

**Revista do Curso de  
Direito da Faculdade  
Campo Limpo Paulista**

**VOLUME 3 – 2005**

**COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO  
VOLUME 45**



**Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP**

Prof. Dr. Nelson Gentil – **Diretor**

**Curso de Direito**

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

**Conselho Editorial**

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues (coordenador); Prof. Dr. Luís Antônio Francisco de Souza (UNESP);

Prof. Ms. Robson do Boa Morte Garcez; Prof. Ms. Samuel Antonio Merbach de Oliveira

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista – v. 3 (2005) –  
Porto Alegre: Síntese, 2005 –  
v.; 16x23cm. – (CADO: Coleção Acadêmica de Direito v; 45)

Irregular

1. Direito. – I. Série.

CDU: 34

CDD: 340

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

**REVISTA DO CURSO DE  
DIREITO DA FACCAMP**

Endereço para correspondência:

Rua Guatemala, 167 – Bairro Jardim América

CEP: 13231-230 – Campo Limpo Paulista - SP

Fone: (11) 4812.9408

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

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

Editora Síntese

**IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.**

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca

05036-060 – São Paulo – SP

Caixa Postal 60036 – 05033-970

**Telefones para Contatos**

**Cobrança:** São Paulo e grande São Paulo (11) 3613.5222

Demais Localidades 0800.782717

**SAC e Suporte Técnico:** São Paulo e grande São Paulo (11)  
3613.3900

Demais Localidades 0800.783900

**Renovação:** Grande São Paulo (11) 3613.3888  
Demais Localidades 0800.783900

**INTERNET:** [www.sintese.com](http://www.sintese.com)

## APRESENTAÇÃO

---

Chegamos ao 3º volume da Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

Mais uma vez a quantidade de textos surpreende e indica o entusiasmo, principalmente dos alunos, de participarem da publicação. Revela também a preocupação e o envolvimento com a pesquisa e a reflexão.

O mesmo interesse e entusiasmo revelam os professores do Curso nas inúmeras colaborações para esta nova edição.

Merecem destaque os textos remetidos por colaboradores externos, em nítida manifestação do alcance de nossa publicação.

A diversidade dos textos consagra o propósito de incentivar e promover o debate, como destacado desde o 1º volume.

E este propósito somente se completa com a leitura entusiasta e crítica.

Portanto, fazemos o convite: à leitura!

**Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues**



## SUMÁRIO

---

### ARTIGOS DO CORPO DOCENTE

1. ALGUNS PASSOS E PERCALÇOS DA CIDADANIA NO BRASIL Thaís Battibugli .....	7
2. CONTRADIÇÕES E POSSIBILIDADES DA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA Sabrine Pierobon de Souza .....	23
3. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES, ADOLESCENTES E CRIANÇAS – DESAFIOS SOCIAIS, LEGAIS E INSTITUCIONAIS NA NOVA DEMOCRACIA DO BRASIL Luís Antônio Francisco de Souza .....	33
4. A DEMOCRACIA NA CONCEPÇÃO DE NORBERTO BOBBIO José Jair Ferraretto e Samuel Antonio Merbach de Oliveira .....	55
5. PODER JUDICIÁRIO DE SÃO PAULO: ANÁLISE ENUNCIATIVA/DISCURSIVA DE UM MANDADO DE AVERBAÇÃO QUE CONVERTE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO Any Lilian Maxemiuc Barcellos .....	67
6. O DIREITO À VIDA E O DIREITO À MORTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL: UM OLHAR PENSATIVO Robson do Boa Morte Garcez .....	75
7. O DIREITO AMBIENTAL ELEVADO À CATEGORIA DE CIÊNCIA E A CRIAÇÃO DO BEM AMBIENTAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 José Arnaldo de Oliveira Nascimento .....	87
8. NATUREZA E INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS OBRIGACIONAIS DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS E SEU INADIMPLEMENTO Aparecida Dias de Oliveira .....	97
9. PARASSUBORDINAÇÃO: NOVO ELEMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO(?) Marcos Abílio Domingues .....	115
10. ASPECTOS PROCESSUAIS SOBRE O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS Renata Helena Paganotto Moura .....	125

### COLABORAÇÕES EXTERNAS

1. <i>IMPEACHMENT</i> Sérgio Resende de Barros .....	133
---	-----

### COLABORAÇÕES DE ALUNOS

1. HORIZONTES PARA A CIDADANIA: CONSTRUINDO UMA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA Vitor Castillo de Lima, Telma Cristina Cardoso, Taline Mara Polli, Marici Aparecida Guillen Lupino, Carla Danielle Ferreira Silva, Ada Cristiane Raimundo, Amanda Santos de Campos, Valério Dias de Oliveira, Sílvia Letícia Cordeiro da Silva, Renato da Silva Morais, Katy Cristina Cordeiro da Silva, Elcio Batista de Morais, Dayane Marciano de Oliveira Castro .....	143
--	-----

2. QUANTO VALE UM CORAÇÃO?	
Sílvia Leticia Cordeiro da Silva, José Leopoldo Basílio e Maria Helena Pelizari Eiras .....	147
3. MÉTODOS PROBATÓRIOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	
Rita de Cássia Cosseti .....	153
4. A ERA DOS DIREITOS	
Rafael Barbini Petta, Élcio Batista de Moraes, Gabriela Cristina P. dos Santos, Adelson Alves de Souza, Mauro Aparecido da Silva, Miriam Borges da Silva .....	157
5. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA	
Dayane Marciano de Oliveira Castro, Renato da Silva Moraes, Maria de Lurdes Alves, Cleide de Andrade Passos .....	161
6. AUXÍLIO-DOENÇA COMUM	
Lilian Noemi Machado Tavares da Silva, Marcia Cristina Braga, Congilio Thibério, Juliana Gonçalves .....	165
7. A FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DE PUNIR	
Márcio Alexandre Lacerda Falcão, Cláudio Teixeira, Osmar Donizete da Silva e Fabiano Bizeto .....	169
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO .....	175

## ALGUNS PASSOS E PERCALÇOS DA CIDADANIA NO BRASIL

---

**Thaís Battibugli**

Doutoranda em Ciência Política – USP, Mestre em História Social – USP,  
Bacharel e Licenciada em História – Unicamp.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Cidadania, direitos e sociedade civil; 1.1 Cidadania *inversa* ou *seletiva*; 1.2 A cidadania vulnerável e sem *accountability*; 1.3 Inclusão precária ou exclusão social?; 1.4 A desresponsabilização social; 1.5 A desigualdade na esfera pública e na sociedade civil; 1.5.1 Fragilidade poliárquica e hobbessianismo social; 2 Políticas sociais e cidadania; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: A não-efetivação dos direitos civis e sociais produz cidadãos de segunda classe, que sofrem com a ineficiência e o descaso das instituições estatais, nos campos da educação, saúde, segurança, justiça. A análise da cidadania no Brasil deve passar por alguns de seus principais dilemas, como a desigualdade social e econômica, a desfaçatez social ante a desigualdade, a inserção precária.

PALAVRAS-CHAVE: cidadania no Brasil; vulnerabilidade social; direitos fundamentais; responsabilização do Estado; sociedade civil; violência; desigualdade.

### INTRODUÇÃO

A análise da cidadania no Brasil deve passar por alguns de seus principais dilemas, como a desigualdade social e econômica, a desfaçatez social ante a desigualdade, a inserção precária, a desfiliação, o déficit de direitos civis, a cidadania restrita e regulada, a violência e a falta de mecanismos eficientes e confiáveis de responsabilização de agentes do Estado, como a polícia. Será visto como a sociedade civil e o Estado podem interagir para a busca de soluções.

### 1 CIDADANIA, DIREITOS E SOCIEDADE CIVIL

O cidadão é o membro de um Estado. Todos os cidadãos são iguais no que concerne aos direitos e deveres. Para ser um membro integral da sociedade, o cidadão tem de usufruir de direitos civis, políticos e sociais.

Os *direitos civis* relacionados à cidadania são, entre outros, os direitos necessários à liberdade individual, como a liberdade de pensamento, de imprensa, de ir e vir, de culto religioso, de acesso à justiça. Já os *direitos políticos* referem-se à liberdade de participar do exercício do poder. Os *direitos sociais* dizem respeito à prerrogativa de ter uma vida com o mínimo de bem-estar, com a responsabilidade do Estado de garantir aos cidadãos o acesso a direitos sociais básicos de acordo com os padrões de cada sociedade (MARSHALL, 1967, p. 63-64, 76, 104; BOBBIO, 1992, p. 63; CASTEL, 1998, p. 504-505, 522).

Somente no Estado Democrático de Direito, a cidadania tem condições de se desenvolver plenamente. Tal organização pressupõe um sistema legal que primeiro preserve as liberdades e as garantias políticas da poliarquia; segundo, garanta os direitos civis de toda a população; terceiro, seja permeado por redes de responsabilidade e mecanismos de fiscalização dos agentes do Estado<sup>1</sup> (O'DONNELL, 2000, p. 352-353).

Define-se a poliarquia como uma aproximação imperfeita do ideal democrático, pois parte-se do princípio de que nunca existiu uma democracia plena, todas tiveram e têm suas deficiências (DAHL, 1997, p. 25-32).

De qualquer forma, um Estado, para ser considerado uma poliarquia, deve ter um elevado grau de institucionalização da competição pelo poder associada à extensa participação política da população (SANTOS, 1994, p. 80). Além disso, é imprescindível a garantia dos direitos clássicos de associação, liberdade de expressão, formação de partidos, igualdade perante a lei e controle da agenda pública.

As poliarquias se desenvolveram em um contexto histórico marcado por um continuado processo de acumulação material, elevado grau de urbanização, formando uma sociedade complexa, interdependente, composta por vários grupos de interesse (SANTOS, 1994, p. 80-81).

### 1.1 Cidadania *inversa* ou *seletiva*?

Na Inglaterra, a cidadania democrática foi iniciada segundo MARSHALL, pela garantia dos direitos civis, da liberdade individual, que propiciou aos cidadãos condições de expandir os direitos conquistados para a área política e social, pela pressão por mais espaço na política e por maior bem-estar. Portanto, para o caso inglês, a cidadania teria se expandido dos direitos civis para os direitos políticos e sociais, favorecendo a participação política da população (MARSHALL, 1967, p. 75).

