder, nada mais é que a simples aptidão para a existência. O *ser* é porque existe. Poder, *si per si*, não é *ser* mas *dever ser*. Para se definir *quod est*

(como o que é), ou, como afirmou Santo Tomás, *res habens esse* (uma coisa possuindo a existência), ele precisa realizar seu *actus essendi* (ato de ser). (AQUINO, 1972, p. 198)

É o ato administrativo que permite ao poder seu *actus essendi* (ato de existir). Todavia, para configurar a real existência de um poder, ele tem sua forma estritamente definida pela lei. Todo o ato tem seus elementos fundamentais, o ato discricionário tem elementos constitutivos próprios.

O ato administrativo, segundo a doutrina francesa, define-se como aquele praticado por um órgão administrativo do Estado, devendo-se distingui-lo de uma parte dos outros órgãos de Estado, legiferantes e jurisdicionais e de outra parte dos organismos privados (LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, s.d., t. 1, p. 575).

No direito alemão, a definição de ato administrativo, bem como de seus elementos constitutivos, encontra-se no § 35 da lei do procedimento administrativo da República Federal e nas leis de procedimento administrativo dos estados-federados individuais. Segundo a norma maior, “um ato administrativo é cada ordem ou outra medida soberana no direito público que parte de uma autoridade para regular um caso particular e que está ajustada para produzir efeitos externos jurídicos” (MALLMANN, 1998, p. 95-103). A norma apresenta-nos, ainda, seis definições: medida, autoridade, direito público, regulação, caso particular e efeito externo.

Bandeira de Mello (1999, p. 229) ressalta a diferença entre atos administrativos e atos da administração. Entretanto, o critério sugerido pelo autor é de uma classificação segundo a importância, excluindo, assim, “atos que não interessam considerar como

atos administrativos”. Ato administrativo, entende o autor, são declarações do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestadas mediante providências jurídicas. Ou, ainda, declaração unilateral do Estado “no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comando concretos complementares da lei”. (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 232)

Defino, entretanto, ato administrativo como toda aquela ação administrativa que surte efeito jurídico. Para surtir efeito jurídico, o ato precisa ser válido e eficaz, obedecendo à forma legal e alcançando o fim pretendido. Deve seguir com precisão a lei tanto na sua forma, quanto no seu conteúdo, como também na sua motivação e finalidade. Qualquer desvinculação desses pontos à lei, torna o ato inválido<sup>6</sup>. A doutrina predominante na Alemanha considera o efeito jurídico para determinar a existência do ato, em alguns casos, apenas se há uma perda de direito. É o caso do exemplo levantado por Mallmann dos atos de graça. Eles não devem ser considerados atos administrativos, pois escapam ao direito já que à graça<sup>7</sup> ninguém tem um direito (cita como exemplo a libertação prematura de um preso). Já a revogação da graça é um ato administrativo, pois, por meio dela, o preso perdeu um direito.

Parte da doutrina nacional se opõe à expressão “ato discricionário.” Leal apud Meirelles (1999, p. 50) afirma que não se deve falar de “ato discricionário”, mas de “poder discricionário da administração”. Pois que a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas no poder da administração. Segundo Meirelles (1999, p. 50), “atos discricionários são aqueles que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência,

de sua oportunidade e de seu modo de realização”.

Diria, portanto, que atos discricionários são a forma de agir da administração que dá concreção ao poder discricionário.

Recorrendo à jurisprudência do STF, encontramos os elementos constitutivos dos atos discricionários:

Ato discricionário está fundado em juízo de **conveniência** e **oportunidade** do Poder Público, destina-se, a partir de **critérios racionais-lógicos** e **impessoais** estabelecidos de modo legítimo em norma legal, implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota da extrafiscalidade.\* (Agravo 142348/MG. 1ª Turma, j. 02/08/94. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 24/03/95. Ementa. Grifo nosso)

Os elementos constitutivos corroboram a afirmação anterior de que discricionariedade e arbitrariedade não se confundem. A liberdade de agir tem limites. Não pode ser um ato do administrador que fira a legalidade, que seja inconveniente, inoportuno, ou mesmo que não tenha racionalidade ou razoabilidade.

A discussão, ora, é obstaculizada pela questão do mérito, que diz respeito diretamente aos elementos constitutivos. É em torno do controle judicial dos atos discricionários e da existência de um *mérito* administrativo, como um ente sagrado e intocável, que se deve construir uma definição precisa e toda particular de discricionariedade, como também de seus elementos constitutivos.

## 2 O CONTROLE JUDICIAL

### 2.1 Os vícios do ato

Como vetor de existência de uma potência, o ato, para também existir como tal, precisará ser válido e eficaz, ou seja, estar coerente com o sistema jurídico a que pertence e resultar os efeitos jurídicos pretendidos. Ele segue a forma da lei e subsume no Estado de Direito e no Princípio da Legalidade.

A doutrina entende que o ato pode fugir da forma legal ou não cumprir sua finalidade: são os vícios do ato. Quanto aos vícios do ato discricionário, Almiro do Couto e Silva classifica-os em três espécies: transgressão dos limites do poder discricionário, abuso ou desvio do poder discricionário e não-exercício ou exercício deficiente do poder discricionário (COUTO E SILVA, 1990, p. 63). Segundo o mesmo magistério, dos dois primeiros decorrerá a absoluta invalidade, enquanto que do terceiro, poderá dar causa à anulação do ato, sendo que, para tanto, o *error juri* é irrelevante e o *error facti* é fator de nulidade.

Para Cavalcanti (1970, p. 13), o abuso e o desvio de poder são os principais vícios do ato discricionário. Abuso de poder é aquela ação exercida contrariando a lei ou extrapolando os limites por ela fixados. Desvio de poder é uma idéia oriunda do *Conselho de Estado da França* e diz respeito diretamente à competência. Na verdade, o *vício de competência é essencialmente um abuso de poder*.

Bandeira de Mello (1989, p. 13) define desvio de poder como “a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição”. Para ele, o desvio de poder é um dos mais graves vícios do ato

administrativo. Afirma, ainda, que, na sua totalidade, os vícios são vícios de competência (BANDEIRA DE MELLO, 1989, p. 29) Meirelles (1995, p. 95) também fala de abuso de poder como ultrapassagem dos limites da atribuição e desvio da finalidade.

Um outro elemento constitutivo do ato é a motivação. Ela nem sempre é exigida pela lei, entretanto, se formalmente mencionada, vincula ação administrativa. A motivação só cabe nos atos discricionários, porquanto os vinculados têm, na lei, o seu motivo de agir. Assim, a motivação traz a discricionariedade para a esfera do controle judicial: “O controle judicial só se exerce sobre o ato administrativo motivado. Caso em que a lei exige motivo, mas não a sua comprovação.” (STF Recurso em Mandado de Segurança 17807/PE. 2ª Turma, j. 06/03/1968. Rel. Min. Themístocles Cavalcanti. DJU 28/06/1968: *O exame dos motivos do ato administrativo, só se pode verificar no caso em que a lei exige a sua comprovação e o ato é motivado* (voto do Relator))

## 2.2 Ato e legalidade

De qualquer maneira, o ato deve satisfazer as exigências da legalidade. É nela que o Estado Democrático de Direito vai buscar sua própria definição, como acrescenta Canotilho (1998, p. 249):

O princípio da legalidade da administração, sobre o qual insistiu sempre a teoria do direito público e a doutrina da separação dos poderes, foi erigido, muitas vezes, em ‘cerne essencial’ do Estado de Direito. Postulava, por sua vez, dois princípios fun-

damentais: o princípio da supremacia ou prevalência da lei (Vorrang des Gesetzes) e o princípio da reserva da lei (Vorbehalt des Gesetzes).

A rigor, no aspecto jurídico, todo Estado é de Direito. É a teoria da bilateralidade ou da autovinculação, na qual o Estado cria um direito para depois se submeter a ele, tese com a qual concorda Kelsen: “o Estado deve ser apresentado como pessoa diferente do direito para que o direito possa justificar o Estado”. (KELSEN, 1991, p. 301)

É a legalidade que concede validade e eficácia ao ato. A própria eficácia tem seu fundamento na lei (SILVA, p. 110), que vincula não apenas a forma, mas também, o objeto do ato (MEIRELLES, 1999, p. 185).

A jurisprudência tem limitado a legalidade o exame do ato discricionário:

Limites do poder discricionário. Os atos do poder público, além de sujeitos aos princípios da legalidade e da moralidade, também devem atender a princípio de justiça. (STF. Recurso Extraordinário 173820/DF. 2ª Turma, j. 18/06/1996. Rel. Min. Neri da Silveira. DJU 13/09/1996.)

Definida a legalidade, resta dizer que *moral e justo*, no que diz respeito à administração, é o rigoroso cumprimento da lei. A idéia de justiça na administração não admite conceitos metafísicos, ocorrendo o mesmo com a moral administrativa que é uma espécie de “‘autolimitação’, uma limitação nascida da própria administração e vinculativa de seus agentes, e não uma

heterolimitação da própria Administração”. (MODESTO, 1997, p. 73)

### 2.3 A idéia de mérito

Entretanto é na conveniência e na oportunidade que se encontra o que boa parte da doutrina chama de “zona livre”. Uma área impenetrável pela jurisprudência: “É ato discricionário que escapa ao controle do Poder Judiciário e envolve juízo de **conveniência e oportunidade** do poder Executivo.” (STF. Recurso Extraordinário 188951/SP. 2ª Turma, j. 16/05/95. Rel. Min. Maurício Correia. DJU 15/09/95. Ementa. Grifo nosso.)

Essa área inacessível ao judiciário é delimitada pela conveniência e pela oportunidade. Para a administração, o “justo” manifesta-se pelo “legal”, e a legalidade não escapa ao controle judicial. A doutrina é unânime ao referir-se a essa zona como “mérito administrativo” que, como vimos, a jurisprudência tem se isentado de apreciar.

Fagundes apud Meirelles (1999, p. 137) afirma que “o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária”.

Em desconformidade com a jurisprudência brasileira, o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha adentra no mérito administrativo a partir da proibição de arbitrariedade. Segundo a jurisprudência alemã, a arbitrariedade pode ocorrer não só na decisão, mas também nos elementos de formação e desenvolvimento do ato (HECK, 1995, p. 229).

A majoritária doutrina nacional tem afirmado que não há mérito inapreciável<sup>8</sup>. Segundo Grau (1990, p. 63), o mérito significa adequação do ato à sua finalidade e “essa adequação deve, necessariamente, ser objeto de contro-

le jurisdicional, até porque é na medida em que opere o Poder Judiciário que se poderá avaliar a eficácia do direito”. No ensinamento de Meirelles, mérito diz respeito aos elementos não vinculados que admitem uma valoração de eficiência, oportunidade, conveniência e justiça. Segundo ele, tais elementos podem ser revistos e o ato anulado se, por trás da discricionariedade, estiver o abuso ou o desvio de poder (MEIRELLES, 1999, p. 138).

Trata-se de uma escolha entre duas posições confrontantes acerca do Direito administrativo: *ex parte principe* ou *ex parte populi*. (MODESTO, 1990, p. 72) A primeira trata de um direito privilegiado do Estado sobre o cidadão. Era o direito vigente no *Estado de Polícia*, segunda fase histórica do absolutismo<sup>9</sup>.

O enfoque *ex parte populi* significa a limitação jurídica do Estado e surge como reação burguesa contra o *Estado de polícia*<sup>10</sup>. Na França, após a revolução, surge como *Etat Constitutionnel*, que tem base na imperatividade formal da constituição e sua rigidez. No cerne, estava a necessidade de segurança inerente à produção, com base no controle da administração<sup>11</sup>.

Para o direito alemão, segundo sua jurisprudência constitucional, não há comportamento livre na administração, pois mesmo a discricionariedade tem bases legais (HECK, 1995, p. 183). Essa submissão da administração à lei é conteúdo do princípio do Estado Democrático de Direito. (HECK, 1995, p. 199)

### 2.4 Distinção entre o político e o administrativo

Concluindo que não há mérito administrativo ou discricionariedade administrativa intocável, resta a dificuldade que o judiciário enfrenta com

a ausente distinção do que vem a ser “administrativo” ou “político”. Isso se dá, sobretudo, pela divisão de poderes adotada no Brasil, que atribui unicamente ao Poder Executivo três funções distintas: a chefia do Estado, a chefia do governo e a tarefa burocrática. Ao mistifório presente no direito positivo constitucional, a jurisprudência voluntariamente se vincula, tratando, via de regra, como discricionariedade ou mérito administrativo todo e qualquer ato do Poder Executivo, sem uma discussão ontológica do próprio ato.

No direito alemão, clara está a distinção entre governo e administração, ou entre ato político e ato administrativo. Na Alemanha, a administração exerce função autônoma, cumprindo papel específico determinado pelo ordenamento constitucional. É uma função apolítica, praticada junto ao direito e relativamente independente da política. Na expressão de Hesse, “a administração não pode ser entendida como ‘braço alargado’ do governo.” Ela exerce um papel preponderante na estrutura do estado de direito social (HESSE, 1998, p. 404).

O célebre caso da expulsão do padre Vito Miracapillo, em 1980, evidencia o que vem a ser poder discricionário do governo. O artigo 66 da Lei nº. 6.815, de 19/08/1980, que trata da expulsão de estrangeiros, determina: “Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação”. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que:

Compete ao Presidente da República deliberar sobre a conveniência e a oportunidade dessa medida de elevado alcance **político**. [...] Na espécie cuida-se, re-

almente, de ato discricionário, praticado nos limites da Lei 6.815/80 (artigos 64, 65 e 106), imune à apreciação pelo poder judiciário no que toca ao juízo de valor quanto à sua justiça. (STF. *Habeas Corpus* 508/409/DF. Pleno, j. 30/10/1980. Rel. Min. Djaci Falcão. DJU 28/11/80. Ementa. Grifo nosso.)

No julgamento do *habeas corpus*, denegado por decisão unânime, alguns ministros, inobstante a ementa fazer referência ao alcance político da decisão, nos votos individuais, não distinguem *governo* de *administração* ou *político* de *administrativo*<sup>12</sup>. A anacrônica miscelânea permanece mesmo sob vigência da atual constituição, havendo, todavia, uma evolução no entendimento do STF no sentido de opor à discricionariedade os direitos fundamentais, sobretudo se o ato gerar quadro irreversível:

A expulsão é ato discricionário do **Poder Executivo**. Não se admite, no entanto, ofensa à lei e falta de fundamentação. Contra o ato expulsório são possíveis recurso administrativo – pedido de reconsideração – e apelo ao Poder Judiciário. [...] Cuida o Judiciário apenas do exame da conformidade do ato com a legislação vigente. **Não examina conveniência e a oportunidade da medida**, circunscrevendo-se em matéria de direito: observância dos preceitos constitucionais legais. (STF. *Habeas Corpus* 72082/RJ. Tribunal Pleno, j. 19/04/95.



Rel. Min. Francisco Rezek.  
DJU 01/03/96. Ementa. Gri-  
fo nosso.)

Acatada a existência de um poder discricionário, no sentido de uma imunidade jurisdicional, este seria prerrogativa do governo e não da administração.

Entretanto, como afirma Cavalcanti (1970, p. 11), “não existe no estado de direito nenhum poder absoluto e imune à apreciação de outro poder, quando mais não seja para verificar e afirmar os limites da ação discricionária, de maneira a legitimá-la”.

Na opinião de Canotilho (1998), limitação do poder político é algo inerente ao Estado de Direito. Nesse sentido, o direito continental tem rejeitado a hipótese de mérito inapreciável. É o que se encontra nas constituições da Alemanha (art. 19, § IV), da Itália (art. 133) e Áustria (art. 132) sob a denominação de “proteção sem lacunas”. Também na França, em 1962, o Conselho de Estado derrubou o mito da idéia de inapreciabilidade do ato político ao conhecer recurso contra atos do Presidente De Gaulle, praticados com base no art. 16 da Constituição francesa que concedia a ele poderes ditatoriais. (ASSIS, 1989, p. 148)

## **2.5 A discricionariedade em face dos direitos subjetivos**

O art. 1º da Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil se constitui Estado Democrático de Direito. A rigor, no aspecto jurídico, todo Estado é de Direito. É a teoria da bilateralidade ou autovinculação na qual, como já mencionei, o Estado se submete a um direito criado por ele próprio. A expressão consta na Constituição de Portugal como “Estado de

direito democrático” (art.2º) e da Espanha, como “Estado Social e Democrático de Direito” (art.1º). Apesar da diferença meramente formal entre a nossa Constituição e a Portuguesa, que qualifica como “democrático” o direito e não o Estado, tal expressão traz em si mesma um significado próprio. Não representa a junção meramente formal de um adjetivo ao conceito de Estado de Direito liberal.

Resistindo à sedução de adentrar numa complexa conceituação, vale sinteticamente ressaltar que a função do Estado Democrático de Direito, no conceito de Silva (p. 111), é superar as desigualdades, instaurando um regime democrático que realize a justiça social. Trata-se de uma evolução do Estado liberal, mencionado na introdução que, antes adstrito apenas à lei, agora se vincula ao princípio democrático. A nota elementar no conceito, como já asseverado, consiste nos direitos fundamentais. Toda missão do Estado Democrático de Direito passa necessariamente pela garantia dos direitos fundamentais.

O art. 1º da Lei Fundamental alemã afirma que os direitos fundamentais vinculam legislação, poder executivo e jurisdição como direito vigente diretamente (HESSE, 1998, p. 275). A nossa constituição, sobretudo nos art. 5º ao 17, enumera tais direitos. Trata-se de direitos subjetivos que encontram sua fundamentação no próprio Estado Democrático de Direito e são formalmente consolidados pela constituição.

Direito subjetivo, em breves palavras, é a faculdade de pleitear a realização de um interesse próprio determinado pelo ordenamento jurídico. Na definição de Nóbrega (1975, p. 149), tem sua gênese no ato jurídico, causa geral da aquisição de direitos. É a “faculdade de agir, de adotar um determi-

nado comportamento, em vista de um interesse garantido pelo direito objetivo”. Ainda segundo o mesmo autor, os elementos essenciais do direito subjetivo são: o sujeito, o objeto, o interesse e a garantia<sup>13</sup>.

Retomamos, então, a definição de ato administrativo, afirmada anteriormente e que encontra base na doutrina alemã (MALLMANN, 1998): são todas aquelas ações administrativas que surtem efeito jurídico, sendo que, para surtir efeito jurídico, o ato precisa ser válido, obedecendo à forma legal e alcançando o fim pretendido, devendo seguir com precisão a lei tanto na sua forma, quanto no seu conteúdo, como também na sua motivação e finalidade.

Tal definição é válida para os atos políticos (de governo) que, no nosso sistema, não se diferenciam dos atos administrativos, já que emanam de um mesmo poder. O que nos interessa, particularmente, é a necessidade ontológica do ato ser causador de efeitos jurídicos. Podemos concluir que dos atos administrativos, compreendidos como atos do executivo, segundo nosso sistema, nascem obrigatoriamente direitos subjetivos.

Se o mérito do ato político é inapreciável, pela miscelânea presente em nosso sistema, e a imunidade também se estende ao ato exclusivamente administrativo, o inverso também é verdadeiro e prepondera. A atribuição das duas funções estatais a um único protagonista possibilita estender aos atos de governo o controle judicial da administração. Independente do silogismo, o controle da discricionariedade encontra sua racionalidade no próprio Estado democrático que não admite poder ilimitado ou sem controle. Mesmo a doutrina da “validade fiscal dos atos fundamentais”<sup>14</sup> encontra obstáculo na Alemanha. Hesse (1998)

afirma que ela é inválida, pois “não há tarefa fiscal, cujo vencimento apropriado requer uma dispensa dos direitos de liberdade”.

## 2.6 A discricionariedade em face do Princípio da Tutela e do Monopólio

O cerne do Estado Democrático de Direito está na garantia dos direitos subjetivos. Para efetivar tal proteção, a Constituição se serve de princípios formais protetores dos direitos fundamentais. Esses princípios são mecanismos que viabilizam o esforço de aproximar a contemplação normativa com a realidade fática<sup>15</sup>.

A principal técnica formal de garantia dos direitos subjetivos dá-se pelo “princípio da proteção” ou “princípio da tutela” que, como ressalta a doutrina, é a garantia das garantias constitucionais (SILVA, p. 376).

O direito alemão prevê um amplo controle da eficácia dos direitos fundamentais pelo judiciário, cujo controle ocorre pelo princípio da “garantia da via judicial” presente na alínea 4 do art. 19 da Lei Fundamental.

O Princípio da Tutela, *si per si*, é um direito fundamental. Ele se insurge em face de um mérito ou de uma discricionariedade inapreciável pelo judiciário. É o que prescreve o inciso XXXV do art. 5º da nossa Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Não pode, portanto, imputar à lei a existência de uma “zona livre” que, escapando da legalidade, seja o espaço para o arbítrio do governante ou do administrador.

O “Princípio da Tutela”, segundo Canotilho (1998, p. 471), assume dois aspectos: um direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes pú-

blicos; e um direito de proteção do particular através dos tribunais. Também chamado na Alemanha de “máxima proteção” ou “proteção sem lacunas”, manifesta-se de várias formas através de outras normas vagas. A primeira delas é a “garantia da via judicial”, já mencionada (HESSE, 1998, p. 270). Trata-se, por si só, de um direito fundamental de garantia de acesso aos tribunais que, na opinião de Canotilho (1998), é um princípio estruturante do Estado de Direito (na Constituição da República Portuguesa está no art. 20). Vale ainda a observação do constitucionalista português de que a competência deve estar claramente estabelecida e de que o contrário representa violação do direito subjetivo de acesso aos tribunais:

Se a determinação dos caminhos judiciais for de tal modo confusa (exemplo: através de reenvios sucessivos de competências) que o particular se sinta tão desprotegido como se não houvesse via judiciária nenhuma, haverá violação do princípio do Estado de direito e do direito fundamental de acesso ao direito e à via judicial. (CANOTILHO, 1998, p. 453)

A copiosa pesquisa jurisprudencial de Heck (1995, p. 213-222), revela-nos que, na Alemanha, o Princípio da Tutela estabelece vários direitos subjetivos, dentre eles o direito à audiência judicial, direito ao juiz natural e direito a um procedimento honesto (*fairen Verfahren*).

