

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 506

(ano VII)

(21/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá):* **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - *Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário*

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.*

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF/Argentina):** *Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.*

País: Brasil. Cidade: Brasília – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



21/12/2015 Milton Córdova Júnior

» [Voto em papel \(cédula eleitoral\): o retorno da Democracia](#)

ARTIGOS

21/12/2015 Frederico Fernandes dos Santos

» [Características dos contratos administrativos](#)

21/12/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Anotações ao Código dos Direitos de Saúde das Comunidades: Um Painel à luz da Bioética](#)

21/12/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [A problemática doutrinária acerca da bipartição existente em relação a aplicação da Lei nº 11.232/05 à execução de alimentos](#)

21/12/2015 Viktor Sá Leitão de Meira Lins

» [Contratação de Fundação de Apoio na Administração Pública Federal](#)

21/12/2015 Carolina Barreira Lins

» [Arbitrabilidade e ordem pública](#)

21/12/2015 Ivana da Silva Reis

» [A influência da mídia nas decisões do tribunal do júri](#)

VOTO EM PAPEL (CÉDULA ELEITORAL): O RETORNO DA DEMOCRACIA

MILTON CÓRDOVA JÚNIOR: Advogado, pós-graduado em Direito Público, com extensões em Direito Constitucional e Direito Constitucional Tributário. Empregado de empresa pública federal. Recebeu Voto de Aplauso do Senado Federal por relevantes contribuições à efetivação da cidadania e dos direitos políticos.

Por mais contraditório que possa parecer, um eventual retorno do voto em cédula eleitoral representará o resgate à Democracia para milhões de brasileiros excluídos das eleições.

Explico.

O TSE, inconstitucional e ilegalmente, transformou a urna eletrônica em um fim em si mesmo, sendo o caso do remédio cuja dose matou o paciente. Por conta do marketing propiciado pela urna eletrônica - cujo advento jamais excluiu a cédula eleitoral -, um total de 8,2 milhões de brasileiros foi excluído das eleições, em 2014 (1º Turno), sendo que em 2012 foram 7,6 milhões de eleitores excluídos das eleições. Essa informação é convenientemente omitida (varrida para debaixo do tapete) pela “Justiça” eleitoral, por ocasião da divulgação do resultado das eleições brasileiras, apuradas (incrivelmente!) em menos de 04 ou 03 horas.

Esse impressionante contingente eleitoral de eleitores cujos direitos são reiteradamente violados pela “Justiça” eleitoral (numero equivalente ao eleitorado do Rio Grande do Sul, 5º maior do Brasil) são os que apresentaram justificativa eleitoral por encontrarem-se fora de seu domicilio eleitoral, no dia das eleições. Eles tiveram seus direitos políticos cassados pelo TSE, pois este Tribunal não admite o voto em trânsito para esses eleitores, o qual poderia ser viabilizado por meio da cédula eleitoral, sem o menor problema, ante a impossibilidade (ou incompetência?) do acolhimento desse tipo de voto pela urna eletrônica.

Mais bizarro e teratológico é a situação dos policiais militares e forças militares requisitadas para trabalhar nas eleições, pela própria "Justiça" Eleitoral. Esses não votam, com raríssimas exceções. In casu, o Código Eleitoral é muito claro em seu artigo 145, parágrafo único, IX, a respeito do voto do policial militar:

"com as cautelas constantes do art. 147, § 2º, poderão ainda votar fora da respectiva seção: os policiais militares em serviço".

Vale lembrar que esse dispositivo foi inserido pelo art. 102 da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições). O citado artigo 147, § 2º trata exatamente do voto em separado por meio de cédula eleitoral. Provocado em diversas ocasiões, pelas mesmas partes, o TSE, em brilhante e eficiente *"mise en scène"* continuou dando azo à omissão. Por exemplo, em Petição específica, a Associação dos Praças da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte (ASPRA - PM/RN) pediu a aplicação da disposição do art. 145, do Código Eleitoral. O então Ministro Arnaldo Versiani assim se manifestou, falaciosamente:

"Sobre a matéria, esta Assessoria, quando da análise da Petição nº 1220-78, ressaltou que a ampliação do voto às diversas categorias não contempladas para a eleição que se avizinha faz parte do projeto de modernização do sistema de votação eletrônico, com o registro dos dados biométricos do eleitor num cartão inteligente, que possibilitará a sua identificação em qualquer urna eletrônica de qualquer seção eleitoral. E essa situação ideal não está longe de ser implantada pela Justiça Eleitoral. Espera-se que já nas eleições gerais de 2014 parte dele esteja em produção.

Assim, considerando o já adiantado estágio do processo eleitoral, o que impossibilita a sua implementação para as eleições de 2010, sugere-se que

a proposta seja objeto de estudo no momento da elaboração das instruções das eleições de 2014.

Por fim, propõe-se o apensamento da presente peça aos autos da Petição nº 1220-78 e posterior encaminhamento ao relator do feito.

Em que pesem os pedidos formulados, anoto que, conforme apontou a unidade técnica, recomenda-se o exame da questão por ocasião da elaboração das instruções alusivas às próximas eleições, considerado o avançado estágio do período eleitoral do pleito de 2010.

Por tal razão, indefiro os pedidos, ressalvando a possibilidade de os requerentes, por ocasião da colheita de sugestões das próximas instruções, novamente apresentarem sugestões quanto à matéria."

Afirma-se "falaciosamente", porque em nenhum momento a ASPRA/RN pediu o voto em transito para os policiais militares por meio de urna eletrônica, mas, sim, por meio da velha, simples e boa cédula eleitoral, nos precisos termos como prevista no referido artigo do Código Eleitoral. Ou seja, a referida decisão (bem como outras solicitadas pelo mesmo autor) consistiu-se em mero jogo de cena protelatório, em ofensa direta aos direitos políticos dos policiais militares - que no dia das eleições são desrespeitados como cidadãos, pela própria "Justiça" eleitoral.

Por sua vez, o decisório (falacioso) da citada Petição 1220-78 foi este:

"Embora reconhecendo as louváveis considerações expostas pelo requerente, no que tange aos anseios quanto à viabilização do exercício do voto dos policiais, consideradas as dificuldades decorrentes do trabalho em dia da votação, é de se assinalar que, em virtude da iminência do início do processo eleitoral e da complexidade da matéria, não há como atender tal providência, já não abarcada por ocasião da análise

*das instruções.
(...)*

De qualquer forma, assinalo ser possível que quaisquer interessados postulem, no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais, a instalação de seções especiais em quartéis ou outras unidades policiais, cuja viabilidade será examinada por aqueles tribunais."

Ou seja, tudo continuou e continua como antes. O jogo do empurra-empurra é evidente.

Entretanto, atento à última parte da decisão, a ASPRA/RN pediu a instalação das tais seções especiais ao Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte que, desde então, vem tergiversando (melhor usar uma expressão não jurídica: "enrolando") sobre a matéria, procrastinando ad eternum, para, evidentemente, mais uma vez violar o direito do voto dos policiais militares que estão a serviço da própria justiça eleitoral, no dia das eleições.

É por essa razão que o então deputado estadual de São Paulo, Major Olímpio, expressou sua indignação na Assembleia Legislativa de São Paulo, nos idos de 2010, em contundente e sincero discurso no sentido de que "bandido pode votar, policial não pode". Isso porque, na ocasião, o Tribunal Superior Eleitoral fez uma eficiente campanha de marketing para mostrar que no Brasil até preso pode votar. Recentemente, já como parlamentar federal, o Deputado Major Olímpio pronunciou discurso semelhante àquele de 2010, desta vez na Câmara dos Deputados.(em JUN 2015).

Anos atrás um Ministro do Supremo Tribunal Federal construiu magistral decisão a respeito da interpretação de normas constitucionais que envolvem direitos políticos:

"É de sabença geral que não cabe imprimir a texto constitucional assegurado de direitos, especialmente

políticos, interpretação estrita, o que se dirá quanto à restrita. A aplicação respectiva há que se fazer tal como previsto no preceito...”

Mais adiante o nobre magistrado em lapidar lição complementou a linha de raciocínio:

“tanto vulnera a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese não contemplada, como o que incluiu exigência não prevista” (RE 128.518-4-DF).

Pois bem, aqui parece que se aplica o princípio jurídico do "em casa de ferreiro, espeto de pau", eis que o mesmo Excelentíssimo Ministro – gosto bastante dele - está com um mandado de injunção – o MI 1767 - concluso desde NOV/12 (mais de três anos). Nesse Mandado de Injunção foi alegado a omissão do TSE na questão da efetivação dos direitos políticos dos eleitores que se encontram fora de seu domicílio eleitoral, no dia das eleições, tendo sido pedido – claramente - o uso das cédulas eleitorais no voto em trânsito (na hipótese da inviabilidade da urna eletrônica). Isso demonstra o quanto o lobby dos tecnocratas do TSE é poderoso - seus efeitos tem o poder de revogar direitos políticos dos cidadãos, mormente os dos policiais militares.

Que fique claro: a Constituição é claríssima ao assegurar o voto para todos os cidadãos, sem quaisquer restrições, seja por urna eletrônica, seja por cédula eleitoral. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral e todos os Tribunais Regionais Eleitorais - em especial o TRE/RN, formalmente provocado - estão violando a Constituição e a Lei.

Vale lembrar que o Brasil corre elevadíssimo risco de ser denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do art. 44 da Convenção:

“Artigo 44º. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições

que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.”

A violação é em relação ao artigo 23º, que trata dos direitos políticos, nestes termos:

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores;

É por essa e por outras razões que o retorno da cédula eleitoral poderá representar o retorno à democracia, para milhões de brasileiros, incluindo os cidadãos policiais militares. Haverá evidente demora na apuração das eleições, mas é de sabença geral que a Democracia tem um preço, um custo.

Se o custo da urna eletrônica é a exclusão de oito milhões de eleitores, às favas com a urna eletrônica!

CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

FREDERICO FERNANDES DOS SANTOS: Advogado - Especialista em Direito Administrativo, Civil e Processual Civil. Escritório atuante também em Direito Tributário, Previdenciário e Trabalhista. Autor de artigos publicados em diversas revistas jurídicas.

Sumário: 1. Presença da Administração Pública como Poder Público, 2. Finalidade Pública, 3. Obediência a Forma Prescrita em Lei, 4. Procedimento Legal, 5. Contrato de Adesão, 6. Natureza *Intuitu Personae*, 7. Presença de Cláusulas Exorbitantes, 8. Mutabilidade.

INTRODUÇÃO

Contratos administrativos são acordos firmados no interesse público, entre a Administração Pública e o particular, regulados prioritariamente pelo direito público.

Alexandrino (2013, p. 532) define contrato administrativo como “o ajuste entre a administração pública, atuando na qualidade de poder público, e particulares, firmado nos termos estipulados pela própria administração contratante, em conformidade com o interesse público, e sob a regência predominante do direito público”.

A principal característica diferenciadora dos contratos administrativos em relação aos contratos privados são as cláusulas exorbitantes, pois são impositivas de superioridade à Administração em face do particular.

Alexandrino (2013) aponta como características dos contratos administrativos o formalismo, ser ele um contrato de adesão e sua pessoalidade (*intuitu personae*).

Já Carvalho Filho (2014) destaca sua relação contratual, a posição preponderante da Administração, o sujeito administrativo e o objetivo.

Entretanto, Di Pietro (2014) explora as características do contrato administrativo de forma mais abrangente, indicando os pontos destacados pela maioria dos doutrinadores administrativistas e acrescentando outras (particulares de seus ensinamentos), são elas: presença da Administração Pública como Poder Público, finalidade pública, obediência à forma prescrita em lei, procedimento legal, natureza de contrato de adesão, natureza *intuitu personae*, presença de cláusulas exorbitantes, mutabilidade.

1 PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER PÚBLICO

Nas relações privadas as obrigações são ajustadas por mútuo consentimento (sinalagmáticas) e mediante concessões recíprocas (comutativas). Porém, os contratos administrativos são regidos por normas que dão a Administração Pública prerrogativas de superioridade e predominância de interesses em detrimento do particular (cláusulas exorbitantes). O interesse público é prioritário.