Por outro lado, na América Latina os direitos políticos, como o direito ao voto, foram efetivados para os cidadãos antes da cristalização dos direitos civis (O'DONNELL, 2000, p. 344-359).

No caso brasileiro, essa *inversão* dos direitos de cidadania teria criado no País uma cidadania não-ativa, uma verdadeira *estadania* ou *cidadania regulada*, pois os direitos civis, políticos e sociais teriam tido como ponto de partida o Estado, enquanto poder decisivo e regulador da sua extensão (CARVALHO, 2001, p. 219-222). O Poder Executivo determinaria a agenda política a ser implantada sem quase se preocupar com as críticas e com as propostas da sociedade civil. A sociedade, por outro lado, veria o Estado como um ente capaz de solucionar seus problemas sem ter de participar ativamente da vida política. Desse modo, estaria presente a estrutura: Executivo excessivamente concentrador de poderes e sociedade civil apática. Nessa acepção, a população não seria um ator social e político de peso, com força suficiente para

<sup>1</sup> O termo utilizado em inglês para denominar tais redes é *accountability*.



pressionar pela expansão ou efetivação de seus direitos de cidadania (SANTOS, 1994, p. 78-79; SOUZA, 2000, p. 260-262).

Evidentemente, tal inversão não significa que os caminhos da cidadania ativa e generalizada estejam barrados aos brasileiros como se fosse uma herança maldita, naturalizada na sociedade, nem que nunca a população tenha conseguido, de alguma forma, alterar os rumos políticos do Executivo, seja estadual ou federal.

A grande questão em relação aos direitos de cidadania no Brasil, porém, não seria a mera inversão da ordem de seu desenvolvimento, ou seja, os direitos políticos efetivados antes dos direitos civis, mas sim a falta de eficácia e mesmo de compromisso das ações governamentais e de setores da sociedade civil na reversão da situação de vulnerabilidade dos direitos civis e sociais. Tal quadro compromete o pleno funcionamento do Estado de Direito no País, pois a plena cidadania não é extensa a todos os nacionais.

Além disso, o longo período de escravidão e o posterior abandono dos escravos à sua própria sorte após 1888, sem condições de se inserir no processo de modernização do mercado de trabalho, contribuiu para a atual condição de subcidadania vivida por milhões de brasileiros. No Brasil, certos cidadãos valem menos que os outros, gozam de menor consideração junto à sociedade e às instituições estatais, são os *subcidadãos*. Na condição de subcidadania, o indivíduo não tem seus direitos civis assegurados, não tem acesso à justiça formal, está na condição de pária social, sua situação precária seria vista como natural para a parcela mais abastada da sociedade (SOUZA, 2000, p. 56-57, 267).

Além da idéia de subcidadania, outro conceito que auxilia na compreensão da vulnerabilidade social brasileira é o de desfiliação. O desfiliado é aquele que sofreu algum tipo de desenraizamento econômico e social: vive de empregos informais, instáveis e sem benefícios trabalhistas; pode ter ainda seus laços familiares e de vida associativa enfraquecidos devido à sua condição econômica, entre outros fatores. A trajetória do desfiliado é marcada por uma série de rupturas em relação a estados de equilíbrio relativamente estáveis no passado. Assim, nem sempre o desfiliado foi um *supranumerário*, nem sempre esteve precariamente inserido no mundo do trabalho e na sociedade (KOWARICK, 2002, p. 21; CASTEL, 1998, p. 530; CASTEL, 1997, p. 22).

Tanto a noção de subcidadania como a de desfiliação pressupõem a naturalização da condição social precária do cidadão, como se eliminar a pobreza fosse impossível. O subcidadão, porém, nunca teria usufruído a plena cidadania, nem veria a possibilidade de tal fato ocorrer, sendo, de certa forma, também um desfiliado social por estar precariamente inserido na sociedade (SOUZA, 2000, p. 267).

Note-se que para o Brasil a noção de desfiliação pode ser utilizada somente para as análises após 1980, pois nesse período houve uma maior precarização do mundo do trabalho com aumento da vulnerabilidade social e econômica, com perdas em relação à situação anterior, com percepção negativa da nova situação. Como exemplo, entre 1990 e 1999, a renda média da família da região metropolitana de São Paulo caiu cerca de 35%; de 1983 a 1993, a população favelada cresceu em torno de 440% em São Paulo, de

430 mil pessoas em 1983 para 1.902 mil pessoas em 1993, representando quase 20% do total da população. A noção de desfiliação não seria válida para as décadas de 1930 a 1970, pois, naquela época, houve uma real melhora na qualidade de vida da população e havia uma perspectiva otimista em relação ao futuro (KOWARICK, 2002, p. 18-19, 22).

Portanto, o processo de modernização da sociedade brasileira desenvolveu-se de maneira seletiva, incluindo plenamente alguns e precariamente muitos outros. Marca constitutiva dessa cidadania seletiva seria a ausência de uma economia emocional uniforme na sociedade, em que os cidadãos tivessem a mesma organização afetiva, racional e valorativa, compartilhando o sentimento de igualdade e respeito perante o outro (SOUZA, 2000, p. 44, 56-57; KOWARICK, 2002, p. 10).

### 1.2 A cidadania vulnerável e sem *accountability*

No Brasil, não estaria ainda estabelecida entre os cidadãos a confiança no sistema de segurança pública, na imparcialidade das decisões judiciais, nas relações entre particulares e no profissionalismo da burocracia estatal que trataria de maneira diferenciada os seus cidadãos, de acordo com seu poder econômico, político e com sua condição social. Essa desconfiança seria alimentada, entre outros fatores, pela não-existência de redes de responsabilidade e *accountability* eficazes entre os agentes públicos e mesmo entre funcionários do setor privado, incluindo os altos escalões políticos e econômicos. A *accountability* diz respeito aos mecanismos de controle de conduta e dos instrumentos de punição de ilegalidades cometidas no exercício da função (O'DONNELL, 2000, p. 344-359).

Outro fator que restringe os direitos de cidadania no País é a apropriação do que seria por definição “público como se privado fosse” e a percepção das relações políticas como meras extensões de interesses individuais, criando um sistema de favorecimentos e privilégios no interior das instituições estatais e mesmo privadas (ALVAREZ, 1998, p. 9-10; SANTOS, 1994, p. 110-111).

Os subcidadãos, os desfiliados sociais, enfrentam também a vulnerabilidade civil, pois sofrem com o uso, por vezes arbitrário, do monopólio legítimo da violência física, por parte de agentes de segurança pública (KOWARICK, 2002, p. 10). O Estado adquiriu o monopólio da violência legítima, como um meio de pacificar a sociedade ao evitar a busca por métodos violentos e privados de resolução de conflitos, cabendo somente às instituições estatais a intermediação legal de disputas e o uso da força física, desde que de modo legal.

O Estado ao deter para si o monopólio do uso da violência física legítima, no Brasil, o fez tolerando abusos contra os não-privilegiados, os suspeitos em potencial (negros, jovens, trabalhadores, militantes políticos etc.). Conseqüentemente, o julgamento de policiais acusados de excessos no estrito cumprimento do dever legal recebe freqüentemente a proteção do corporativismo profissional, além da complacência de parcela da elite política, da população e da justiça militar, no caso dos policiais militares. Como as vítimas dos abusos policiais pertencem geralmente ao setor mais vulnerável da sociedade, não há grande interesse da instituição policial e

do Judiciário em apurar o desvio de conduta, em flagrante desrespeito aos direitos civis dos cidadãos.<sup>2</sup> As práticas policiais arbitrárias fazem parte de uma abusiva margem de discricionariedade concedida a esses agentes, tornando, em muitos casos, o poder de polícia ameaçador para a coletividade (COSTA, 1985, p. 194-207).

A polícia foi criada como um órgão especializado no controle social interno para, se preciso, utilizar de violência visando à preservação da ordem. Entretanto, o Estado e o monopólio da força podem ser utilizados tanto para proteger como também para ameaçar e cometer toda sorte de arbitrariedades. São instrumentos sociais perigosos, caso não sejam controlados pelo sistema Judiciário e pela sociedade civil (KEANE, 1988, p. 179-180).

A violência institucional contra os menos favorecidos é bastante significativa no País, devido à perversa combinação entre não-consolidação dos direitos civis e cultura política autoritária, na qual a violência policial é a sua face mais visível.<sup>3</sup> Na região metropolitana de São Paulo, por exemplo, entre 1990 a 2002, 9.039 pessoas foram mortas pela Polícia Militar e Civil, com uma média anual de 753 mortes.<sup>4</sup>

O termo exclusão seria útil para se pensar o modo violento como o País ainda trata, ou sempre tratou, os mais precarizados e vulneráveis, pois abrange até mesmo a eliminação física da pessoa pobre. Tal seria o risco do processo de precarização, de desfiliação: a criação de uma *mentalidade exterminatória*, pois o outro, pobre e

2 O art. 11 do Código Civil de 2002 estipula que: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Entende-se por direitos da personalidade os direitos de defender: a integridade física (a vida, a alimentação e o próprio corpo vivo ou morto); a integridade intelectual; a integridade moral. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004.

Já em 1992, o Brasil assinou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), que passou a integrar o ordenamento jurídico nacional. Segundo esse tratado internacional, os Estados-partes comprometem-se a:

“Art. 2º, § 3º Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais.”

“Art. 7º Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.”

“Art. 9º, § 1º Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.”

“Art. 14, § 1º Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente.”

Dessa forma, a não-punição de práticas policiais arbitrárias e de violações à integridade física do cidadão constitui uma violação aos direitos civis.

O Pacto Internacional está disponível na Biblioteca Virtual dos Direitos Humanos – USP. Acesso em: 5 set. 2004.

3 CEV. *Construção das políticas de segurança pública e o sentido da punição*. São Paulo (1822-2000). CEV/CEPID/FAPESP – Projeto 2, São Paulo, 2000, p. 2.