Contra a inapreciabilidade do mérito, levanta-se, também, o princípio do monopólio da jurisdição. O já mencionado inciso XXXV do art. 5º da nossa

Constituição indica que a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário. Sequer há contencioso administrativo, como constava na Constituição anterior.

No Brasil, persiste a idéia norte-americana de abstenção do judiciário na apreciação do mérito do ato administrativo, que coincide com a idéia francesa de “administração forte” da primeira metade do século XX. Infelizmente, o direito brasileiro não acompanha a evolução do pensamento francês que, juntamente com o restante do ocidente, já admite o controle de todo ato administrativo.

A diferença francesa, como se sabe, está na jurisdição administrativa (em sentido estrito) lá existente. Trata-se de um controle efetuado pelos tribunais administrativos e o seu prestigiado Conselho e Estado que, como vimos, sequer admite discricionariedade no ato político. O fator diferencial está na independência deste órgão em relação ao poder judiciário. Na França, portanto, da mesma forma que inexistente monopólio do judiciário, não há de se falar também de arbitrariedade intitulada de discricionariedade.

Serve portanto de paradigma os modelos de Portugal, França e Alemanha, que, a partir do princípio da proteção, fortalecem seu Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÃO

Ao Poder Judiciário, que tem o *munus* de dizer o Direito nos casos concretos, é concedido verdadeiro poder normativo que pode ser usado na apreciação de ato de outro poder. Tal prerrogativa não se dá por uma posição hierarquicamente superior do judiciário em face dos outros poderes, mas para firmar o império do Direito.

Mesmo no nosso ordenamento, em sua construção objetiva e jurisprudencial do controle judiciário, não devem escapar atos de outro poder que firam os interesses individuais. É o “Princípio da Tutela” que, a partir de 1946, é introduzido no nosso direito constitucional nos seguintes termos: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141§ 4º). Essa inovação derogou a afastabilidade da apreciação judicial nas questões exclusivamente políticas, presente no art. 68 da constituição de 1934.

Entende parte da doutrina que o Princípio da Tutela não se aplica aos atos políticos ou de governo, como, por exemplo, a urgência e relevância de uma medida provisória (art. 62 da C.F.), ou a conveniência e a oportunidade da expulsão de um estrangeiro (art. 66 da lei 6.815), pois seriam conceitos indeterminados cujo intérprete seria o agente político ou administrativo e não o juiz. Não aceita o princípio democrático que, por trás das idéias de mérito ou discricionariedade destes atos de governo ou políticos, se oculte a arbitrariedade, nem tampouco que o cidadão fique à mercê do poder político.

Se dos atos nascem os direitos subjetivos, a Carta de 88 atribui ao judiciário o controle da administração não apenas em prol dos interesses individuais, mas também em vista do interesse comum.

Sobre a divisão dos poderes, impera o Direito e a garantia dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

Agravo 142348/MG. 1ª Turma, j. 02/08/94. Rel. Min. Celso de Mello.

DJU 24/03/95.

ASSIS, Alexandre C. de. Excesso de poder e discricionariedade: Controle judicial. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 92, p. 147-149, out./dez. 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de poder. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 89, p. 24-36, jan./mar. 1989.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo (Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart)*. Porto Alegre: Unisinos, 1999

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 101, p. 1-23, jul./set. 1970.

JOLIVET, Régis. *Tratado de Filosofia – Metafísica*. Rio de Janeiro: Agir, 1972.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LUZZATI, Cláudio. *La vaghezza delle norme – un’analyse del linguaggio giurídico*. Milão: Giuffrè, 1990

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179, p. 51-92, jan./jun. 1990.

DI LORENZO, Wambert Gomes. As

- Cláusulas Gerais como técnica de recepção, no Direito Privado, das normas constitucionais.* No prelo.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio.* Barcelona: Ariel, 1999. p. 72-80.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na Constituição de 1988 (Judicialização da política e politização da justiça). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 189 p 1-17, out./dez. 1994.
- FELJÓ, Alexsandro Rabbani Aragão. Direitos fundamentais: teoria e prática na realidade brasileira. *Revista do Curso de Direito da UFMA*, São Luís, v. 3, n. 1, p. 5-12, jan./mar. 1999.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público.* Tradução Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 93, p. 41-46, jan./jun. 1990.
- HECK, Luís Afonso. *O tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã.* Porto Alegre: Fabris, 1995.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland).* Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em construção” – As Cláusulas Gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, p. 24-28, jul. 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif.* 14.ed. Paris: L.G.D.J., s.d. t. 1.
- MALLMANN, Dankwart. Elementos de formação do ato administrativo no direito alemão. Tradução Luís Afonso Heck. *Estudos Jurídicos*, Porto Alegre, v. 31, n. 81, p. 95-103, jan./abr. 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da administração pública no Brasil. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 71-80, jul./set. 1997
- NÓBREGA, Flóscolo. *Introdução ao Direito.* Rio de Janeiro: José Konfino, 1975. p. 149.
- Recurso Extraordinário 68388/SP. 1ª Turma, j. 11/11/1969. Rel. Min. Luís Callotti. DJU 24/04/1970. Ementa.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs.* Atenas: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.
- STF Recurso em Mandado de Segurança

ça 17807/PE. 2ª Turma, j. 06/03/1968. Rel. Min. Themístocles Cavalcanti. DJU 28/06/1968

STF. *Habeas Corpus* 508/409/DF. Pleno, j. 30/10/1980. Rel. Min. Djaci Falcão. DJU 28/11/80.

STF. *Habeas Corpus* 72082/RJ. Tribunal Pleno, j. 19/04/95. Rel. Min. Francisco Rezek. DJU 01/03/96.

STF. Recurso de Mandado de Segurança 16807/PE. 2ª Turma, j. 06/03/68. Rel. Min. Themístocles Cavalcanti. DJU 26/06/68.

STF. Recurso Extraordinário 173820/DF. 2ª Turma, j. 18/06/1996. Rel. Min. Neri da Silveira. DJU 13/09/1996.

STF. Recurso Extraordinário 188951/SP. 2ª Turma, j. 16/05/95. Rel. Min. Maurício Correia. DJU 15/09/95.

TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil (conceito e remédios)*. Rio de Janeiro: DIN – Serviço de Documentação do DASP, 1959.

## Notas

<sup>2</sup> No conceito de Canaris (1989), que classifica os sistemas em científico (doutrina) e objetivo (ordenamento jurídico). A doutrina tem a tarefa de socorrer o sistema objetivo na provisoriedade do seu conhecimento.

<sup>3</sup> Sobre a idéia da Norma Fundamental em Kelsen, Cf. Barzotto (1999, p. 40-43)

<sup>4</sup> Grau (1990, p. 42) afirma inexistir *conceitos como tais indeterminados*. *Todo conceito é produto da reflexão, expressando uma soma de idéias. Quando expressado, através do seu termo, envolve um ato de expressão. O termo, pois, é a expressão do conceito*.

<sup>5</sup> Kelsen se trai por admitir a eficácia como pressuposto de validade da norma. Sobre uma crítica ao positivismo Kelseniano, Cf. BARZOTTO. Op. cit., p. 62-71.

<sup>6</sup> *In verbis*: “a aplicação dos conceitos indeterminados só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, optar entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do Direito. Daí por que a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação de lei” (Poder Discricionário, p. 42).

<sup>7</sup> Assim entendeu o STF: “Os atos administrativos não podem ser revogados, mesmo quando discricionários, se deles nasceu um direito público subjetivo, salvo se o ato **não obedeceu à lei**. Porque então, já não se trata de revogação, mas de **anulação**, com efeitos *ex tunc*, pois do ato nulo, em regra não nasce direito (Recurso Extraordinário 51680. 1ª Turma, j. 18/04/1963. Rel. Min. Luís Gallotti. DJU 18/04/1963. Ementa.) Grifo meu.

<sup>8</sup> Graça significa mercê, benefício ou dádiva. Vem do latim *gratia* que por sua vez deriva do grego *OVDO* (chári): favor, dom, dádiva, presente.

<sup>9</sup> Em sentido contrário. Cf. FERREIRA FILHO (1994)

<sup>10</sup> À primeira fase do absolutismo deu-se o nome de *Estado Patrimonial*, no qual o Estado era considerado um bem patrimonial do príncipe. Em ambas as fases a vontade arbitrária do príncipe prevalecia em face das possibilidades de defesa judicial dos particulares. Além da responsabilidade pessoal dos funcionários por atos ilícitos (dificilmente exequível) os particulares não tinham qualquer mecanismo de defesa contra o Estado. No Estado de Polícia ressurgiu a doutrina do *Fiscus* (oriunda do Direito Romano), onde o Estado (que até então estava à margem do direito e fora do controle judicial) se desdobrava numa outra pessoa moral, com capacidade jurídica ativa e passiva, capaz de se obrigar contratual e extracontratualmente. Distinguindo-se portanto os bens do Fisco dos bens do príncipe. A doutrina do Fisco entretanto, garantia apenas os danos patrimoniais, não entrando na esfera autônoma dos direitos particulares. O estado permanecia ainda acima do direito, com uma submissão apenas parcial.

<sup>11</sup> Tratava-se também de projeto de autonomia, de auto-regulação econômica e exigências de um debate público para as questões nacionais. Era um programa revolucionário de racionalização integral do Estado segundo os interesses da sociedade. Esse processo de racionalização do Estado é indissociável do objetivo de sua limitação jurídica. O problema do Estado perante a teoria da sua personificação é decisivo na construção do Estado de Direito.

<sup>12</sup> Segundo Modesto (Op. cit., p. 73), atualmente o controle da administração se classifica em: “A) controle interno (realizado por órgãos integrantes de uma mesma estrutura funcional) e em controle externo (realizado por órgãos estranhos à estrutura do sujeito controlado); B) preventivo, concomitante ou sucessivo (vale dizer o controle que antecede, é contemporâneo ou posterior ao ato controlado); C) controle objetivo (dirigido a atos funcionais, verificando a sua validade jurídica) e subjetivo (dirigido aos titulares dos órgãos de atuação, como remoção, nomeação, destituição etc.); D) controle de legalidade (verificando pertinência do ato no sistema legal), de mérito (apreciando a sua conveniência e oportunidade) e, até, mais recentemente, controle da rentabilidade ou eficiência (avaliando a relação custo-benefício da atuação administrativa em face de sua destinação e custo social como no controle de economicidade).”

<sup>13</sup> *In verbis*: “Não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle da legalidade, ultrapassar os limites da apreciação de vícios nulificantes do ato, para ir ao exame do mérito. Esse aspecto do mérito compreensivo da conveniência, da oportunidade ou da justiça da decisão administrativa, pertine ao poder discricionário, ao juízo discricionário, inabordável ao controle judicial. [...] pois estaria comprometendo o princípio da divisão de poderes” (Voto do Min. Rafael Mayer); “Não tenho dúvidas de que o ato administrativo de expulsão não é ato arbitrário. Ele é porém, de maneira inequívoca, ato discricionário. [...] sendo-lhe porém vedado apreciar se o ato é justo ou injusto, conveniente ou inconveniente, oportuno ou inoportuno” (Min. Moreira Alves) ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

<sup>14</sup> Sendo o sujeito, o titular do direito; o objeto, o bem protegido; a garantia, a proteção oferecida pelo direito objetivo; e, o interesse o elemento volitivo. (NÓBREGA, 1975, p. 149)

<sup>15</sup> Doutrina que diferencia o cumprimento direto de tarefas pública em formas do direito privado e de atuação fiscal propriamente dito. Na primeira hipótese, os direitos fundamentais devem vincular o poder público, na segunda, não. (Id., *ibid.*).

<sup>16</sup> Sobre a “Distância entre a contemplação normativa dos Direitos e Garantias Fundamentais e a realidade sócio-econômica-política-cultural brasileira”, Cf. FELJÓ (1999, p. 10)

---

# Por um Direito de Integração Latino Americano

Hélio Daniel de Favare Baptista <sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivos discutir a importância do direito na integração dos blocos regionais, principalmente no caso dos países latino-americanos que são economicamente hipossuficientes e, em tempos de globalização forçada pelo poderio capitalista dos países e blocos detentores do poder econômico, poderão ter o seu direito doméstico, cultura e peculiaridades sociais totalmente extintas pela integração preocupada somente com o aspecto econômico. O interesse pela pesquisa teve início nas aulas de direito comunitário no programa de mestrado da UNIVEM-Marília onde foi analisado a importância e efeitos do Direito Comunitário Europeu e ganhou forças a partir da pesquisa bibliográfica específica do assunto. O objetivo do artigo é alertar os leitores das consequências dos dois tipos de integração, a exclusivamente econômica (globalização) e a integração onde o direito de integração contém as arbitrariedades do capitalismo selvagem nos países latino americanos (via um direito de integração). Para tanto usa como paradigma o direito comunitário europeu, adequando-o para respeitar as características de cultura, formação e tradição latino americana. Traça-se um apanhado histórico dos processos de integração já desenvolvidos na América Latina, sobretudo o Mercosul, que em que pese ser um tratado de mercado comum, ainda não passa de uma união aduaneira. Procura-se argumentar no sentido da necessidade da integração ser feita pautada num direito de integração comum ao bloco para que haja a integração respeitando as individualidades de cada país integrante do bloco. Só assim vislumbra-se a possibilidade de uma integração regional sem a descaracterização da cultura e do direito doméstico de cada país que integrante do bloco.

**Palavras-Chaves:** Direito de Integração, Proteção da Cultura, História Jurídica, Tratados Internacionais, Mercosul, União Européia.

**Resumen:** El presente artículo tiene por objetivos discutir la importancia del derecho en la integración de los bloques regionales, principalmente en el caso de los países latino-americanos que son económicamente hipossuficientes y, en tiempos de globalización forzada por el poderio capitalista de los países y bloques detentores del poder económico, podrán tener su derecho doméstico, cultura y peculiaridades sociales totalmente extintas por la integración preocupada solamente con el aspecto económico. El interés por la investigación tuvo inicio en las clases de derecho comunitario en el programa de máster de la UNIVEM-Marília donde fue analizado la importancia y efectos del Derecho Comunitario Europeo

---

<sup>1</sup> Hélio Daniel de Favare Baptista. Mestre em direito (UNIVEM-Márilia/SP). Mestre em Direito (UNIVEM-Márilia/SP). Coordenador do Nucleo de Prática Jurídica Associação Vilhenense de Educação e Cultura (AVEC). E-mail: hdfbaptista@uol.com.br



---

y ganó fuerzas a partir de la investigación bibliográfica específica del asunto. El objetivo del artículo es alertar los lectores de las consecuencias de los dos tipos de integración, la exclusivamente económica (globalización) y la integración donde el derecho de integración protege de las arbitrariedades del capitalismo salvaje en los países latino americanos (veía un derecho de integración). Para tanto usa como paradigma el derecho comunitario europeo, adecuándolo para respetar las características de cultura, formación y tradición latino americana. Se traza un atrapado histórico de los procesos de integración ya desarrollados en América Latina, sobre todo el , que en que pese ser un tratado de mercado común, aún no pasa de una unión aduanera. Se busca argumentar en el sentido de la necesidad de la integración ser hecha pautada en un derecho de integración común al bloque para que haya la integración respetando las individualidades de cada país integrante del bloque. Sólo así se vislumbra la posibilidad de una integración regional sin la descaracterización de la cultura y del derecho doméstico de cada país que integrante del bloque.

**Palabras-Claves:** Derecho de Integración, Protección de la Cultura, Historia Jurídica, Tratados Internacionales, Unión Europea.

**Abstract:** The present article has for objectives to discuss the importance of the direct in an integration of regionals blocks, firstly in case of Latin-American countries that are hypo-sufficient economicly and in globalization times are forced for the capitalism force of power must have it is domestics right, culture and social peculiarities totally extinct for worried integration only the economic appearance. The interest of the research had the beginning in de the communitarian direct classes in the schollmaster program of UNIVEM – Marília (Marília University) where it has been analised the importance and effects of European Communitarian Direct and got power from the specific bibliographic research of topic. The objective of the article is to alert the lectors about the consequences of two integration types, the exclusively economic (globalization) and the integration where the direct of the integration protects of wild capitalism arbitrarinesses in the Latin-American countries (way an integration right). So that uses like paradigm the European Communitarian Direct, adapting itself to respect the culture chacacterises formation and Latin-American, it talks about a group of historic procedures of integration already developed in Latin America, especially the Mercosul, that despite to be a treatu of the common market, still doesn´t pass of customs of association phase. It looks for arguing in a sense of integration necessity to be done ruled in a common integration direct to the block for that it´ll have the integration respecting the indivisualism of each country block integrant. Only like this descru itself the possibility of a regional integration without the removal of characteristic of culture an of the domestic right of each country of block integrant.

**Key-words:** Direct of Integration, Culture Protection, Juridical History, international Conventions, Mercosul, European Union.

## 1 INTRODUÇÃO

O capitalismo existente na grande maioria dos países do mundo atual impôs uma integração econômica irreversível. O imperialismo econômico forma grandes exportadores e grandes importadores. Contudo o que interessa para esse tipo de integração é o aspecto econômico. Para tanto, não importa a cultura dos países, as características de cada país, as suas peculiaridades sociais. Só o que vale é um mercado consumidor ávido por mercadorias por eles fabricadas.

Outrora buscava-se, através dos movimentos expansionistas a conquista de territórios, como é o caso do império romano. Na modernidade busca-se conquistar mercados consumidores em potencial.

Desse imperialismo econômico decorre o desrespeito às culturas, as peculiaridades, costumes e normas características de cada Estado-Nação. Daí a importância de se proteger e manter os institutos jurídicos e sociais de cada país integrante do bloco regional, sem, contudo provocar a estagnação econômica e a falta de competitividade no cenário internacional.

Essa proteção é necessária para que não ocorra a extinção das culturas, das peculiaridades sociais, costumes e das normas jurídicas e sociais características de cada Estado-nação. Visando uma simbiose jurídica e social entre esses institutos e o novo direito que surgirá para regular a integração dos blocos regionais econômicos, é que surge o direito de integração.

De outra maneira, para enfrentar um bloco de países, somente um outro bloco de países. Assim é de rigor que se forme um bloco regional de países para que se faça frente e lute com igualdade de forças ante os demais blocos. E,

para regular a integração econômica e diminuir as diferenças de cada país soberano o caminho é o direito de integração e a conseqüente formação de um ente supranacional.

## 2 O DIREITO E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

Para ter sucesso na integração de países e alcançar a formação de um bloco regional forte é necessário que haja acordos de compromissos entre os países soberanos.

De acordo com Ventura (1996), a cooperação entre os vários Estados ditos soberanos é indubitável, e ocorre com variáveis intensidades e continuidade, o que pode ser atestado com os diferentes graus de compromisso que tais possuem.

Alguns pesquisadores atribuem ao direito o papel exclusivo de formalizar, por meio de tratados e convenções, os já concretos estágios de negociação das iniciativas de cooperação inter-Estatais.

“Os Tratados são a fonte primária do direito da comunidade de Estados integrada, porém já secundados por outras fontes de grande importância. (VENTURA, 1996, p. 19)”.

O direito de integração torna-se indispensável para o cumprimento daquilo que foi avençado, assim como da continuidade de determinadas iniciativas, aprofundando e engrenando medidas integracionistas.

## 3 SURGIMENTO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DOS PAÍSES

Nas Américas o processo de integração possui origens histórico-filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São raízes comuns a qualquer um dos gregarismos americanos, cujo marco é encontrado no início do século XIX, porém os princípios norteadores da aproximação entre as antigas colônias têm assumido aspectos peculiares, no decorrer do século XX e, mas precisamente na atualidade.

Segundo Oliveira (2002), no século XX que verificou-se um intensivo fenômeno de integração dos países, como o surgimento de diversas organizações dotadas de natureza política, como a primeira grande organização internacional a Liga das Nações Unidas (1919-1939), e posteriormente, surge a OEA (1948). Em seguida, passa-se a conjugar esforços em processo de integração como forma de solucionar problemas que se apresentam comuns a quase todos os países, em princípio de cunho eminentemente econômico, como a questão da competitividade comercial, e em consequência imediata, projetada como questão de fundo, o melhoramento do plano social.

A Segunda Guerra Mundial é o marco para o surgimento das Organizações de Cooperação e Integração Econômica, sendo a primeira a OECE (Organização Européia de Cooperação Econômica), hoje transformada em OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico), tendo alguns países não europeus ingressado posteriormente à sua constituição inicial. Surge em 1951 a CECA (Comunidade Econômica do Carvão e do Aço), e em 1957 e CEE (Comunidade Econômica Européia), e a CEEA (Comunidade Econômica de Energia Atômica), que hoje denominam-se simplesmente UE (União Européia) devido ao advento do tratado de Maastricht (1992) e o

Tratado de Amsterdã (1997).

Depois de a experiência européia ter-se mostrado vitoriosa, começam a surgir outras Organizações Internacionais como a Organização para a Unidade Africana (OUA) e o Conselho de Ajuda Mútua Econômica (CAME) ou (CAMECOM) com os países do Leste Europeu. Já no Continente Americano, surge inicialmente, em 1960, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), que foi transformada em Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), o Grupo Andino, a Área de Livre-Comércio da América do Norte (NAFTA) e o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Esses são somente alguns exemplos de processos de integração verificados entre os países ocidentais.

#### **4 DIREITO DE INTEGRAÇÃO NO MERCOSUL**

Oliveira (2002) afirma que o processo de integração dos Estados Europeus em busca de um objetivo comum teve seu início de forma paulatina, que foi adquirindo conforme o passar dos anos, seguidores, melhorando dessa forma, a idéia rumo à estruturação do tema integração.