2 FINALIDADE PÚBLICA

Deve ser o objetivo perseguido pela Administração Pública em todas as suas ações (atos e contratos), não importando se regidos pelo direito público ou privado, sob pena de desvio de poder. Di Pietro (2014) cita como exemplo a concessão de uso de uma sepultura – a utilidade direta é de interesse do particular, contudo, o sepultamento adequado, nos termos da lei, é do interesse de todos (envolve questões ambientais e sanitárias), por isso colocado sob o manto protetor do Poder Público.

Caso a finalidade pública não seja observada o procedimento será nulo, como bem observa a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO VERBAL. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA JULGADA IMPROCEDENTE. BOA-FÉ AFASTADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. APLICAÇÃO DO

ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE LICITAÇÕES.

I - Consta do acórdão recorrido inexistir boa-fé na atitude da empresa agravante, de contratar com o serviço público sem licitação e por meio de contrato verbal. Eis o trecho nele transcrito: "(...) não há elementos que autorizem o conhecimento da boa-fé da Autora, uma vez que estava ciente de que as contratações deveriam ser precedidas de licitação, pelo que se deduz da prova testemunhal, ou pelo menos de justificativa prévia e escrita de dispensa ou possibilidade de licitação, em face do disposto no art. 26 da Lei de Licitações". (fls. 506). II - Assim sendo, na esteira da jurisprudência desta colenda Corte, ante a única interpretação possível do disposto no artigo 60, parágrafo único, da Lei de Licitações, "é nulo o contrato administrativo verbal" e, ainda que assim não fosse, é nulo "pois vai de encontro às regras e princípios constitucionais, notadamente a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade, além de macular a finalidade da licitação, deixando de concretizar, em última análise, o interesse público". A propósito, confira-se, dentre outros: REsp 545471/PR, Primeira Turma, DJ de 19.09.2005. III - Outrossim, é de se relevar não ser cognoscível o recurso especial, relativamente à matéria contida no art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8666/93, haja vista não ter sido objeto de julgamento pelo acórdão a quo, inexistindo, portanto, o prequestionamento. IV - Agravo regimental improvido. (AgRg no Resp 915697/PR, STJ – Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Julgamento: 03/05/2007, DJ: 24.05.2007).

3 OBEDIÊNCIA A FORMA PRESCRITA EM LEI

Enquanto o art. 5º, II da CRFB, dispõe sobre o Princípio da Legalidade sob a ótica do particular, em que o Poder Público só pode exigir que o indivíduo faça ou não alguma coisa mediante lei disciplinadora (o que garante uma maior segurança jurídica). Nos termos do art. 37 da Carta Cidadã, o Princípio da Legalidade sob a perspectiva da Administração Pública estabelece que o administrador público só pode agir dentro daquilo que é previsto e autorizado por lei.

Os contratos celebrados pela Administração devem obedecer ao que estabelecem as inúmeras leis esparsas disciplinadoras de sua forma (contratos específicos), para fins de controle da legalidade.

A Lei n.º 8.666/93 estabelece normas gerais referentes ao aspecto formal dos contratos administrativos.

4 PROCEDIMENTO LEGAL

Di Pietro (2014, p.278) ensina que

A lei estabelece determinados procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos e que podem variar de uma modalidade para outra, compreendendo medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.

A própria Constituição Federal contém algumas exigências quanto ao procedimento; o artigo 37, XXI, exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, e o artigo 175, para a concessão de serviços públicos. A mesma exigência é feita por leis ordinárias, dentre as quais a Lei nº 8.666/93.

5 CONTRATO DE ADESÃO

Alexandrino (2013, p.536) define contrato de adesão, como sendo aquele em que

Uma das partes propõe as cláusulas e a outra parte não pode propor alterações, supressões ou acréscimos a essas cláusulas. Nos contratos de adesão, a autonomia da vontade da parte que adere ao contrato é limitada à aceitação, ou não, das condições impostas para a formação do vínculo. A parte não é obrigada a aceitar as cláusulas propostas, mas, uma vez que não pode modifica-las, sua manifestação de vontade resume-se à não celebração do contrato, se for o caso.

Exemplo de contrato de adesão é demonstrado no art. 40, § 2º da Lei n.º 8.666/93: “Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor”.

6 NATUREZA *INTUITU PERSONAE*

Os contratos administrativos, em regra, são firmados em razão das condições pessoais do contratado, apresentadas e apuradas em procedimento administrativo licitatório (habilitação). Procedimento este que visa não apenas selecionar a proposta mais vantajosa, mas também aquele (pessoa física ou jurídica) que demonstre possuir as melhores condições de executar o objeto contratado.

Di Pietro (2014, p.280) destaca alguns dispositivos na Lei n.º 8.666/93 que corroboram com essa característica:

Não é por outra razão que a Lei n.º 8.666/93, no artigo 78, VI, veda a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital da licitação e no contrato. Além disso, é vedada a fusão, cisão ou

incorporação que afetem a boa execução do contrato. Note-se que o artigo 72 permite a subcontratação parcial nos limites admitidos pela Administração; tem-se que conjugar essa norma com a do artigo 78, VI, para entender-se que a medida só é possível se admitida no edital e no contrato.

7 PRESENÇA DE CLÁUSULAS EXORBITANTES

Di Pietro (2014, p.280) define cláusulas exorbitantes como sendo

aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.

As principais cláusulas exorbitantes referentes a contratos administrativos estão enumeradas no art. 58 da Lei n.º 8.666/93. Exemplo é o inciso I, que confere à Administração a prerrogativa de modificar, unilateralmente, os contratos administrativos “para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”.

8 MUTABILIDADE

Para alguns doutrinadores é decorrente das cláusulas exorbitantes, para outros possibilita a aplicação das teorias da imprevisão, do fato do príncipe e da administração, a fim de manter o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; além das hipóteses de caso fortuito e de força maior.

Entretanto, faz-se necessária a comprovação do desequilíbrio posterior à assinatura do contrato para a sua aplicação, como demonstra a jurisprudência:

(...) A teoria da imprevisão é plenamente aplicável aos contratos administrativos, se constatada a álea extraordinária a romper o equilíbrio financeiro do contrato,

merecendo o mesmo ser revisto (TJDF, 1ª T. Cível, ACív. 3399194, rel. Des. José Hilário de Vasconcelos, j. 12.12.1994, DJU 1/02/1995, p. 668).

Segundo Di Pietro (2014) são hipóteses de risco que o particular enfrenta quando contrata com a Administração. Contudo, em todos os casos, a Administração Pública responde sozinha pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A invocação das teorias serve apenas para fins de enquadramento jurídico e fundamentação para a revisão das cláusulas financeiras do contrato.

REFERÊNCIAS:

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. - 27. ed.- São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANOTAÇÕES AO CÓDIGO DOS DIREITOS DE SAÚDE DAS COMUNIDADES: UM PAINEL À LUZ DA BIOÉTICA

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O presente está assentado em examinar a proeminência da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos como documento legitimador da quarta dimensão dos direitos humanos e sua vinculação com o Código dos Direitos de Saúde das Comunidades. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que

não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direitos de Quarta Dimensão. Bioética.

Sumário: 1 Comentários Iniciais; 2 A Primeira Dimensão dos Direitos Humanos: A construção dos denominados “Direitos de Liberdade”; 3 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os anseios sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 4 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 5 Os Direitos de Quarta Dimensão: As inovações biotecnológicas enquanto elementos de alargamento dos Direitos Humanos; 6 Anotações ao Código dos Direitos de Saúde das Comunidades: Um Painel à luz da Bioética.

1 Comentários Iniciais

Em um primeiro momento, imperioso faz-se versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. “A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade” (SIQUEIRA, PICCIRILLO, 2009, s.p.). Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos

direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. “O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”, como bem afiança Alexandre de Moraes (2011, p. 06).

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, “pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”, consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo (2009, s.p.). Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens, cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquíços do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida” (MORAES, 2011, p. 06).

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e

pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos” (MORAES, 2011, p. 06), tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato (2003, p. 71-72). A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito, devido processo legal, acesso à Justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias (FERREIRA FILHO, 2004, p. 12), reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e

judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato (2003, p. 89-90). Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais (MORAES, 2011, p. 08-09).

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor, e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa, por exemplo. Como bem destaca Comparato (2003, p. 49), a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”, como bem anota Silva (2004, p. 155).

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais (SILVA, 2004, p. 155). Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento (MORAES, 2003).

2 A Primeira Dimensão dos Direitos Humanos: A construção dos denominados “Direitos de Liberdade”

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política (COTRIM, 2010, p. 146-150). O mesmo ocorria com a população pobre,

que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Ao lado disso, cuida mencionar que esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata (SILVA, 2004, p. 157) e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade, da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Nesta esteira, ainda, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade, da reserva legal e anterioridade em matéria penal,

da presunção de inocência, tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento.

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. “Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade” (BONAVIDES, 2007, p. 563), aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

3 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os anseios sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjogou a maioria (COTRIM, 2010, p. 160).

A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados” (SANTOS, 2003, s.p.). Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana, segundo Moraes (2011, p. 11), refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente “ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais” (SANTOS, 2003, s.p.), tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado, elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais (SANTOS, 2003, s.p.).

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem

como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal” (2007, p. 564). Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”, como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 47).

4 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora explanado até o momento, cuida reconhecer que os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio (1997), os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo” (BONAVIDES, 2007, p. 569) ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a

identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI nº. 1.856/RJ/ Relator: Ministro Celso de Mello/ Julgado em 26 mai. 2011).

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que “os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a

coletividade como um todo” (2007, p. 152). Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. “Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2007, p. 569.). A respeito do assunto, Motta e Barchet (2007, p. 153) ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

5 Os Direitos de Quarta Dimensão: As inovações biotecnológicas enquanto elementos de alargamento dos Direitos Humanos

É de amplo conhecimento que a sociedade atual tem, como algumas de suas principais características, o avanço tecnológico e científico, a difusão e o desenvolvimento da cibernética, consequências do processo de globalização. Ocorre que tais perspectivas trouxeram situações inovadoras e que não correspondem aos fundamentos das gerações mencionadas anteriormente. Trata-se de um cenário dotado de maciça difusão de conhecimento e informações, bem como fluída alteração de paradigmas, notadamente os relacionados ao desenvolvimento científico e biológico. Em meio a esse contexto, para a regularização das situações decorrentes das transformações sociais, surgiram os Direitos de Quarta e Quinta Dimensão, os quais serão estudados doravante. Particularmente à Quarta Dimensão de Direitos, um

dos seus principais idealizadores foi Bonavides, para o qual “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade” (2007, p. 571).

Com o passar do tempo, conforme bem salientou Serraglio (2008, p. 04), as descobertas científicas proporcionaram, dentre muitos avanços, o aumento da expectativa de vida humana, vez que, ao homem, tornou-se possível alterar os mecanismos de nascimento e morte de seus pares. Sendo assim, a proteção à vida e ao patrimônio genético foi incluída na categoria dos direitos de quarta dimensão. Em consonância com Motta e Barchet (2007, p. 153), atualmente, tais direitos referem-se à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia, e envolvem, sobretudo, as discussões sobre a vida e morte, sempre pautadas nos preceitos éticos. Ao lado do exposto, é fato que o fenômeno globalizante foi responsável por conferir um robusto desencadeamento de difusão de informações e tecnologias, sendo responsável pelo surgimento de questões dotadas de proeminente complexidade, os quais oscilam desde os benefícios apresentados para a sociedade até a modificação do olhar analítico acerca de temas polêmicos, propiciando uma renovação nos valores e costumes adotados pela coletividade.

Como bem destaca Lima Neto (s.d., s.p.), o florescimento dos direitos humanos acampados pela quarta dimensão só foi possível em decorrência do sucedâneo de inovações tecnológicas que deram azo ao surgimento de problemas que, até então, não foram enfrentados pelo Direito, notadamente os relacionados ao campo da pesquisa com o genoma humano. Para tanto, carecido se fez a estruturação de limites e regulamentos que nortegassem o desenvolvimento das pesquisas, tal como a utilização dos dados obtidas, com o escopo de preservar o patrimônio genético da espécie humana. Dentre os documentos legais que se dedicam à regulamentação das pesquisas científicas relacionadas à vida humana, cumpre-se mencionar, primeiramente, a Declaração dos Direitos

do Homem e do Genoma Humano, criada pela Assembleia Geral da UNESCO em 1997. Conforme esclarece Motta e Barchet (2007, p. 153), é necessário consolidar os direitos de quarta geração, pois assim serão delineados os fundamentos jurídicos para as pesquisas científicas, no sentido de impor limites a estas e de garantir que o Direito não fique apartado dos avanços da Ciência. Vieira complementa esse entendimento, ao afirmar que: “a lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa aliando-se às exigências legítimas do progresso de conhecimento científico e da proteção da saúde pública” (1999, p. 18).