4 Disponível em: <http://www.ouvidoria-policia.sp.gov.br/pages/tabelas.html>. Acesso em: 5 set. 2004.

ameaçador, é visto como despossuído de humanidade (KOWARICK, 2002, p. 22-23, 25; PINHEIRO, 2001, p. 263). Recentes notícias sobre a ação de grupos de extermínio na cidade de São Paulo contra os moradores de ruas, causando a morte de três pessoas e ferindo outras seis, reiteram essa assertiva.<sup>5</sup>

### 1.3 Inclusão precária ou exclusão social?

No Brasil há milhares de pessoas precariamente inseridas na sociedade. São pessoas em situação vulnerável no mercado de trabalho e em relação aos seus direitos fundamentais. São funcionais ao sistema produtivo por servirem como mão-de-obra barata justamente por não terem condições de exigir melhores ganhos, de competir por cargos melhores (OLIVEIRA, 1997, p. 49-62). Tal situação é acentuada pelo fato de o País estar na periferia do capitalismo, com um desenvolvimento econômico dependente, caracterizado pela superexploração do trabalho, com rebaixamento salarial, aumento da jornada, desemprego e subemprego crônicos e crescentes, concentração de renda aparentemente contraditória em relação ao grau de desenvolvimento e diversificação da economia. Outro fator é a histórica insuficiência de sistemas públicos de proteção social no País. Muitas pessoas estariam permanentemente mal-inseridas, mas não estariam *excluídas*, por assim dizer, da dinâmica social (KOWARICK, 2002, p. 11-13).

Vale ressaltar que não se pode confundir o conceito de *inclusão precária* com a pura e simples *exclusão social*. A situação de exclusão aponta para a perda do *direito de ter direitos*, como durante a vigência do *apartheid* social na África do Sul. No Brasil, as pessoas não são excluídas social ou economicamente, apesar de existirem diferenças sociais e econômicas abissais e da falta de acesso à justiça (MARTINS, 1997, p. 14, 25-26; KOWARICK, 2002, p. 23).

No Brasil é comum o uso do termo *excluídos* para pessoas em situação de vulnerabilidade. Expressões como *massa de excluídos* ou *grito dos excluídos* ainda são utilizadas pelos movimentos sociais (MARTINS, 1997, p. 11-12). Houve uma passeata em vários estados chamada de *Grito dos Excluídos*, durante as comemorações do 7 de setembro de 2003.

Nos meios acadêmicos havia o que ROBERT CASTEL cunhou de *sociologia da exclusão*, ou seja, uma vertente das ciências sociais preocupada em analisar a situação de precarização socioeconômica (CASTEL, 1997, p. 18). O lado negativo dessa análise da exclusão, aliás inexistente, é lançar um véu nas formas pobres, ineficientes de inclusão social, mesmo as promovidas por políticas sociais públicas (MARTINS, 1997, p. 21).

Dessa forma, a cidadania brasileira sofre o processo de precarização, vulnerabilidade social e não o de exclusão social, embora esteja presente na sociedade um princípio de exclusão, como analisado no item anterior.

5 Mendigos mortos a pauladas em São Paulo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 20 ago. 2004, p. A1 (capa).

#### 1.4 A desresponsabilização social

Há uma *desfaçatez de classe* em relação à pobreza no País. A condição de pária urbano ou rural, desfilado e vulnerável no interior da sociedade vivida por milhões de brasileiros, não causa sentimentos de remorso, mal-estar ou de responsabilidade que possam movimentar as elites nacionais na busca pela transformação estrutural da situação (KOWARICK, 2002, p. 27-29).

Atualmente, os economicamente abastados se limitam a conviver com os pobres sem culpabilizá-los com a idéia da vadiagem, da indolência ou da incompetência. Os empregadores se beneficiam e lucram muito com a precarização, pois podem diminuir os salários e benefícios trabalhistas sem se preocupar com as greves. Ante a multidão de desfilados e a inflexibilidade do mercado, ou seja, da avidez pelo lucro e da maior competitividade em termos de preço do produto final ou do serviço prestado, os movimentos reivindicatórios dos trabalhadores perderam muito de sua força.

Durante o período neoliberal das décadas de 1980 e 1990, o Estado brasileiro não foi visto como culpado pela pobreza, foi desresponsabilizado em relação aos direitos de cidadania e de bem-estar da população. O Brasil, que ainda não havia criado uma rede de bem-estar social significativa e eficiente, optou por não expandi-la como deveria.

A pobreza é vista como um traço característico de nossa sociedade, algo *natural* e inescapável, de forma a não haver responsabilização possível e viável sobre o Estado e a sociedade civil abastada (KOWARICK, 2002, p. 29).

Mesmo dentre aqueles que sofrem com a desfiliação e a precarização, há muitos que percebem a desigualdade social e a miséria em que vivem como um dado natural, fruto de seu fracasso pessoal, e não como consequência da superexploração a que são submetidos no dia-a-dia (SOUZA, 2000, p. 267).

#### 1.5 A desigualdade na esfera pública e na sociedade civil

De que modo a existência de uma sociedade marcada pela desigualdade, como o Brasil, afeta o funcionamento da esfera pública e da sociedade civil?

A esfera pública é percebida por JÜRGEN HABERMAS como uma caixa de ressonância das questões relevantes à sociedade. Em seu interior podem-se discutir problemas da sociedade de modo a convencer a opinião pública e influenciar a esfera política, contribuindo para a formação de novas agendas políticas. O núcleo institucionalmente organizado da esfera pública seria a sociedade civil, formada por um conjunto de movimentos e organizações, como associações de bairro, recreativas, religiosas, de trabalhadores etc. A esfera pública seria, portanto, uma instituição constitutiva do mundo moderno (SOUZA, 2000, p. 91, 92; SANTOS, 1994, p. 83-85; SADER, 1988, p. 11-12).

O bom funcionamento de uma sociedade civil pressupõe justamente a efetividade dos direitos civis, com o exercício da liberdade de imprensa, de opinião, de reunião, de pluralismos de formas de vida, privacidade, cidadania autônoma e respeito à esfera privada. Seria preciso, ainda, uma base social de igualdade material e simbólica, algo ainda não-existente no Brasil (SOUZA, 2000, p. 89).

Como foi visto, existe no Brasil uma cidadania historicamente marcada pela desigualdade, vulnerabilidade e pela formação de hierarquias sociais, cuja cultura política dominante seria autoritária (ALVAREZ, 1998, p. 8-10). A democracia brasileira convive com um grande obstáculo à efetiva universalização de sua cidadania civil: o autoritarismo socialmente implantado, caracterizado pela permanência de concentração de terra e renda, desigualdades sociais e econômicas, focos de trabalho escravo e de microdespotismos (PINHEIRO, 2001, p. 263).

Desse modo, tanto a esfera pública como seu braço institucionalmente organizado, a sociedade civil, têm sua capacidade de ação, de discussão dos problemas da sociedade e de influência na esfera política nacional afetadas. Tal situação abriu espaço para a colonização da esfera pública pela busca de favorecimentos de grupos de interesse corporativos, pela violência ilegal das máfias, do crime organizado, do narcotráfico, de grupos de extermínios. A sociedade civil brasileira convive em seu interior com uma sociedade incivil, de tipo hobbesiano<sup>6</sup> (PINHEIRO, SOUZA, 2000, p. 8; SANTOS, 1994, p. 109).

Portanto, a sociedade civil não se caracteriza apenas por ser uma caixa de ressonância formadora de novas agendas públicas. É acima de tudo heterogênea e permeada por conflitos de interesse, podendo ter traços de civilidade ou de incivilidade. Assim, quanto mais desigual a sociedade, maiores serão os traços de incivilidade social.

Cumprir notar que tanto a sociedade civil como o Estado são compostos, em seu interior, por grupos heterogêneos e mesmo antagônicos. Há grupos que se alinham à cultura política autoritária, perpassada por privilégios, e outros que se alinham à cultura política democrática, pela efetiva igualdade civil (DAGNINO, 2002, p. 281-282, 296-297).

### 1.5.1 Fragilidade poliárquica e hobbesianismo social

A não-universalização da cidadania faz com que a sociedade brasileira tenha uma cultura cívica hobbesiana, predatória. Cultura cívica seria o sistema de crenças e as expectativas compartilhadas pela população quanto aos poderes públicos, quanto à própria sociedade e quanto aos seus direitos e deveres (SANTOS, 1994, p. 105-106).

A cultura cívica hobbesiana, no caso, seria marcada pela violência, pelo privilégio de alguns e pela certeza de que a justiça seria aleatória, errática, podendo ser contornada tanto pelo cidadão comum como pelos detentores de poder político. Uma grande desconfiança perpassa toda a sociedade, tanto em relação às instituições como em relação ao compatriota, considerado um destruidor, acomodado, esperto, mal-educado, irresponsável, preguiçoso, impaciente e desonesto, segundo pesquisa de opinião de 1991 (SANTOS, 1994, p. 110-114).

Grupos mafiosos estão espalhados por toda parte. Caracterizam-se por estabelecerem interações entre entes privados e públicos, por exemplo, para a obtenção

<sup>6</sup> O termo hobbesiano é uma alusão à teoria política do inglês Thomas Hobbes (1588-1679), exposta no livro *Leviatã* (1651).

*menos burocrática* de alvará de funcionamento, de vitórias em licitações, para a não-punição ante uma infração legal. Portanto, é natural a uma sociedade de cultura cívica *incivil* deixar alguém guardando lugar na fila para ganhar tempo, chegar atrasado a compromissos, colar nas provas, estacionar em local proibido, parar o carro em cima de calçadas, sonegar impostos. Essa realidade produz um vasto sistema de privilégios e de extorsão da renda do próximo (SANTOS, 1994, p. 110-111, 114).

Parte das instituições públicas e dos cidadãos estariam acostumados a transitar da cultura poliárquica para a hobbesiana social com grande desenvoltura. Os brasileiros votam conforme as regras poliárquicas, mas muitos não dão queixa de um roubo sofrido, motivados, por exemplo, pela não-confiança nos trabalhos investigativos da polícia, por não poderem arcar com os custos e a demora do Judiciário ou mesmo por temerem represálias (SANTOS, 1994, p. 89, 104).