É necessário lembrar que os movimentos integracionistas na Europa datam de longínquos tempos, como exemplo, o de 1304, tendo como sujeito ativo principal o jurista Pierre Dubois o qual concebe o projeto “Estados Unidos da Europa”, e mais recentemente em 1922, quando um jovem aristocrata austríaco (conde Coudehnove Kalergi), divulgou em diversos jornais europeus a idéia da unificação européia, denominada “união paneuropeia” tornando-se um marco para o processo de unificação. O movimento integracionista seria mais acelerado se

Hitler não tivesse encoberto as idéias de integração, através do advento das idéias de um nacionalismo exacerbado que assolou a Europa.

Pode-se conceituar segundo os moldes europeus a integração como:

“... é uma associação de Estados livremente consentida e democraticamente legitimada, com um suporte jurídico definido, que pressupõe a vontade de alcançar um grau significativo de convergência econômica e de criar as instituições necessárias para concretizar os objetivos comuns e resolver os diferendos pela concertação. (OLIVEIRA, 2002, p.15)”.

Suscitou-se há muito tempo na Europa a idéia de formação de um Direito Integracionista. Nota-se que, durante o processo de integração, tamanha é a amplitude dos domínios econômicos implicados nessa construção, que se torna muito provável o aparecimento de conflitos entre uma norma comunitária e uma regra nacional. No entanto, diferentemente da Europa, os tratados constitutivos do Mercosul não trazem nenhuma indicação quanto à existência de eventual hierarquia entre as regras comunitárias e os direitos nacionais. O que traz conseqüências negativas para a formação de um bloco regional regulamentado, haja vista que as normas comuns ao bloco não têm primazia em relação às normas nacionais e havendo conflito entre os dois tipos de normas prevalecerá a mais recente ou especial, o que poderá gerar um conflito de regulamentação no ordenamento comum ao bloco.

Nas Comunidades Européias, tal hierarquia inexistia nos tratados cons-

titutivos, dado que a primazia do direito comunitário é, antes de mais nada, uma regra de solução de conflitos de normas. A primazia é uma regra aplicável pelo juiz, que se apresenta de modo incondicional, sendo absoluta no sentido de que se aplica a qualquer norma interna independentemente de sua posição, ainda que seja uma norma constitucional. A ordem jurídica de cada um dos Estados europeus continua a funcionar segundo a sua própria lógica.

Ocorre que, no Mercosul, diferentemente da União Européia, a ausência de um direito de integração deixa sozinhas as jurisdições nacionais, na tarefa de solucionar os processos nos quais há conflito de normas – entre as normas comunitárias e os direitos internos. Em caso de conflitos de normas, os juízes nacionais são obrigados a procurar soluções nos tratados constitutivos do Mercosul e nas Constituições nacionais.

Conforme Ventura (2003), uma engrenagem complexa prevista pelo direito originário do Mercosul, que estende os procedimentos de incorporação dos tratados constitutivos aos atos das instituições, coloca em questão o caráter coercitivo do direito de integração. Tal sistema deixa a aplicação do direito da integração, de maneira geral, totalmente a cargo das ordens internas.

O direito originário do Mercosul não será de grande valia para as jurisdições nacionais, na hipótese de uma eventual vontade de promover uma construção pretoriana da primazia do direito comunitário. O Tratado de Assunção não faz referência ao alcance de normas das instituições do Mercosul, limitando-se a mencionar que o Conselho Mercado Comum manifesta-se através de Decisões e o Grupo Mercado

Comum através de Resoluções.

Necessário se fez aguardar o Protocolo de Ouro Preto, em 1994, para que fossem expressamente reconhecidas, graças ao seu artigo 41, as fontes do direito do Mercosul. Em relação aos Tratados Constitutivos, a doutrina jurídica e a prática dos Estados não suscitam dúvidas quanto à necessidade de incorporar ditas convenções às ordens jurídicas nacionais. Faz-se necessário precisar o alcance das normas que derivam do funcionamento das instituições do bloco.

Os procedimentos relativos à aplicação das normas do Mercosul, previstas pelo Protocolo de Ouro Preto, deduz-se a incerteza de que elas tenham como resultado a instalação de um regime jurídico realmente obrigatório, portanto oponível aos Estados-membros.

Assim como ocorreu na União Européia, a questão é: É concebível a Estados diferentes viverem, lado a lado, em anarquia internacional, sem que tal estado de coisas conduzi-se a terríveis catástrofes política, econômica e cultural?

A Integração Regional possui fases distintas: a) Zona de livre comércio; b) União Aduaneira; c) Mercado Comum; d) Adaptação das legislações conforme os objetivos comunitários; e ) União Política ou União de Integração Total.

O Mercosul encontra-se na segunda fase: União Aduaneira, e a sua evolução dar-se-á somente até o Mercado Comum.

Os motivadores da concretização do Mercosul são essencialmente políticos, econômico-financeiros. E se torna indubitável a necessidade de que países formem um Mercado Comum, até mesmo por questão de sobrevivência. Porém, mais que isso, deve-se proteger os direitos humanos, as culturas, as di-

ferentes etnias, as crenças, (...).

A maciça violação dos direitos e liberdades básicos faz com que o ideal de uma vida digna e decente para todos os cidadãos do mundo torne-se algo muito distante.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor para o Brasil em 25.09.1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu artigo 74; decretou:

Art. 1º - A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela contém. Art. 2º -... Brasília, 06 de novembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República.  
ITAMAR FRANCO

Ainda em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê em seu artigo 4º, incluindo expressamente no rol dos princípios regentes das relações internacionais a serem estabelecidas pelo Estado brasileiro: a “prevalência dos direitos humanos” (inciso II).

Atente-se nesse enunciado a inamovibilidade valorativa dos direitos humanos como postulado funcional e deliberativo das ações do governo brasileiro. Justamente por esse motivo que se observa sua presença entre os princípios fundamentais da vigente carta política. Significa que o tópico relativo a inafastável permanência dos direitos humanos deverá, desde logo, manter-se por exigência constitucional como conteúdo programático a orientar a

agenda diplomática pátria. Acresce-se de forma concomitante a adjuração pela “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (inciso IX) na formulação da política externa brasileira.

A efetiva inserção internacional do Brasil no contexto da integração regional requer, prioritariamente, o aprimoramento do Estado democrático mediante a interseção normativa entre nosso diploma constitucional e o direito internacional, na permanente manutenção das garantias e dos direitos fundamentais da pessoa humana. O realce definitivo à integração do ordenamento jurídico brasileiro às normas internacionais observa-se pela redação do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

## 5 CONJUNTURA ATUAL

Sabemos que ainda devemos percorrer árduas negociações para chegarmos a uma integração latino-americana, haja vista que, em que pese o objetivo do Mercosul ser o mercado comum entre os países do bloco, ainda não passamos da fase da união aduaneira. Porém, também sabemos que nenhuma integração foi pacífica e que as superações das diferenças fazem parte do processo de integração.

Deste modo, partindo do princípio que mais cedo ou mais tarde teremos que consolidar uma integração regional com os demais países latino-americanos, só há uma maneira de realizá-la, a consolidação de um direito de integração entre os países do bloco. Até porque o direito sempre foi um dos

pilares do desenvolvimento.

Cabe aqui diferenciarmos o direito de integração e o direito de globalização. O primeiro regulamenta a integração, sem contudo, invadir a competência individual de cada país, promovendo uma harmonização das legislações do países pertencentes ao bloco. O Segundo preconiza um direito único e massante a todos os países do bloco, ou seja, toda a cultura, aspectos sociais peculiares e regras domésticas são arbitrariamente desrespeitada.

A experiência de um direito único a um bloco de povos sempre deu problemas. Podemos destacar os impérios romanos e helenístico que, depois de muitas batalhas, perceberam que para uma melhor dominação das nações subjugadas deveriam respeitar os costumes locais e o direito local e apenas tributá-los e administrá-los para que não se voltassem com o poder central.

Vê-se que o direito de integração que respeita a cultura, os costumes e direito de cada país e a solução mais racional para a integração do bloco regional.

Só assim poder-se-á tecer as concessões de cada país integrante do bloco de maneira mais equânime e frear a impetuosidade do capitalismo selvagem.

Para consolidar um direito de integração entre os países do bloco devemos tomar como norte o Direito Comunitário europeu.

Eliane Maria Octaviano Martins conceitua o direito comunitário:

“O direito comunitário pode ser definido como ramo de direito cujo objeto é o estudo dos tratados comunitários, a evolução jurídica resultante de sua regulamentação e a interpretação

jurisprudencial das cláusulas estabelecidas nos referidos tratados” (MARTINS, 2005).

Segundo Pretore (*in* JIMENEZ, 1997) para se ter um direito comum ao bloco regional são necessários três requisitos, quais sejam: o reconhecimento de valores comuns aos Estados, poderes específicos para o serviço desses objetivos e a autonomia desses poderes em relação aos poderes nacionais.

O Tratado de Assunção que constituiu o Mercosul, não respeita os requisitos, mas condiciona a tomada de decisões à ratificação dos países membros. Assim qualquer um dos países pode vetar, prevalecendo o interesse individual, sobre o comum. O Tratado de Ouro Preto manteve essa política.

Importante se faz ressaltar, que o Brasil não é exceção a essa regra. Antes da Emenda Constitucional n.45, as normas de Tratados Internacionais ratificadas eram incorporadas pelo nosso ordenamento jurídico como norma infraconstitucional. Após essa emenda só se considera equivalente à norma constitucional o Tratado de Direitos Humanos que forem ratificados com quorum de emenda constitucional. Percebe-se a criação de obstáculos para equiparar a norma internacional às normas constitucionais, árdua será a tarefa de outorgar primazia às essas normas.

Ressalte-se que a instituição do critério da supranacionalidade implica na primazia do direito de integração sobre o direito nacional, porém este direito supranacional não pode regular, nem interferir no direito interno dos Estados. Deste modo é que preserva as características individuais de cada país.

O primeiro grande entrave à formação de um direito de integração na América Latina é a nossa tradição em

relação ao instituto jurídico da SOBERANIA, internamente devem ser ratificadas pelo Poder Nacional. O que contraria totalmente os princípios do direito de integração, que precisa ter primazia sobre as normas nacionais e quando promulgadas entram automaticamente em vigência nos países que compõem o bloco.

Diante de tal realidade e necessidade, devemos mudar nosso conceito de soberania nacional para acompanhar as novas necessidades sociais.

Desta maneira, ao invés de imaginarmos soberania como a autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder (MALUF,1999, p.29.), devemos entender soberania como o direito de definir e aceitar a delimitação externa do próprio poder (JOBIM,2003). Não podemos deixar que o pretexto territorial obstaculize o desenvolvimento do bloco regional. Assim, a soberania, embora limitada, deve nortear os acordos no sentido de manter o respeito às individualidades dos países.

Possibilitando assim às constituições dos países componentes do bloco regional a delegação do exercício de competências para um poder supranacional, sendo essa permissão imprescindível para a primazia do direito de integração dos blocos regionais sobre o direito nacional de cada país.

Aliás nesse sentido já alertava Martha Lucia Olivar Jimenez (JIMENEZ, 1997, p.67), o que diferencia uma política integracionista da simples cooperação entre os Estados é a adoção da supra nacionalidade.

Outro entrave, derivado da origem histórica da América Latina, é o sonho arraigado de conquista individual de independência econômica. Ou seja, cada país em potencial para a formação deste bloco regional ainda pensa

em transformar-se em uma grande potência internacional.

A título de exemplo desse pensamento egoístico temos as imposições de barreiras aos produtos brasileiros do setor automobilísticos e da linha branca (geladeiras, micro-ondas, fogões) sob a alegação de que a livre entrada desses produtos na Argentina dificulta o crescimento interno desses setores. Na área agrícola não é diferente porque a Argentina reclama que os subsídios oferecidos pelo Brasil aos produtores de açúcar, fazem com que esse produto tenha um preço muito competitivo em seu mercado interno, prejudicando o produtor e o comércio deles.

É por isso que não vislumbramos ainda um pensamento nos latinos americanos de tornarem-se um grande bloco regional, nem a ambição de formarem um conjunto forte com poderes de, ao menos minorar, os gravames do imperialismo dos outros blocos regionais (Nafta, União Européia, [...]).

Por outro lado, no dizer do professor Lafayette Pozzoli (POZZOLLI, 2003), a identidade latinoamericana pelo fato de o conceito de nacionalidade estar ligado aos contornos territoriais dos Estados, e por isso, não terem um sentimento de nacionalidade pelo sangue, faz com que aceite com mais facilidade a formação de um bloco regional latinoamericano. Isso facilita o surgimento de um direito de integração.

Ora, essas são barreiras que teremos que vencer.

Não há como resistir à necessidade de formação um bloco regional latino americano para nos adequarmos às exigências da realidade internacional. Com o avanço tecnológico, diminuição das distâncias e aproximação virtual das nações, a tendência é uma interde-

pendência das nações.

Interdependência que ditará regras que se legitimarão de tal forma que àqueles que não a aceitarem estarão condenados à completa subserviência aos blocos regionais alienígenas.

Assim restam a América Latina duas opções:

A) De uma lado, a adequação à necessidade da formação de bloco regional devidamente regulado e protegido por um direito comum de integração.

B) De outro lado, a subserviência aos blocos regionais alienígenas. O que significa imposição da economia e regras alienígenas. O seja a extinção das regras domésticas, cultura, costumes e identidade nacional.

Nesse sentido já dizia o professor Lafayette Pozzoli:

“Face ao acima analisado, o processo de globalização em curso na história da humanidade tem dois caminhos que podem ser seguidos: o primeiro é aquele onde prevalece a lei do mais forte, do econômico e que pode gerar a violência disseminada ou culminar em tragédia, como aquela sucedida no dia 11 de setembro de 2001.

Um outro caminho é o direito. Um Direito Comunitário que respeite as culturas das populações locais e que tenha fortes laços de ligação com a história jurídica, ou sistema jurídico, vivida por cada povo.

Neste sentido, hoje o direito deve ser visto como um instrumento de promoção da pessoa humana, que se interessa pelos comportamentos jurídicos desejável



e, por isso, não se limita a proibir, obrigar ou permitir, mas também estimula os comportamentos, através de medidas diretas e indiretas. (POZZOLI, p.59)”.

Assim deixar nossa cultura das populações locais a mercê do império econômico seria catastrófico! Geraria por um lado a revolta da sociedade com as regras impostas pela falta de identidade com elas. E de outro lado estaríamos de “mãos atadas” por não termos um instrumento protetivo e pela completa dependência econômica das grandes potências.

Nas palavras de José Arnaldo Vitagliano e Clóvis Guido de Biasi<sup>2</sup>

“A globalização vem se realizando através da formação de blocos regionais de Estados, até como mecanismo de defesa contra esse processo, a exemplo da União Européia, do Nafta, do Mercosul, do Asean, dentre outros, em cujo interior, sobretudo no âmbito da primeira, passou a desenvolver-se um novo tipo de Direito, o Direito Comunitário, que se coloca entre o Direito Interno e o Direito Internacional, ao promover a interação entre os parceiros, dissolvendo preconceitos, diluindo falácias sobre estrangeiros, forasteiros ou alienígenas e favorecendo benefícios mútuos em lugar do exclusivismo de soluções autárquicas.

A integração dos blocos regionais é fenômeno mais recente ainda que a globali-

zação e estes são diametralmente opostos. A formação dos blocos regionais começa a ocorrer no momento em que o multilateralismo sofre um enfraquecimento. Mas isto não significa o fim do processo de globalização, representa apenas a reação de Estados-membros e blocos aos efeitos que ela acarreta.

Um Bloco Regional de Integração é, desta maneira, uma organização internacional formada por Estados localizados na mesma região, que iniciam uma integração econômica, levando a um processo de interpenetração dos seus Direitos internos e, gradualmente, à criação de um ordenamento jurídico gerado a partir dos acordos. O Bloco vai aos poucos adquirindo um caráter de unidade, podendo alcançar um nível tal de harmonização jus-político-econômica, que configure uma união semi-federativa de Estados.

O caminho para se alcançar a Integração é longo, podendo atingir diferentes graus e estágios de complexidade, de acordo com os interesses dos Estados-membros. (BIASI e VITAGLIANO, 2001)”.

Assim, devemos repensar nossa realidade social e nossos objetivos para que se forme um bloco regional econômica e juridicamente forte através do direito de integração tomando como paradigma o direito comunitário europeu.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto é de rigor concluímos:

A formação de blocos regionais é uma tendência moderna.

A estruturação de um bloco regional, sem o desrespeito às culturas domésticas, regras de direito e regras sociais de cada país e características individuais de cada país, só se dá através do direito de integração do bloco regional.

Os objetivos do bloco devem prevalecer sobre os interesses individuais de cada país, sobretudo de seus governantes.

Para tanto devemos nos espelhar no modelo que deu certo que é o direito comunitário europeu, respeitando as peculiaridades latinoamericanas.

Devemos lutar por uma coesão social latinoamericana para buscar uma sociedade mais justa e equitativa, que nada mais é do que o fim último de um processo de integração

E, por fim, se não acompanharmos essa tendência mundial estaremos fadados à subserviência econômica e jurídicas dos outros blocos regionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alessandra Juttel. **Mercosul: antecedentes, estrutura e objetivos**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 143, 26 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4513>>. Acesso em: 28 mar. 2006.

CUNHA, J. S. Fagundes. **Os direitos humanos e o Direito da Integração**. Jus Navigandi, Teresina, a. 2, n. 26, set. 1998. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1605>>. Acesso em: 28 mar. 2006.

JIMENEZ, Maria Lucia Olivar. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración em el Cone Sur. In BASSO, Maristela (org.). **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros**. 2ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1997. p33/88.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 2ed.rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Direito Comunitário: União Européia e Mercosul**. Mundojurídico. adv.br. Acesso em: 30 nov. 2005.

Mercosul: Economia do Mercosul, blocos econômicos, dificuldades do Mercosul, comércio internacional, globalização, o Brasil e o Mecosul, países do Mercosul, Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. [www.suapesquisa.com/mercosul](http://www.suapesquisa.com/mercosul). Acesso em 22/01/2006.

OLIVEIRA, Celso Maran de. **Mercosul: livre circulação de mercadorias**. Curitiba: Juruá, 2002.

POZZOLI, Lafayette. **Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina**. Método: São Paulo, 2003.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia (os desafios de uma associação inter-regional)**. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **A ordem jurídica do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 1996.

VITAGLIANO, José Arnaldo; BIASI, Clóvis Guido de. **A estrutura comunitária da União Européia e as bases jurídicas do Mercosul**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2324>>. Acesso em: 30 nov. 2005.

ZANETTI, Robson. **A liberdade de estabelecimento no Mercosul à luz do Direito Comunitário Europeu**. [www.ambito-juridico.com.br/aj/merc0003.htm](http://www.ambito-juridico.com.br/aj/merc0003.htm). Acesso em 22/01/2006.

### Notas

<sup>2</sup> **A estrutura comunitária da União Européia e as bases jurídicas do Mercosul**

Texto extraído do **Jus Navigandi**.<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2324>

---

# O Ensino do Direito e a Matriz Positivista

Samara Tavares Agapto das Neves <sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. Balanço Geral do Ensino Jurídico no Brasil; 2. A matriz positivista no Ensino do Direito; Conclusão; Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O curso jurídico foi instalado no Brasil no século XIX. Sua criação, manutenção e controle foram exercidos de forma centralizada durante o Império. Na República houve algumas inovações, mas nada que o transformasse; permaneceu desvinculado da realidade social. Houve um aumento descontrolado do curso no país, que despertou inúmeras preocupações e deu início à criação de Comissões para analisar o problema do ensino jurídico no Brasil. Verificou-se que um dos grandes problemas desse ensino se deve ao fato de seu conhecimento ser meramente informativo, transmitido. Os alunos que dele participam não aprendem a desenvolver um raciocínio que lhes permita interagir com os fatos sociais, tornando-os meros repetidores das leis vigentes.

**Palavras Chaves:** Ensino Jurídico, Positivismo, Conhecimento.

**Abstract:** The juridical course was installed in Brazil in the 19<sup>th</sup> century. Its creation, maintenance and control were exercised in a centralized way during the Empire. In the Republic there were had some innovations, but nothing that could transform it. It stayed disentailed of the social reality. There was an uncontrolled increase of the course in the country which developed many preoccupations and allowed the creation of Commissions to analyze the problem of the juridical teaching in Brazil. It was verified that one of the great problems of that teaching is due to the fact of this knowledge be merely informative, transmitted. The students who participate of it do not know how to develop a reasoning that allows them to interact with the social facts, turning them mere repeaters of the present laws.

**Keywords:** Juridical teaching. Positivism. Knowledge.

**Resumen:** El curso jurídico se instaló en Brasil en el siglo XIX. Su creación, manutención y control se ejercieron de manera centralizada durante el Imperio. En la República hubo algunas innovaciones, pero nada que le transformara, se quedó desvinculado de la realidad social. Hubo un aumento desenfrenado del curso en el país, que despertó preocupaciones innumerables y causó la creación de Comisiones para analizar el problema de la enseñanza jurídica en Brasil. Fue verificado que que unode los grandes problemas de esa enseñanza es debido al hecho de su conocimiento

---

<sup>1</sup> Samara Tavares Agapto das Neves. Mestre em direito (UNIVEM-Márilia/SP). Professora da FAIT-Itapeva/SP. Assessora Jurídica e Advogada.

---

ser meramente informativo, transmitido. Los estudiantes que participan de él no aprenden a desarrollar un razonamiento que les permiten la interacción con los hechos sociales, volviéndoselos, así, repetidores de las leyes vigentes.

**Palabras-Clave:** Enseñanza jurídica. Positivismo. Conocimiento.

## Introdução

O presente artigo visa fazer um balanço geral do ensino jurídico no Brasil, desde a sua instalação até os motivos da crise atual do ensino do Direito, trazida pela reprodução do paradigma dogmático, qual seja, o positivismo jurídico<sup>2</sup>.