6 Anotações ao Código dos Direitos de Saúde das Comunidades: Um Painel à luz da Bioética

Os avanços das descobertas científicas, juntamente com o desenvolvimento tecnológico acelerado, contribuíram com a ampliação de uma conduta ética que integrasse os valores morais e humanos aos desafios sociais impostos pelos progressos científicos. Ao lado disso, partindo do pressuposto das manifestações bioéticas e da necessidade de sua regulação jurídica a fim de dar suporte aos debates trazidos pelas descobertas e inovações científicas, em 19 de outubro de 2005 foi aprovado por unanimidade pelos 191 países membros da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, tendo como diretrizes precursoras a Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos.

A DUBDH é uma ferramenta normativa internacional composta por 28 artigos e seus princípios podem ser divididos em princípios referentes à pessoa humana, princípios sociais e princípios ambientais. O princípio norteador do documento é o princípio da dignidade da pessoa humana, que abre caminhos para uma listagem de outros princípios correlacionados, como por exemplo: o princípio do benefício e dano,

autonomia e responsabilidade individual, capacidade do consentimento, respeito pela vulnerabilidade humana e pela integridade individual, igualdade, justiça e equidade, respeito pela diversidade cultural e pelo pluralismo, solidariedade e cooperação, proteção das gerações futuras, entre outros.

Haja vista o conteúdo principiológico da Declaração pode-se afirmar que sua maior empresa foi ter estabelecido um marco de princípios e critérios dentro dos quais os Estados poderão legislar sobre temáticas bioéticas. Com efeito, a Declaração tem como objetivo nodal fixar princípios gerais de caráter ético em um texto “aberto”, o que se revela positivo porquanto possibilita sua interpretação e aplicação conjugada com normas nacionais e internacionais. (OLIVEIRA, 2010)

A Declaração engloba demandas éticas acendidas pela medicina, pelas ciências da vida e pelo desenvolvimento das tecnologias, agregando suas aplicações aos seres humanos. Objetiva a explanação das normas bioéticas conforme os direitos humanos, sendo os mesmos decisivos para consolidar o alargamento científico e tecnológico. Traz a Bioética como protetora desses direitos e contextualiza sua inserção política, já que possui como fundamento a cooperação internacional dos Estados participantes e seu comprometimento em exercer seus deveres propostos pela DUBDH no âmbito social. É importante ressaltar que embora a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos releve questões que envolvam medicina e tecnologia, a Bioética vai além dos desafios da ética médica. Ela expande sua atuação para situar o campo social-político atual no contexto dos progressos científicos.

Os avanços alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico nos últimos 30 anos, especialmente no campo da biotecnologia e da saúde humana, permitiram realizações antes inimagináveis.

Doenças até então incuráveis hoje têm tratamento, organismos tidos como enigmáticos hoje têm seus genomas sequenciados, situações tidas como impossíveis, como a manipulação genética de organismos vivos e a clonagem, são hoje reproduzidas por metodologias de rotina em diversos pontos do Brasil e do mundo. Ao mesmo tempo em que a humanidade obtém conhecimento e poder para melhorar de modo substancial sua qualidade de vida, paradoxalmente adquire também conhecimento e poder para provocar danos em larga escala ou irreversíveis. Devastação de imensas áreas florestais (em função da agricultura extensiva ou da extração de madeira), liberação de gases que afetam a camada de ozônio (pelo uso de combustíveis fósseis não renováveis) e construção de armas de destruição em massa são exemplos que evidenciam a fragilidade moral da espécie humana. As grandes questões éticas colocadas em função do avanço científico e tecnológico não se referem às potencialidades do ser humano, mas a suas responsabilidades. As pesquisas podem seguir, teoricamente, em diversas direções, mas, na prática, nem todos os caminhos trazem benefícios para a humanidade ou os trazem de forma imediata, criando, porém, a possibilidade de haver consequências custosas em longo prazo. Dessa forma, o problema não está em rejeitar a utilização de novas tecnologias por não serem moralmente aceitas pela sociedade, mas, antes, no controle ético que deve ser exercido. (CRUZ; OLIVEIRA; PORTILLO; 2010)

Dessa forma, tal perspectiva tende a enxergar a Bioética como instrumento para solucionar problemas relacionados não só às ciências da

vida, como também solucionar os conflitos apresentados pelas ciências sociais. Dentro das discussões levantadas, há um embate social sobre os direitos de 4ª geração – são direitos que englobam questões de inovações tecnológicas (alteração do patrimônio genético, haja vista o desenvolvimento científico e tecnológico) – sendo delegada à Bioética se posicionar sobre o tema, baseando-se nos princípios propostos pela DUBDH. O desenvolvimento da engenharia genética e a possibilidade de manipulação do genoma humano remetem-se ao princípio da responsabilidade e proteção das gerações futuras, proposto pela DUBDH. Embora tenha objetivo de beneficiar as gerações futuras, as intervenções ou manipulações do genoma podem possuir efeitos negativos, violando o direito à identidade genética do indivíduo e não preservando o patrimônio genético atual, pondo em risco o futuro das características genéticas dos seres humanos, pois pode contribuir para a disseminação da ideia de hegemonia racial.

O que parece temer-se realmente, mais do que a terapia gênica reprodutiva em si, é a possibilidade de alterações genéticas com vistas a uma -melhoria genética não terapêutica, tanto do ser humano individual (o que poderia dar-se mesmo através da manipulação somática), como de seres humanos futuros e da espécie humana em seu conjunto. De fato, pode ser tênue a linha a separar a alteração genética para a cura de uma -anormalidade ou -defeito genético (enfermidade, má-formação) de uma ideia de - melhoria ou aprimoramento, que poderia favorecer e estimular uma perigosa mentalidade eugênica e conduzir a práticas discriminatórias em razão das características genéticas dos seres humanos — além de desconsiderar, como referido, um direito do ser humano atual e futuro a ter preservado o que seria sua constituição genética natural. (MÖLLER, 2007)

Nesse sentido, há o resgate sobre a individualidade do ser humano, em que a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (1997), considerada a certidão de nascimento do direito genético e antecedente histórico da DUBDH, veicula o genoma humano a uma identidade genética, veda a utilização do genoma para fins financeiros, estabelece direitos e sanções para pessoas envolvidas no experimento e reafirma os princípios bioéticos. Assim, ao fixar seus princípios e garantir suporte aos avanços dos estudos científicos e sua relação com a sociedade, a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos estabelece uma tutela universal baseada nos princípios bioéticos e jurídicos, criando uma responsabilidade para os Estados e os indivíduos, visando garantir a proteção do patrimônio genético atual para assegurar os direitos humanos fundamentais.

A complexidade dos direitos ditos de quarta geração e a célere transformação da realidade social com o surgimento de demandas inéditas, logo atingiu o ordenamento jurídico brasileiro influenciando no surgimento de legislação relacionada ao tema, ainda que precária. Ante o iminente risco da disponibilidade de interesses difusos relacionados à biodiversidade e meio ambiente, bem como da proteção do ser humano em sua dignidade, a preservação do patrimônio genético passou a ser uma preocupação do Estado Brasileiro. A Carta Constitucional de 1988 trata sobre o patrimônio genético através do Artigo [225](#), [§ 1º](#), inciso [II](#): “Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético” (BRASIL, 1988), bem como pelo artigo [225](#), [§1º](#), inciso [V](#): “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” (BRASIL, 1988).

O patrimônio genético foi definido pela Medida Provisória 2.186-16/2001, capítulo II, art. 7º, I, como toda informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de

espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições **in situ**, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções **ex situ**, desde que coletados em condições **in situ** no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva. Destaca-se que esta definição não se aplica ao patrimônio genético humano. Os Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e seus derivados, bem como a Engenharia Genética, por sua vez, estão regulados pela Lei [11.105/2005](#) (Lei de Biossegurança).

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. (BRASIL, 2005)

Malgrado os direitos decorrentes dos efeitos da manipulação genética em seres humanos não se encontrarem expressos na Constituição Federal, a garantia de preservação do patrimônio genético humano revela-se um direito fundamental, já que é o direito de todo ser humano não sofrer interferências artificiais contrárias à própria natureza humana. A clonagem de seres humanos com a finalidade reprodutiva, a manipulação genética em célula germinal com o intuito de aperfeiçoamento da

espécie humana (eugenia) e ainda, o diagnóstico genético pré-implantacional, a fim de selecionar embriões com as características desejadas configuram-se preocupantes desdobramentos da evolução genética.

Nesta linha de dicção, cuida reconhecer o Código dos Direitos de Saúde das Comunidades se apresenta como proeminente diploma integrador das bases teóricas da Bioética, conferindo-lhe, ainda, maior solidez. Aludido código explicita que é essencial para a comunidade ser organizada, pois assim poderá participar, através de suas lideranças e organizações, ao longo das investigações. A comunidade tem o direito de ser plenamente informada sobre a natureza, objetivos, vantagens e eventuais riscos da pesquisa a ser realizada. Ninguém poderá ser submetido a investigação sem que tenha sido previamente informado e concordado. Nenhum procedimento experimental poderá ser planejado de maneira a retirar medidas preventivas e/ou terapêuticas, seja parcial ou totalmente. Nenhuma comunidade poderá ser submetida a experimentos que agravem qualquer risco de saúde preexistente no seu meio. Nenhuma comunidade poderá ser privada de qualquer cuidado de saúde que tenha direito, em função de ter recusado previamente a se submeter a uma pesquisa. O trabalho comunitário não deverá terminar até que seja completada a investigação. Os seus resultados deverão ser traduzidos em ações úteis à comunidade. Os serviços locais de saúde deverão ser informados sobre a investigação e, sempre que possível, fazerem parte dela. Todo o conhecimento derivado da investigação deve ser encaminhado às autoridades de saúde competentes, desta forma os resultados serão utilizados por todos. Para que os direitos de saúde das comunidades sejam observados: 1 - Eles devem ser incorporados no Código de Ética Médica do Brasil. No futuro este Código poderá ser capaz de legislar as práticas médicas relativas às comunidades; 2 - Comitês de Ética deverão ser criados nas escolas médicas, hospitais e institutos de

pesquisas governamentais e privados; 3 - Comitês de Ética deverão ser criados nas agências brasileiras de fomento e financiamento à pesquisa, tais como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP) e Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), etc.

Diante do painel apresentado, cuida reconhecer que o longo processo de edificação dos Direitos Humanos confunde-se com a própria história de evolução da sociedade, notadamente no que toca a contínua busca pela eliminação dos tratamentos díspares e no reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Nesta toada, a edificação das tradicionais dimensões dos direitos supramencionados reflete, com propriedade, as lutas de classes e a busca incessante pelo reconhecimento de direitos e garantias inerentes aos indivíduos, culminando no fortalecimento e remodelagem da acepção do vocábulo *dignidade*, passando a emoldurá-lo com contornos tipicamente jurídicos. Ao lado disso, é possível, ainda, explicitar que a concepção de uma quarta dimensão, contemporânea e atenta ao manancial de desdobramentos advindos da sociedade, sobretudo no pós-segunda guerra mundial e avanços da biotecnologia e engenharia genética, guarda plena relação com a busca maciça pela materialização da dignidade da pessoa humana, encontrando, primacialmente, a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos um importante diploma reconhecedor.

REFERÊNCIAS:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 set. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 set. 2015.

_____. **Lei Nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 16 mai. 2015.

_____. **Medida Provisória 2.186-16, de 23 de agosto de 2001.** Dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 16 mai. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 set. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/peças/34357>>. Acesso em 12 set. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CRUZ, Márcio Rojas; OLIVEIRA, Solange de Lima Torres; PORTILLO, Jorge Alberto Cordón. A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – contribuições ao Estado brasileiro. **Revista Bioética**, n. 18, v. 1, p. 93-107, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 12 set. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 12 set. 2015.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. **Filosofazer**. Passo Fundo, n. 30, jan.-jun. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Interface entre Bioética e Direitos Humanos: perspectiva teórica, institucional e normativa**. Brasília, 2010. Disponível em:

<http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6788>. Acesso em 16 mai. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm/>. Acesso em 16 mai. 2015.