Restaria, assim, como *alternativa* a aqueles sem recursos para dialogar com as máfias ou com o Estado (polícia e Judiciário), a pura negação ou a naturalização da existência de problemas, conflitos como uma estratégia de sobrevivência (SANTOS, 1994, p. 98). Assim, aquele que sofreu a perda de algum bem ou que foi lesado em seus direitos pensaria que seu caso seria tão comum, sem importância, que a polícia e o Judiciário certamente teriam questões mais relevantes para se preocupar.

Portanto, apesar de a sociedade brasileira formalmente atender a todos os requisitos de um sistema poliárquico (acumulação material, ou seja, crescimento econômico, urbanização, dinâmica partidária competitiva, existência de pluralismo social com inúmeras associações civis), apresenta deficiências e vícios, fragilizadores de sua poliarquia e da sociedade civil (SANTOS, 1994, p. 82-83, 87-89).

## 2 POLÍTICAS SOCIAIS E CIDADANIA

Entende-se por política social as ações governamentais visando a efetivar e garantir os direitos sociais da cidadania. As políticas sociais tratam de fenômenos como o seguro social, a política educacional, a assistência médica, as obras de infra-estrutura básica, como rede de água, esgoto, luz. O significado e o conteúdo das políticas sociais se alteram historicamente e podem sofrer variações de país para país em uma mesma época.

Até o nascimento das sociedades modernas, a pobreza era tratada como um mero fato social, sendo tida apenas como o resultado de uma condição imposta naturalmente pelo nascimento na base da pirâmide social (FERREIRA, 2001, p. 129). Somente a partir das sociedades modernas o tratamento dos doentes, o ensino dos ignorantes e a ajuda aos indigentes se tornaram uma preocupação coletiva, um problema social passível de gerenciamento burocrático pelo Estado e de pressões político-sociais (SWAAN, 1988, p. 1; MARSHALL, 1965, p. 28-29).

O governo brasileiro apenas se comprometeu em garantir certos direitos sociais à população apenas a partir da terceira década do século XX, enquanto em países como a Inglaterra e Alemanha tal preocupação ganhou corpo já no século anterior. Em um País marcado por profundas desigualdades sociais que remontam a organização



colonial, tal demora contribuiu para o atual quadro de precarização (BARROS, HENRIQUES, MENDONÇA, 2000, p. 21-22).

Havia uma concepção conservadora de política social, pois os direitos estavam condicionados a critérios de pertencimento a certos grupos, sindicatos, ao mesmo tempo em que havia certos traços liberais, pois o seguro social era garantido a partir de contribuições prévias, sem qualquer preocupação com a transferência de renda para a população pobre. Desse modo, além de se iniciar muito depois do necessário, a política social brasileira não tinha como meta a elevação do nível de vida da população pobre, deixando intactos os níveis de desigualdade.

Entretanto, a partir de 1988, com a promulgação da Constituição, ocorreram profundas mudanças nos programas de enfrentamento da pobreza e de investimentos em recursos humanos. Privilegiou-se a educação, a capacitação profissional, a saúde, a previdência e a redução da pobreza, sob o norte de criar maior equidade e ampliar as oportunidades da população em geral (DRAIBE, 1999, p. 108).

Houve uma forte aproximação entre o Estado e a sociedade civil, atuando em conjunto na criação e execução de políticas públicas, incluindo os programas sociais (DAGNINO, 2002, p. 288, 293). O Estado tem cada vez mais investido em parcerias com ONGs (organizações não-governamentais), principalmente nos casos em que reconhece não ter estrutura para atuar sozinho em certas áreas, como o meio-ambiente, a prevenção e o tratamento da Aids (DAGNINO, 2002, p. 290).

A parceria entre sociedade civil e Estado, entretanto, tem seu aspecto negativo. Os anos 90 foram marcados pela predominância mundial do neoliberalismo político, que pregava o Estado mínimo, desresponsabilizando a instituição estatal do provimento de bem-estar à população. Dessa forma, o Estado brasileiro, acompanhando a onda neoliberal, optou por transferir parte de sua função de garantidor de direitos para a sociedade civil, isentando-se de maiores obrigações e gastos.

Certamente, essa confluência perversa entre participação social e Estado mínimo contribuiu para que a política social atual também não conseguisse reduzir os níveis de desigualdade no País (DAGNINO, 2002, p. 288-289).

Atualmente, o Brasil ocupa a 167ª posição no *ranking* de desigualdade, a 109ª colocação no *ranking* de exclusão social, o 161º lugar no de homicídios e a 99ª colocação no de desemprego, sendo a 15ª economia mundial. Quanto mais desigual, excludente, violento e quanto maior a taxa de desempregados no País, pior será sua colocação.

O *ranking* de exclusão social leva em consideração indicadores como a taxa de desemprego, pobreza, desigualdade social, alfabetização, escolarização superior, homicídios e população infantil. Sem dúvida, o termo ideal para o *ranking de exclusão social*, seria *ranking de precarização social*.<sup>7</sup>

7 Desigualdade coloca Brasil em 109ª lugar no *ranking* mundial de exclusão social. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u85608.shtml>. Acesso em: 5 set. 2004.



Portanto, o sistema de bem-estar brasileiro tem como desafio maior a redução drástica da disparidade entre os mais ricos e os mais pobres. Para tanto, deve focalizar primordialmente os mais pobres, atacando os casos mais graves, onde há a congregação de fatores que impedem a melhoria das condições de vida da população, como ser negro, ter baixa escolaridade, morar em favela, estar desempregado, o que até muito recentemente não era preocupação da agenda social e política do País (BARROS, CARVALHO, 2003, p. 5).

Os programas assistencialistas têm limites claros: são mais frágeis do ponto de vista da legitimidade; ao não resolver o problema estrutural da desigualdade social, apenas reitera-o, podendo mesmo criar uma certa dependência nas pessoas que participam desses programas. O assistencialismo não estabelece condições para que o cidadão saia definitivamente da situação de precária inclusão social, pois trata do problema apenas de maneira residual, tendo os programas geralmente um período curto de duração e um alcance limitado (CASTEL, 1997, p. 24-26).

Seria grande o risco de reduzir a questão social à exclusão, apenas ajudar os *excluídos* a sobreviver, sem promover sua inserção plena na sociedade e ainda contribuir indiretamente para o aumento da precarização (CASTEL, 1997, p. 32).

O sistema de bem-estar nacional caminha lentamente e com muitos percalços rumo à universalidade e à desmercantilização, ou seja, ao quanto o cidadão depende ou não da sua inserção no mercado de trabalho para sobreviver, para ser atendido em caso de necessidade. No sistema de bem-estar desmercantilizado, o cidadão recebe o que precisa sem ter obrigatoriamente um vínculo contributivo ou ter de trabalhar (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 22-23).

O ponto central das políticas sociais públicas deve ser o combate à vulnerabilidade de massa, fator preponderante para a continuidade da situação de desigualdade, violência e de fragilidade da poliarquia brasileira (CASTEL, 1997, p. 24; SANTOS, 1994, p. 89).

O caminho da busca pela cidadania plena no País será muito mais tortuoso e lento se os principais facilitadores dessa transformação, a saber, o Estado e a parte da sociedade civil dotada de capital econômico e social, não forem responsabilizados e não se auto-responsabilizarem pela contínua perpetuação do abissal desnível social fragilizador de nossa poliarquia. Sem essa responsabilização, a dívida social apenas aumentará. A desfaçatez e a indiferença de classe perpetuam e aprofundam o hobbesianismo social existente.

O espaço da responsabilização é a esfera pública. Nela, os grupos de interesse da sociedade civil e do Estado devem negociar suas propostas e buscar a solução de conflitos com transparência. Assim, a criação e a execução de políticas públicas devem passar por canais efetivamente públicos de discussão de modo a não se restringir aos gabinetes do Poder Executivo e Legislativo. As propostas devem ser publicizadas, e os espaços de decisão, democratizados e descentralizados para fomentar uma crescente participação política da sociedade civil (DAGNINO, 2002, p. 299-301).

Vale lembrar que não se pode pensar a sociedade civil apenas como um grupo virtuoso e solidário e o Estado como um Leviatã maligno. Em cada uma dessas esferas há interesses conflitantes que disputam o poder político para implantar os mais diversos tipos de políticas públicas, da corporativa e elitista à democrática, de caráter universalizante. Desse modo, a participação da sociedade civil na política não garante que as políticas públicas por ela propostas tenham em si um caráter democrático. Por outro lado, a não-participação da sociedade civil na política deixaria o Estado aberto para a colonização por interesses corporativos, indiferentes à desigualdade social (DAGNINO, 2002, p. 282-283, 300-301).

Portanto, uma provável solução para a diminuição ou mesmo para a erradicação da vulnerabilidade de massa está na politização da esfera pública e da sociedade civil, com vistas a retirar o Estado das diretrizes econômicas neoliberais. A parceria entre sociedade civil e Estado não deve se reduzir a isentar o Estado de suas responsabilidades. A cooperação *conflituosa* entre essas duas entidades pode estimular a política social a realmente cumprir os desígnios da Constituição de 1988.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A não-efetivação dos direitos civis e sociais produz cidadãos de segunda classe, que sofrem com a ineficiência e o descaso das instituições estatais, nos campos da educação, saúde, segurança, justiça.

Tal situação gera uma relação de desconfiança entre Estado e população quanto à sua capacidade e determinação para resolver ou ao menos minimizar os problemas sociais e gerir o bem público. A desconfiança enfraquece a poliarquia brasileira, pois, uma vez que o Estado não é visto como uma arena de resolução de conflitos, resta aos cidadãos a busca por soluções privadas e muitas vezes violentas ou, ainda, a completa negação da existência do problema.

Além disso, a desconfiança atinge também as instituições políticas, por não serem identificadas como uma esfera de discussão de demandas e de projetos que visem ao bem-estar geral, mas como um Poder Público partilhado, *privatizado* entre as corporações, máfias dominantes. Tal fato conduz à apatia política. Sabe-se que o bom funcionamento da poliarquia pressupõe a extensa participação política da população, o que não ocorre no Brasil (SANTOS, 1994, p. 80, 92-102).