Num primeiro momento, far-se-á uma análise histórica da instalação das Faculdades de Direito no Brasil e a evolução da forma de ensinar no Império e na República.

Em seguida, será feita uma exposição do paradigma epistemológico positivista, demonstrando as conseqüências por ele trazidas ao ensino jurídico e, finalmente, sua insuficiência para o aprendizado do Direito.

### 1. Balanço Geral do Ensino Jurídico no Brasil

Com a análise das obras: *Ensino do Direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino* (2000) de Horácio Wanderlei Rodrigues; *Currículo mínimo dos cursos jurídicos e Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade* (1996) da autora Vera Andrade, far-se-á um esboço histórico de toda a trajetória, desde a instalação dos cursos jurídicos no Brasil, bem como a maneira como foi ensinado durante todo o século XIX e XX.

Os cursos jurídicos brasileiros foram criados pela Lei de 11 de agosto de 1827, tinham sede em São Paulo e Olinda, e eram denominados de Academias de Direito. Em março de 1828, foi instalado o curso, em São Paulo no Convento de São Francisco; em maio do mesmo ano, o de Olinda, no Mosteiro de São Bento. A partir de 1854, passaram a ser chamados de Faculda-

des de Direito, e o curso de Olinda foi transferido para Recife.

Em 1869 ocorreu a reforma do ensino livre, em que o aluno não era obrigado a freqüentar as aulas, mas sim, apenas prestar exames e obter aprovação.

Durante o Império, o ensino do Direito foi controlado pelo governo central. Apesar de os cursos serem localizados em províncias, a criação, manutenção e o controle eram exercidos de forma absolutamente centralizada. Tal controle englobava desde recursos, currículo, metodologia até nomeação dos professores e livros adotados.

O Império teve também como característica a adoção do jusnaturalismo como doutrina dominante até meados de 1870, período em que o evolucionismo e o positivismo foram introduzidos no Brasil.

Nessa época, limitou-se, como metodologia de ensino, às aulas-conferências, estilo adotado nas Faculdades de Coimbra. Além disso, as Faculdades passaram a ser o local de comunicação das elites econômicas, nas quais os alunos eram formados para ocuparem os escalões políticos e administrativos do país. Por fim, o ensino do Direito não acompanhou as mudanças que foram ocorrendo na estrutura social ao longo dos anos.

Na República, houve uma importante inovação com a possibilidade de criação das faculdades livres, isto é, instituições particulares que eram supervisionadas pelo governo e gozavam dos privilégios e garantias das faculdades públicas. Tais instituições após o cumprimento, pelo aluno e pela própria instituição, de exigências existentes nos estatutos (abrangiam provas e aprovações) tinham o direito inclusive de conferir o grau acadêmico. Com isso, houve um significativo aumento

do número de cursos, e deu-se maior possibilidade à classe média de ter acesso a um curso superior. Essas instituições surgiram em diversos pontos do país, acabando o dualismo exercido por São Paulo e Recife, dando início ao pluralismo de cursos jurídicos. Mais tarde, esse fato passou a ser apontado como um dos principais responsáveis da decadência pela ensino do Direito no Brasil.

Na República Velha, permaneceu a desvinculação entre a realidade social e a instância educacional, embora tenham ocorrido alterações: modificações no currículo dos cursos, em que se passou a dar maior profissionalização aos seus egressos, mas não deixou de ser rígido e não se notou nenhuma alteração estrutural. O positivismo passou a influenciar decisivamente na concepção do Direito e no seu ensino; iniciou-se também, discussões sobre a metodologia de ensino, porém a opção didático-pedagógica adotada continuou sendo a aula conferência.

Com a Reforma Francisco Campos, em 1931, procurou-se dar um caráter profissionalizante aos cursos jurídicos. Assim, ocorreu um desdobramento: o bacharelado e o doutorado. Ao primeiro cabia a formação dos operadores técnicos e ao segundo, a preparação dos pesquisadores e futuros professores. Tal reforma não surtiu o êxito esperado, pois o curso de bacharelado permaneceu com o mesmo nível anterior e o de doutorado não atingiu os objetivos almejados.

Em 1955, salientou-se que o problema do ensino jurídico poderia ser analisado como uma projeção do problema geral do ensino superior e de todo sistema educacional, como também, um aspecto da própria cultura jurídica. A crise da sociedade brasileira estava relacionada à burocratização

estéril e à falta de criatividade e preocupação com o novo, e assim a universidade passou a ser mera reprodutora de conhecimentos tradicionais (RODRIGUES, 2000). Assim, passou a ser fundamental à universidade recuperar seu papel de criação, sendo tal retomada também necessária no campo do ensino jurídico.

[...] o Direito, como técnica de controle social estava em processo crescente de perda de credibilidade. Defendia, então, um movimento que visasse à restauração da supremacia da cultura jurídica e da confiança no Direito como forma de controle social, devendo esse movimento lançar raízes em uma reforma do ensino, tendo essa como meta básica o desenvolvimento, o treinamento e o efetivo desempenho do raciocínio jurídico. O ponto de vista, a meu ver que devemos partir, nesse exame do ensino que hoje praticamos, é a definição do próprio objetivo da educação jurídica. Quem percorre os programas de ensino das nossas escolas, e sobretudo quem ouve as aulas que nelas se profere, sob a forma elegante e indiferente da velha aula-douta Coimbra, vê que o objetivo atual do ensino jurídico é proporcionar aos estudantes o conhecimento descritivo e sistemático das instituições e normas jurídicas. Poderíamos dizer que o curso jurídico é, sem exagero, um curso de institutos jurídicos, apresentados sob a forma

expositiva de tratado teórico-prático. (RODRIGUES, 1995, p. 11)

Passaram-se mais de quarenta anos, e no mundo jurídico quase nada mudou. A mesma cena, da década de 50, aplica-se ainda hoje na maioria das salas de aula de Direito.

Houve, em 1962, pela primeira vez na história do ensino jurídico brasileiro, a implantação de um currículo mínimo – até aquele momento o Estado, através dos órgãos competentes, havia sempre imposto currículos plenos -, o que, formalmente, constitui-se em um avanço. No entanto, a alteração no conjunto normativo educacional não trouxe maiores efeitos na prática efetiva presente nos cursos jurídicos, mantendo-se os currículos plenos limitados e estanques, apesar da flexibilidade introduzida pelo novo sistema adotado. (RODRIGUES, 1995, p. 12)

Entre 1930 e 1972 pouca coisa mudou em nível qualitativo, pois novamente não houve grandes mudanças estruturais. Em tal período ocorreu uma proliferação enorme de cursos de Direito pelo país, possibilitando à classe média um maior acesso ao mesmo. As reformas buscaram novamente dar uma formação mais profissionalizante, e a qualidade permaneceu de baixo nível com um conteúdo desvinculado da realidade social. A aula-conferência continuou como forma didático-pedagógica, contudo começou-se a pensar na crise da educação jurídica como

uma crise do Direito e de sua cultura, iniciando-se assim, a crítica do ensino legalista e codificado, defendendo-se o desenvolvimento do raciocínio jurídico.

Em 1972, através da Resolução 3 do Conselho Federal de Educação (CFE), introduziu-se no país um novo currículo mínimo para os cursos de Direito, que vigorou até o final de 1994. Continha ele uma razoável flexibilidade, visando a sua adaptação ao mercado de trabalho e às realidades locais e regionais. Essa reforma curricular não trouxe, no entanto, os resultados práticos esperados, muito pouco mudando o ensino jurídico brasileiro, que continuou desvinculado da realidade social. (RODRIGUES, 1995, p. 12)

Nesse período histórico, houve um crescimento descontrolado dos cursos de Direito e seu número de vagas, sendo isso conseqüência da criação de Faculdades de Direito em instituições particulares, assim como, um aumento exorbitante do número de vagas nos cursos já existentes. Tal fato ocorreu, por ser o curso de Direito um dos mais procurados nos vestibulares, unido ao fato de ter um baixo custo de instalação, pois necessita apenas de salas de aula, quadro negro, biblioteca; que na maioria das vezes, são estantes com códigos e manuais, que quase nunca são atualizados; e de advogados, promotores e juizes para ministrarem aulas. Na maioria das vezes, fazendo de conta que são professores, uma vez que, não se dedicam à pesquisa e fazem das au-



las uma mera exposição de casos próprios ou ensinam os alunos a serem meros memorizadores de conteúdos codificados.

Essas discussões e problemas levaram o MEC, no início da década de 80, a criar uma Comissão de Especialistas em Ensino de Direito, com a finalidade de apresentar uma nova proposta de currículo. A proposta apresentada ao Conselho federal de Educação (CFE) nunca foi implantada. Já na década de 90 foi a vez do Conselho Federal da OAB criar uma Comissão de Ensino Jurídico, encarregada de diagnosticar a situação desse ensino no país e de apresentar propostas de solução, o que foi efetivado com grande repercussão. Seguiu-se a ela a convocação, pelo MEC, de nova Comissão de Especialistas. Dessa vez a proposta apresentada teve melhor sorte e foi aprovada, sendo suas diretrizes obrigatórias já a partir de 1996. (RODRIGUES, 1995, p. 13)

Assim, nos trabalhos dessas diversas comissões, chegou-se à seguinte realidade do ensino jurídico brasileiro:

Na sua estrutura base, há a estrutura axiológica que se divide em paradigma ideológico e paradigma epistemológico. O primeiro baseia-se na crença em valores culturais, políticos, econômicos e jurídicos do liberalismo combinado com o conservadorismo. Tal paradigma é reproduzido pelo segundo, ou seja, o epistemológico positivista, no qual a norma é o objeto

principal do conhecimento jurídico. O método é o lógico-formal e acredita-se na neutralidade do sujeito cognoscente.

A estrutura operacional se divide em administrativa e acadêmica. Na estrutura administrativa, nota-se a presença do conservadorismo devido à influência histórica. No nível acadêmico, o paradigma ideológico liberal se faz presente nas salas de aula e nos manuais didáticos.

O paradigma epistemológico positivista também aparece na estrutura acadêmica. A educação tradicional, ainda vigente, apresenta vínculos com o positivismo, sua concepção de ciência e verdade. O positivismo está presente na metodologia com a técnica do código comentado e no currículo pela ênfase normativa. (RODRIGUES, 2000)

A partir dessas análises, passa-se a identificar os principais problemas do ensino do Direito no Brasil, baseados puramente na matriz positivista.

## **2. A matriz positivista no Ensino do Direito no Brasil**

Com o início dos ideais republicanos e com a proclamação da República, o positivismo passou a fazer parte do conhecimento e do Ensino do Direito no Brasil. Com o Iluminismo, no século XIX, as idéias foram marcadas por essa nova visão teórica.

[...] surgem às expressões brasileiras do positivismo e do evolucionismo que representam, em nosso meio, o influxo de uma relativa urbanização e modernização da vida social que, em pouco tempo, repercutiria no plano mais visível da vida política com a abolição da escrava-

tura e a proclamação da República. (MACHADO NETO, 1978, p. 14)

Com base nas obras *O positivismo jurídico* (1995) e *Teoria do ordenamento jurídico* (1997), ambas de Norberto Bobbio, far-se-á uma breve análise do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico tem como fonte principal do Direito a lei, que é formulada pelo Poder Legislativo. As leis são aplicadas pelos juízes que estão limitados a tais comandos legais responsáveis pela solução dos conflitos dentro da sociedade.

Essa matriz tem o Direito como aquele posto pelo poder soberano, por meio da lei, isto é, normas gerais e abstratas. O Direito é fato social, ou seja, é um instrumento de intervenção social, em que a prevalência da lei cria idéias de Direito como um ordenamento racional da sociedade.

A ordem jurídica do positivismo consiste num conjunto de leis gerais e abstratas, revestidas de coação punitiva, e originadas do poder público por meio do órgão Legislativo. Esse conjunto de regras, impostas e escritas pelo Estado, forma o corpo de regras que se convencionou chamar Direito Positivo. (BOBBIO, 1995)

Dessa forma, há que o positivismo jurídico decorre do monismo jurídico (o Estado é o único legitimado a criar leis).

Tratar-se-á agora de algumas características do positivismo jurídico.

O positivismo tem o Direito como um fato e não como um valor. Busca o conhecimento objetivo da realidade sem a formulação de juízos de valor, tendo como único objeto de estudo o Direito real.

Os juspositivistas diferenciam validade e valor das normas jurídicas.

Enquanto a primeira é a possibilidade da norma existir no ordenamento jurídico real, a segunda é a possibilidade de estar em conforme ou não com o Direito real. Tais seguidores atêm-se apenas à validade das normas, visto que a justiça ou injustiça do Direito não faz parte do positivismo jurídico. O Direito é aquele aplicado pelos juízes.

Outra característica dessa matriz são suas fontes, pois estão diretamente ligadas ao critério de validade das normas, que só serão válidas se originadas de fontes autorizadas para sua produção.

A principal fonte da matriz positivista é a lei que prevalece sobre as demais, quais sejam: os costumes, as jurisprudências e as fontes negociais (contratos, convenções etc). A lei é considerada como fonte primária do Direito, enquanto as demais são as chamadas fontes secundárias.

A Teoria Imperativista da Norma Jurídica também é amplamente desenvolvida pelo positivismo jurídico. A norma é um comando dado por uma autoridade que obriga seus destinatários, em razão de seu valor formal para que se atinja a finalidade buscada, aceitá-la, não gerando responsabilidade para quem acata, porém punindo quem não a cumpre. (BOBBIO, 1997)

Dessa forma, observa-se que a coação é um elemento essencial e típico do Direito dentro do positivismo jurídico. Direito e coação estão intimamente ligados, pois não existe um sem o outro.

Na verdade, a coação é uma das formas de fazer com que se cumpra a norma, sendo a sanção um elemento essencial em sua estrutura, ou seja, para o positivismo o Direito é um conjunto de normas que regulamenta o uso da força coativa na sociedade e essa coação apresenta diversos graus

ou intensidade.

Outro ponto de destaque dessa matriz é a Teoria do Ordenamento Jurídico que apresenta três características: a unidade, a coerência e a completitude. Aqui o Direito é composto por um ordenamento jurídico que engloba não apenas as leis, mas também, as regras elaboradas para a supressão das lacunas da lei e as normas negociais.

A unidade traz as idéias de hierarquia, as normas encontram-se escalonadas como uma pirâmide e, em seu topo, têm-se as normas de maior incidência; no caso do Brasil, a Constituição Federal. Assim, todas as demais normas devem adequar-se a ela.

Além disso, deve haver uma compatibilidade entre as normas; a coerência é garantida pelo princípio de que as normas compatíveis com o ordenamento jurídico são válidas. Aí surge o problema da verificação da validade no confronto de normas incompatíveis entre si, que pela doutrina pode ser solucionado pela aplicação dos critérios: cronológico, hierárquico e o da especialidade.

O cronológico é o critério segundo o qual, entre suas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. O hierárquico é aquele pelo qual, quando há incompatibilidade, prevalece a lei hierarquicamente superior. E, finalmente, o da especialidade é aquele em que entre duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a segunda que estabelece regras e requisitos mais específicos.

Pode, ainda, acontecer um conflito entre os critérios, sendo necessário dar preferência a um ou a outro. O critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que tem por efeito eliminar a norma inferior, mesmo que posterior. O conflito entre o critério da especialidade e o cronológico deve ser resolvido

em favor do primeiro, pois a lei geral sucessiva não tira a validade da lei especial precedente. Já, no caso de divergência entre os critérios hierárquicos e o da especialidade, deve prevalecer o hierárquico, admitindo-se o princípio de que uma lei ordinária especial não pode derogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas. Os princípios fundamentais<sup>3</sup> de um ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziarem rapidamente de qualquer conteúdo se assim não fosse.

Por completitude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso (BOBBIO, 1997). A completitude é uma condição necessária para os ordenamentos, onde há duas regras: o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que são apresentadas para seu exame e deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.

Se em um ordenamento faltasse a primeira regra, o juiz não teria que julgar todas as controvérsias a ele apresentadas.

Já, se em um ordenamento, faltasse a segunda, o juiz teria que julgar o caso, mas não seria obrigado a julgá-lo baseado em uma norma do sistema. Nesses casos, alguns ordenamentos autorizam o juiz a julgar, na falta de um dispositivo de lei, segundo a equidade.

Portanto, o juiz não pode deixar de julgar, bem como não pode criar direito, pois para o positivismo jurídico inexistem lacunas no ordenamento jurídico; tal afirmação decorre de duas teorias: a do Espaço Jurídico Vazio e a da Norma Geral Exclusiva. Na primeira, fato não legalmente regulamentado, é irrelevante juridicamente, não havendo então lacuna. Já na segunda,

todos os fatos não regulamentados pela lei são lícitos, ou seja, o que não é proibido é permitido. (BOBBIO, 1997)

O positivismo influenciou e manifestou-se de forma concreta no Brasil, principalmente na Proclamação da República, influência que a bandeira brasileira carrega até hoje no seu lema contido na expressão *ordem e progresso*.

A partir de tal matriz, o fato existente passa a ser levado em consideração; com o direito estatal houve a submissão ao dever-ser ideal, descrito na norma vigente. Isso gerou conseqüências, tais como:

Por um lado, ao reconhecer empiricamente o direito estatal como o direito mais positivado, **reduz a ciência jurídica à ciência do direito positivo do Estado, à ciência da lei estatal**. Por outro lado, forjou o método lógico-formal de apreensão e interpretação deste direito positivo estatal. Em outras palavras, tornou o método de apreensão do direito positivo estatal num método mais rigorosamente lógico. Onde se mantém um conhecimento estruturado a partir de dogmas mantidos fora da discussão jurídico doutrinária. (FALCÃO, 1984, p. 87, grifo nosso).

Com isso, afastou-se do conhecimento jurídico a preocupação com o conteúdo, porque o Direito passou a ser nada mais do que um método das normas que descrevem o dever-ser estatizado, e não um método de conhecimento do ser-social.

Como conseqüência da influência do positivismo e de seu método na ciência do Direito, os cursos jurídicos, reprodutores desse conhecimento, ensinam uma doutrina de Direito como um sistema fechado, unidisciplinar, lógico-formal, que obscurece a questão dos conteúdos das normas, que sublinha a questão da legalidade e validade das normas. (FALCÃO, 1984, p. 64).

Assim, o positivismo tem seu conhecimento baseado em dogmas, que não são discutidos, tem-se apenas o direito estatal vigente. Isto é, leva-se em consideração apenas a legalidade. Isso faz com que se confunda norma com Direito, e acredita-se na objetividade, neutralidade e isenção valorativa daquele que produz e daquele que aplica a norma.

O Direito passa a ser visto como forma de ordem e controle social, busca-se a construção de um sistema fechado, completo e unívoco, em que tudo será nele resolvido, pois na lei não poderá haver lacunas. A sustentação da matriz positivista encontra-se no Liberalismo, que vê a lei escrita como instrumento de controle do Estado pela sociedade. (RODRIGUES, 1993)

Por isso, o positivismo é reducionista, pois faz com que o Direito seja uma forma de controle político e econômico. Ou seja, para legitimar o poder estabelecido, cria-se uma representação consensual, unívoca e não-democrática. Portanto, esse paradigma engessa as atividades dos juristas tornando-os meros burocratas e não mais cientistas, porque são apenas técnicos a serviço de técnicos.

No período histórico contemporâneo o paradigma vigente tem sido um positivismo travestido, em alguns momentos, de pequenas nuances jusnaturalistas, como a apelação retórica à justiça, utilizada quando a pura norma não é suficiente. De certa forma pode-se dizer que o imaginário jurídico brasileiro atual tem como base em determinadas situações, um positivismo transcendente. (RODRIGUES, 1993, p. 116).

As conseqüências trazidas pelo paradigma positivista ao Ensino do Direito são drásticas, pois não se consegue superar as deficiências por ele apresentadas. É comum, dentro das salas de aula, a repetição de leis e códigos que estão em desacordo com a realidade social.

Os códigos já não são mais suficientes para atender os interesses conflitantes e os alunos, ao se depararem com o caso concreto, não conseguem solucionar o problema, porque foram treinados apenas com as letras da lei e nada mais que isso; pois, o positivismo prende-se à análise da norma que foi positivada pelo Estado e não consegue superar o direito posto.

Isso faz com que o aluno apenas reproduza e não consiga aplicar a dialética social ao caso concreto. Esse paradigma, por reduzir o Direito à lei, faz com que se torne obscura as contradições existentes no ordenamento, por criar a ilusão da legalidade fazendo-se nele um sistema fechado, completo e unívoco. (RODRIGUES, 1993)

“A prática jurídica embasada unicamente no direito positivo só pode servir a grupos e classes dominantes, mantendo marginalizados os opri-

midos e dominados”.(RODRIGUES, 1993, p. 116).

A principal conseqüência da prática positivista, no ensino jurídico, é o exegetismo:

Constitui destarte, uma visão inteiramente falsa do ensino jurídico fazê-lo constituir basicamente num aprendizado das leis em vigor. É o comportamento que já se caracterizou como exegetismo, ao invés de dar ao aluno o instrumental conceitual que lhe permita intervir ativamente na construção de uma sociedade melhor, limita-se a fornecer-lhe uma notícia de soluções normativas garantidas para um contexto histórico, que provavelmente não será o de amanhã, isto é, o do período em que atuarão profissionalmente os estudantes de hoje. Assim procedendo, as faculdades de Direito assumem [...] uma atitude voltada para o passado, quando seu verdadeiro papel seria o de preceder, pela pesquisa e pela reflexão criadora, a intervenção do juiz e do legislador, pois pela ordem natural das coisas compete sobretudo a elas a vanguarda da elaboração jurídica. (VILLELA, 1979, p. 40).