_____. **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos de 2005**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em 16 de maio de 2015.

_____. **Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos de 1997**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em 16 de maio de 2015.

PEREIRA, Angélica Teresa. A relação entre o direito e a bioética. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2237>. Acesso em 16 mai. 2015.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 set. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 set. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 set. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 set. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 12 set. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 12 set. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 12 set. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 set. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

A PROBLEMÁTICA DOUTRINÁRIA ACERCA DA BIPARTIÇÃO EXISTENTE EM RELAÇÃO A APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.232/05 À EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:
Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO.

Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

A doutrina, diante da problemática surgida diante da aplicabilidade da Lei n. 11.232/05 à execução de alimentos face a uma outra corrente que defende a inaplicabilidade de tal instituto, agora se vê dividida.

Os argumentos utilizados para os defensores da aplicabilidade da Lei n. 11.232/05 são, em linhas gerais, os seguintes:

- a) unificação dos atos cognitivos e executórios em um único processo;
- b) necessidade de acabar com uma nova citação do devedor;
- c) otimização do processo judicial; d) a defesa do devedor será realizada por um meio mais simples, que é a impugnação.

De outro vértice, os que se alinham no sentido da inaplicabilidade da Lei n. 11.232/05 defendem que o art. 732 do CPC, que versa sobre a execução dos alimentos sob pena de penhora, não fora objeto de qualquer alteração, mantendo-se inalterado de maneira que inexistiu intenção por parte do legislador modificar a execução dos alimentos, devendo esta ser realizada por meio de processo autônomo. Com efeito, o art. 732 do CPC reporta-se ao Capítulo IV do Título II do Livro II, ou seja, aos arts. 646-724 do CPC, e não ao Livro I do Código.

Segundo a orientação de Alexandre F. Câmara e Luiz Guilherme Marinoni, associado ao professor Alexandre Câmara, defensores da aplicação da Lei n. 11.232/05 à execução dos alimentos, ao defenderem, assim o fazem ante a necessidade de ser feita uma releitura do CPC, no que tange à execução dos alimentos, considerando-se a estrutura sincretizada para cumprimento de sentença, manifestando-se:

"(...) É interessante notar, porém, que o legislador da Lei n. 11.232/05 "esqueceu-se" de tratar da execução de alimentos, o que pode levar à impressão de que esta continua submetida ao regime antigo, tratando-se tal módulo processual executivo como um processo autônomo em relação ao módulo processual de conhecimento. Assim, porém, não nos parece. Não seria razoável supor que se tivesse feito uma reforma do Código de Processo Civil destinada a acelerar o andamento da execução de títulos judiciais e que tal reforma não seria capaz de afetar aquela execução do credor que mais precisa de celeridade: a execução de alimentos. Afinal, como se disse em célebre frase de um saudoso intelectual brasileiro, Hebert de Souza (o Betinho), "quem tem fome tem pressa". Assim sendo, nos parece inegável que a Lei n. 11.232/05 deve ser interpretada no sentido de que é capaz de alcançar os dispositivos que tratam da execução de prestação alimentícia^[07]".

Os professores Luiz Guilherme Marinoni e Arenhart também defendem a aplicação da nova lei de cumprimento de sentença à execução da prestação de alimentos, destacando que:

"execução é iniciada mediante requerimento simples (art. 475-J) - que não exige o preenchimento integral dos requisitos do art. 282 do CPC (...)"^[08].

Na oposição, os professores Luiz Rodrigues Wambier e Misael Montenegro Filho^[09] sustentam a inaplicabilidade das alterações da forma de cumprimento da sentença em sede de execução de alimentos. É que o art. 732 do CPC faz remissão ao capítulo IV, do Livro II do Código, isto é, aos artigos 646-724, não se aplicando, portanto, a nova estrutura de cumprimento da sentença, delineada nos arts. 475-I e 475-J do CPC.

Essa mesma tese acima aduzida, também é a sustentada por Theodoro Júnior que assim consignou:

"Na hipótese do art. 732 a execução de sentença deve processar-se nos moldes do disposto no Capítulo IV do Título II do Livro II do Código de Processo Civil, onde se acha disciplinada a "execução por quantia certa contra devedor solvente" (arts. 646 a 724), cuja instauração se dá por meio de citação do devedor para pagar em 3 dias (art. 652, *caput*), sob pena de sofrer penhora. Como a Lei n. 11.232/05 não alterou o art. 732 do CPC, continua prevalecendo nas ações de alimentos o primitivo sistema dual, em que acerto

e execução forçada reclamam o sucessivo manejo de duas ações separadas e autônomas: uma para condenar o devedor a prestar alimentos e outra para forçá-lo a cumprir a condenação^[10]".

De qualquer forma, parece-me que não foi o propósito do legislador da Lei n. 11.232/05 impor a sua aplicação à execução da prestação de alimentos, caso o tivesse sido, este teria modificado a redação do art. 732 do CPC, que faz remissão às regras da execução por quantia certa dos arts. 646-724 do CPC, todavia, não o fez.

Ante a inexistência de qualquer alteração legislativa em sede de execução de alimentos, conclui-se que a nova estrutura de cumprimento de sentença não deve ser aplicada nesse particular.

Entender de forma diversa, implica na necessidade de aplicar a nova estrutura de cumprimento também à execução contra a Fazenda Pública, quando pautada em título judicial. A doutrina, contudo, não se reporta a essa aplicação, discutindo apenas a aplicação ou não das regras de cumprimento de sentença à execução dos alimentos.

De mais a mais, o procedimento da execução da prestação de alimentos, com a aplicação da técnica de cumprimento de sentença, quedaria muito confuso e daria ensejo, na prática, à utilização de procedimentos diferentes entre os magistrados para o mesmo fim.

imento seria iniciado por ação ou simples petição?

Enfim, inúmeros seriam os problemas na aplicação da nova estrutura de cumprimento de sentença à execução da prestação de alimentos de forma que a solução para todos os futuros problemas teria que ser dada pelos Tribunais e daí, certamente, resultariam inúmeros recursos especiais.

Assim, os defensores da corrente doutrinária que primam pela inaplicabilidade da Lei n. 11.232/05 à execução da prestação de alimentos assim o fazem sob a alegação de primazia da segurança jurídica e observância ao princípio do devido processo legal, de forma que procedimento verdadeiramente não pode ser flexibilizado de tal maneira que crie insegurança para o jurisdicionado. Ademais, como já registrado, o art. 732 do CPC não foi alterado e continua fazendo remissão ao disposto no Capítulo IV do Título II do Livro II do CPC^[11].

CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações elencadas acima expendidas verifica-se que a nova técnica de cumprimento de sentença, implementada pela Lei n. 11.232/05, não deve ser aplicada nas execuções das prestações de alimentos, vez que o Legislador da mencionada reforma não modificou a estrutura da execução dos alimentos, nem tampouco alterou sequer um único artigo do Capítulo V do Título II do CPC.

Na prática forense, as modificações têm desencadeado verdadeira confusão entre os operadores do Direito, havendo magistrados que vem aplicando as alterações da Lei 11.232/05 à execução da prestação de alimentos, ao passo que outros, deixam de aplicá-las e muitos outros, que tem mesclado a nova estrutura de

cumprimento de sentença com o sistema autônomo de execução.

Essa verdadeira confusão acaba por causar instabilidade entre os advogados que ficam se saber qual procedimento será o adotado pelo magistrado quando do ajuizamento de uma execução de alimentos, sem nos esquecermos do maior prejudicado nessa situação ser o próprio credor dos alimentos, vez que no procedimento executivo as discussões que versam sobre a aplicação ou não da Lei n. 11.232/05 alongar-se no tempo sem solução efetiva e eficaz!

De qualquer modo, ao Magistrado alinhando à função social do processo e ao moderno instrumentalismo substancial^[12] caberá, até que o Superior Tribunal de Justiça solucione de uma vez por todas a questão, deferir o processamento da execução na forma requerida pelo autor. Por outras palavras: seja requerida como ação ou como mero pedido de cumprimento de sentença, a execução dos alimentos deverá ser normalmente processada. É que somente dessa forma serão tutelados os direitos do alimentante, regra geral, a parte mais vulnerável e fraca na relação processual.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2006.

Lições de direito processual civil. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

HERTEL, Daniel Roberto. **A nova execução de sentença: a consolidação do processo sincrético**. Revista dialética de direito processual - RDDP, São Paulo, n. 43, out., 2006.

Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. v. 2.

NOTAS:

⁰⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. v. 2. p. 367. Este mesmo autor defendeu essa

tese em outra obra, cf.: CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 149. Consignou, desta feita, a importância de ser realizada uma nova leitura dos arts. 732 e 733 do CPC, principalmente para que sejam utilizadas as inovações referentes à intimação do executado e à impugnação, em substituição aos embargos do devedor.

⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p. 375. Também defende a aplicação do art. 475-J do CPC à execução da prestação de alimentos: ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 2. ed. São Paulo: Forense universitária, 2007. p. 423.

⁰⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de direito processual civil**. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2. p. 378. No mesmo sentido, cf.: MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 6.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 416.

¹¹ Essa mesma conclusão eu defendi em outro ensejo. Cf.: HERTEL, Daniel Roberto. **A nova execução de sentença: a consolidação do processo sincrético**. Revista dialética de direito processual - RDDP, São Paulo, n. 43, out., 2006.

CONTRATAÇÃO DE FUNDAÇÃO DE APOIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

VIKTOR SÁ LEITÃO DE MEIRA LINS: Advogado da União - AGU desde DEZ/2010, formado em Direito, em 2007, na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

RESUMO: Possibilidade de dispensa de licitação para contratação de fundação de apoio na Administração Pública Federal

Palavras chave: Dispensa de licitação. Fundação de Apoio.

Introdução

A contratação direta pela Administração Pública, isto é, sem procedimento licitatório prévio, é exceção ao dever geral previsto na Constituição da República (art. 37, XXI), somente sendo possível nas hipóteses previstas em Lei federal – competência privativa da União (CRFB, art. 22, XXVII).

Na lição de Marçal Justen Filho, isso significa que “a Constituição acolheu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia”. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos por lei.

Assim, os casos de dispensa de licitação estão delineados, de forma taxativa, nos incisos do art. 24 da Lei n. 8.666/1993, expressando situações em que se facultou à Administração Pública realizar, ou não, procedimento licitatório, a

mercê de seu poder discricionário de conveniência, oportunidade e, sobretudo, interesse público.

No tocante à contratação, pela Administração Pública de forma geral, das fundações de apoio, destaca-se a legislação pertinente, a qual prevê, no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, hipótese de dispensa de licitação *“na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;*

Por sua vez, tendo como base jurídica a legislação acima citada, a “Lei das Fundações de Apoio”, Lei nº 8.958/94, estabelece, de forma mais específica, no artigo 1º, a contratação de Fundações de Apoio por ICTs e IFES: *“As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, de que trata a [Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004](#), poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do [inciso XIII docaput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos. [\(Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013\)](#)”*

Dos requisitos para a contratação de Fundação De Apoio

Com efeito, por simples análise do dispositivo acima transcrito, existem diversos requisitos para a contratação direta vindicada nesse procedimento, tanto referente à instituição que será contratada (requisitos subjetivos), como ao contrato que se pretende firmar (requisitos objetivos).

No que diz respeito à formação de tais entidades, estas devem ser constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos e serão regidas pelo Código Civil Brasileiro. As Fundações de Apoio não são criadas por lei nem mantidas pela União. Sujeitam-se, portanto, à fiscalização do Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil, à legislação trabalhista e, em especial, ao prévio registro e credenciamento nos Ministérios da Educação e do Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bienalmente.

O prévio credenciamento junto aos Ministérios da Educação e da Ciência, Tecnologia e Inovação é requerido em razão da relação entre as Instituições Federais de Ensino Superior – IFES, as Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs e as Fundações que tem a finalidade de apoiar o desenvolvimento de projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

Pertinente destacar que o Decreto nº 7.544/2011 incluiu o § 2º ao art. 4º do Decreto nº 7.423/2010, prevendo que *“a fundação de apoio registrada e credenciada poderá apoiar IFES e demais ICTs distintas da que está vinculada, desde que compatíveis com as finalidades da instituição a que se vincula, mediante prévia autorização do grupo a que se refere o § 1º do art. 3º”*.