Todos os cidadãos estão sujeitos, em menor ou maior grau, a serem desrespeitados pela sociedade incivil, pelas arenas não-poliárquicas, marcadas pelo corporativismo, por políticas clientelísticas com privilégios perante a lei, favorecimentos e arbitrariedades de agentes estatais, como a polícia e os agentes fiscais. Alguns, por outro lado, são justamente favorecidos, em certos momentos, pela existência dessas redes de favorecimentos que atuam tanto na sociedade como no Estado.

Uma das conseqüências da fragilidade poliárquica e da vulnerabilidade social é a produção de uma espiral de violência e violações que atinge principalmente os mais pobres, mas que também resvala nos mais abastados, alimentando a insegurança, a

falta de coesão social e a desconfiança generalizada em relação ao próximo e às próprias instituições.

A cultura cívica hobbesiana predatória é fruto da sociedade incivil e das deficiências da poliarquia brasileira. O hobbesianismo social naturaliza os privilégios e as desigualdades sociais, contribuindo para que a cidadania seja regulada e não-extensiva a todos. Tal naturalização caminha lado a lado com a desresponsabilização social, com a desfaçatez de classe das elites perante a desigualdade e a miséria.

É certo que em nenhum momento as políticas sociais brasileiras conseguiram reduzir drasticamente a desigualdade existente. Durante muito tempo, não houve qualquer preocupação com os mais pobres, apenas com os privilégios corporativos. Apenas após a Constituição de 1988 os graves problemas sociais, em parte fruto da ineficiência e do descaso das políticas anteriores, finalmente contaram com a devida atenção do governo. Tal fato se deve, certamente, a uma maior participação e parceria de setores da sociedade civil na formação e execução dos projetos sociais. Ainda assim, a desigualdade não recuou.

Por outro lado, nossa face negativa é combatida por uma cultura política democrática, que condena a violência institucional e a desigualdade, fomentada por setores da sociedade civil e, recentemente, do próprio Estado, para a consolidação do Estado de Direito combinado com um estado de bem-estar. Novas legislações foram criadas para diminuir a vulnerabilidade de certos grupos, como as crianças e os adolescentes, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Há uma parcela da sociedade civil brasileira que há décadas tem se mobilizado, por meio de associações assistenciais, organizações de bairro e ONGs, para a construção de valores cívicos, solidários e de práticas diversas do mercado predatório e da cultura hobbesiana que atualmente impera no País. A pressão social junto ao Estado, por um lado, e a parceria e a constante fiscalização, de outro, são procedimentos vitais para a criação de novos valores e novas práticas cívicas.<sup>8</sup>

Os movimentos sociais foram capazes de levar ao espaço público questões tradicionalmente restritas ao mundo privado, como a violência contra as mulheres, os direitos da criança e do adolescente, o racismo etc. Quanto mais forte e organizada for essa sociedade civil, sem dúvida, maiores serão as possibilidades de redução das desigualdades e da violência.<sup>9</sup>

Além disso, desde 1988, os programas sociais têm como norte a idéia da existência de uma dívida social a ser paga pelo Estado, procurando, assim, assistir com maior eficiência os grupos mais vulneráveis e ao mesmo tempo criar programas

8 GRUPO DE ESTUDOS SOBRE A CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA. Os movimentos sociais e a construção democrática: sociedade civil, esfera pública e gestão participativa. Texto de autoria coletiva. *Idéias*, IFCH-Unicamp, 5/6, p. 1, 7, 2000.

9 GRUPO DE ESTUDOS SOBRE A CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA. Os movimentos sociais e a construção democrática: sociedade civil, esfera pública e gestão participativa. Texto de autoria coletiva. *Idéias*, IFCH-Unicamp, 5/6, p. 14, 2000.

universalistas, fazer parcerias com a sociedade civil e utilizar padrões descentralizados e transparentes de decisão, o que representa um grande avanço.

A modernização seletiva da sociedade brasileira foi acompanhada pela vulnerabilidade social e econômica, pois, ao estender a plena cidadania, a garantia dos direitos civis e sociais apenas para alguns, relegou grande parte da população à superexploração e à miséria. Assim, a precarização das relações sociais e de trabalho e a não-confiança nas instituições estatais são conseqüências de processos que se originam no centro do sistema social e não nas suas margens. O problema, portanto, não pode ser atacado apenas com políticas pontuais, específicas e de alcance limitado.

A sociedade civil e o Poder Público, preocupados com a dignidade da pessoa humana, podem formar uma nova matriz de práticas e valores cívicos baseados na igualdade, ética, transparência, responsabilização e universalidade. O objetivo deve ser a criação de políticas públicas e de parcerias com a sociedade civil que visem à reversão da condição de vulnerabilidade, à concretização da cidadania plena para todos, para a erradicação da pobreza, que não deve ser vista como uma condição irremediável ou natural, mesmo em um País da periferia do sistema capitalista.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio; IZUMINO, Wânia Pasinato. As graves violações de direitos humanos: o tema e a pesquisa. In: PINHEIRO, P. S. (Pesquisador Responsável). *Continuidade autoritária e construção da democracia*. Relatório final. NEV-USP, v. 1, 1999.
- ALVAREZ, Sonia E.; DAGNINO, Evelina; ESCOBAR, Arturo (Ed.). *Culture of Politics, Politics of Cultures*. Re-visioning Latin American Social Movements. USA: Westview Press, 1998.
- BARROS, Ricardo Paes de; CARVALHO, Mirela. *Desafios para a política social brasileira*. Texto para discussão nº 985. Rio de Janeiro: IPEA, out. 2003.
- BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. A estabilidade inaceitável: a desigualdade e a pobreza no Brasil. In: HENRIQUES, Ricardo (org.). *Desigualdade e pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- CASTEL, Robert. As armadilhas da exclusão. In: BOGUS, Lucia; YASBEK, Maria Carmelita; BELFIORE-WANDERLEY, Mariângela (orgs.). *As metamorfoses da questão social*. São Paulo: Educ, 1997.
- \_\_\_\_\_. *As metamorfoses da questão social*. Uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998.
- CEV – Centro de Estudos da Violência. *Construção das políticas de segurança pública e o sentido da punição*. São Paulo (1822-2000). CEV/CEPID/FAPESP – Projeto 2, São Paulo, 2000.
- COSTA JUNIOR, Heitor. O controle da violência da polícia pelo sistema penal. *Justitia*, São Paulo, v. 131, 1985.
- DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, espaços públicos e a construção democrática no Brasil: limites e possibilidades. In: DAGNINO, E. (org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

- DAHL, Robert A. *Participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004.
- DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais nos anos 90. In: BAUMANN, Renato. *Brasil: uma década em transição*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press; Oxford: Blackwell Publishers, 1990.
- FERREIRA, Delson. *Manual de sociologia: dos clássicos à sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRUPO DE ESTUDOS SOBRE A CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA. Os movimentos sociais e a construção democrática: sociedade civil, esfera pública e gestão participativa. Texto de autoria coletiva. *Idéias*, IFCH-Unicamp, 5/6, 2000.
- KEANE, J. (Ed.). *Civil Society and the State*. New European Perspectives. New York, London: Verso, 1988.
- KOWARICK, Lucio. Viver em risco: sobre a vulnerabilidade do Brasil urbano. *Novos estudos Cebrap*, São Paulo, n. 63, jul. 2002.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, status e classe social*. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARTINS, José de Souza. *Exclusão social e a nova desigualdade*. São Paulo: Paulus, 1997.
- O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In: MENDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Democracia, violência e injustiça*. O não-estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- OLIVEIRA, Luciano. Os excluídos existem: notas sobre a elaboração de um conceito. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 33, 1997.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Transição política e não-Estado de Direito na República. In: SACHS, Ignacy; WILHEIM, J. *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio; SOUZA, Luís A. F. *Participação política e organizações da sociedade civil em novas democracias*. O caso brasileiro no contexto internacional: balanço e perspectivas. São Paulo: Mimeo, 2000.
- SADER, Eder. *Quando novos personagens entram em cena*. Experiências e lutas dos trabalhadores da grande São Paulo, 1970-1980. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Razões da desordem*. Capítulo III – Fronteiras do estado mínimo – indicações sobre o híbrido institucional brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- SOUZA, Jessé. *Modernização seletiva*. Uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: UnB, 2000.
- SWAAN, Abram de. *In Care of the State: Health Care, Education and Welfare in Europe and the USA in Modern Era*. New York: Oxford University Press, 1988.



# CONTRADIÇÕES E POSSIBILIDADES DA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA<sup>1</sup>

---

**Sabrine Pierobon de Souza**

Advogada, Professora de Direito Penal I e II da Faculdade Campo Limpo Paulista (FACCAMP), Mestranda em Educação e Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Pontifícia Universidade Católica de Campinas).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve esboço histórico sobre a extensão universitária; 2 Conceito de extensão universitária; 3 A extensão no âmbito dos cursos jurídicos; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Nos termos do art. 207, *caput*, da Constituição Federal, as universidades obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. O presente texto visa a discutir a extensão universitária, seu surgimento, seus conceitos e objetivos, esclarecendo os equívocos que a acompanham e associando-a ao ensino jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: extensão universitária; educação; ensino jurídico.

## INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 207, *caput*, da Constituição Federal, as universidades obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Na luta cotidiana, dedicados à tarefa de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, igual e solidária, os educadores se deparam, cedo ou tarde, com a necessidade de questionar e refletir sobre as concepções de ensino, pesquisa e extensão que irão adotar.

O presente artigo pretende discutir a extensão universitária, suas origens históricas, seus significados, suas contradições e possibilidades em âmbito geral e nos cursos jurídicos.

Contudo, ao nos propormos a tratar do tema “extensão universitária”, fomos tomados por duas grandes preocupações. A primeira consiste em enfrentar a questão com demasiada simplicidade e ingenuidade altruísta, negligenciando os equívocos que educadores e alunos

---

<sup>1</sup> Este artigo contou com a colaboração dos alunos: Vitor Castillo de Lima, Telma Cristina Cardoso, Taline Mara Polli, Marici Aparecida Guillen Lupino, Carla Danielle Ferreira Silva, Ada Cristiane Raimundo (3º ano – turma ago. 2004 a jun. 2005); Amanda Santos de Campos (3º semestre – turma 2005); Valério Dias de Oliveira, Sílvia Letícia Cordeiro da Silva, Renato da Silva Moraes, Katy Cristina Cordeiro da Silva, Elcio Batista de Moraes, Dayane Marciano de Oliveira Castro (3º ano – turma 2005). Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista (FACCAMP) e integrantes do grupo de extensão “Horizontes para a Cidadania”.

bem-intencionados cometem ao dedicar-se às atividades da extensão universitária. Em contrapartida, a segunda consiste em apresentar o tema como uma prática muito complexa, acabando por desestimular iniciativas extensionistas vindouras. Sujeitamo-nos a este desafio, não tendo a pretensão de vencê-lo, mas apenas convidar outros educadores para o debate na busca da extensão universitária crítica e transformadora.