A característica mais marcante do ensino exegetista do Direito é sua idéia contrária ao progresso social, bloqueando o dinamismo do processo de aprendizagem e, por ser não-progressista, serve apenas para preservar o *status quo*. (VILLELLA, 1979)

O Direito é ensinado em numerosos cursos, com caráter complementar em relação ao objeto ministrado, tem então função informativa. Nos cursos de Direito, porém, esse ensino deve ser essencialmente formativo. Ele não (...) deve tender a fornecer aos alunos o conhecimento de muitas leis, deve sobretudo preparar o aluno para saber pensar o Direito, capacitando-o para abordar os casos jurídicos com que vier a deparar.

Por outro lado só um ensino crítico permite ao jurista em formação ser um agente de mudança e sobreviver a ela. Se todo ensino do Direito fosse um ensino de leis, o jurista, quando essas leis fossem revogadas, não saberia nada. Se for um ensino formativo, ele terá a base na qual poderá enquadrar todas as alterações legislativas que surgem. Aprender-se-á por si a importância deste aspecto em tempo de reforma legislativa. (ASCENSÃO, 1978, p. 84).

A grande inversão que se produz no pensamento jurídico tradicional é tomar as normas como Direito e, depois, definir o Direito pelas normas, limitando estas às normas do Estado e da classe e grupos que o dominam. (LYRA FILHO, 1982)

Segundo Professor Luiz Fernando Coelho (1983, p. 124) tem-se:

A ordem jurídica de um país não é o sistema de leis em vigor, mas é o modo como

juizes, advogados, promotores de justiça, professores e acadêmicos de Direito as interpretam, integram e aplicam.

Para que os juristas tenham essa capacidade, é necessário que as Faculdades dediquem-se à formação da personalidade do aluno, discutindo os preconceitos normativos e não simplesmente a norma a partir de sua vigência; as relações entre produção teórica dos juristas e os requerimentos da vida comunitária, para que as leis inúteis não sejam criadas e para que os marginalizados, oprimidos e dominados possam beneficiar-se de tais leis.

Atualmente não se admite mais a delimitação dos estudos jurídicos ao direito positivo nacional. Exige-se do jurista que tenha um conhecimento sistemático do ordenamento jurídico ao qual pertence, vale dizer, um conhecimento do direito positivo nacional referido ao contexto mais amplo dos sistemas jurídicos das nações às quais a sua própria nação está ligada por um passado comum e a consciência de uma destinação comum. Exige-se ainda do jurista que ele seja tão filósofo quanto político e sociólogo, como condição para não ser absorvido pela mediocridade a que a formação acadêmica mal orientada certamente levará. (COELHO, 1974, p. 12)

Para Warat (1977, p. 61) é preciso uma análise crítica sobre o ensino do Direito:

As Faculdades de Direito devem deixar de ser centros de transmissão de informação, para se dedicarem, prioritariamente, à formação da personalidade do aluno, do advogado, do jurista, de sujeitos que saibam reagir frente aos estímulos do meio sócio-econômico.

[...] deve-se discutir, profundamente e sem falsos preconceitos normativos, as relações entre a produção teórica dos juristas e os requerimentos da vida comunitária.

[...] a análise crucial reivindicada pela problemática educacional jurídica reside na relação entre o que se ensina e o modo como se ensina, justaposta à outra face do problema que é a relação do que se aprende.

Deve haver uma preocupação com o exame dos aspectos ideológicos da educação, a ideologia é a negação do plural do mundo. No campo do Direito a dogmática jurídica age dessa forma. O ensino dogmático, tal como existe hoje oferece explicações unívocas sobre a realidade, quando o que existe são múltiplas formas de compreendê-las e decifrá-las.

Verifica-se, assim, que a matriz positivista nasce para defender o interesse de uma determinada classe social, a burguesia, que construiu um mundo de acordo com seus ideais, legitimando essa concepção como meio de conseguir a ordem social, pois quando

não há rebeldia, há harmonia, tendo-se assim a ordem social e o bem estar. Isso significaria o progresso, usado também como lema da bandeira brasileira, *ordem e progresso*.

O positivismo é o Direito posto, um conjunto de normas aplicadas coativamente, garantia essa de seu cumprimento. É uma teoria monista, pois a lei é a única fonte do Direito emanada pelo Estado. Para que esse positivismo exista é necessário a existência de um conjunto de normas que determinem os comportamentos que devem ser punidos, uma autoridade para solucionar as questões previstas nessas normas, e a existência de situações subjetivas que identifiquem a obrigação legal.

Tal matriz é considerada como uma concepção neutra, sem lacunas e coerente, ensinada nos cursos jurídicos como um sistema fechado e unidisciplinar que faz do Direito basicamente um método no qual, através de proposições normativas descreve o dever-ser estatizado na norma jurídica, sublinhando a questão da legalidade, onde a norma deve obedecer ao Princípio do Direito Natural (direito justo), sendo o critério para defini-la o lógico-formal, pois se deve estabelecer coerência entre o que a norma dispõe e o disposto pelas outras normas hierarquicamente superiores. Não se esquecendo da questão da validade, na qual se deve observar o modo de elaboração e o conteúdo das normas, atendo-se aos conceitos, valores, objetivos e ideais da vida social.

## CONCLUSÃO

Diante o exposto, tem-se como conseqüência do positivismo um ensino do direito que se constitui de um aprendizado das leis em vigor, ao invés

de dar ao aluno a base que lhe permita intervir na construção de uma sociedade melhor. Fornece apenas notícias de soluções normativas e, com a supervalorização da prática, enfatiza o saber-fazer em detrimento do porque-fazer, esquecendo-se que a prática é pôr uma teoria em exercício.

As Faculdades de Direito não assumem seu verdadeiro papel, que é o de preceder pela pesquisa e reflexão, pois compete aos juizes e legisladores, por ela formados, a elaboração jurídica.

Dá-se, assim, origem a juristas despreparados que estão presos a um Direito único e absoluto que não conseguem lidar com a realidade social. Os alunos são oprimidos dentro desse contexto do ensino jurídico, pois se encontram submetidos a um ensino que empobrece e, portanto, ficam impedidos de desenvolver a capacidade de pensamento próprio, isto é, não podem se manifestar criticamente diante da realidade social e nem quanto ao próprio conteúdo do ensino codificado.

Sem contar que há ainda aqueles que não podem ou não querem fazer parte desse conhecimento crítico, pois a maioria só pensa em decorar as leis e códigos para passar de ano, e ao final do curso, ingressar em um concurso público. E aí os problemas da sociedade aumentam, pois que benefícios alguém que apenas decorou as leis pode trazer para a sociedade?

Sempre se deve frisar que o ensino tem que ser formativo e não fornecer um simples conhecimento da lei. O aluno deve ser preparado para saber pensar o Direito, capacitando-se para abordar os casos jurídicos. Conhecimento esse que não será adquirido caso estude somente as leis, porque o aluno não fica capacitado para exercer sua profissão, pois a mudança da nor-

ma lhe tornaria desconhecido seu objeto de trabalho.

Dessa forma, também não adquire a capacidade de reflexão para que ajude na construção da sociedade, já que teve um ensino contrário à idéia do progresso social e a favor da preservação do *status quo*, como já diria Faria, *dar aos ricos sua riqueza e aos pobres sua pobreza*.

Conclui-se, então, que os cursos de Direito se contentam com a simples transmissão do conhecimento. Durante muito tempo, pode-se dizer, o ensino do Direito fixou-se apenas na transmissão da cultura jurídica tradicional. O mundo precisa cada vez mais de profissionais aptos a resolver os problemas da coletividade de uma forma geral, haja vista os problemas políticos e econômicos pelos quais o Brasil vem passando atualmente. Somente com a conscientização do papel de cada um dentro da sociedade, principalmente daqueles que irão comandar o Poder Judiciário, é que se poderá ter a esperança de uma sociedade mais justa e que respeite os direitos de todos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera. *Dogmática Jurídica*: Escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*: introdução e teoria geral. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1978

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Brasília: UnB, 1997

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria da*



ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1974

\_\_\_\_\_. *Introdução à crítica do Direito*. Curitiba: HDV, 1983

FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Fundação J. Nabuco, 1984

FARIA, José Eduardo. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, 1988

\_\_\_\_\_. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987

\_\_\_\_\_. Ensino jurídico: mudar cenário e substituir paradigmas teóricos. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ensino jurídico: parâmetros para elevação de qualidade e avaliação*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, 1996

\_\_\_\_\_. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica ao idealismo jurídico. In: LYRA, Doreodó Araújo. *Desordem e processo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982

MACHADO NETO, A. L. A filosofia do Direito no Brasil. In: CRIPPA, Adolpho (Coord.). *As idéias filosóficas no Brasil – século XX parte II*. São Paulo: Convívio, 1978

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993

\_\_\_\_\_. *Novo currículo mínimo dos*

*cursos jurídicos*. São Paulo: RT, 1995

\_\_\_\_\_. O ensino do direito, os sonhos e as utopias. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (Org.). *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000

\_\_\_\_\_. *Ensino do direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000

\_\_\_\_\_. Ensino jurídico para que(m)? Tópicos para análise e reflexão. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ensino jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, 1996

VILLELA, João Baptista. Os cursos pós-graduados em Direito e a superação da idade exegetica. In: ENCONTRO da UnB. *Ensino jurídico*. Brasília: UnB, 1979

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, 1988

WARAT, Luís Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977

## Notas

<sup>2</sup> Considera-se nesse artigo positivismo jurídico como: o conjunto normativo positivado pelo Estado que reduz o Direito à lei e busca fazer do sistema legal um sistema unívoco, fechado e completo. (RODRIGUES, 2000)

<sup>3</sup> Princípios fundamentais são os critérios que permitem estabelecer se uma norma pertence ou não a um ordenamento, é o fundamento de validade das normas dentro do sistema. (BOBBIO, 1995)

---

# OS MITOS E A PROPRIEDADE PRIVADA DA TERRA

Elaine Cristina Francisco <sup>1</sup>

**Resumo:** A função sócio-ambiental da propriedade e demais restrições conferiam-lhe nova feição. Hoje, a propriedade privada da terra é legitimada a partir do interesse público. Surge, portanto, um conceito “dinâmico” de propriedade em substituição ao conceito anterior, clássico e “estático”.

**Palavras-chave:** Mito. Propriedade. Função sócio-ambiental.

**Abstract:** The socioenvironmental function of the property and others restrictions conferred them a new feature. Today, the private property of the earth is legitimated from the public interest. It has appeared, therefore, a “dynamic” concept of the property in substitution of the previous concept, classic and “static”.

**Keywords:** Myth. Property. Socioenvironmental function.

**Resumen:** La función socio-ambiental de la propiedad y otras restricciones les confirió una nueva característica. Hoy, la propiedad privada de la tierra se legitima a partir del interés público. Por consiguiente, apareció un concepto “dinámico” de propiedad en substitución al concepto anterior, clásico y “estático”.

**Palabras-clave:** Mito. Propiedad. Función socio-ambiental

---

<sup>1</sup> Elaine Cristina Francisco Volpato. Mestre em Direito (UNIVEM-Marília/SP). Professora da UNIOESTE-Foz do Iguaçu/PR. Email: elacrisfr1@yahoo.com.br

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade atual é aparentemente destituída de mitos, mas isso não diminui sua relevância, dado que um mito surge a partir da experiência.

Na verdade, foi a partir da vivência do mito que a humanidade desenvolveu o sentimento religioso, a preocupação com o justo e, enfim, fez surgir o próprio Direito.

O mito, ainda que seja negado/comprovado pela ciência, ou catalogado pela história, é importante por capturar o humano a partir de sua práxis. É transcendental, pois se trata de uma “explicação teórica” que “soluciona” os problemas existenciais do homem, ou seja, sua relação com a natureza e com o meio social.

Os mitos são sonhos do mundo, isto é, arquétipos dos mais importantes problemas do homem. Para a reflexão, ora proposta, adota-se em especial a concepção de CRIPPA (1975: 59), qual seja, “*Mythos* é um dizer original. Palavra que cria a realidade”.

A sociedade atual fez do mito uma literatura esquecida, aparentemente irrelevante, posto não ser classificado como um “item” essencial de sobrevivência.

Parece, por conseguinte, de suma importância sua análise, pois o mito possibilita o homem a colocar sua mente em contato com a experiência de estar vivo. E, para Campbell (1990), são histórias da busca humana pela verdade através dos tempos.

E, se “tudo o que existe atualmente não faz senão *reproduzir* o que existiu no período pré-temporal e encontra sua razão de ser na *participação-imitada* desta realidade mais real que o transcendente”. (CRIPPA, 1975, p. 82).

A propriedade imobiliária, em especial a rural, tem raízes longínquas na

história humana. E uma análise que se quer crítica (logo, não convencional), segundo um coerente entender, não pode ignorar sua origem mais remota, sua origem no mito.

A relação entre o homem, ser dotado da capacidade de se apropriar de bens, com a terra, dada sua importância, é marco divisório inclusive da História Humana.

Por isso, identifica-se, até com certa facilidade, pelo menos três grandes momentos dessa relação, quais sejam:

O homem econômico, numa fase inicial do capitalismo onde o Estado Liberal é instaurado, tende a defender a postura individual, ilimitada e sagrada do direito de propriedade, efetivando-a mediante instrumentos de tutela individual de direitos.

O homem social, “gestado” pela crise econômica de 1929, quer renunciar ao Estado Liberal e acredita, dada sua nova visão de mundo, no Estado Social. Ocorre uma flexibilização do direito de propriedade pela introdução de sua função social e, contemporaneamente, surge a concepção de tutela coletiva.

O homem atual é simbólico. Tem consciência de si e de sua transcendência. É compelido a ponderar suas decisões a partir das consequências futuras de seus atos. O direito de propriedade é re-significado mediante a concepção ambiental agregada ao social e, portanto, requer uma nova categoria de tutela jurisdicional: os direitos difusos.

Escolher, assim, como ponto de partida as categorias míticas que envolveram/envolvem a propriedade imobiliária, é, sobretudo, um esforço para transcender o senso comum e formular um re-significar da teoria jurídica.

Contextualizado o ponto de par-

tida, justificada a opção pela práxis social, em síntese, quer-se redefinir a propriedade imobiliária rural consoante a adequada validação de sua função socio-ambiental. Criticar o mito da propriedade absoluta, na definição clássica de direito subjetivo individual e absoluto.

## 2. O ESTADO E A PROPRIEDADE

A relação entre sujeito proprietário e objeto de apropriação variou no tempo, segundo as concepções de mundo humanas hegemônicas.

A história do fenômeno, como alerta Fonseca (2001), não é uma “ligação construída de modo artificial” ou um “mero enfeite do estudo”, mas uma questão que parece indispensável à validade teórica da hipótese científica.

Engels (1995), segundo melhor entendimento, faz uma síntese imprescindível para este trabalho. Para ele, a partir do momento em que a riqueza passa a ser valorizada e respeitada como bem supremo, as antigas instituições das “gens” são pervertidas.

O Estado é, em tal contexto, a instituição que deve primordialmente assegurar as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica, consagrando e justificando a propriedade privada, ainda que adquirida pelo roubo e/ou pela violência (ENGELS, 1995).

O Estado é um produto da sociedade quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento. Expressão da sociedade contraditória em si mesma, marcada pela divisão e por antagonismos irreconciliáveis<sup>2</sup>.

A característica geral do reconhecimento da sociedade, a partir de então, deriva das formas de aquisição, de defesa, justificação e utilização da pro-

priedade. Estimulou-se a acumulação acelerada de riquezas e consagrou-se como valor, noutro ponto, na destruição de recursos naturais.

Um retrato fiel dessa descrição social é legado por Milaré (2003, p. 09-10), que assim descreve a sociedade:

I – o ponto de vista *ecológico-econômico*, a depleção (ou rebaixamento dos níveis de disponibilidade) dos recursos naturais;

II – sob o ponto de vista *científico*, a superação de paradigmas já clássicos da Universidade por algo inovador que traz, em contrapartida, a visão sistêmica de um mundo construído de *redes e teias*, visão esta que se formou mediante conhecimentos fornecidos particularmente pela nova biologia e pela nova física;

III – sob os pontos de vista *socioeconômico e cultural*, de um lado os excessos do consumismo sem limites nem freios e, de outro lado, as péssimas condições de vida que afetam mais de dois terços da família humana, acentuando as diferenças inadmissíveis entre as nações e dentro das nações, e manifestando as odiosas assimetrias entre ricos, pobres e miseráveis;

IV – sob o ponto de vista *tecnológico*, o desmesurado crescimento da tecnologia que, em última análise, pode escapar ao controle do homem e constituir um risco para sobrevivência do planeta;

V – enfim, sob o ponto de vista *político*, a necessidade de se rever as relações entre os Estados-nação (particularmente as imposições hegemônicas dos poderosos que desconsideram o interesse geral dos povos), para se chegar a uma forma condensada de administrar a Terra e evitar “o dia depois de amanhã”.

Logo, não poderia o direito se manter inerte a essas profundas transformações sociais. Por isso, a propriedade que era absoluta em Roma foi substituída, na Idade Média, pela superposição de propriedades diversas (ainda que incidentes sobre um único bem). Mas tal modo de propriedade, na Europa, tende a desaparecer frente aos princípios do liberalismo e do individualismo.

A Revolução Francesa é marco histórico e ideológico dessa opção conceitual, que faz instaurar, especialmente no Ocidente, o direito de propriedade mais absoluto que o romano, bem como jamais visto, até então, pela humanidade<sup>3</sup>.

O desenvolvimento da concepção de propriedade privada absoluta é construído a partir do mercantilismo e, teorizado dos séculos XVI a XVIII, diante da necessidade e da prática das classes sociais então nascentes.

E, por isso, é a instituição jurídica identificável como “plenitude do direito sobre a coisa”, ou seja, um direito “sagrado”.

Segundo a leitura feita por Vaz (1992, p. 02), a Declaração de 1789 não trazia referência expressa ao direito à vida, mas o direito de propriedade encontrava-se definido como “*inviolable et sacré*” no art. 17.

A idéia de apropriação individual, exclusiva e absoluta, da gleba da terra não é universal, mas sim, um “fenômeno” histórico e geograficamente localizado (MARÉS, 2003).

Por isso, é uma construção humana recente, fruto do modo de produção capitalista, que tem sua culminância na *auri sacra fames* burguesa.

O direito de propriedade para um liberal é o mais típico, anterior e, até mesmo, superior a “toda criação jurídica do homem” após o estado de natureza, ou seja, no estado de sociedade civil.

Ela foi eleita como a instituição básica do liberalismo, especialmente quanto aos meios de produção, sendo posteriormente teorizada pela sociedade civil.

Segundo Dallari (1979, p. 242):

Do ponto de vista político, o liberalismo se afirmaria como doutrina durante o século XIX, sobretudo a partir de 1859, com a publicação da obra ‘Da Liberdade’, de STUART MILL. Adepto entusiasta do jusnaturalismo, sobretudo das idéias de ROUSSEAU, STUART MILL escreve que elas haviam produzido o devido efeito no século XVIII, mas era preciso reafirmá-las através de ações, porque achava que as palavras já haviam esgotado a força que poderiam ter.

A diferença entre o espírito pré-capitalista e o capitalista não deve ser encontrada nesse ponto, pois a apropriação da terra “sempre” foi marcada por uma dose de violência, de destruição, seja pela avidez do mandarim chinês, do antigo aristocrata romano ou,

mesmo, do moderno camponês. Relações essas que podem suportar as mais variadas comparações.

O predomínio universal da absoluta falta de escrúpulos na ocupação de interesses egoístas na obtenção do dinheiro tem sido uma característica daqueles países cujo desenvolvimento burguês-capitalista, medido pelos padrões ocidentais, permaneceu atrasado<sup>4</sup>.

Estado e Direito modernos, ao surgirem na Europa, tem suas teorias fundantes aceitas, de forma relativamente incontestada, a partir do século XVI e seguintes, fizeram considerar os homens não mais pela sua nobreza ou pelas suas qualidades, mas pelo valor de seus bens acumulados e pela sua capacidade ou disposição de acumular cada vez mais.

O Direito, estruturado a partir das Declarações de Direitos liberais do século XVIII, de fato teorizam essa época e, para muitos juristas, ainda a nossa.

Por exemplo, para tratar das relações de trabalho criou a ficção da autonomia de vontade e a liberdade, pressuposto indispensável para viabilizar o modo de produção capitalista; logo, o escravo passa a ser homem livre, pode contratar e, em contrapartida, é responsável pecuniariamente por seus atos<sup>5</sup>.

A subordinação real desenvolve um regime jurídico específico das relações de trabalho (SIMÕES, 1979). Ao mesmo tempo, faz emergir e desenvolver, igualmente, formas superiores de trabalho e sua respectiva regulamentação, mais evidente no capitalismo monoplóico.

Essas são as “raízes históricas” dos sistemas fundantes da livre iniciativa empresarial, as escolas econômicas liberais do século XVIII, pois,

as origens do pensamento liberal assentam-se em planos sociais, políticos e econômicos. Do ponto de vista econômico, o liberalismo alicerçou-se na convicção de que a livre atuação das forças da oferta e da procura, a excitação do lucro e os mecanismos do mercado perfeitamente competitivo seriam capazes de garantir o ordenamento automático e eficiente da atividade econômica. Tal convicção levaria à dispensa da intervenção econômica do Estado, julgada prejudicial ao bom desempenho do regime de liberdade econômica. Em seus anos de formação, o modelo liberal de organização da atividade econômica lastreava-se, assim, nos atributos positivos da *capacidade orientadora* do mercado, reduzindo o Estado a um agente que só deveria co-participar das atividades econômicas nos casos reconhecidamente localizados fora da área de interesse e de influência da iniciativa privada. (ROSSETTI, 1980, p. 334)

Assim, “o trauma revolucionário” de 1789 faz ascender um novo Estado, representante da burguesia, ou seja, comerciantes e industriais podem desfrutar do poder, até então “rateado” pelos reis e pela Igreja<sup>6</sup>.