Ainda no que se refere aos requisitos subjetivos, há que verificar se a Fundação atende aos requisitos do art. 1º da lei 8.958/94 e do art. 24, XIII da Lei 8.666/93, quais sejam: a) ser brasileira; b) ser incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, ensino ou do desenvolvimento institucional; c) possuir inquestionável reputação ético-profissional; e d) não ter fins lucrativos.

Em relação à “inquestionável reputação ético-profissional”, por ser um conteúdo indeterminado, cabe citar a doutrina do Professor Marçal Justen Filho, que lembra:

A exigência de “inquestionável reputação ético-profissional” tem de ser enfocada com cautela. Deve ser indiscutível a capacitação para o desempenho da atividade objetivada. Exigem-se as virtudes éticas relacionadas direta e necessariamente com o perfeito cumprimento do contrato. Disputas ou questionamentos sobre outros temas são secundários e não se admite um policiamento ideológico ou político sobre o contratado. Não é possível impugnar a contratação pelo simples fundamento da discordância com a ideologia adotada pelos sujeitos envolvidos na instituição.

No tocante ao contrato a ser firmado com a Fundação de Apoio, nos termos da legislação federal, estes deverão ter prazo determinado e podem ter por objeto a gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução de projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

Abordados os requisitos objetivos e subjetivos, é importante ressaltar o mandamento descrito na Súmula 250 do Tribunal de Contas da União, determinando regras específicas à contratação de entes sem fins lucrativos, na forma do art. 24, XIII da Lei 8.666/93:

“A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos

efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.”

Em outras palavras, há que se demonstrar a correlação entre objeto do contrato e a incumbência estatutária da entidade contratada, o que se verifica no procedimento em tela.

A referida súmula da Corte Federal de Contas trata da obrigatoriedade de comprovar a compatibilidade com os preços de mercado, o que leva aos mais diferentes métodos, tais como juntada de propostas de outras instituições e verificação do preço praticado pela pretensa contratada junto a outros órgãos/entidades públicos.

Em relação aos custos operacionais devidos à Fundação de Apoio, estes também devem ser comprovados com base nos preços de mercado, não sendo bastante a fixação de percentual do valor total da contratação, conforme disposto na jurisprudência consolidada do TCU:

O Tribunal tem deliberado pela impossibilidade do estabelecimento de remuneração de fundação de apoio fundada em taxa de administração, comissão, participação ou outra espécie de recompensa variável, que não traduza preço certo fundamentado nos custos operacionais dos serviços prestados (Acórdãos nº 716/2006 - P, 1233/2006 - P-2295/2006 - P - Relação 152/2006 GAB VC,6/2007 - P, 50/2007 - P, 503/2007 - P, 2193/2007 - P, 1525/2007 - 2ª C, 2448/2007 - 2ª C, 2645/2007 - P, 160/2008 - 2ª C,401/2008 - P, 599/2008 - P, 792/2008 - 2ª C, 1973/2008 - 1ª C, 2038/2008 - P e 253/2007 - P - Relação 9/2007 GAB GP)]

Quanto à utilização dos recursos a esse aspecto, importante ressaltar que recentemente a Lei 8.958/94 sofreu alteração por meio da Lei 12.863/2013, trazendo ao mundo jurídico várias novidades na execução e fiscalização dessa espécie de contratação.

Art. 3º. Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei, inclusive daqueles que envolvam recursos provenientes do poder público, as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo federal.

O dispositivo prevê a adoção, pelas fundações de apoio, de regulamento específico - que editado pelo poder executivo federal - para as aquisições e contratações de obras e serviços, ou seja, afasta a aplicação da lei 8.666/93 e correlatas.

Nesse passo, em 21 de maio de 2014, foi publicado o Decreto nº 8.241, regulamentando o dito art. 3º da Lei nº 8.958/1994, dispendo sobre as regras para aquisição de bens e contratação de obras e serviços pelas fundações de apoio, conforme se observa na redação do art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 3º da Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, para dispor sobre a aquisição de bens e a contratação de obras e serviços pelas fundações de apoio no âmbito de projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, em

apoio às Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e demais Instituições científicas e Tecnológicas - ICT.

§ 1º O disposto neste Decreto aplica-se às contratações cujos recursos sejam ou não provenientes do Poder Público, desde que tenham por objeto o apoio às IFES e às demais ICT nos projetos referidos no caput.

§ 2º Os procedimentos regidos por este Decreto atenderão aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da probidade, da publicidade, da transparência, da eficiência, da competitividade, da busca permanente de qualidade e durabilidade, e da vinculação ao instrumento convocatório.

§ 3º Não se submetem a este Decreto as aquisições referentes às despesas administrativas desvinculadas da execução do projeto.

Não obstante as recomendações acima ressaltadas relativas aos comandos legais que regulam a contratação direta de fundação de apoio, a Corte de Contas, por meio do paradigmático Acórdão nº 2.731/2008 – Plenário, expediu diversas recomendações que merecem todo o zelo, e estrita observância:

1) Que os projetos desenvolvidos não se perpetuem, isto é, não permitam a existência de projetos sequenciais no tempo, sem a necessária justificativa técnica ou acadêmica (Acórdão 2.731/2008)];

2) Que não sejam emitidos empenhos sob a alegação de inviabilidade de execução orçamentária temporal, isto é, não emitam empenhos em nome da própria IFES ou em nome de fundações de apoio sob a alegação de inviabilidade de execução orçamentária temporal, em especial em proximidade de final de exercício; (Acórdão 2.731/2008)]

3) Que seja respeitado o princípio da impessoalidade, isto é, não permitam que as ações a serem realizadas pelas fundações de apoio possam ser conduzidas ou tenham como participantes parentes de dirigentes e/ou servidores das IFES ou de dirigentes das fundações de apoio, em respeito às orientações éticas para impedimentos de nepotismo na Administração Pública; (Acórdão 2.731/2008)]

4) Possibilidade excepcional de repasse antecipado, isto é, vedação à liquidação antecipada de despesa ou repasse integral de recursos para a fundação de apoio. O Tribunal admite o repasse antecipado de recursos quando justificar-se a formalização de convênios (Acórdãos nº 2295/2006 - P – Relação 152/2006 GAB VC) vedando, contudo, a prática para os casos de contratos por caracterizar liquidação antecipada da despesa (Acórdãos nº 2259/2007 - P – Relação 41/2007 GAB GP)

5) Vedação à contratação indireta de pessoal, isto é, o TCU tem deliberado pela ilegalidade da contratação indireta de pessoal por fundação de apoio interposta para a execução de atividades inerentes ao seu plano de cargos e salários, por constituir burla ao instituto do concurso público (Acórdãos nº 3548/2006 - 1ª C, 6/2007 - P, 218/2007 - 2ª C, 370/2007 - 2ª C, 2448/2007 - 2ª C, 599/2008 - P, 1378/2008 - 1ª C, 302/2006 - P, 706/2007 - P e 1508/2008 - P). A evolução mais recente da jurisprudência é no sentido de que as IFES evitem novas contratações, por intermédio de fundações de apoio, para o exercício de atividades inerentes ao seu plano de cargos e salários, promovendo, na forma do

cronograma homologado pelo Acórdão nº 1520/2006 - P, a gradual substituição dos contratados por servidores públicos concursados (Acórdãos nº 3472/2006 - 1ª C e 2645/2007 - P)];

6) Necessidade de demonstrar a correlação entre o objeto do contrato e a incumbência estatutária da entidade contratada, isto é, a contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado” – Enunciado 250 da Súmula do TCU].

Considerações Finais

Sendo assim, percebe-se que o inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, combinado com o artigo 1º da Lei das Fundações de Apoio, Lei nº 8.958/94, bem como o Decreto nº 7.423/2010, permitem a contratação, por dispensa de licitação, de Fundação de Apoio por Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs, desde que atendidos os requisitos legais.

REFERÊNCIA

JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2014

ARBITRABILIDADE E ORDEM PÚBLICA

CAROLINA BARREIRA LINS: Procuradora Federal. Formada em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ (Graduação em 2005) Pós Graduação em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Rede de Ensino Luis Flávio Gomes (de setembro de 2009 a agosto de 2010) Procuradora Federal junto à Agência Nacional do Petróleo- RJ, desde 2011. Procuradora Federal junto ao Instituto Social de Seguridade Social em Umuarama- PR, de 11/2008 a 05/2011 Ex Procuradora do Município de Nova Iguaçu- RJ, de 08/2008 a 10/2008 Ex Advogada do BNDES, de 04/2008 a 07/2008 Ex Advogada da PETROBRAS (Petróleo Brasileiro S.A), de 11/2006 a 03/2008

1. INTRODUÇÃO

Em muitos países, as leis de arbitragem tratam apenas da arbitragem nacional e não cobrem todos os aspectos que a arbitragem pode envolver. A maioria dos estatutos recentes não regulam questões de arbitrabilidade, incluindo quais matérias seriam de ordem pública e, como no caso do Brasil, qual seria o conteúdo dos chamados direitos indisponíveis.

2. LEGISLAÇÃO

A Convenção de Nova York ou Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras é o mais reconhecido documento internacional sobre o reconhecimento e execução de decisões arbitrais, datando de 1958. No entanto, a Convenção de Nova York só foi tardiamente promulgada no Brasil, através do [Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002](#).

A Convenção de Nova York dispõe sobre os casos em que o reconhecimento e a execução de uma sentença podem ser negados. Primeiramente, podem ser indeferidos a pedido da parte contra a qual ela é invocada, desde que esta forneça à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de violação dos requisitos legais previstos no artigo V, I^[1]. O

artigo V, 2, traz ainda duas hipóteses de recusa ao reconhecimento e execução de sentença arbitral nos casos em que a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência **não é passível de solução mediante arbitragem**; ou, b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à **ordem pública daquele país**.

A Lei brasileira de arbitragem (Lei 9307/97) estabelece no art.39 os casos de denegação de homologação de sentença arbitral pelo STJ, reproduzindo o texto da Convenção de Nova York :

Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: [\(Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Para interpretar o art. 39, I, da Lei 9307/97, vale ressaltar que no Brasil, só podem ser objeto de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis, como determina o art. 1º da Lei 9.307/96. Considera-se o direito disponível, quando é possível de ser transacionado ou seu titular pode dispor sobre o direito que detém. Nessa simplificação, admite-se, portanto, uma categorização entre direitos disponíveis e indisponíveis, esses últimos geralmente de natureza pública^[2]. Mas tampouco todos os direitos de natureza pública são considerados indisponíveis. Relativamente aos direitos disponíveis e à administração pública, diversos autores se manifestam no sentido de reconhecer a diferença entre atos *ius gestionis* e atos *ius imperii*. Os primeiros seriam atos praticados pela Administração quando

exercendo funções tipicamente negociais e os segundos quando na posse de seu poder de império.

Segundo Pedro Batista Martins^[3]:

“Sendo o ajuste contratado no desempenho de atividade do Estado com preponderância do seu poder político, agindo, pois com causa de utilidade pública, impõem-se as cláusulas e condições acordadas no ordenamento de direito público, cujo conteúdo não é possível de transação. Estamos, nesse caso, frente ao ato *ius imperii*, ao qual se curva o particular e, a reboque, a cláusula compromissória. Contudo, se a relação entabulada pelo Estado ou por um de seus entes de direito público refletir ato de natureza privada, estão estes atuando no cenário comercial, desprovidos das prerrogativas do direito público, equiparando-se, pois, aos particulares contratantes. Assim, ao praticar atos *ius gestionis*, podem comprometer-se em sujeitar-se à solução arbitral e, inclusive, aplicar lei estrangeira à própria controvérsia.

Tratando-se de contrato *jure gestione*, legítima e válida a cláusula arbitral, tanto no trato das relações de direito interno quanto internacional”.

Em ambos os casos, de o direito não ser arbitrável por ser indisponível ou por ofender a ordem pública, o raciocínio é o mesmo e se baseia na premissa de que há conflitos inaceitáveis entre a decisão arbitral e o ordenamento jurídico interno, capazes de justificar, à título excepcional, o não reconhecimento de uma sentença ou convenção que, do contrário, seria válida.