## 1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

Segundo FAGUNDES, podemos observar que historicamente a universidade, assim como a própria extensão, tendeu a servir os interesses de classes dominantes e grupos dirigentes.<sup>2</sup>

Nas eras medievais, as universidades detinham-se à função tradicional do ensino e eram concebidas como “torres de marfim”, exercendo também um papel decisivo na edificação e na solidificação da cristandade, e na manutenção do *status quo*.

A idéia de extensão não se colocou no medievo, e somente com o advento da Revolução Industrial a universidade foi forçada a reformular os seus objetivos para atender às novas demandas do modo de produção capitalista que se inaugurava. Assim, em 1867, as universidades inglesas começaram a preocupar-se com a extensão, que se consubstanciou na prestação de serviços à comunidade, atendendo, da maneira que convinha, as pressões crescentes das camadas populares.<sup>3</sup>

Contudo, será na universidade americana que a extensão encontrará um espaço propício para o seu desenvolvimento e sua consolidação. Como herdeira da tradição européia, em 1876, a universidade americana começa a se dedicar à pesquisa e, logo em seguida, à extensão rural e urbana.

Copiando modelos alienígenas, no Brasil, a Universidade “Passageira” de São Paulo (1911-1917) foi a primeira instituição que desenvolveu atividades de extensão, sob a forma de conferências semanais, gratuitas e abertas, tratando de assuntos que, pela sua natureza, exigiam público erudito e, portanto, não atendiam realmente às classes populares.<sup>4</sup>

A primeira referência legal à extensão se fez no Estatuto da Universidade Brasileira, em 1931, por FRANCISCO CAMPOS, titular do Ministério da Educação e Saúde Pública. Na exposição de motivos constava que: “A extensão universitária se destina a dilatar os benefícios da atmosfera da Universidade, dando, assim, maior amplitude e mais larga ressonância às atividades universitárias, que concorrerão, de modo eficaz, para elevar o nível da cultura geral do povo, integrando, assim, a Universidade na grande função educativa que lhe compete no panorama da vida contemporânea, função que só ela justifica ampla e cabalmente o sistema de organização do ensino sobre a base universitária”.<sup>5</sup>

2 FAGUNDES, 1985, p. 10.

3 FAGUNDES, 1985, p. 18.

4 FAGUNDES, 1985, p. 29-30.

5 FAGUNDES, 1985, p. 35.



Como se vê, a extensão foi pensada como portadora de soluções para os problemas sociais e veículo de idéias e princípios.

FRANCISCO CAMPOS participava de um regime forte e autoritário, no qual evidentemente o povo deveria ser controlado, e as atividades extensionistas, orientadas para este objetivo.

Esta visão de universidade e extensão, própria dos regimes autoritários, ressurgiu após o Golpe de 1964, momento em que a extensão ganhou terreno na prática e foi inaugurado o Projeto RONDON. Nesse contexto, a extensão se justificava pela necessidade de integrar as comunidades carentes e marginalizadas ao processo de desenvolvimento econômico do País, desfazendo, ao mesmo tempo, a imagem elitista da universidade.

FAGUNDES, de modo contundente, critica a forma como a extensão foi proposta nesta oportunidade, afirmando que “todo o esforço dos extensionistas concentra-se na mudança de atitudes e hábitos da comunidade, deixando intocados os problemas de ordem estrutural, de modo a legitimar a sociedade tal como existe”.<sup>6</sup>

O Ministério da Educação, a partir da Avaliação da Implantação da Reforma Universitária, em 1975, contribuindo com a política então vigente, passou a sistematizar, coordenar e controlar as atividades extensionistas, apontando diretrizes que atendessem objetivos estratégicos do governo.

Gradativamente, a extensão acabou se consolidando como uma das “funções” da universidade, sendo repetida em outros preceitos legais, com especificidades diferentes, mas mantendo as mesmas contradições, como veremos a seguir.

## 2 CONCEITO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

Diante das dificuldades que o tema enseja, não é possível apresentar um conceito pronto e acabado de extensão universitária. Ademais, não é este o propósito do trabalho ora apresentado. Contudo, “nas tempestades, ainda que sob o temor do naufrágio, há que se procurar vislumbrar o farol da terra firme”,<sup>7</sup> e com este espírito, tentaremos esclarecer algumas questões.

Segundo HOUAISS, extensão pode significar “alcance, parte adicional ou ampliação de algo”.<sup>8</sup> Nesse contexto, a palavra “extensão” implica em levar algo a algum lugar, ou até alguém, o que, como veremos, trata-se de um equívoco quando tratamos da educação e do ensino superior.

A primeira ressalva que fazemos é que não se deve confundir “cursos de extensão universitária” com a “extensão universitária” em si. Os primeiros geralmente destinam-

6 FAGUNDES, 1985, p. 149.

7 ALMEIDA, 2004, p. 22.

8 HOUAISS, 2001, p. 192.

se a complementar conhecimentos em áreas específicas e *podem* estar inseridos nas atividades de extensão universitária da Instituição, mas não se resumem a ela, dada a sua abrangência.

Muitos educadores tratam a extensão como uma forma de “ponte” que liga a Instituição de Ensino Superior (IES) e os diversos setores da sociedade. A academia se encarregaria de levar conhecimentos e/ou assistência à comunidade, e receberia dela influxos consistentes no esclarecimento de necessidades, anseios e aspirações.

Além da idéia de “ponte”, como alerta FREIRE, alguns termos acabam sendo associados à extensão, expressa ou tacitamente, tais como: “transmissão” de conhecimentos a alguém; “messianismo” por parte de quem estende; “superioridade” do conteúdo de quem entrega; “inferioridade” de quem recebe; “doação”; “invasão cultural” pela visão do mundo daqueles que levam um conhecimento.<sup>9</sup>

Aí reside o grande equívoco da extensão.

PIMENTEL, em pesquisa realizada na Universidade Estadual de Campinas, entrevistou os melhores professores da instituição, segundo a opinião dos alunos, e transcreveu a fala de um dos docentes, o qual afirmou:

“Sempre me insurgi, desde os tempos de estágio, contra a definição que se dá ao curso de extensão rural: levar técnicas e inovações ao homem do campo. Refuto isso. Trata-se de fazer um trabalho junto ao homem do campo, enquanto sujeito de uma ação que é uma produção. Não se trata de proteger os trabalhadores – população submissa e de baixo nível educacional. É uma questão do desenvolvimento da cidadania de todos: professor-aluno-trabalhador rural.”<sup>10</sup> (Entrevista nº 10)

Acreditamos nessa assertiva e nos apoiamos nela para apreender o alcance da definição expressa pelo I Encontro Nacional de Pró-Reitores de Extensão, que afirmou: “Extensão universitária é o *processo educativo, cultural e científico que articula o ensino e a pesquisa de forma indissociável e viabiliza a relação transformadora entre a universidade e a sociedade*”<sup>11</sup> (grifo nosso). Referindo-se a este conceito, podemos extrair alguns elementos importantes.

Como se percebe, a extensão é processo, ou seja, ação continuada; a nosso ver, estratégica e não-pontual, norteada por princípios e ideologias. Este processo, para receber a qualidade de “educativo”, nos termos do art. 205 da Constituição Federal, deve buscar realizar atividades com a finalidade programática de “desenvolver plenamente a pessoa, prepará-la para o exercício da cidadania e qualificá-la para o trabalho”.

Primeiramente, a extensão deve buscar *desenvolver plenamente a pessoa, e, para tanto, devemos observar que “todo desenvolvimento verdadeiramente humano significa o desenvolvimento conjunto das autonomias individuais, das participações*

9 FREIRE, 1977, p. 22.

10 PIMENTEL, 2001, p. 38.

11 Disponível em: <http://www.uesc.br/proex/index.htm>. Acesso: 12 maio 2005.

comunitárias e do sentimento de pertencer à espécie humana”.<sup>12</sup> Educar para o futuro é educar para este desenvolvimento.

Como se vê, o próprio desenvolvimento humano nos remete ao preparo para o *exercício da cidadania*, que pressupõe a participação dos cidadãos nas decisões que se tomam em todos os âmbitos sociais. Nesse sentido, todos, indistintamente, passam a ser “sócios” e “co-responsáveis” por aquilo que construíram. Não basta, portanto, estar incluído num sistema político, mas é indispensável poder defini-lo e nele intervir.

No contexto em que vivemos, a extensão deve ser transformadora, buscando a construção de uma sociedade mais justa, igual e solidária. Para tanto, não podemos esquecer que a responsabilidade social da IES somente se confirmará “se, nas condicionantes inspiradoras e motivadoras das ações do ensino, forem incluídas as conseqüências e os efeitos que provocarão no grupo social. É ter como referência para o agir o efeito que transcende o indivíduo e que se reflete na sociedade como um todo. Não bastam, para o agir educacional, os reflexos em relação ao grupo dos integrantes da relação ensino-aprendizagem, mas como estes atuarão socialmente a partir daquela dinâmica educativa. É condicionante do interagir dos indivíduos no grupo social”.<sup>13</sup>

Por meio das assertivas acima, podemos inferir que a responsabilidade social da universidade e, por sua vez, a extensão, não pode ser confundida com o mero assistencialismo ou a filantropia acadêmica, bem como não deve ser substitutiva à responsabilidade dos gestores de políticas públicas.

Os programas assistencialistas reforçam a dependência dos sujeitos, tratando-se de estratégias ineficientes por não estabelecerem condições para que os membros da comunidade saiam definitivamente da linha de exclusão social.<sup>14</sup> Ao contrário, o alívio momentâneo das pressões das camadas populares, proporcionado por determinadas iniciativas assistenciais, acaba desviando a atenção da comunidade para os fatores que realmente determinam a sua marginalização.