A ordem capitalista surge a partir da crise da sociedade corporativa européia, resultado das mudanças sociais e econômicas, constantes e sensíveis pelas quais a Europa passou, a partir da divisão do trabalho até o advento do

capitalismo<sup>7</sup>.

Para a Revolução Francesa, as Declarações de Direito e os clássicos Tratados de Economia, Política e Filosofia ocuparam-se em precisar, enquanto temática principal, a conceituação da propriedade privada.

Ainda resiste, no entanto, para muitos juristas contemporâneos o direito de propriedade segundo a Revolução Francesa<sup>8</sup>.

### **2.1. A Construção Jurídica do Mito da Propriedade**

A propriedade é uma instituição jurídica dinâmica. Ela surgiu para corresponder a uma necessidade econômica. E, portanto, bem como todas as instituições jurídicas, carece de uma nova conceituação, a evoluir segundo necessidades sociais e econômicas contemporâneas.

A sociedade do século XX, como advertiu Duguit (s.d.), tem outras necessidades. Transformou-se econômica e socialmente a tal ponto, que a propriedade também se transformou. Se para a Revolução era um direito individual ilimitado, agora é convertido em função social<sup>9</sup>.

Mas quais seriam os mitos da propriedade? Eles existem/existiram? Influem/influíram na conceituação absoluta ou relativa da propriedade da terra?

Analisar a evolução conceitual da propriedade é deparar-se com a inovadora função socio-ambiental da terra é, por outro lado, resgatar seu mito, qual seja: o homem é parte da terra e, sem ela, não pode viver.

Rememorando: o enunciado foi proferido pelo Chefe Seattle e é um testemunho valioso da ordem moral paleolítica<sup>10</sup>:

O Presidente, em Washington, informa que deseja comprar nossa terra. Mas como é possível comprar ou vender o céu, ou a terra? A idéia nos é estranha. Se não possuímos o frescor do ar e vivacidade da água, como vocês poderão comprá-los?

Cada parte desta terra é sagrada para meu povo. Cada arbusto brilhante do pinheiro, cada porção de praia, cada bruma na floresta escura, cada campina, cada inseto que zune. Todos são sagrados na memória e na experiência do meu povo.

Conhecemos a seiva que circula nas árvores, como conhecemos o sangue que circula em nossas veias. Somos parte da terra, e ela é parte de nós. As flores perfumadas são nossas irmãs. O urso, o gamo e a grande águia são nossos irmãos. O topo das montanhas, o húmus das Campinas, o calor do corpo do põnei, e o homem, pertencem todos à mesma família.

A água brilhante que se move nos rios e riachos não é apenas água, mas o sangue de nossos ancestrais. Se lhes vendermos nossa terra, vocês deverão lembrar-se de que ela é sagrada. Cada reflexo espectral nas claras águas dos lagos fala de eventos e memórias na vida de meu povo. O murmúrio da água é a voz do pai do meu pai.

Os rios são nossos irmãos. Eles saciam nossa sede, conduzem nossas canoas e alimentam nossos filhos.

Assim, é preciso dedicar aos rios a mesma bondade que dedicaria a um irmão.

Se lhes vendermos nossa terra, lembrem-se de que o ar é precioso para nós, o ar partilha seu espírito com toda a vida que ampara. O vento, que deu ao nosso avô seu primeiro alento, também recebe seu último suspiro. O vento também dá às nossas crianças o espírito da vida. Assim, se lhes vendermos nossa terra, vocês deverão mantê-la à parte e sagrada, como um lugar onde o homem possa ir apreciar o vento, adocicado pelas flores da campina.

Ensinarão vocês às suas crianças o que ensinamos às nossas? Que a terra é nossa mãe? O que acontece à terra acontece a todos os filhos da terra.

O que sabemos é isto: a terra não pertence ao homem, o homem pertence à terra. Todas as coisas estão ligadas, assim como o sangue nos une a todos. O homem não teceu a rede da vida, é apenas um dos fios dela. O que quer que ele faça à rede, fará a si mesmo.

Uma coisa sabemos: nosso deus é também o seu deus. A terra é preciosa para ele e magoá-la é acumular contrariedades sobre o seu criador.

O destino de vocês é um mistério para nós. O que acontecerá quando os búfalos forem todos sacrificados? Os cavalos selvagens, todos domados? O que acontecerá

quando todos os cantos secretos da floresta forem ocupados pelo odor de muitos homens e a vista dos montes floridos for bloqueada pelos fios que falam? Onde estarão as matas? Sumiram! Onde estará a águia? Desapareceu! E o que será dizer adeus ao pônei arisco e à caça? Será o fim da vida e o início da sobrevivência.

Quando o último pelevermelha desaparecer, junto com sua vastidão selvagem, e a sua memória for apenas a sombra de uma nuvem movendo sobre a planície... estas praias e estas florestas ainda estarão aí? Alguma coisa do espírito do meu povo ainda restará?

Amamos esta terra como o recém-nascido ama as batidas do coração da mãe. Assim, se lhes vendermos nossa terra, amem-na como a temos amado. Cuidem dela como a temos cuidado. Gravem em suas mentes a memória da terra tal como estiver quando a receberem. Preservem a terra para todas as crianças e amem-na, como Deus nos ama a todos.

Assim como somos parte da terra, vocês também são parte da terra. Esta terra é preciosa para nós, também preciosa para vocês. Uma coisa sabemos: existe apenas um Deus. Nenhum homem, vermelho ou branco, pode viver à parte. Afinal, somos irmãos.

O texto do chefe indígena sintetiza



com perfeição o relacionamento predatório da sociedade ocidental e seu meio ambiente.

Curioso é que até o comportamento destrutivo humano para com a natureza advenha de um mito.

Para Campbell (1990), a destruição dos recursos naturais é originária da condenação bíblica, no exato momento em que o homem é destinado a ser senhor do mundo. Em tal contexto, o Chefe Seattle critica a visão antropocêntrica<sup>11</sup> do colonizador europeu.

E, por fim, enuncia em 1852 o que a ciência modernamente propugna: a visão sistêmica de um mundo construído de *redes e teias*<sup>12</sup>.

As primeiras teorias sobre auto-organização, no entanto, teriam formalmente surgido a partir da década de 50, quando o pensamento sistêmico passou a ter repercussão. Isso foi possível a partir da aplicação de conceitos da cibernética e modelos matemáticos complexos.

As teorias mais conhecidas são a da *autopoiese* e a *hipótese de Gaia*:

A Terra é, pois, um sistema vivo; ela funciona não apenas como em organismo, mas, na realidade, parece ser um organismo Gaia, um ser planetário vivo. Suas propriedades e atividades não podem ser previstas com base na soma de suas partes; cada um de seus tecidos está ligado aos demais, todos eles interdependentes; suas muitas vias de comunicação são altamente complexas e não lineares; sua forma evoluiu durante bilhões de anos e continua evoluindo. (CARNEIRO apud CAPRA, 2003, p. 13)

A capacidade de auto-organização demonstrada pelo sistema de Gaia mostra a interdependência de todos os fenômenos e processos.

As relações ecológicas são marcadas pelo caráter cíclico, que é visto por meio dos laços de realimentação dos ecossistemas. Todos os organismos produzem resíduos, mas o que é resíduo para uma espécie é alimento para outra, de modo a manter o equilíbrio.

Mas a ação humana rompe esse equilíbrio, haja vista que a natureza é cíclica como ocorre, por exemplo, com a intensificação dos sistemas industriais, que são naturalmente lineares.

O processo industrial extrai recursos que são transformados em produtos e resíduos, os produtos consumidos são transformados em novos resíduos e são descartados num limite muito maior do que o suportado pelo meio ambiente, rompendo-se a flexibilidade que mantém o equilíbrio.

As sociedades industriais têm interferido nos diversos fluxos ecológicos gerando conseqüências cumulativas imprevisíveis e irreversíveis. Isso ocorre devido à visão antropocêntrica e reducionista do ambiente, colocando o homem acima ou fora da natureza.

Essa visão contrapõe a ecologia profunda, que vê o mundo como uma rede de fenômenos interconexos e interdependentes, sendo o homem um fio dessa enorme teia. Assim, pode-se notar a insignificância humana diante da grandeza do universo.

A biodiversidade, que reflete a variedades de plantas, animais, ecossistemas etc, leva em conta não só a dimensão quantitativa, mas também a qualitativa, que expressa o grau de preservação do meio ambiente.

Porém, essa biodiversidade vem diminuindo, tendo em vista a despreo-

cupação e o não comprometimento do homem para com o meio; a eliminação de ecossistemas naturais causam extinção de inúmeros seres vivos.

Mudanças sérias precisam ser realizadas no ponto de vista social, econômico, político e ético, pois a preservação da diversidade ecológica depende

[...] de uma nova matriz de relações homem-natureza, em que as necessárias produção e distribuição de riqueza se realizem a partir de uma sistemática observância de critérios e políticas agro-urbano-ecológicos. Isso significa subordinar tanto a propriedade quanto os interesses e motivações particulares nos campos do investimento, das tecnologias e da produção ao critério do interesse coletivo, expresso em planos, legislações, programas, zoneamentos e incentivos, definidos a partir de estruturas de representação legítimas e com base em estudos e proposições amplamente divulgadas e debatidas com o conjunto da sociedade. Esse processo, em que a produção material se subordina ao interesse coletivo e à perspectiva de longo prazo, é um dos elementos centrais da afirmação do conceito de desenvolvimento sustentável. (CARNEIRO apud PAULA, 2003, p. 26)

Nos termos da Constituição Federal vigente no Brasil, a função social não pode se dissociar, para configurar o uso racional do solo, em atividades rurais, de dois critérios elementares: o

cumprimento da legislação trabalhista e a adequação à legislação ambiental.

Logo, a função ambiental, enfocada no subitem anterior, deve ser complementada e enriquecida com questões, em especial, inerentes ao próprio meio ambiente do trabalho<sup>13</sup> ou do trabalhador.

A preocupação com o meio ambiente passou a surgir recentemente, porém constata-se que os problemas relacionados à saúde do trabalhador vêm de longa data, verificam-se na Grécia as primeiras preocupações com a relação saúde/trabalho (FIORILLO, 2006).

Essas inquietações passaram a crescer a partir do século XVIII com a organização de grupos que lutavam por melhores condições de trabalho, quando passaram a requerer modificações e benefícios.

Nesse particular, a Constituição de 1988 foi inédita ao tratar da questão ambiental; é considerada uma Constituição ambientalista que abordou o tema de forma ampla e moderna. Dedicou um capítulo específico ao meio ambiente que se encontra no título da "Ordem Social".

Mas, correlacionou o assunto em todo seu texto com temas fundamentais, por isso afirma Silva (2002, p. 58):

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.

Assim, o ordenamento jurídico

deve ser coerente e eficaz à nova necessidade social, já que a proteção ao meio ambiente está consubstanciada ao direito à vida.

Portanto, ganha corpo a concepção de que o bem ambiental apresenta um dos poderes do direito de propriedade, ou seja, é um bem de todos, onde todos poderão utiliza-los, porém ninguém poderá dele dispor ou transacionar.

## 2.2. A Função Sócio-Ambiental da Terra

A propriedade como função social tem um compromisso ambiental, constitucionalmente qualificado a cumprir, por isso, objeto de uma reflexão mais aprofundada. Assim, em tal conjuntura, a função social da propriedade da terra, defendida originalmente por Duguit, é ecologizada, ou seja, tal função passa a delimitar o dever para a coletividade em duas frentes específicas e diferenciadas: a legislação trabalhista e a legislação ambiental.

Não se pode esquecer que a função social da propriedade, conforme aduz Trabucchi apud Fachin (1988, p. 17-18):

*l'affermazione costituzionale, che essenzialmente tende a dare una giustificazione del diritto esclusivo, vuole anche inserire nella rigida concezione individualistica di tale diritto soggettivo il momento del dovere. Il ius excludendi omnes alios é così temperato da um imperativo richiamo allá collaborazione sociale.*

A Constituição italiana de 1947 diz que a lei fixará “*il modo di acqui-*

*sto, di godimento e limite allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*” (art. 42)<sup>14</sup>.

O direito de propriedade e o princípio da função social, na Constituição brasileira de 1988, encontram-se inseridos entre os direitos e garantias fundamentais, especificamente no Título II, Capítulo I, artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal.

Outros dispositivos constitucionais também se referem ao tema, dentre eles: o próprio artigo 5º, incisos XXIV a XXX, e os artigos 170, incisos II e III, 176, 177, 178, 182, § 4º, 183, 184, 185, 186, 191 e 222.

Examinar detidamente cada um desses dispositivos escapa ao objeto do presente trabalho. Dar-lhe, no entanto, ainda que uma breve notícia e enunciar o texto e conseqüências dos principais querem parecer um procedimento mais proveitoso, por isso, ora escolhido.

De fato, referido texto constitucional, ao tratar do tema, já nos coloca quais são os bens que podem ser aptos a servir aos interesses privados e, por exclusão, à coletividade. Assim, a doutrina da função social da propriedade há de identificar a correspondente alteração conceitual do regime tradicional. Pois, o processo histórico de apropriação do homem sobre a terra é, sobretudo, histórico e, por isso, naturalmente mutável.

O direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado resta assegurado pela aplicação de sanções penais. Tais medidas coercitivas devem adequar-se à necessidade do art. 225, qual seja, a defesa e a preservação dos bens ambientais para as presentes e futuras gerações.

São consideradas condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitas a sanções penais aquelas que:

prejudiquem a saúde da população; prejudiquem a segurança da população; prejudiquem o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais; criem condições adversas às atividades econômicas; afetem a biota; afetem as condições estéticas do meio ambiente; afetem as condições sanitárias do meio ambiente; lancem matérias em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; e lancem energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. (FIORILLO, 2006, p. 420)

A Constituição Federal de 1988 sujeita qualquer infrator a sanções penais ambientais, desde que observada a existência de crime ambiental, seja ele pessoa física ou pessoa jurídica.

Assim, cabe ao legislador infraconstitucional, conforme sua competência, estabelecer as sanções penais adequadas segundo as diferentes hipóteses de responsabilidade penal ambiental. Portanto, nota-se que o principal objetivo da Constituição é estabelecer sanções concretas para aqueles que lesam ou ameaçam a vida em todas as suas formas.

Não fosse o bastante, o art. 225 da CF diz que a gestão ambiental é de responsabilidade da iniciativa privada, quer sejam empresas ou produtores rurais, bem como do Poder Público e, por fim, de toda a coletividade, atuando como agentes sociais das relações econômicas, obedecendo ao direito ambiental e ao direito do consumidor.

Em tal contexto, ganha relevo a importância da auditoria ambiental,

tal qual resta definido no art. 2º, f, do Regulamento nº 1.836 do Conselho das Comunidades Europeias como: “instrumento de gestão que inclui a avaliação sistemática, documentada, periódica e objetiva do funcionamento da organização, do sistema de gestão e dos processos de proteção do ambiente”.

O objetivo da auditoria foi definido em decorrência da necessidade de facilitar o controle da gestão das práticas com eventual impacto ambiental e para avaliar a observância das políticas de ambiente da empresa.

O regulamento instituiu a idéia de ecogestão, com a finalidade de que as empresas realizassem auditorias ambientais obedecendo a critérios pré-estabelecidos em torno de três idéias fundamentais:

- a) adoção de políticas, programas e sistemas de gestão ambiental;
- b) avaliação sistemática, objetiva, documentada e periódica das políticas, programas e sistemas de gestão;
- e
- c) a divulgação pública da informação sobre a atividade ambiental da empresa.

Por isso, afirma Fiorillo (2006, p. 319):

[...] muito mais do que adotar políticas, programas e sistemas de gestão ambiental de forma voluntária destinadas ao desenvolvimento sustentável visa as auditorias ambientais fundamentalmente divulgar a performance das empresas em face de uma estratégia destinada claramente a atrair, em grande número, o destinatário dos produtos e serviços de tais empresas, ou seja, atrair o

consumidor através de uma oferta estabelecida em moldes modernos dentro de uma crescente melhoria de competitividade na atual ordem econômica mundial.

Assim, o final dos tempos foi marcado por inúmeras transformações da humanidade; conceitos jurídicos já arraigados e princípios foram abalados; diante disso, novas discussões foram surgindo e passou-se, oportunamente, ao questionamento dos valores e instituições do direito privado até então existentes, agora sob o prisma do direito público.

### CONCLUSÃO

A função sócio-ambiental da propriedade elimina dela o que há de eliminável, ou seja, a inviolabilidade do direito subjetivo liberal que a sustentou.

O grau de complexidade, portanto, hoje alcançado é derivado, como todas as demais instituições jurídicas, do elevado grau de complexidade das relações sociais.

Concluindo, a terra é uma riqueza e um dever social a ser exercido segundo a função sócio-ambiental atual. A propriedade não pode mais ser entendida como direito subjetivo do seu detentor, mas sim, como a função social do detentor da riqueza, expressão que corresponde às limitações impostas ao conteúdo absoluto do direito de propriedade, da Revolução Francesa. Tais restrições dão nova feição ao direito atual, pois a partir do interesse público nasce um conceito “dinâmico” de propriedade em substituição ao conceito “estático” anterior.

### REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAMPBELL, Joseph. *O poder do mito*. Trad. de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Palas Athena, 1990.

CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRIPPA, Adolfo. *Mito e cultura*. São Paulo: Convívio, 1975.

DECASTRO, Rui Afonso Maciel. A função sócio ambiental da propriedade na Constituição de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 466, 16 out. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5765>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código del Napoleón*. Trad. esp. Carlos G. Posada. Buenos Aires: Editorial Heliasa S.R.L., s.d.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 13ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre, Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco.

*Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísa Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltersir Dutra. 21<sup>a</sup> ed. rev. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1986.

MALUF, Carlos Alberto Debus. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o novo código civil e com o estatuto da cidade*. 2<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MATTOS, Francisco José Soller de. Problemas ambientais: Noção de bem comum e dos limites da utilização da propriedade privada. *Âmbito Jurídico*, mar. 2001 Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dambooo7.htm>> . Acesso em: 19 jul. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério público. *A Função Sócio-Ambiental da Propriedade Privada*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id20.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2006.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-liberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SIMÕES, Carlos Jorge Martins. *Direito do trabalho e o modo de produção*

*capitalista*. São Paulo: Símbolo, 1979.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

SILVA, José Robson da. *O meio ambiente: função social e ambiental*. Disponível em: <http://www.uepg.br/rj/a1v1at08.htm>. Acesso em: 12 ago. 2006.

SILVA, Marco Túlio de Oliveira. *Sistema de Reservas Florestais*. Disponível em: <http://www.prgo.mpf.gov.br/doutrina/MTULIO%20-44.htm>. Acesso em: 12 ago. 2006

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret. 2002. (Coleção a Obra-Prima de cada autor)

## Notas

<sup>1</sup> Mestranda do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário de Marília – UNIVEM

Orientadora: Norma Sueli Padilha

<sup>2</sup> Assim, continua Engels (1995, p. 191): “o Estado não é, pois um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; tampouco é “a realidade da idéia moral”, nem “a imagem e a realidade da razão”, como afirma Hegel”.

<sup>3</sup> O sagrado direito de propriedade revolucionário do século XVIII é mais ilimitado do que o vigente na Roma Antiga.

<sup>4</sup> Em todos os períodos históricos, parece sempre uma aquisição cruel potencialmente desligada de qualquer norma ética.

<sup>5</sup> Somente os homens livres podem ser proprietários, pois é parte da idéia da propriedade moderna a possibilidade de adquiri-la e transferi-la livremente. Por isso, a igualdade das partes é imprescindível para validade do contrato e, portanto, se inexistente de fato, deve ser presumida formalmente como existente pelo direito.

<sup>6</sup> Essa se produziria com o trauma revolucionário

rio de 1789, quando ascende ao poder o terceiro Estado, a burguesia, constituída depois que o comércio e a indústria, no século das conquistas e navegações, entraram a romper o acanhado espaço da corporação medieval, de estreitíssimas relações de produção, para ganhar os mares, assinalando, por esse modo, a passagem da economia urbana para a economia nacional, com todos os efeitos de universalização de mercados e dilatação crescente dos interesses econômicos. (BONAVIDES, 1980, p. 40).

<sup>7</sup> Fonseca (2001) cita como exemplo a superação do consumo agrícola direto pelo indireto e a circulação de excedentes de produção.

<sup>8</sup> Concebido como “direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicar de quem injustamente o detenha” (DINIZ, 2003: 784).

<sup>9</sup> A palavra social, segundo Maluf (2005), tomada por Duguit é um sinônimo de subordinação dos interesses individuais aos interesses sociais.

<sup>10</sup> Por volta de 1852, o governo dos Estados Unidos fez um inquérito sobre a aquisição de terras tribais para os imigrantes que chegavam ao país, em resposta o chefe indígena escreve a carta ora transcrita.

<sup>11</sup> Palavra derivada do grego (*anthropos*, a espécie humana) e do latim (*centrum*, o centro).

<sup>12</sup> Hoje, de fato, como disse o chefe indígena, com a destruição da terra temos o fim da vida e, guardado melhor entender, vivemos a luta pela sobrevivência.

<sup>13</sup> O meio ambiente do trabalho é autônomo, do ponto de vista conceitual, tendo por objeto a salvaguarda do homem no seu ambiente do trabalho contra as formas de degradação da sua sadia qualidade de vida (PADILHA, 2002).

<sup>14</sup> “Ao comentar esse artigo Domenico Sorace discute o sentido em que deve ser tomada a expressão função social, concluindo que, pelo menos, deve corresponder a consideração do indivíduo não somente *uti singulus ou uti civis*, mas *uti socius*” (FACHIN, 1988: 18).