Portanto, apesar de que os limites de arbitrabilidade geralmente dizerem respeito a razões de ordem pública, muitas leis não estabelecem expressamente o que é ordem pública. A interpretação, assim, dependerá do contexto de cada país.

3. CONTEÚDO DA ORDEM PÚBLICA

Em países com postura pró- arbitragem, nem todos os argumentos que envolvam interesse público podem prejudicar o reconhecimento da convenção de arbitragem ou da decisão arbitral. No entanto, mesmo com uma tendência geral a favor da arbitragem, há limites materiais e processuais para além dos quais os árbitros não podem ir. A execução pode ser recusada se uma decisão arbitral abrange questões que envolvem políticas econômicas fundamentais do país ou se o processo de arbitragem foi processualmente deficiente em algum aspecto fundamental^[4].

O art. 34 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, estabelece, no art. 34, as hipóteses em que é possível anular a sentença arbitral, sendo bastante similar às hipóteses previstas no art. V da Convenção de Nova York sobre execução de sentença arbitral:

Artigo 34.º. Pedido de anulação como recurso exclusivo contra a sentença arbitral

(1) O recurso interposto contra uma sentença arbitral perante um tribunal estatal só pode revestir a forma de um pedido de anulação, nos termos dos parágrafos 2.º e 3.º do presente artigo.

(2) A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal referido no artigo 6.º se

(a) A parte que faz o pedido fizer prova de que:

(i) Uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7.º era incapaz; ou que a convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do presente Estado; ou

(ii) A parte que requer a anulação da sentença arbitral não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou

(iii) A sentença tem por objeto uma disputa não referida ou não abrangida pela convenção de arbitragem ou contém decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito da convenção, a menos que a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas à arbitragem possa ser anulada, caso as decisões sobre matérias submetidas à arbitragem possam ser tratadas de forma separada das que o não foram; ou

(iv) A constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não estão conformes ao acordo entre as partes, a menos que referido acordo contrarie uma disposição da presente Lei que as partes não possam derogar, ou que, na falta de tal acordo, não estão conformes à presente Lei; ou

(b) O tribunal estatal constatar:

(i) Que o objeto da disputa não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou

(ii) Que a sentença arbitral contraria a ordem pública do presente Estado.

Hsu diz que quando juristas e especialistas internacionais formularam o artigo 34 da Lei Modelo, houve uma grande discussão quanto ao seu alcance, mas a interpretação final foi restrita^[5] :

Ao discutir o conceito de «ordem pública», entendeu-se que não era equivalente à ordem pública ou ordens públicas internacionais de um Estado, mas compreendeu as noções e princípios fundamentais de justiça. Entendia-se que o termo «ordem pública», que foi utilizado na Convenção de Nova Iorque 1958 e muitos outros tratados, coberto princípios fundamentais do direito e da justiça em substantiva, bem como aspectos processuais. Assim, casos como corrupção, suborno ou fraude e casos graves semelhantes constituiria um motivo para afastar.

As diferenças entre as várias abordagens estão diminuindo, devido ao aumento progressivo da utilização da arbitragem na maioria dos países. Há áreas em que o argumento da não arbitrabilidade surge mais tradicionalmente, como ocorre nas matérias de concorrência e antitruste, insolvência, direitos de propriedade intelectual, fraude, suborno e corrupção, e investimentos em recursos naturais^[6].

4. ORDEM PÚBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL

Um consenso também parece existir quanto à existência de duas abordagens para a ordem pública, dependendo se a arbitragem for classificada como doméstica ou internacional. Assim, algumas matérias que não são arbitráveis na arbitragem doméstica, com base em razões de ordem pública, já foram consideradas arbitráveis internacionalmente. Troy L. Harris diz que enquanto um

argumento de ordem pública às vezes é usado como o último recurso dos desesperados, ele também pode ser um conceito variável, de textura aberta e flexível^[7]. Este entendimento mais flexível pode ser favorável à efetividade da arbitragem internacional.

No âmbito da arbitragem comercial internacional, por se tratar de negócio jurídico entre partes residentes em países diferentes e, portanto, objetivando uma posterior homologação da sentença arbitral em ordenamentos jurídicos diversos, uma convergência do conceito de ordem pública internacional trará uma maior segurança, pois será reduzida a chance de possíveis alegações de ofensas à ordem pública^[8].

Sobre o tema, elucidativa é a lição de Albert Van den Berg, nos explicando que^[9]

a distinção entre ordem pública interna e internacional significa que aquilo que é considerado como pertinente à ordem pública nas relações internas não necessariamente diz respeito à ordem pública nas relações internacionais. De acordo com essa distinção, a quantidade de temas enquadrados sob a ordem pública em casos internacionais é inferior aos enquadrados sob a ordem pública interna. A distinção justifica-se pela diversidade de propósitos perseguidos nas relações internas e internacionais.

Nos Estados Unidos, os tribunais estabelecem limitações à liberdade das partes para arbitrar disputas em áreas específicas da lei que eram tradicionalmente consideradas dentro do domínio exclusivo dos tribunais estaduais e federais, em especial as que envolvem forte interesse público^[10]. Ao longo dos últimos vinte anos, no entanto, os tribunais norte-americanos têm cada vez mais

optado pela abordagem a favor da arbitragem e limitado considerações de ordem pública para menos tipos de controvérsias[11].

Esta abordagem foi influenciada, principalmente, pela decisão no caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler- Plymouth Inc*, que é muitas vezes mencionada quando se trata da teoria de que uma disputa que não é arbitrável ao abrigo da legislação nacional pode, ainda assim, ser submetida a arbitragem internacional. Assim, uma convenção de arbitragem considerada inválida segundo o direito nacional poderia ser uma base válida para a jurisdição dos árbitros na arbitragem internacional. O caso foi bem descrito por Cláudia Trabuco e Mariana França Gouveia, razão pela qual faço uso de suas palavras[12]:

“No caso conhecido como *Mitsubishi VS. Chrysler*, uma empresa suíça e uma empresa japonesa acordaram na criação de uma outra empresa, a Mitsubishi Motors Corp., com o intuito de vender automóveis da marca Mitsubishi através dos agentes da Chrysler fora dos Estados Unidos da América. Esta empresa fez então um contrato de distribuição com um agente da Chrysler em Porto Rico, acordo que continha uma convenção de arbitragem. O acordo corria bem, até que esta empresa – Soler – começou a diminuir o nível das suas vendas e a Mitsubishi decidiu suspender o envio de automóveis. A Mitsubishi propôs então uma acção judicial no Federal District Court, pedindo que a Soler fosse obrigada, de acordo com a Lei Federal de Arbitragem e a Convenção de Nova Iorque, a tratar o litígio por via arbitral. A Soler defendeu-se alegando, entre outros fundamentos, uma violação das leis americanas da concorrência

(Sherman Act). O tribunal julgou favoravelmente a acção, decidindo que as partes deveriam iniciar o processo arbitral, sendo o tribunal arbitral competente para analisar as questões de concorrência. O caso chegou à Suprema Corte e esta, notando que o critério da arbitrabilidade tem vindo a ser aplicado muito amplamente, decidiu que no âmbito da arbitragem internacional as questões de concorrência eram arbitráveis. Mas, em simultâneo, decidiu que os tribunais norte-americanos poderiam sempre reavaliar a decisão, quando, em aplicação da Convenção de Nova Iorque, o seu reconhecimento fosse pedido. Instituiu, aqui, a famosa doutrina do segundo olhar (second look doctrine), de acordo com a qual o controlo do tribunal judicial pode fazer-se apenas depois da arbitragem. Isto é, admite-se um conceito amplo de arbitrabilidade, mas o Estado reserva-se o direito de validar posteriormente a decisão dos árbitros no que diz respeito à aplicação do direito material do estado do reconhecimento. O problema desloca-se, assim, da arbitrabilidade do litígio para o controlo estadual da aplicação das regras de ordem pública do direito estadual onde é pedido o reconhecimento”.

Aceitar, como neste caso, uma ordem jurídica internacional, diferente da ordem jurídica interna, é atitude positiva a favor da arbitragem. No caso em questão, o acordo arbitral e sua possível incompatibilidade com o *Sherman Act* (lei interna americana) só seria analisado se a sentença viesse a ser executada nos Estados Unidos, o que não ocorreu, por ser um caso que envolvia vários países. Assim, deu-se efetividade à arbitragem antes

convencionada sem necessidade de enfrentar a questão da ordem pública interna.

O argumento da ordem pública internacional já não é uma prerrogativa dos tribunais arbitrais; tribunais nacionais começaram a aderir a ela, especialmente nas jurisdições em que a arbitragem é um método tradicional de resolução de disputas.

CONCLUSÃO

A Convenção de Nova York dispõe sobre os casos em que o reconhecimento e a execução de uma sentença podem ser negados. Dentre eles encontram-se os casos em que : a) segundo a lei do país, o objeto da divergência **não é passível de solução mediante arbitragem**; ou, b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário **à ordem pública daquele país**.

Os parâmetros para definir que um direito é ou não passível de solução por arbitragem ou que uma matéria é ou não de ordem pública podem variar de país para país. É importante, então, primeiramente, que os países fixem parâmetros prévios e claros, que estabeleçam matérias que podem ou não ser sujeitas a arbitragem. A extensão de matérias não arbitráveis não deve ser muito ampla sob pena de inviabilizar a aplicação do instituto.

Existe um consenso internacional sobre algumas matérias que não seriam arbitráveis como questões de direito criminal, de direito concorrência, de direitos da personalidade. A distinção de ordem pública interna e ordem pública internacional, com a quantidade de temas enquadrados sob a ordem pública em casos internacionais inferior aos enquadrados sob a ordem pública interna, tem se mostrado útil para viabilizar a arbitragem internacional.

NOTAS:

[1] Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

[2] PENTEADO, Cassio. Os direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/5360/os-direitos-patrimoniais-disponiveis-e-as-regras-de-julgamento-na-arbitragem> Acesso em 04.12.2015.

[3] MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei 9.307/96 (3ª parte). Revista Forense 359:165 p.173.

[4] Troy L Harris, 'The "Public Policy" Exception to Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention— With Particular Reference to Construction Disputes' (2007) 24 Journal of International Arbitration 9, 1

[5] Locknie Hsu, 'Public Policy Considerations in International Arbitration: Costs and Other Issues A View from Singapore' (2009) 26 Journal of International Arbitration 101, 10 (tradução nossa).

[6] Julian DM Lew, Loukas A Mistelis and Stefan M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*(Kluwer Law International 2003) 201.

[7] Troy L Harris, 'The "Public Policy" Exception to Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention— With Particular Reference to Construction Disputes' (2007) 24 Journal of International Arbitration 9, 11 (tradução nossa).

[8] LEAL, Marcello Fernandes. A ordem pública na arbitragem comercial internacional. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1550

[9] Idem

[10] Patrick M Baron and Stefan Liniger, 'A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany' (2003) 19 *Arbitration International* 28.

[11] *Ibid* 29.

[12] TRABUCO, C. e GOUVEIA, M.F. A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: *the meeting of two black arts*. <http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScholarsTexts/miscellaneous/A_arbitrabilidade_das_questoes_de_concorrencia_C_Trabuco_e_M_Gouveia.pdf>

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

IVANA DA SILVA REIS: Graduanda em Direito pela Faculdade Estácio de Macapá/Campus SEAMA.

Resumo: O presente artigo trata da influência que a mídia tem nas decisões do Tribunal do Júri. O Júri é um instituto polêmico e embora tenha sofrido alterações ao longo do tempo, nunca mudou sua essência, que tem como competência julgar os crimes dolosos contra a vida, os chamados crimes de imprensa, e que geram grande repercussão em toda mídia. A atuação da mídia de forma desenfreada vem causando problema, pois o julgamento deve ocorrer de forma imparcial, onde o jurado deve formar suas ideias com base nos fatos ocorridos no delito, e de acordo com seu livre convencimento. Contudo, em alguns casos essa imparcialidade fica comprometida diante de toda cobertura extravagante que a mídia faz, que muitas vezes distorce os fatos para chamar mais atenção e vender notícia, ferindo assim a garantia e o direito do acusado. Para a sua elaboração, o presente artigo adotou como método a pesquisa bibliográfica, documental, levando em consideração a origem do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro, sua organização, os jurados e suas funções. Além dos conflitos inerentes a pressão que a mídia exerce perante o imparcial julgamento do Conselho de Sentença.

Palavras-chave: Mídia. Tribunal do Júri. Crime Dolosos Contra a Vida.

Abstract: This article deals with the influence the media has on the jury's decisions. The jury is a controversial institute and although it has undergone changes over time, never changed its essence, which has the competence to judge the deceitful crimes against the life, the so-called press crimes, and generate great impact on all media. The performance of rampant media is causing problem because the trial should take place in an impartial manner, where the jury must form his ideas based on the facts of the crime, and according to their free conviction. However, in some cases this impartiality is compromised before the whole extravagant coverage that the media does,

it often distorts the facts to draw more attention and sell news, thus hurting the guarantee and the right of the accused. For its preparation, this paper adopted as a method to literature search, document, taking into account the origin of the jury in the Brazilian legal system, their organization, the jurors and their functions. In addition to the conflicts inherent pressure that the media plays before the fair trial of the Board of Judgment.

Keywords: Media. Jury court. Intentional crime against life.

Introdução

O Tribunal do Júri esteve presente em diversos momentos históricos da sociedade, sempre como forma de representar a participação popular. Muitas alterações se fizeram presentes ao longo do tempo até a sua atual estrutura, que atualmente é composta por um juiz togado, seu presidente, e vinte e cinco jurados sorteados entre os alistados, sendo sete designados a formar o Conselho de Sentença, como bem informa o art. 447 do CPP.

O julgamento perante Júri permite que a própria sociedade examine a conduta do acusado. Dessa forma, será o réu julgado pelos seus, sendo eles os responsáveis por condenar ou absolver o mesmo. É por esse motivo que há uma preocupação quanto a imparcialidade do Conselho de Sentença.

A constante evolução da mídia e o surgimento das chamadas mídias de massa, as quais exercem um controle cada vez mais forte sobre a opinião popular, dada ao seu alcance e facilidade de propagação, fez com que a divulgação e cobertura de determinados julgamentos viessem a se tornar demasiadamente expostos.

O Tribunal do Júri sofre muitas críticas por conta dessa pressão que a mídia faz ao explorar seus casos, de uma forma a gerar instabilidade e parcialidade da população que é facilmente influenciada pelas notícias especuladas. Tendo em vista quando a exploração da notícia causa clamor

público e pressão nos jurados e juízes. Por isso gerou-se a dúvida de como a mídia tem influência nos casos decididos perante o Tribunal do Júri.

Para melhor compreensão, o trabalho dividir-se-á em três capítulos, primeiramente será abordado o Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro, sua organização e escolha dos jurados, estes que formam o Conselho de Sentença. Posteriormente serão abordados aspectos importantes sobre a mídia e liberdade de imprensa.

Por fim, para um melhor entendimento da análise dessa influência, far-se-á uma abordagem de casos julgados pelo Tribunal do Júri, que tiveram grande repercussão nacional e que tiveram grande cobertura pela mídia nacional.

Para a elaboração deste trabalho foram realizadas pesquisas teóricas em livros, periódicos acadêmicos e artigos disponibilizados em sites da internet.

1. O Tribunal Do Júri no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, o Tribunal do Júri foi criado mediante Lei em 18 de julho de 1822, com a intenção de julgar os crimes populares, ou seja, os crimes de imprensa. O Júri sofreu algumas transformações, como na Constituição de 1824 onde passou a integrar o Poder Judiciário como um de seus órgãos e até teve sua competência ampliada para julgar causas cíveis. Alguns anos depois a Constituição Democrática de 1946 que restabeleceu a soberania do Júri, prevendo-o entre os direitos e garantias constitucionais. (CAPEZ, 2012, p. 649).

Elencado no núcleo pétreo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Instituição do Júri Popular está prevista no artigo 5º, XXXVIII, que traz seus princípios básicos nas alíneas a, b, c, d, os quais são: a plenitude da defesa, o sigilo nas votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. O Júri

tem como intuito ampliar as garantias daqueles que irão ser julgados, conforme explica Fernando Capez:

Sua finalidade é a de ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, em lugar do juiz togado, preso a regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares (CAPEZ, 2012, p. 649).

O Tribunal do Júri tem sua legislação no Código de Processo Penal Brasileiro. É composto por um juiz de direito, que é seu presidente, e de 25 jurados. Em cada sessão, dentre os 25 (vinte e cinco) jurados, são sorteados 07 (sete), para formar o conselho de sentença. É a única instituição que permite ao cidadão brasileiro tomar parte nos assuntos de um dos Poderes da República, o Judiciário, sendo, por isso, considerado um direito humano fundamental.

1.1 Princípios do Tribunal do Júri

A plenitude de defesa, atribuída à instituição do Júri, traz aparente redundância do direito constitucional à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Todavia, são dois preceitos diferentes. A plenitude de defesa implica no exercício da defesa em um grau ainda maior do que a ampla defesa. Defesa plena, sem dúvida, é uma expressão mais intensa e mais abrangente do que defesa ampla. Fernando Capez esclarece:

A plenitude da defesa significa o exercício da defesa em um grau ainda maior que a ampla defesa, compreendendo dois aspectos: o primeiro, o pleno exercício da defesa técnica, pelo profissional habilitado, o qual não precisará restringir-se a uma atuação exclusivamente técnica, podendo também servir-se de argumentação extrajurídica, invocando razões de ordem social, emocional, de política criminal, entre outros. O juiz deve fiscalizar esta defesa, pois, se entender ineficiente a atuação do

defensor, até dissolver o Conselho de Sentença, e declarar o réu indefeso. O segundo aspecto é o exercício da autodefesa, por parte do réu, consistente no direito de apresentar sua tese pessoal no momento do interrogatório, relatando ao juiz a versão que entender mais conveniente e benéfica para sua defesa (CAPEZ, 2012, p. 649).

O sigilo nas votações visa resguardar a liberdade de convicção e opinião dos jurados, para uma justa e livre decisão, sem constrangimentos decorrentes da publicidade da votação. A ele não se aplica o disposto no artigo 93, IX, da CF, trata-se de uma exceção a regra. A forma sigilosa ou secreta da votação decorre da necessidade de resguardar-se a independência dos Jurados no ato decisivo do julgamento.

A soberania dos veredictos significa a impossibilidade do tribunal técnico modificar a decisão dos jurados pelo mérito. Trata-se de princípio relativo, pois, no caso da apelação das decisões do Júri pelo mérito, o Tribunal pode anular o julgamento, e determinar a realização de um novo Júri, se entender que a decisão dos jurados afrontou manifestamente a prova dos autos. A soberania do Júri é um princípio relativo porque não pode obstar o princípio informador do processo penal, qual seja, a busca da verdade real (CAPEZ, 2012, p. 650).

Finalizando os princípios constitucionais do Júri, encontramos a sua competência para os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. Tais crimes estão previstos no início da Parte Especial do Código Penal: homicídio simples, privilegiado ou qualificado (art. 121 §§ 1º e 2º); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122); infanticídio (art. 123); e aborto (arts. 124, 125, 126 e 127).

1.2. Organização do Júri e Jurados

O Tribunal do Júri é um órgão colegiado heterogêneo e temporário, constituído por um juiz togado, que o preside, e de vinte e cinco pessoas escolhidas por sorteio.

Anualmente, cabe ao juiz-presidente do Tribunal do Júri organizar a lista geral dos jurados, onde constará a indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e será divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri (CPP, art. 426, caput). A lista pode ser alterada até 10 de novembro, data de sua publicação definitiva (CPP, art. 426, § 1º), de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente.

Os jurados sorteados serão convocados por correio ou qualquer outro meio hábil depois do sorteio dos vinte e cinco jurados que tiverem de servir na sessão (CPP, art. 434, caput). O sorteio far-se-á a portas abertas, pelo juiz presidente, a quem caberá tirar as cédulas (CPP, art. 433, caput).

Deste modo Fernando Capez explica os requisitos para ser jurado:

Para ser jurado, é preciso ser brasileiro, nato ou naturalizado, maior de 18 anos, notória idoneidade, alfabetizado e no perfeito gozo dos direitos políticos, residente na comarca, e, em regra, que não sofra de deficiências em qualquer dos sentidos ou das faculdades mentais (CAPEZ, 2012, p. 651).

O serviço do Júri é obrigatório, de modo que a recusa injustificada em servir-lhe constituirá crime de desobediência, no entanto a escusa de consciência, por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, sujeita o autor da recusa ao cumprimento de prestação alternativa a qual vier a ser prevista em lei, e, no caso da recusa também se estender a esta prestação, haverá a perda dos direitos políticos, de acordo com o disposto nos artigos 5º, VIII e 15, IV, da Constituição Federal.

A função dos jurados é uma das mais importantes, pois é a ele quem cabe decidir sobre a liberdade de outra pessoa. Considerada serviço público

relevante (CPP, art. 439), além de essencial para a formação do devido processo legal daqueles que são acusados da prática de crimes dolosos contra a vida, conforme o artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da Constituição Federal.

Desta forma nas palavras de Aquino e Nalini: participar efetivamente do Tribunal do Júri é considerado serviço público relevante, exprimindo conceito de uma atividade útil e benfezja em relação à sociedade (AQUINO; NALINI, 2009, p. 348).

O jurado, por ser juiz, sob o aspecto moral deve ter idoneidade, atributo do “homem de bem”. Deve ser probo, íntegro e imparcial, para garantir a realização de uma justiça adequada (AQUINO; NALINI, 2009, p. 348).

O exercício efetivo da função de jurado é compreendido quando ele comparece ao dia da sessão, ainda que não seja sorteado para compor o Conselho de Sentença. Referido exercício traz alguns privilégios, tais como: presunção de idoneidade, prisão especial por crime comum, até o julgamento definitivo, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas, preferência no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como a preferência nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária (CPP, art. 440).

Dentre os vinte e cinco jurados sorteados serão escolhidos sete, estes que formarão o Conselho de Sentença que irão julgar com base nos quesitos, que correspondem ao conjunto de perguntas destinadas à coleta da decisão sobre os fatos classificados pela decisão de pronúncia e sobre as teses impetradas pela defesa técnica.

1. **Mídia e Liberdade de Imprensa**

O primeiro resquício de imprensa no Brasil se deu com a chegada da corte portuguesa em 1808, com a Imprensa Régia. A partir de 10 de setembro de 1808, passa a sair a Gazeta do Rio de Janeiro, na Imprensa Régia então recém-instalada no território do Novo Mundo, com a chegada da Corte Portuguesa (MARTINS, 2008, p.30).

Entende-se que imprensa é a generalidade dos meios de comunicação de massa, ou seja, revista, jornal impresso, rádio, televisão,

internet, no trabalho de jornalismo. Em nosso tempo, a palavra imprensa deixou de representar, apenas, revistas e jornais escritos, como era até as primeiras décadas do século XX, para ganhar um conceito macro e abranger, também, os meios eletrônicos. Já como Mídia, entendemos o conjunto das diferentes empresas de comunicação: emissoras de rádio e televisão, portais de internet, cinema, revistas e jornais impressos em seus diferentes ramos, como jornalismo, entretenimento, publicidade.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º sobre os direitos e garantias fundamentais, e dentre eles está a liberdade de expressão, descrito no inciso IX. A liberdade de imprensa no Brasil se refere ao direito de informação, ou seja, inclui direito de todos de informar, comunicar ou declarar opinião, como, também, o direito de ser informado, sendo todos, consequência do direito da liberdade de manifestação do pensamento. E quando este é usado pela imprensa, surge a Liberdade de Imprensa

Portanto, a liberdade de imprensa é um valor de hierarquia constitucional, que não pode ser conspurcado com restrições como a censura prévia. Mas não pode ser esquecido que, ao lado ou em posição da liberdade de imprensa, existem outros valores de igual nobreza constitucional que são intimidade, a imagem, a honra, o devido processo legal e a presunção de inocência (TUCCI, 1999, p. 114).

A função da imprensa é esclarecer os cidadãos, mostrando-lhes a verdade dos fatos, porém a necessidade que a imprensa tem de que a informação chegue com velocidade nas mãos dos cidadãos, coloca em cheque a verdade com o que esta realmente aconteceu. A expressão máxima do livre pensar é poder propagar, por quaisquer meios, opiniões, ideias e pensamentos. A liberdade de expressão é consequência da liberdade de pensamento, é a exteriorização desta (VIEIRA, 2003. p. 24).