---

# REFLEXÕES SOBRE A COLISÃO DE DIREITOS

Gustavo Henrique Schneider Nunes <sup>1</sup>

**Resumo:** De acordo com a visão tradicional, apoiada no positivismo jurídico, o ordenamento jurídico é pautado na univocidade, na completude e na coerência, sendo que, caso haja um conflito entre regras, procura-se aplicar uma das seguintes alternantes: lei superior prevalece sobre lei inferior, lei posterior revoga lei anterior e lei especial derroga lei geral. Porém, com o conflito entre princípios é diferente – os direitos fundamentais devem ser considerados verdadeiros princípios. Assim, diante da relativização havida entre os direitos, o operador do Direito deve buscar apoio no princípio da proporcionalidade, pois este, por meio de um dos seus três sub-princípios é que apontará qual princípio que, efetivamente, deverá prevalecer no caso concreto, principalmente no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que ele possibilitará a realização de um juízo de ponderação moral, pautado em um discurso racional.

**Palavras-chave:** Colisão de direitos. Relativização dos direitos. Princípio da proporcionalidade.

**Abstract:** According to the traditional view, based on the juridical positivism, the juridical arrangement is ruled on the univocity, completud and coherence, this way, if there is a conflict between rules, it's tried to apply one of the following alternatives: superior law prevails on inferior law, posterior law revokes previous law and special law repeals general law. However, with the conflict among principles is different – and, for us, the fundamental rights must be considered true principles. So, in face of the relativization existent among the rights, the law operator must rely on the principle of the proportionality, because this principle, through one of its three subprinciples, will appoint which principle must, effectively, prevails in a concrete case. Mainly, regarding to the principle of proportionality in strict sense, that will allow the accomplishment of a judgment of moral ponderation, based on a rational speech.

**Keywords:** Collision of rights. Relativization of rights. Principle of proportionality.

---

<sup>1</sup> Gustavo Henrique Schneider Nunes. Mestre em Direito (UNIVEM-Márilia/SP). Professor do IMESB-Bebedouro/SP. Email: ghsnunes@aasp.org.br



---

**Resumen:** Conforme el entendimiento tradicional, apoyado en el positivismo jurídico, el ordenamiento jurídico es pautado en la univocidad, en la completud y en la coherencia, sendo que, caso aja un conflicto entre reglas, procurase aplicar una de las alternantes: ley superior prevalece sobre ley inferior, ley posterior revoca ley anterior y ley especial deroga ley general. Todavía, con el conflicto entre principios es diferente – los derechos fundamentales deben ser considerados verdaderos principios. Ante la relatividad habida entre los derechos, el operador del Derecho debe buscar apoyo en el principio de la proporcionalidad, porque este, por intermedio de sus sub-principios es que apuntará cual principio que, efectivamente, deberá prevalecer en el caso concreto, principalmente en relación a lo principio da proporcionalidad en sentido estrito, aja vista que elle posibilitará la realización de una ponderación moral, pautada en un discurso racional.

**Palabras-clave:** Colisión de los derechos. Relatividad de los derechos. Principio de la proporcionalidad.

## INTRODUÇÃO

À primeira vista parece até estranho falar de colisão de direitos, se observarmos que, de acordo com o positivismo jurídico, a coerência, a completeza e a univocidade são elementos fundamentais do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 197). Por essa razão, como podem os direitos se apresentar como conflitantes entre si?

Se no dia-a-dia forense inexistisse sequer uma adequada e efetiva tutela dos direitos de uma maneira, digamos, “simplificada”, por qual motivo devemos nos preocupar com a colisão de direitos? Melhor dizendo: se não verificamos sequer a correta aplicação dos direitos de primeira geração, por que devemos nos preocupar com as possíveis colisões existentes entre eles ou entre direitos pertencentes à segunda, terceira, ou quantas outras gerações se fizerem possíveis?

No entanto, no bojo deste trabalho, procuraremos demonstrar a possibilidade de ocorrer esta alegada colisão de direitos, ressaltando que nenhum direito, por mais fundamental que seja, pode ser considerado absoluto.

Como base nisso, pretendemos evidenciar que o operador do Direito deverá se valer do princípio da proporcionalidade, como forma de determinar qual direito colidente deverá preponderar em determinado caso específico, diferenciando a colisão que pode se dar entre regras, princípios e regras e princípios.

Por fim, serão analisadas algumas decisões judiciais, proferidas por algumas de nossas mais autorizadas Cortes, com a finalidade de demonstrar a aplicabilidade prática de tal princípio, bem como a maneira com que ele faz prevalecer determinado direito fundamental ou princípio sobre o outro.

## 1. A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por mais fundamental que um direito possa parecer em um determinado momento histórico, tem-se por inevitável que ele, ao longo dos anos, poderá deixar de prevalecer sobre os demais. O direito que uma determinada classe social tinha de possuir escravos outrora parecia muito justo. Porém, com o decurso do tempo e com o espírito influenciado por novas idéias – ou por novos interesses –, os homens fizeram com que tal direito deixasse de existir entre nós.

Daí a importância exercida pelos fatores históricos no mundo jurídico. Este não sobrevive sem aquele. Segundo Bobbio (1992, p. 05),

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Essa gradual transformação por que passam os valores de cada direito, contribui para que ocorra um certo aprimoramento nas relações sociais, de sorte a evitar a supremacia dos interesses da classe social dominante sobre os demais. Ou seja, essa gradual transformação gera sérias interferências no que se refere à intenção de a classe social dominante realizar a manutenção do *status quo*.

Mas, além disso, vale notar que a todo direito corresponde um dever.

O direito que A tem em receber alimentos de B, corresponde ao dever que B tem para com A em pagar estes mesmos alimentos. Porém, quando a questão é passada para o âmbito dos direitos fundamentais, pode ser que esses direitos igualmente fundamentais venham a entrar em conflito entre si. Quanto mais fundamental for um direito, mais ele estará passível de entrar em choque com outro da mesma categoria.

Caso dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, inevitavelmente iremos chegar à conclusão de que tais direitos não são absolutos, pois um deles haverá de definir. A relatividade é um traço que marca a existência dos direitos fundamentais. O limite de um é exatamente o limite de um outro que com ele concorra e que tenha as mesmas características capazes de o identificar.

Hão de se buscar os argumentos capazes de fundamentar as decisões, em conjunto com as condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. Afinal, de nada adiantaria proteger direitos referentes às relações sociais, sem que houvesse uma transformação industrial no país.

## **2. A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS**

Quando nos reportamos ao conceito de norma jurídica, quase que mecanicamente nos vem à mente a figura da regra como seu sinônimo. Todavia, tanto as regras quanto os princípios são partes integrantes da norma jurídica. Se as normas fossem concebidas somente de regras, o Direito de nada se diferenciaria de uma ciência matemática. Aliás, importa dizer que, de acordo com a teoria tradicional, ainda in-

fluenciada pelo Racionalismo, os casos concretos levados ao Poder Judiciário quase sempre são solucionados como se um problema algébrico fossem.

Ocorre que, mesmo com a ruptura do paradigma racionalista, os seus ideais ainda se encontram espalhados ao nosso redor. Alguns operadores do Direito ainda os sustentam, repassando-os de geração em geração, sobretudo na Universidade. E o pior é que esses mesmos operadores do Direito não se dão conta de que a concepção do Direito, como uma ciência tão exata quanto a matemática, expurga-lhe a retórica forense e elimina a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico (SILVA, 2004, p. 24).

A diferença existente entre princípios e regras é de natureza lógica. Apesar de ambos apontarem sobre a obrigação jurídica em circunstâncias particulares, distinguem-se no que se refere ao modo da orientação que fornecem. A aplicabilidade das regras se dá à base do “tudo-ou-nada”. Ao analisar os fatos estipulados pela regra, há de ser verificar se a regra é válida ou não, pois na primeira hipótese a resposta fornecida deverá ser aceita, enquanto que na segunda em nada contribuirá para a decisão (DWORKIN, 2002, P. 39).

Diante de um possível conflito entre regras, há que se proferir, necessariamente, a exclusão de uma, em prol da aplicação da outra. O conflito se resolverá sempre com o auxílio de algumas alternantes: lei superior prevalece sobre lei inferior, lei posterior revoga lei anterior e lei especial derroga lei geral.

Os princípios, por outro lado, possuem uma dimensão diferente da constante nas regras, qual seja, a dimensão do peso, do valor, da importância. Tanto que, caso dois princípios entrem

em conflito, o julgador deverá levar em conta a força relativa de cada um. Se a política de proteção aos compradores de veículos automotivos se opõe aos princípios de liberdade contratual, o julgador, obrigatoriamente, deverá ponderar qual dos princípios em jogo tem maior peso (DWORKIN, 2002, p. 42).

Em virtude disso, a violação de um princípio jurídico é mais grave do que a infração de uma regra, eis que agride todo o sistema normativo. Nesse sentido é a lição de Bandeira da Mello (1999, p. 748), ao dizer que

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mes- tra.

Dessa forma, pelo fato de os princípios fundamentarem o sistema jurídico (serem o seu “chão”), caso não sejam eles observados, toda estrutura lógica deles decorrente haverá de cair por terra. À evidência, ocorrer um conflito entre regra e princípio, este é que deverá prevalecer.

### 3. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Apesar de não se encontrar expres- samente previsto no ordenamento jurí-

dico pátrio, consideramos que o princí- pio da proporcionalidade encontra-se fundamentado no devido processo le- gal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. E é a sua ênfase substantiva que merece destaque, pois nela está contida “a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados” (STUMN, 1999, p. 173).

Trata-se de um postulado axio- lógico revestido de princípio. E mais: considerando-se que a proporcionali- dade não pode ser ponderada, o princí- pio da proporcionalidade deve ser visto como o princípio dos princípios, o mais fundamental de todos os princípios.

O princípio da proporcionalidade irá fornecer os meios para solucionar o atrito existente entre dois princípios. Como não podemos conviver com um ordenamento baseado no conflito de direitos, a questão precisa ser contor- nada de alguma maneira. E, desde já, esclarecemos que, para nós, os direi- tos fundamentais assemelham-se aos princípios, devendo, portanto, ser ana- lisados à luz de uma perspectiva prin- cipiológica.

A par disso, vale dizer que o princí- pio da proporcionalidade é constitu- ído por três sub-princípios, a saber: o da adequação, o da necessidade e o da ponderação (ou proporcionalidade em sentido estrito).

O primeiro significa que toda in- tervenção aos direitos, principalmente em relação aos fundamentais, deve ser adequada e contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legíti- mo (PULIDO, 2003, p. 36).

As alegações constantes no bojo da decisão judicial devem tornar efe- tivos os direitos previstos na Consti- tuição Federal, mormente para que possam ser alcançados os objetivos fundamentais do país, relacionados

no art. 3º, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E mais: há que se ter sempre em vista a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Já por intermédio do subprincípio da necessidade, depreendemos a idéia de que toda medida que for apta a intervir no mundo dos direitos, mormente no que tange aos fundamentais, deverá proporcionar a menor restrição possível ao direito que sofreu a intervenção, entre todas aquelas consideradas aptas e possíveis para alcançarem o mesmo objetivo proposto.

Isso quer dizer que, se existem mais de um modo de atingir determinado fim, aquele que proporcionar conseqüências menos gravosas é que deverá prevalecer, quando da análise do caso concreto. Deverá prevalecer aquele princípio que menos restrições possa causar ao direito que com ele momentaneamente concorre.

Finalmente, sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, observamos que ante um eventual conflito entre princípios, a solução a ser buscada haverá de ser dada por via de um processo de ponderação, no qual haverá prevalência daquele que detiver o maior peso, a maior carga valorativa. Aqui, diferentemente do que foi dito sobre as regras, inexistente eliminação de um princípio para que um outro possa ser aplicado. Os princípios convivem no mesmo plano de existência, pouco importando as diferenças. Por isso, torna-se necessário ter presente que os direitos fundamentais têm força principiológica.

Ao determinar-se a aplicação de um, está-se, ao mesmo tempo, determinando a remessa do outro ao mesmo patamar que antes se encontrava. Isso quer dizer que ambos os princípios em atrito são harmoniosamente aplicados até o exato momento em que um deles deixa de o ser para que o outro possa efetivamente continuar a incidir no caso concreto, sem que seja absorvido por qualquer regra matemática de exclusão.

À luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, os princípios passam a ser considerados mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, ou seja, “las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades facticas” (ALEXY, 1993, p. 111). Desse modo, o operador do Direito deve se valer de um juízo de ponderação moral, a fim de buscar a eliminação do excesso.

Em busca de se proferir uma aplicação que melhor solucione o caso concreto, o magistrado vê-se obrigado a restringir o âmbito de aplicação de um determinado princípio, em benefício de um outro, utilizando-se do processo de “cedência recíproca” (BASTOS, 2002, p. 197), que tem como ponto de partida o postulado constitucional da harmonização das normas constitucionais.

Ressaltamos que a importância dos objetivos perseguidos por toda intervenção aos direitos fundamentais deve guardar uma adequada relação com o significado do direito interferido, ou seja, as vantagens que se obtêm mediante a intervenção devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade em geral (PULIDO, 2003, p. 36).

A dedução apresentada consiste

em uma fundamentação da máxima de proporcionalidade a partir das normas fundamentais, na medida em que estas possuem caráter principiológico, razão pela qual pode ser chamada de fundamentação jus-fundamental. Contudo, outras fundamentações, como as que se apóiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça não podem ser por ela excluída, porque reforçam a fundamentação jus-fundamental (ALEXY, 1993, p. 115).

Na verdade, em busca de se proferir uma aplicação que melhor solucione o caso concreto, o juiz deve restringir o âmbito de atuação de um determinado direito fundamental, em benefício de um outro, da mesma estirpe, valendo-se, para tanto, de um juízo de ponderação moral elaborado a partir da construção de um discurso racional (ALEXY, 1989).

#### **4. NOS CASOS DE COLISÃO DE DIREITOS PODE HAVER MAIS DE UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL?**

Tendo em vista o papel de destaque que a argumentação jurídica ocupa, na medida em que proporciona a efetivação de uma análise totalizadora do Direito – eis que o vê contido não apenas na norma enquanto comando positivado –, diversas maneiras de se solucionar a colisão havida entre direitos vêm à luz.

Para o positivismo jurídico, o objeto da ciência do Direito é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social e que é estudado sem se perguntar se além dele existe também um Direito ideal. Não se examina se o primeiro corresponde ou não ao segundo, e, sobretudo, não se faz a validade do Direito real depender da sua

correspondência com o Direito ideal.

No entanto, ao considerar que a sociedade humana não é um fato natural, mas algo que já sofreu no tempo a interferência de sucessivas gerações, estando em constante mutação, graças às ciências culturais como o Direito, torna-se possível reconhecer que, diante do incessante processo histórico, o gênero humano adquiriu consciência da irrenunciabilidade de determinados valores considerados universais, e, como tais, atribuíveis a cada um de nós.

Correspondem eles às variantes axiológicas ou valorativas, como as relativas à dignidade da pessoa humana, à salvaguarda da vida individual e coletiva, elevando-se até mesmo a uma visão planetária em termos ecológicos.

Nessa esteira, passou-se a observar que os métodos tradicionais de interpretação e aplicação da lei não mais se mostram eficazes diante das novas realidades sociais, razão pela qual ocorreu o desencadeamento de várias correntes do pensamento jurídico crítico, sustentando que os pressupostos de fundamentação do modelo jurídico clássico liberal-individualista e a cultura formal-positivista estão passando por um processo de crise e profundas transformações.

Importantes são as palavras de Wolkmer (2002, p. 03), ao aduzir que

a nova racionalidade emancipatória, sem negar a racionalidade técnico-instrumental inerente à dominação do positivismo moderno, leva-nos a pensar na existência de outro fundamento ético-político, bem como na reconciliação das normas que regulam socialmente o mundo sistêmico com o mundo da

vida e nas possibilidades de edificação de novo paradigma teórico-crítico do Direito.

Por meio do desenvolvimento da argumentação jurídica, portanto, o operador do Direito não necessita assumir uma postura puramente positivista, de forma a encarar este ramo do saber tal como ele é, e não tal como ele deveria ser. Em realidade, a teoria da argumentação consiste não somente em uma simples técnica formal, mas também em uma “lógica da persuasão” (REALE, 1995, p. 89).

Com efeito, uma das correntes do pensamento crítico que se tem destacado é a dialética, que não por coincidência é a mais aceita pelos juristas brasileiros. Ocorre que, por operarem no nível da academia (os professores) e da prática institucional (os advogados, procuradores e juízes), os adeptos à teoria crítico-dialética compartilham de certos pontos comuns, como em relação à “teoria do conflito, a dimensão político-ideológica do jurídico, a defesa de uma sociedade democrática e socialista, a efetivação da justiça social, a superação da legalidade tradicional liberal-burguesa e a opção pelos excluídos e injustiçados” (WOLKMER, 2002, p. 98).

Como representante maior do pensamento crítico-dialético no Brasil, Roberto Lyra Filho (1980, p. 14) sustentava que o modelo dialético deveria ser aberto e preocupado em encarar os fatos dentro de uma perspectiva de constante transformação e ligação com todos os segmentos da realidade, ou seja, em função de conjunto, porque, dessa forma, estar-se-ia revelando o caráter instrumental do Direito não só para o controle e a dominação mas, sobretudo, para as mudanças sociais e para a libertação conscientizada.

Ao vislumbrarmos a importância da argumentação jurídica por meio desses breves comentários, podemos dizer que nos casos em que ocorre a colisão entre direitos – também conhecidos como “casos difíceis” – pode haver mais de uma única resposta correta, diante da probabilidade de existir uma série de respostas aceitáveis. E para que os casos controversos sejam adequadamente solucionados, nada mais necessário do que se valorizar a teoria da argumentação jurídica, baseada em um discurso racional.

O poder discricionário do magistrado precisa ser privilegiado, porque, inobstante a necessidade de se empreender uma visão totalizadora da sociedade, muitas vezes as normas jurídicas são vagas e carecem de uma real interpretação antes de aplicadas aos novos casos. Além disso, alguns desses casos surgem para o juiz com um grau de complexidade tão intenso, que não podem ser decididos nem mesmo com a ampliação e a reinterpretção dos significados das regras jurídicas existentes. À vista disso, o juiz deve criar um novo direito, agindo como se delegado pelo Poder Legislativo tivesse sido e promulgando as normas que, em sua opinião particular, melhor atenderiam às nuances traçadas pelo caso concreto.

Esse posicionamento, entretanto, não quer dizer que os juízes devem realizar tarefa estranha à função que desempenham, em razão de irem além das decisões tomadas pelo Poder Legislativo, porque os casos difíceis devem ser decididos à luz de argumentos principiológicos e não de políticas (DWORKIN, 2002, p. 132).

Procura-se, com isso, descobrir o que se encontra contido na norma e o que se encontra além da norma, sem que tal busca apresente-se centrada

unicamente no mundo jurídico. Conforme esclarece Guerra Filho (1994, pp. 108-109),

A recusa de fórmulas pré-estabelecidas em ideologias para dar soluções a problemas de um imediatismo e complexidade tais, como são os que hoje se nos apresentam, leva a que adotemos postura tolerante, pela qual se propõe buscar essas soluções provocando um debate amplo, incluindo o maior número possível de posicionamentos, sem excluir nenhum por alguma prevenção de ordem ideológica, procurando extrair de cada um deles alguma contribuição, contemplando-as quando demonstrarem consistência, de forma a possibilitar uma opção vinculante a todos os envolvidos no debate.

Os juristas, portanto, precisam adotar uma mentalidade distante da tradicional, porque, quando a lei deixa de atender satisfatoriamente a tutela dos direitos, surge a necessidade de se criar o Direito, para que se possa solucionar com justiça o caso específico. Nessa perspectiva, “libertar o juiz da escravidão e do império da lei é remetê-lo para uma motivação totalizadora, é aproximá-lo da realidade, é afastá-lo do idealismo positivista normatista. A intenção é fazer insurgir um Direito original e legítimo, mas voltado à justiça e menos à legalidade” (PORTANOVA, 1997, p. 132).

Assim, temos o intuito de empreender uma visão de mundo tal como a sustentada pela filosofia estoíca, que tem como base a concepção de um

mundo criado pela razão universal, onde todas as coisas apresentam-se interconectadas entre si, em um verdadeiro encadeamento de causas e acontecimentos (ASSIS, 2002, p. 46). O juiz deve mostrar-se atento à condição financeira, cultural, social, bem como ao momento histórico e político envolvidos, objetivando, em suma, uma visão totalizadora do Direito, sob pena de não responder à altura o mister que lhe cabe.

## 5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

### 5.1. Submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA

Se em um processo de investigação de paternidade o suposto pai biológico da criança se recusa a submeter-se à perícia médica, mesmo tendo sido esta criança concebida no decorrer da relação conjugal, a decisão judicial que determina a submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a coleta do DNA é considerada adequada para atingir o fim constitucionalmente legítimo buscado pelo autor, sobrepondo-se o princípio da dignidade da pessoa humana ao direito de liberdade do réu submeter-se ou não ao respectivo exame (STJ – HC nº 76.060-4-SC).

É certo que hoje o art. 232 do Código Civil resolve muito mais facilmente a questão ao dispor que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”, desde que existam nos autos outros elementos probatórios capazes de fundamentar a procedência do pedido.

Todavia, como o Supremo Tribunal Federal houve por apreciar o caso na época em que vigia o Código Civil



de 1916, entendemos que ele decidiu com acerto, ao restar consubstanciado que o princípio da dignidade da pessoa humana deveria se sobrepôr ao direito de liberdade do réu em submeter-se ao respectivo exame pericial, tendo em vista que a submissão forçada do réu a tal exame era o meio mais adequado de atingir o fim constitucionalmente legítimo assegurado ao autor e o meio menos gravoso para o réu.

O Estado, imotivadamente, não podia fazer com que uma agulha adentrasse ao corpo do réu sem que este emitisse concordância nesse sentido. Porém, neste caso, a recusa do réu em submeter-se voluntariamente ao exame pericial apto a reconhecer a existência de suposta relação de paternidade não pode consistir em um prêmio para ele. Mesmo porque o seu direito de liberdade mereceu o respeito do Estado até o exato momento em que a sua “violação” tornou-se talvez o único meio – e certamente o menos gravoso – capaz de resolver o conflito de interesses posto à apreciação do órgão julgador.