O que deve-se destacar é que a imprensa, e não só ela, tem o direito à liberdade de expressão, que indiscutivelmente, consiste num direito fundamental e de especial relevância para o regime democrático. A prática de um crime e sua apuração são assuntos inerentes ao interesse público, fazendo como quem a sociedade tenha interesse nas informações repassadas pela mídia.

A publicidade pelos meios de comunicação como um todo reflete de duas formas, positivamente ou negativamente. Positivamente, pois a mídia muitas vezes pode ser vista como um fator que vem ajudando a diminuir a criminalidade, uma vez que se encarrega por noticiar casos que afligem a sociedade e que se não fosse pela pressão da midiática, não se tomaria nenhuma providencia a fim de apurar os fatos. Porém o excesso de informação e até mesmo a falta de conhecimento, acaba por distorcer os acontecimentos, e até mesmo noticiando fatos que não condizem com a verdade.

E essa veiculação de notícias distorcidas traz graves consequências ao processo, pois a sociedade passa a ver a justiça como ela realmente é, e passa a ver a justiça da maneira como a mídia retrata.

3. A Influência da Mídia nas Decisões do Tribunal do Júri

A Mídia e o Poder Judiciário relacionam-se de variadas maneiras. Se o Poder Judiciário influencia a Mídia de alguma forma, a influência da Mídia sobre o Poder Judiciário é muito maior. A imprensa como meio de veiculação da mídia, ao exercer a atividade de divulgação de determinadas notícias tem, nos últimos anos, apresentado diversificadas matérias que se encontram diretamente relacionadas a crimes julgados pelo Tribunal do Júri.

Oliveira explica que essa ligação entre o Tribunal do Júri e a mídia ocorre, porque há:

[...] um forte apelo junto à opinião pública. Mães de vítimas que pranteiam durante a sessão de julgamento; advogados que anunciam novos fatos bombásticos, capazes até de mudar o

curso do processo; grupos organizados que mobilizam protestos, com faixas, cartazes e alto-falantes, defronte ao prédio do fórum, e exigindo a condenação ou – o que é menos corrente – a absolvição do réu. Tudo isso é notícia, a matéria-prima da imprensa (Oliveira 2000, p. 41).

Na atual sociedade contemporânea a mídia aproveita ao máximo uma notícia até que surja uma com a mesma relevância da anterior que se destacou. São vários os exemplos de casos que tiveram grandes repercussões na mídia e que ficaram sendo notícias principais por semanas, meses e muitos destes ouvimos notícias até hoje, como por exemplo o caso de Isabella Nardoni, refere-se à morte da menina que foi arremessada do sexto andar de um edifício em São Paulo.

Durante os períodos referidos, a população brasileira esqueceu-se de uma infinidade de problemas que arruinam o país e dedicaram-se a viver o lamentável episódio, através de reportagens sensacionalistas, de exploração da miséria a que o ser humano é capaz e que sem sombras de dúvidas afrontaram diretamente à privacidade de dois indivíduos, Alexandre Nardoni (pai de Isabella) e Ana Carolina Jatobá (madrasta de Isabella), os quais inicialmente sequer haviam sido formalmente acusados. (ALVES FERREIRA E SOUZA, 2012, p. 377).

Outro exemplo de julgamento onde a influência da mídia foi extremamente abusiva foi o caso de Mércia Nakashima, a advogada de 28 anos que desapareceu no dia 23 de maio do ano de 2010, e que só foi encontrada em 10 de junho, quando seu carro foi localizado em uma represa no interior de São Paulo. O julgamento aconteceu três anos depois onde o ex-namorado da vítima Mizael Bispo, ex-policia militar e advogado de 40 anos negou no tribunal do júri que tenha matado a ex-namorada, porém foi condenado a 20 anos de prisão por homicídio triplamente qualificado. (Fonte: G1 São Paulo).

Esse caso de Mércia Nakashima, foi o primeiro Júri Popular a ser transmitido ao vivo pela TV, rádio e internet no Brasil, segundo a assessoria de imprensa do Tribunal de Justiça de São Paulo. O que gerou uma onda de comoção e pessoas clamando por justiça antes mesmo do trânsito em julgado da sentença.

Não existem, assim, no espetáculo criado pela mídia, dúvidas acerca do delito, vez que estas são transformadas em certeza. O possível autor do fato se coloca na condição de culpado e julgado pela opinião pública que impõe sobre o mesmo a devida condenação. Vê-se, deste modo, que a imprensa condena o suposto autor do delito antes mesmo que este tenha direito à defesa, constituindo-se o princípio da presunção de inocência, assim, possivelmente, o princípio mais violado nesse cenário pela mídia.

Isso se dá, pois as relações entre imprensa e o Poder Judiciário nunca deixaram de ser conturbadas, e na geografia do júri a questão adquire maior relevo, dada a emotividade em que ordinariamente são envolvidos os julgamentos em plenário (OLIVEIRA, 2000, p. 40-41).

Na atualidade se evidencia não somente um crescente interesse dos cidadãos em conhecerem o desenvolvimento do processo penal, sendo também um grande despregue informativo e de opinião sobre o particular, o que, há estabelecido um real fluxo entre o processo e a opinião pública, sendo seu canal natural a imprensa. Prates e Tavares elucidam sobre a influência da mídia:

Alguns setores da mídia vistos como supostamente “justiceiros”, antes de qualquer diligência necessária publicam o nome de possíveis suspeitos atribuindo-lhes o condão de “acusados” ou mesmo “réus”, sem que estes estejam respondendo ainda sequer a um processo. Carnelluti já descrevia o que significava para uma pessoa responder um processo, tendo ou não culpa por um fato: “Para saber se é preciso punir, pune-se com o processo”. O

cidadão nestas circunstâncias, mesmo que teoricamente acobertado constitucionalmente pelo princípio da presunção de inocência, se vê em realidade apontado como “culpado” pelos meios de comunicação de massa, sofrendo enorme exposição e o encargo de poder enfrentar um Conselho de Sentença maculado por um “jornalismo investigativo” nem sempre ético e harmonizado com a realidade dos fatos ditos “apurados” (PRATES E TAVARES, 2008.p.34).

O direito de informar, leva à possibilidade de noticiar fatos, que devem ser narrados da maneira imparcial. A notícia deve corresponder aos fatos, de forma correta e verdadeira, sem a intenção de confundir o receptor da mensagem, ou ainda, sem a intenção de formar nesse receptor uma opinião errônea de determinado fato.

Ana Lúcia Menezes Vieira ressalta:

[...] que a informação constitui-se uma necessidade social: A informação, como aspecto da liberdade de expressão, da comunicação social, é hoje uma necessidade primordial do homem que vive em sociedade. Devido à crescente complexidade social, as pessoas não só para se orientarem e estabelecerem contato permanente umas com as outras, mas, também, para participarem, precisam de conhecimentos e idéias sobre o que acontece ao seu redor. Os fatos repercutem em suas vidas, nas opiniões da comunidade, e o conhecimento deles serve para que possam atuar eficazmente nos ambientes de trabalho, familiar e social, cumprindo seus papéis de cidadãos (VIEIRA, 2003, p. 30 e 31).

A Constituição Federal determina em seu artigo 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Refere-se ao princípio da presunção da inocência do indivíduo até que se comprove o inverso, mas ignorando a própria Constituição os meios de comunicação, em alguns casos, condenam o réu antes mesmo de seu julgamento. O suspeito muitas vezes é julgado pela opinião divulgada pela mídia.

Portanto em decorrência da imensa influência que a mídia exerce sobre a sociedade, a liberdade de imprensa deve se amoldar a transmissão da notícia imparcial para não ferir os direitos fundamentais da presunção de inocência e da dignidade humana.

Existem algumas possíveis soluções para a resolução desse problema entre a mídia e o Júri, as quais são: suspensão do processo enquanto durar a campanha de imprensa; proibição de a mídia mencionar o julgamento, em determinadas fases; desaforamento do julgamento para outra comarca (art. 427 e 428 do Código de Processo Penal); determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito, para evitar sua exposição aos meios de comunicação (artigo 201, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal) ou, ainda; anulá-lo quando se constatar que a pressão publicitária possa ter deformado a construção do juízo condenatório.

As decisões proferidas pelo Conselho de Sentença devem ser aquelas conclusivas a respeito das provas e das palavras da promotoria e da defesa apresentadas no momento do julgamento, e não procederem das impressões manipuladoras causadas pela mídia, pois seu papel não é julgar, mas sim noticiar, ou seja, apresentar os fatos de maneira completa e verdadeira, sem o objetivo de punir o suspeito, mas sim de transmitir ao público a realidade dos fatos.

Conclusão

Ao construir o trabalho foi constatado a perseverante presença da influência da mídia sobre os casos de repercussão nacional, interferindo nos jurados e conseqüentemente no julgamento, tendo em vista que estes jurados são pessoas comuns que veem e leem as notícias igual a todos. A população se interessa por notícias relacionadas a crimes, e violência, a mídia sabe que esse tipo de matéria traz grande retorno financeiro, então explora ao máximo esses acontecimentos, onde notícias sensacionalistas e manipuladoras são exibidas, distorcendo os fatos e atropelando o princípio da dignidade humana.

É essencial que não seja vinculada nos jurados nenhum tipo de influência, pois pode ser irreparável o erro quando o júri adentra o tribunal com seu juízo de valor já formado. Tendo o réu recebido sua condenação antes mesmo de iniciados os trabalhos do julgamento.

As notícias veiculadas pela imprensa, chegam para a sociedade como se fossem a única verdade, assim as pessoas esperam uma condenação que seja rigorosa, fazendo o réu sofrer emocionalmente e fisicamente. Nesse sentido quando um ato criminoso chega ao conhecimento da sociedade, o réu tem um desrespeito total a sua dignidade, tendo sua privacidade invadida e sua condenação decretada precocemente.

Constatou-se, que a garantia constitucional da liberdade de imprensa não pode ser maior que as garantias individuais, e que ambas precisam ser respeitadas de forma a possibilitar o efetivo cumprimento da justiça. Um direito não é maior que o outro, e o que temos nesses casos é a colisão de dois direitos fundamentais, de um lado a liberdade de imprensa e de outro a presunção de inocência.

Sobretudo, restaram algumas possíveis soluções para que juntos, a mídia e o Júri possam encontrar um equilíbrio, pois a finalidade não é causar desconforto entre jornalistas e juristas. As possíveis soluções seriam, suspender o processo enquanto a campanha da imprensa durar, restringir a mídia em divulgar determinadas fases do julgamento, ou se necessário a

determinação do juiz em determinar segredo de justiça na tentativa de preservar o réu.

Por fim, tendo em vista que não se teve intenção em desmerecer ou desprestigiar a esta instituição, e sim declarar sua importância como garantia fundamental, fica evidente que o maior beneficiário da união da mídia e do Júri, será essencialmente a sociedade como um todo.

Referências

ALVES FERREIRA, Regina Cirino; SOUZA, Luciano Anderson. Discurso Midiático Penal e Exasperação Repressiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. Manual de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARBOSA, Rui. O Júri sob todos os aspectos. Org. Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, São Paulo, 1950.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

CASTRO, Juliana Vasconcelos de. O tribunal do júri. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2936, 16jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19541>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

ANDRADE, Fábio Martins de. Mídia e Poder Judiciário: A

Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, Lumen

Juris, 2007.

FERNANDES, Fabiano Samartin. Caso Isabella Nardoni: tragédia, comoção e prisão ilegal. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11165>>. Acesso em: 20 maio 2015.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Caso Mércia: foro competente. Nazaré Paulista . Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 22 de novembro de 2010.

MALINVERNI, Juliana Nercolini. Tribunal do júri e liberdade de imprensa: há espetacularização da notícia?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3740, 27 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25419>>. Acesso em: 21 maio 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O tribunal do júri popular e a mídia. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 4, n. 38, p. 40-42, fev. 2000.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, jul./dez. 2008.p.34. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5167>

TERRA. Mizaél é condenado a 20 anos de prisão pela morte de Mércia Nakashima" Terra. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/mizaél-e-condenado-pela-morte-de-mercía-nakashima>. Visitado em 14/03/2013.

TUCCI, R. L. Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo, SP: RT, 1999.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 24.