### **5.2. Admissibilidade de “gravação ambiental” de conversa como meio de prova**

O extinto 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo (Ag. de Instr. nº 840.834-4-Ituverava-SP) decidiu pela admissibilidade da prova de gravação ambiental, obtida sem o conhecimento de um dos interlocutores, apesar da colidência entre as garantias constitucionais da intimidade e da ampla defesa.

O Tribunal, ao entender que a prova ilícita deve ser reputada válida, pelo fato de que os atos discutidos na relação processual foram praticados da maneira mais oculta possível, decidiu

que, em casos como o presente, o Estado deve adentrar na esfera íntima do indivíduo, para proferir uma prestação jurisdicional justa e eficaz.

Além do mais, a interferência estatal no âmbito da intimidade do indivíduo pode ser admitida, se for justificada pela necessidade de impedir o cometimento de abusos e de reprimir o acobertamento de violações à ordem jurídica.

Assim sendo, entendemos que as considerações constantes no corpo do acórdão justificam, sim, a admissão de tal gravação ambiental como meio de prova, porque, em específico, o direito à intimidade não deve servir de escudo protetor ao autor de um determinado ato ilícito, sob pena de desvirtuar a pretensão punitiva estatal. Por esse motivo, compartilhamos dos mesmos fundamentos empregados pelo Tribunal, uma vez que, proporcionalmente, foram muito bem sopesados os valores em conflito, eliminando, conseqüentemente, o mínimo necessário para garantir “a existência humana digna de ser chamada assim” (AVOLIO, 1995, p. 53).

### **5.3. Dano ambiental decorrente da queima de palha de cana-de-açúcar**

O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública objetivando a condenação de duas empresas à obrigação de não empregarem o processo de queima da palha de cana-de-açúcar para limpeza do solo, bem como à indenização pelos danos ambientais já causados. Para tanto se valeu, em síntese, do argumento de que a pretensão deveria ser acatada porque a queima da palha de cana-de-açúcar produz degradação ambiental e efeitos nocivos à saúde e ao bem-estar da co-

letividade, sendo princípio de Direito Ambiental que o interesse desta última é prevalente ao dos particulares.

Apesar de a ação ter sido julgada parcialmente procedente em sede de primeira instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, reformou a decisão, julgando-a totalmente improcedente e condenando a Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento das custas, despesas do processo e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da ação, corrigidos, dando ainda por prejudicado o recurso do Ministério Público, que insistia na condenação dos réus à indenização também pleiteada na inicial.

Inconformado, o Ministério Público opôs Embargos Infringentes (TJSP – Emb. Infr. nº 275.971.2/1-01-Matão-SP). Porém, estes não foram providos, em razão de o Tribunal ter entendido que a manutenção da queimada da palha da cana-de-açúcar interessa muito mais à indústria alcooleira do que à coletividade local, tendo em vista que as práticas efetuadas pelas empresas interessam a toda Nação, e não somente a um ou alguns determinados Municípios. Em relação ao argumento da coletividade, decidiu-se que deveria ser respeitado o interesse da comunidade maior em detrimento da comunidade estabelecida nas cercanias das empresas, ou seja, decidiu-se que o incômodo de alguns deve ser suportado por eles em benefício de todos os demais.

Com todo o respeito que temos para com o Egrégio Tribunal, não podemos concordar com o argumento utilizado, eis que ele fora desenvolvido sob a perspectiva exclusivamente capitalista, e o pior, sem que houvesse sequer o cuidado de analisar a fundo e seriamente as circunstâncias danosas ao meio ambiente que pudessem vir à tona dentro de um razoável período de

tempo.

Se o art. 225 da Constituição Federal é expresso ao dizer que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e que ele deve ser preservado para as presentes e futuras gerações, o Judiciário paulista não poderia ter-se mostrado míope para com tais questões. Será que ele entende que os direitos fundamentais não se encontram espalhados pela Constituição Federal? Por estar previsto no art. 225, o meio ambiente é menos importante do que o direito à livre iniciativa? Se o meio ambiente deve ser preservado para as futuras gerações, não haveria ele de ter um peso suficiente para prevalecer sobre direitos que com ele eventualmente venham a se chocar? Será que os benefícios reflexamente recebidos por indivíduos residentes em outras localidades, compensam ou prevalecem aos danos suportados pelos indivíduos vizinhos das empresas que praticam a queima da palha da cana-de-açúcar? A dignidade de uns vale mais do que a dignidade dos outros? Para que a dignidade de uns seja garantida há necessidade de se tolher parcela da dignidade dos outros?

Ademais, para assegurar a efetividade dos direitos ambientais, o parágrafo 1º, do art. 225, atribuiu ao Poder Público a tarefa, dentre outras, de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, bem como a de proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Quando se fala em direito à sadia qualidade de vida, não há motivos para dizer que a saúde dos seres humanos

consiste somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no presente. “Não basta viver ou conservar a vida. É justo buscar e conseguir a ‘qualidade de vida’” (MACHADO, 2002, p. 46).

Os elementos que compõem a Natureza – água, solo, ar, flora, fauna e paisagem – devem ser mantidos em um estado de sanidade e seu uso deve ser vigiado de perto pelas autoridades competentes, para que possam ser constatadas as conseqüências advindas desse uso, e proibindo-se o uso que possa originar doenças e incômodos para os seres humanos.

Nesse ponto, a decisão judicial analisada dispensou maior atenção aos lucros proporcionados pelo cultivo da queima da palha de cana-de-açúcar, do que às normas que visam proteger o meio ambiente, tal como previsto na Constituição Federal e em todas os Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil faz parte. Se os princípios do direito à sadia qualidade de vida, do acesso equitativo aos recursos naturais, da precaução e da prevenção fossem levados a sério no momento da prolação da sentença, o resultado seguramente poderia ter sido outro.

O direito ambiental, quando em colisão com um outro direito também considerado fundamental, deverá sempre ser considerado como um fator decisivo na resolução do impasse. Ou seja, no momento em que se torna necessário ponderar os valores presentes nos direitos que se encontram conflitantes entre si, os direitos ambientais devem prevalecer sobre os demais, em virtude de se dever tutelar tudo o que lhe é ínsito, tanto para as presentes quanto para as futuras gerações (PADILHA, 2006).

Ademais, a queima da palha de cana-de-açúcar não é o meio menos

gravoso para se atingir o objetivo almejado pelas empresas rês, apesar de considerado adequado. Em pleno século XXI, no auge do desenvolvimento tecnológico, o argumento de que esse modo de eliminação da palha da cana-de-açúcar é o menos gravoso ao meio ambiente chegaria a ser cômico, se antes não fosse trágico.

Se o agro-negócio faz parte do “Brasil que dá certo” e é considerado como um dos setores mais rentáveis e desenvolvidos do país, o Poder Judiciário deve exigir das empresas que atuam nesse ramo uma conduta voltada à tutela dos direitos ambientais. Não pretendemos, com isso, prejudicar as atividades desenvolvidas por esse tão importante setor da economia. Muito pelo contrário, o que de fato sustentamos é que essas empresas devem ter responsabilidade social e pôr em prática os ideais de desenvolvimento sustentável.

É certo que a tradição jurídica brasileira sempre foi calcada na resolução de conflitos de índole estritamente individual. Porém, com as transformações sociais ocorridas nos últimos tempos e com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos difusos tiveram um tratamento muito mais adequado. Só que, para que esse tratamento adequado possa se tornar efetivo, os juízes e os demais operadores do Direito necessitam capacitar os seus conhecimentos no que se refere ao estudo de tais direitos, porque não se pode admitir que profissionais tentem enfrentar as dificuldades traçadas pelos direitos difusos com base na doutrina que se fundamenta na composição de conflitos individuais.

Por fim, com base no teor das questões ventiladas neste caso, vale a pena nos recordarmos a respeito do que acontecera com Zaratustra, quan-

do de andança pelas proximidades das Ilhas Bem-Aventuradas, onde sumiu por cinco dias, em virtude de ter sido levado pelo demônio – ou o contrário. No local em que se encontrava, ouviu do “cão do fogo” o seguinte aforismo: “A terra tem pele, e essa pele sofre enfermidades, uma delas, por exemplo, chama-se homem” (NIETZSCHE, 2005, p. 108).

### CONCLUSÃO

Por mais fundamental que um direito seja, ele não poderá ser considerado absoluto, porque, sendo o Direito uma ciência cultural, voltada à realização dos casos práticos, pode ocorrer de um direito fundamental se chocar com outro direito da mesma ordem, como no caso de o direito de liberdade de expressão colidir com o direito à imagem.

Não há que se falar na existência de direitos absolutos. Todos gozam de relatividade. Porém, a par disso, a visão que o operador do Direito deve ter sobre eles é a totalizadora, assemelhada à empregada pelos estoicos.

A colisão existente entre direitos igualmente fundamentais se resolve por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, que se subdivide em três subprincípios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Diferentemente do que ocorre para a solução do conflito entre regras, já que aqui o problema é resolvido no campo da validade, ao fazer-se uso das seguintes alternantes: lei superior prevalece sobre lei inferior, lei posterior revoga lei anterior e lei especial derroga lei geral.

Com o emprego destes subprincípios, o operador do Direito deverá observar qual dos direitos em conflito atende um fim constitucionalmente

legítimo, qual direito consiste no meio que causa a menor restrição e qual desses direitos tem o maior peso, sempre se valendo de um discurso racional.

### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ASSIS, Olney Queiroz. *O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder*. São Paulo: Lúmen, 2002.

AVOLIO, Luiz. Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

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

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ju-

diciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade). *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica, nº 03, 1994.

LYRA FILHO, Roberto. *O direito que se ensina errado*. Brasília: Nair, 1980.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. São Paulo: SAFE, 2006.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STUMN, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Parte

**Parte II**

Parec

**Parecer**  
**Jurídico**

**E- 2.824/2003**

Relator – Dr. Lafayette Pozzoli  
Revisor – Dra. Maria do Carmo Whitaker

**Senhor Presidente**

1. O requerimento da distinta advogada tem como objetivo consultar este Sodalício sobre o seguinte:

“Advogado regularmente inscrito nos quadros da OAB/SP, pode ser sócio de empresa privada?”

Questiona, outrossim, caso seja a pergunta acima afirmativa, se pode o advogado advogar em causa própria pela empresa.

É o relatório.

2. Preliminarmente deve ser digno de nota que o Egrégio Tribunal de Ética e Disciplina, por sua Seção Deontológica, tem como competência a manifestação para dirimir dúvidas, em tese, acerca da conduta ética relativa ao exercício da advocacia. É neste sentido o artigo 49 do Código de Ética e Disciplina, cuja consignação neste parecer faz-se como forma de dar maior conhecimento à classe dos advogados e aos próprios estagiários ouvintes nesta sessão de julgamento, bem como para que este relator possa ter sempre presente essa diretriz. *In verbis*:

“Art. 49 - O Tribunal de Ética e Disciplina é competente para orientar e aconselhar sobre ética profissional, respondendo às consultas em tese, e julgar os processos disciplinares.”

O contido na exordial enseja um caso concreto. Entretanto, considerando a postura pedagógica adotada por este Tribunal, passamos às respostas solicitadas.

A resposta à primeira pergunta é afirmativa. Advogado ser sócio de empresa não é vedado pelo Estatuto da Advocacia ou pelo Código de Ética da OAB, uma vez que se trata de uma função pessoal e não profissional.

É neste sentido a Resolução nº 12, deste Tribunal, que trata especificamente de uma associação, mas, analogicamente pode ser estendido para qualquer sociedade, como no presente caso. Assim dispõe o artigo 1º da referida Re-



solução:

“Art. 1º. O advogado, fundador, sócio ou integrante de órgãos diretivos ou deliberativos das associações de defesa geral da cidadania, deve limitar sua atividade associativa aos objetivos estatutários, vedada a advocacia para a mesma entidade.”

Enfim, as atividades do sócio de empresa que também é advogado deve se restringir aos objetivos consignados no contrato social da sociedade, registrado em órgão competente que não a OAB.

A segunda pergunta diz respeito à advocacia em causa própria. Uma prática consagrada dentre os valores da sociedade e expressa na legislação, no Código de Processo Civil, no artigo 36<sup>[1]</sup>. Outras profissões, ressalvadas suas peculiaridades, também têm prática semelhante. Nas palavras do jurista João Teixeira Grande: “... não seria justo impedir que uma pessoa, qualquer que seja sua área de conhecimento humano, pudesse ter para si mesmo os benefícios daquilo que conhece tão bem. Seria limitar sua liberdade de agir.”

Ademais, ressalvadas as exceções legais, a postulação em juízo é privativa do advogado para demandar a defesa dos interesses de seu constituinte. Podendo atuar como procurador, vale dizer, representando terceiros, nada mais justo que possa também atuar em seu próprio benefício. O Estatuto da Advocacia e o Código de Ética Profissional não vedam ao advogado desenvolver seu mister em benefício próprio, como também não o faz o diploma processual.

É neste sentido a jurisprudência deste Tribunal.

“ADVOCACIA – EXERCÍCIO EM CAUSA PRÓPRIA – NOMEAÇÃO DE ADVOGADO PELA OAB – DESCABIMENTO. **A advocacia em causa própria não viola a ética profissional.** Interesses particulares, também, não determinam a nomeação de defensor pela OAB. Não conhecimento por tratar-se de caso já consumado. Proc. E-1.636/98 – v.u. em 12/02/98 do parecer e ementa do Rel. Dr. BIASI ANTÔNIO RUGGIERO – Rev. Dr. LUIZ CARLOS BRANCO – Presidente Dr. ROBISON BARONI.” **(grifo nosso).**

Entretanto, no presente caso, a advocacia estaria sendo exercida para a empresa. Sendo seu sócio advogado, pensa-se logo, por que contratar advogado? Na verdade, deve ser ressaltado que o advogado é sócio da empresa numa condição pessoal e não como profissional do direito, atitude que estaria vedada pela legislação, pois uma sociedade de advogados só é permitida com o devido registro na OAB.

Assim, a resposta à segunda questão apresentada pela Consulente me-

rece cautela e uma orientação para a contratação de outro profissional, quanto se tratar de ajuizamento de processo, porque este poderá atuar com isenção de ânimo, sem o envolvimento emocional muitas vezes embaraçante. Também frente a uma advocacia em causa própria, para a empresa, os demais sócios poderiam sentir-se lesados, ferindo princípios básicos da advocacia em relação a eles. Por fim, ressalta-se a recomendação no sentido de que a contratação de colega para esse patrocínio seja aconselhável.

Estas as considerações que, com o devido respeito, submeto à elevada apreciação do Egrégio Plenário.

Sala das Sessões, 16 de outubro de 2003

Lafayette Pozzoli  
Relator

**PATROCÍNIO – ADVOGADO SÓCIO DE EMPRESA – ATUAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA** - O art. 36, caput, do Código de Processo Civil autoriza a postulação em causa própria, inclusive para advogado sócio de empresa, situação não vedada pelo EAOAB e CED, por ser função pessoal e não profissional. O TED tem recomendado a contratação de colega para a postulação, evitando-se a postulação em causa própria, ainda que seja para a empresa da qual é sócio, que atuará com isenção de ânimo, sem o envolvimento emocional muita vez embaraçante. Proc. E-2.824/03 – v.u. em 16/10/03 do parecer e ementa do Rel. Dr. LAFAYETTE POZZOLI – Rev.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> MARIA DO CARMO WHITAKER – Presidente Dr. ROBISON BARONI.

### Notas

[1] “Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.”

Resumo

Resumo  
de Dissertação

---

MORGATO, Melissa Cabrini Morgato. **Bioética e direito: desafios e limites ético-jurídicos da manipulação do material genético humano.** 2005. 119fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2005.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo problematizar conseqüências éticas e jurídicas do desenvolvimento da ciência biotecnológica, principalmente no campo da engenharia genética. Analisamos a evolução da legislação nacional e internacional para pesquisa em seres humanos, os princípios bioéticos e a integração da bioética com o direito, que se dá por meio do princípio da dignidade humana, dada a primazia axiológica que lhe confere a Constituição Federal. Dividimos as situações apresentadas pela ciência biotecnológica entre as que podem ser ética e juridicamente justificadas: eugenia negativa, dado o potencial terapêutico de trazer benefícios aos seres humanos; e as que não são ética e juridicamente justificadas: eugenia positiva, visto que representam risco de danos para autocompreensão ética da espécie humana, assim como são incompatíveis com o imperativo de proteção à vida humana estruturado no Estado de Direito brasileiro. Concluímos que o respeito ao princípio da dignidade humana deve se efetivar como uma diretriz máxima para o juízo moral de todos os homens, pois evitar práticas lesivas ao ser humano requer, além de normas legais e éticas, responsabilidade de ação para utilizar a tecnologia com fins exclusivamente terapêuticos e impedir que a sociedade de consumo e seus derivados artificializem completamente a natureza humana.

**Palavras-chave:** Bioética. Biodireito. Dignidade humana. Manipulação genética.

## ABSTRACT

The present paper is aimed at discussing the ethical and legal consequences of the biotechnological science development, mainly in the genetic engineering field. We analyzed the evolution of national and international legislation related to research with human beings, the bioethical principles and the integration of Bioethics and Law, which takes place by means of the human dignity principle, given the axiological primacy granted by the Federal Constitution. We classified the situations presented by the biotechnological science as the ones that can be ethically and legally justified: negative eugenics, given the therapeutic potential of bringing benefits to human beings; and the ones that are not justified by Ethics

---

and Law: positive eugenics, since they represent risks for the ethical self-understanding of the human species and are also incompatible with the imperative scenery of human life protection, which is structured in the Brazilian State of Law. We concluded that the respect to the human dignity principle must be carried out as a main line for the moral judgment of all men because to avoid prejudicial practices to the human beings, besides the legal and ethical rules, it is necessary responsibility of action in the use of technology with therapeutical purposes and it is also important to prevent the consumption society and its derivatives from manufacturing the human nature completely.

**Key-words:** Bioethical. Human dignity. Genetic manipulation

# Parte

## Parte III

---

## APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS E RESENHAS

### Artigos

Reserva-se à Revista *Em Tempo* a prioridade da publicação do artigo entregue. Nenhuma modificação de estrutura, conteúdo ou estilo será feita sem o consentimento do autor.

### Formato

Os artigos devem conter entre 20 e 30 laudas tamanho A 4, em processador de texto Word, fonte *Times New Roman*, tamanho 12, com os espaços entre as linhas de 1,5, margens a esquerda e acima 3 cm, direita e abaixo 2 cm. As resenhas não devem ultrapassar 5 laudas. O título do artigo deve estar centralizado, em maiúsculas, sem negrito, itálico ou grifo. Após o título, na segunda linha, no lado direito, deve estar o nome completo do(s) autor(es). O nome do orientador, se for o caso, deve ser indicado abaixo do nome do(s) autor(es). Deve acompanhar os artigos: palavras-chave e um resumo de aproximadamente 20 linhas, ambos em português, inglês e espanhol. As notas de rodapé devem ser de natureza substantiva, restringindo-se a comentários adicionais ao texto. Os trabalhos devem ser apresentados de acordo com as regras da ABNT utilizando para referências e citações o sistema autor-data.

### Entrega

Os artigos devem ser apresentados em CD (processador de texto Word) ou enviados por correio eletrônico para [emtempo@univem.edu.br](mailto:emtempo@univem.edu.br), acompanhados de 3 cópias impressas, sendo 2 delas sem identificação do autor.

### Dados do autor

Devem ser enviados em folha separada contendo a maior titulação, instituição em que obteve o título, ins-

tuição de trabalho, unidade, departamento e cargo atual, endereço completo para correspondência e e-mail.

No caso de mais de um autor, devem ser informados os dados completos de todos. No caso de trabalho sob orientação, devem ser informados os dados completos do orientador.

### Entrega de artigos

A entrega dos artigos impressos deve ser feita na secretaria do Mestrado em Direito ou no Núcleo de Apoio à Pesquisa e Extensão (NAPEX) do UNIVEM ou remetidos para o endereço: **UNIVEM-NAPEX** Av. Hygino Muzzi Filho, 529 - Campus Universitário - Cep 17525-901 - Marília/SP

## DISPOSIÇÕES GERAIS

### Linha Editorial

A Revista *Em Tempo* é um periódico do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* e do Curso de Direito do UNIVEM e está aberta a publicação de artigos da área do conhecimento do Direito.

### Direitos Autorais

Todos os direitos são reservados. Qualquer reprodução, ainda que de parte da publicação, deverá constar o crédito de referência, de acordo com as leis de direitos autorais vigentes do Brasil. O (s) autor (es) deve (m) enviar autorização para publicação e transferência de direitos autorais assinada de acordo com modelo obtido na página do UNIVEM na Internet <http://galileu.fundamet.br/revista/>

### Divulgação

A aceitação do trabalho para publicação implica na transferência de direitos do autor para a Revista *Em Tempo*, sendo assegurado ao UNIVEM

---

o direito a mais ampla divulgação da informação. Sendo o autor do artigo professor, fica o mesmo comprometido a divulgar a Revista junto aos seus alunos.

### **Parecer**

A Revista *Em Tempo* adota o sistema *peer review* para análise e aprovação dos artigos recebidos. Os avaliação do artigo é feita por dois pareceristas *ad hoc* externos à Instituição. A aceitação ou não dos artigos enviados, bem como a necessidade de alterações serão comunicadas ao (s) autor (es) por correio eletrônico.

### **Avaliação**

Após a aprovação do artigo pelos pareceristas *ad hoc*, o mesmo será submetido à avaliação ortográfica, gramatical e bibliográfica.

### **Exemplares dos autores**

Tendo o artigo sido publicado, os autores receberão cinco exemplares do número da revista em que foi publicado seu trabalho.

### **Conteúdo**

O conteúdo dos trabalhos é de exclusiva responsabilidade dos autores e deve se restringir à área do conhecimento do Direito.