Ademais, observe que

“no momento em que um assistente social, por exemplo, se reconhece como ‘o agente da mudança’, dificilmente perceberá esta obviedade: que, se seu empenho é realmente educativo libertador, os homens com quem trabalha não podem ser objetos de sua ação. São, ao contrário, tão agentes da mudança quanto ele. A não ser assim, ao vivenciar o sentido da frase, não fará outra coisa senão conduzir, manipular, domesticar. E, se reconhece os demais como agentes da mudança, tanto quanto ele próprio, já não é *o agente* desta e a frase perde seu sentido.”<sup>15</sup>

12 MORIN, 2003, p. 55.

13 ALMEIDA, 2004, p. 18-19.

14 BATTIBUGLI, 2004, p. 46.

15 FREIRE, 1977, p. 44.

Tomando todos os indivíduos envolvidos neste processo como “sujeitos”, é evidente que a extensão deve promover a interação, a ação recíproca que se exerce entre eles ou, ainda, um diálogo fecundo entre docentes e discentes de uma IES e a comunidade.

Por meio da extensão, devemos buscar nos “alimentar” da realidade social, aprender dela e com ela, procurar enxergá-la por meio de seus próprios olhos e contribuir para transformá-la por meio de ações conjuntas adequadas.

Evidentemente que esta atividade não pode estar desvinculada da investigação e da geração do conhecimento. Percebemos, portanto, como a extensão articula ensino e pesquisa.

Podemos associar estas ações (ou interações) ao art. 6º da Declaração Mundial sobre a Educação Superior no Século XXI: Visão e Ação (Unesco, 1998), aduzindo que: “Em última instância, a educação superior deveria apontar para a criação de uma nova sociedade não-violenta e de que esteja excluída a exploração, uma sociedade formada por pessoas muito cultas, motivadas e integradas, movidas pelo amor à humanidade e guiadas pela sabedoria”.

Como se vê, a fraternidade, que consiste no tipo mais fundamental de amor, subjacente a todos os demais tipos, é o sentimento que deve permear as iniciativas extensionistas e a educação.

Entende FROMM, por amor fraterno “o sentido de responsabilidade, cuidado, respeito, conhecimento de qualquer outro ser humano, o desejo de melhorar sua vida”.<sup>16</sup> Este sentimento se baseia na experiência de que somos todos um só, de que as diferenças em termos de talento e conhecimento são desprezíveis em comparação à identidade do núcleo comum a todos os homens. O amor fraterno é amor entre iguais, e somente nos tomando como iguais poderemos promover uma extensão fecunda.

Exatamente por isto, nas práticas da extensão, é ineficaz e inviável a cultura de um sentimento de superioridade dos acadêmicos, que julgam estar “doando” generosamente algo de que dispõem para uma sociedade carente e necessitada.

Devemos saber que “todas as culturas têm virtudes, experiências, sabedorias, ao mesmo tempo que carências e ignorâncias”<sup>17</sup> e, diante disso, promover o diálogo. Afinal, não há aplauso que saia de uma palma sem a ajuda de outra mão.

Infelizmente, sabemos que o sentimento de fraternidade está enfraquecido pela lógica do aprofundamento das desigualdades econômicas e sociais, que pode ser assim resumida, segundo CAPORALLI: “O mundo moderno surgiu com o capitalismo, e este foi sempre o mundo da riqueza e do dinheiro. Dinheiro é algo que se obtém pela busca sistemática, competente, desenfreada e obsessiva do auto-interesse, que se tornou,

<sup>16</sup> FROMM, 2000, p. 58.

<sup>17</sup> MORIN, 2003, p. 77.

em nossa sociedade, um valor moral. Tudo se faz e se busca segundo o princípio do interesse”.<sup>18</sup>

Talvez por isso a extensão tenha sempre se pautado pelo interesse de alguns grupos, do governo ou da própria universidade, e não se moveu pela fraternidade.

Enquanto que o mundo da riqueza e do dinheiro está imposto em nosso contexto e enraizado em nossa concepção de homem, é da natureza da ética da fraternidade que esta não possa ser nem decretada, nem imposta, mas apenas incitada.<sup>19</sup>

Contudo, existe uma falácia lógica, apontada por FROMM, em acreditar que o amor ao próximo – a fraternidade – e o amor a si mesmo são mutuamente exclusivos. Assim como é uma virtude amar ao próximo, também o é amar a si mesmo. O amor à humanidade implica no amor a mim, considerando que não há concepção de homem em que eu não esteja incluída. Em contrapartida, o amor pelo meu próprio eu é inseparavelmente ligado ao amor por qualquer outro ser, pois somos iguais, na essência.<sup>20</sup>

Portanto, é da consciência da nossa unidade e de que partilharemos do mesmo destino de vida e de morte como espécie que deve nascer a extensão universitária.

### 3 A EXTENSÃO NO ÂMBITO DOS CURSOS JURÍDICOS

Conforme rege a Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, do Conselho Nacional de Educação, em seu art. 2º, § 1º, inciso VIII, o Projeto Pedagógico do Curso de Graduação em Direito abrangerá o incentivo à pesquisa e à extensão, como necessário prolongamento da atividade de ensino e como instrumento para a iniciação científica.

Este instrumento, em seu art. 3º, afirma que “o curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania”.

Para a prestação da justiça, sabemos que, enquanto a lógica da riqueza e do dinheiro domina as relações sociais, é imprescindível buscar a garantia material dos direitos daqueles que se encontram oprimidos pelo sistema.

O mundo está permeado por contradições sociais profundas e antagonismos inconciliáveis, onde só há divisão, ruptura, desigualdade, exclusão e opressão.

Contudo, a busca de efetivas conquistas sociais é condicionada pela formação crítica e reflexiva do bacharel, a qual somente se verifica por meio de uma vivência do

18 Apud NORONHA, 2002, p. 105.

19 MORIN, 2003, p. 91.

20 FROMM, 2004, p. 73.

Direito em meio à complexidade do real. Formar o aluno do curso de Direito implica em possibilitar sua abertura para a participação ativa na sociedade e no mundo.

É necessária a retomada de uma consciência política e ética por parte dos acadêmicos dos cursos jurídicos, consciência esta que se perdeu na cientificidade kelseniana, no mundo da globalização e das teses neoliberais.

Conforme preleciona CURY,

“o estudo do Direito deverá propiciar o diálogo com o universo não só jurídico, pois o universo é a realidade em sua totalidade, com suas verdades e inverdades, num diálogo constante do sujeito, com o conhecido e o desconhecido, na medida em que está situado num determinado espaço e tempo, numa sociedade que deve deixar de lado o individualismo para a retomada da solidariedade nas suas relações interpessoais.”<sup>21</sup>

Como se vê, a participação do aluno de Direito nas atividades de extensão vista sob os prismas apontados neste trabalho se impõe como parte essencial de sua formação técnica e cidadã.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este breve trabalho tentou demonstrar as principais contradições que permeiam a extensão universitária, como uma das funções da universidade. Contudo, há que se ressaltar que as posições aqui esposadas são intencionais e, em termos de extensão, não há neutralidade. Lembremos sempre que a educação é ideológica.

Para que cada grupo possa traçar seus próprios caminhos, conscientes de seu papel, com criticidade, acreditamos que três questionamentos são essenciais: 1. a quem efetivamente serve a extensão universitária, ou seja, a quem ela beneficia, considerando os efeitos da ação não apenas no presente, mas também no futuro?; 2. que ideais e sentimentos movem as atividades extensionistas?; 3. as práticas e estratégias escolhidas estão afinadas com os ideais que a orientam?

A primeira questão é pertinente, pois, como vimos, historicamente a extensão universitária não tem servido aos interesses da sociedade como um todo. Ao contrário, alguns setores determinados têm se beneficiado da extensão, aliviando pressões provenientes das camadas populares e, por conseguinte, desarticulando movimentos sociais e desviando-lhe a atenção dos fatores que realmente determinam e explicam a sua marginalização, a sua falta de bem-estar e de melhores condições de vida.

Ademais, há ainda uma cultura individualista que permeia muitas iniciativas, ainda que falseada, bem como o sentimento de superioridade que, em regra, orientam os docentes e discentes em suas práticas na comunidade.

Outrossim, devemos determinar se a prática extensionista está afinada com os objetivos propostos. É certo que se pretendemos uma extensão realmente fecunda,

---

21 CURY, 2002, p. 188.

devemos superar a cultura de projetos assistenciais, pontuais e desarticulados que, apesar de bem-intencionados, oferecem pequena contribuição à transformação e à inclusão social.

Ao contrário, para a pertinência dos projetos, há que se considerar o contexto das ações, programá-las estrategicamente, se pautar pela interdisciplinaridade e, se possível, buscar a interinstitucionalidade.

Apesar das dificuldades apontadas neste trabalho, acreditamos nas possibilidades de êxito da extensão, como uma das funções precípuas da universidade, pois sabemos que a análise e o debate acerca das contrações existentes no sistema podem gerar condições para uma sociedade mais justa, igual e solidária no futuro. Afinal, são as ações conscientes ou inconscientes do homem que determinam seu destino.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, José Rubens Demoro. A responsabilidade social da instituição de ensino superior e o dever de ofertar educação com qualidade. *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP*, Porto Alegre: Síntese, v. 2, 2004.
- BATTIBUGLI, Thaís. Políticas sociais e comunidades carentes no Brasil: e experiência da Rede de Observatórios de Direitos Humanos. *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP*, Porto Alegre: Síntese, v. 2, 2004.
- ENCONTRO NACIONAL DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO (I). Disponível em: <http://www.uesc.br/proex/index.htm>. Acesso em: 12 maio 2005.
- FREIRE, Paulo. *Extensão ou comunicação?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- FROMM, Erich. *A arte de amar*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HOUAISS, A. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2003.
- PIMENTEL, Maria da Glória. *O professor em construção*. Porto Alegre: Papyrus, 2001.





# TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES, ADOLESCENTES E CRIANÇAS – DESAFIOS SOCIAIS, LEGAIS E INSTITUCIONAIS NA NOVA DEMOCRACIA DO BRASIL<sup>1</sup>

---

**Luís Antônio Francisco de Souza**

Professor de Sociologia da Universidade Estadual Paulista,  
Unesp, Campus Marília.

SUMÁRIO: Tráfico de Pessoas; um Problema Internacional; Instrumentos Internacionais Contra o Tráfico de Pessoas; O Tráfico de Mulheres no Brasil; Formas de Recrutamento e Aliciamento; Dificuldades de Repressão; O Tráfico no Direito Brasileiro; Princípios e Normas Gerais para uma Política Antitráfico; Conclusões; Referências Bibliográficas

RESUMO: O tráfico internacional movimenta, anualmente, dois milhões de seres humanos, em sua grande maioria mulheres e crianças. As pessoas traficadas são transportadas de países do terceiro mundo para países desenvolvidos e submetidas ao trabalho forçado e à prostituição. O Brasil é um dos principais países da América do Sul nessa matéria. São entre 60 a 75 mil mulheres e crianças traficadas para países da Europa, Israel, Estados Unidos e Japão. A despeito do recente esforço internacional para o combate ao tráfico, o Brasil ainda não conta com legislação específica e não dispõe de estrutura institucional adequada para o atendimento às vítimas. O presente artigo procura indicar o estado da arte sobre o tema no Brasil e definir uma política nacional adequada aos instrumentos internacionais de direitos humanos.

## TRÁFICO DE PESSOAS, UM PROBLEMA INTERNACIONAL

Estimativas da ONU, do Departamento de Estados dos Estados Unidos e de Organizações Internacionais da Sociedade Civil, especializadas em direitos humanos, assinalam que o tráfico de mulheres e de crianças atinge o número de dois milhões de seres humanos, em sua grande maioria mulheres e crianças. A Organização Internacional da Migração, OIM, estima que 4 milhões de imigrantes são traficados por ano, contra sua vontade, para trabalhar em alguma forma de servidão. Dados da mesma OIM indicam que, em dezembro de 2001, 200 milhões de imigrantes clandestinos estavam sob controle do crime organizado internacional. Em 1996, as estimativas apontavam para, pelo menos, 100 mil mulheres submetidas à exploração sexual na Europa Ocidental. Em 1997, 175 mil mulheres e meninas haviam saído da Europa Central, da Oriental e dos chamados Novos Países Independentes pelas mãos de traficantes. Todos os documentos internacionais apontam para a proximidade e semelhança existente entre a imigração ilegal e o tráfico de pessoas.

---

1 O autor deseja expressar seu agradecimento a Marcelo Daher e André Rosemberg pelo trabalho de pesquisa, de consolidação dos dados para a elaboração da pesquisa sobre tráfico internacional de mulheres e crianças no Brasil, da Associação Internacional de Direito Penal, AIDP.

As pessoas traficadas mundialmente, provenientes, em sua maioria, de países do chamado terceiro mundo (Ásia, África, América do Sul e Leste Europeu), são encaminhadas preferencialmente para os países desenvolvidos (Estados Unidos, Europa Ocidental, Israel e Japão), onde são submetidas à exploração sexual, a condições similares à escravidão e ao trabalho forçado. O tráfico de seres humanos é, sem dúvida, uma atividade lucrativa. Segundo dados do Escritório da ONU para o Controle de Drogas e Prevenção do Crime, ODCCP, são movimentados, anualmente, valores que giram em torno de 7 a 9 bilhões de dólares. Em termos do crime organizado transnacional, o tráfico de seres humanos somente perde, em lucros, para o tráfico de drogas e para o contrabando de armas.<sup>2</sup>

As principais causas do tráfico internacional de seres humanos e de fluxo migratório são a ausência de direitos ou a baixa aplicação das regras internacionais de direitos humanos; a discriminação de gênero; a violência contra a mulher; a pobreza e a desigualdade de oportunidades e de renda; a instabilidade econômica; as guerras; os desastres naturais e a instabilidade política. O tráfico de seres humanos vitima, preponderantemente, mulheres e crianças, devido às condições diferenciais de vulnerabilidade social das mesmas. As rotas do tráfico acompanham as rotas da imigração. O movimento foi tradicionalmente do sul para o norte. Mas hoje, o tráfico também se dá entre regiões ou sub-regiões e dentro de países. Assim como as rotas da imigração, as rotas do tráfico e os países de origem, de trânsito ou de destino mudam rapidamente.

#### INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS CONTRA O TRÁFICO DE PESSOAS

No âmbito das Nações Unidas, foram adotados novos instrumentos internacionais, especialmente designados para combater o tráfico internacional de seres humanos e a exploração sexual, especialmente de mulheres e crianças. Mas todos os principais instrumentos de proteção aos direitos humanos, que passaram a vigorar na última década, faziam referência ao problema do tráfico de pessoas e lançaram as bases de direitos humanos para a proteção e assistência às vítimas do tráfico. Vários países têm envidado esforços no sentido de ter uma visão mais nítida do problema, e, assim, relatórios têm sido divulgados na Europa, na Ásia e na América.<sup>3</sup> O Departamento de Estado dos Estados Unidos, particularmente, divulgou um levantamento global sobre o tráfico e procurou estabelecer padrões mínimos para seu combate e para a

2 INTERNATIONAL HELSINKI FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS – IHF. A form of slavery: trafficking in women in Organization for Security and Co-operation in Europe – OSCE – Member States. Report to the OSCE Supplementary Human Dimension Meeting on Trafficking in Human Beings. Vienna, 19 June 2000. International Organization for Migration, IOM. New IOM Figures on the Global Scale of Trafficking. Trafficking in Migrants. Quarterly Bulletin. (23) April/2001 (Special Issue).

3 COMISSÃO EUROPEIA. Justiça e Assuntos Internos. Tráfico de Mulheres. A miséria por trás da fantasia: da pobreza à escravidão sexual. Uma estratégia Global, 2001; INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, IOM. Victims of the trafficking in the Balkans. A study of trafficking in women and children for sexual exploitation to, through and from the Balkan region, 2001.

proteção das vítimas. A grande maioria dos países, o Brasil entre eles, não segue integralmente tais padrões. O país ainda não conta com legislação específica sobre o tema, não obstante algumas formas de exploração de pessoas estejam contempladas na legislação penal.<sup>4</sup> Evidentemente, há uma maior visibilidade pública do problema, e no ano de 2000, o país foi anfitrião da Primeira Conferência Internacional sobre Tráfico de Seres Humanos, numa iniciativa do Ministério da Justiça e do ODCCP, escritório Brasil.

Em dezembro de 2000, foi assinada, em Palermo, na Itália, a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional. A Convenção é suplementada por dois protocolos, sendo o Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças o que mais interessa à presente pesquisa. A convenção e seus protocolos estão em processo de ratificação pelos países-membros da ONU.

As formas de minimizar essa situação e fortalecer o combate às redes de traficantes, segundo o Relatório sobre Tráfico de Pessoas do Departamento de Estado dos Estados Unidos, divulgado em julho de 2001, em decorrência das exigências do Ato de Proteção às Vítimas do Tráfico e da Violência, 2000,<sup>5</sup> seriam as seguintes: a) o governo deve proibir e punir os atos de tráfico; b) o governo deve prescrever punição equivalente com aquelas que incidem sobre crimes graves; c) para qualquer ato de tráfico, o governo deve prescrever punição que seja suficientemente rigorosa para impedir o crime e que reflita adequadamente a natureza odiosa da ofensa; d) o governo deve envidar esforços sérios e repetidos para eliminar o tráfico. Segundo esse mesmo documento, os países devem levar em consideração sete critérios para enfrentar com sucesso o tráfico: 1. se o governo investiga vigorosamente e julga atos de tráfico dentro de seu território; 2. se o governo protege as vítimas do tráfico, encoraja a assistência às vítimas em termos da investigação e do julgamento, fornece às vítimas alternativas legais para sua remoção para países onde elas poderiam fazer face à retribuição ou às dificuldades e se assegura que as vítimas não serão imprópriamente penalizadas por atos ilegais como resultado direto do fato de terem sido traficadas; 3. se o governo adotou medidas, tais como educação pública, para prevenir o tráfico; 4. se o governo coopera com outros governos na investigação e no julgamento do tráfico; 5. se o governo extradita pessoas condenadas por tráfico como o faz com outros tipos de crimes hediondos; 6. se o governo monitora a imigração e a emigração, e se as agências policiais respondem apropriadamente; 7. se o governo investiga e julga vigorosamente funcionários públicos que participam do tráfico e toma todas as medidas apropriadas contra tais funcionários.

Organizações da sociedade civil internacionais, tais como a Aliança Global contra o Tráfico de Mulheres, a Fundação contra o Tráfico de Mulheres e o Grupo Jurídico Internacional de Direitos Humanos, vêm definindo, desde 1999, os padrões

4 UNITED STATES OF AMERICA. Department of State. Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000. Trafficking in Persons Report, jul. 2001.

5 O ato reflete o esforço da administração Clinton em estimular ações multilaterais entre os países que mantêm relações diplomáticas com os EUA, para minimizar o impacto do tráfico de pessoas e da imigração ilegal para o território daquele país.

de direitos humanos para o tratamento de pessoas traficadas, PDH, a partir dos instrumentos internacionais de direitos humanos. Os padrões têm por objetivo proteger e promover o respeito pelos direitos humanos das pessoas que foram vítimas do tráfico, incluindo aquelas que foram submetidas à servidão involuntária, trabalho forçado e/ou práticas análogas à escravidão. Os padrões protegem os direitos das pessoas traficadas na medida em que lhes proporciona assistência e proteção legais, tratamento não discriminatório e restituição, compensação e recuperação. Os padrões são os seguintes:

1. Princípio da não-discriminação: os Estados não devem discriminar as pessoas traficadas no direito material ou processual, nas políticas públicas ou em suas práticas;
2. Segurança e tratamento justo: os Estados devem reconhecer que as pessoas traficadas são vítimas de graves abusos de direitos humanos, devem proteger seus direitos apesar de qualquer estatuto irregular de imigração, e proteger contra represálias e perigo;
3. Acesso à justiça: a polícia, os promotores e as cortes devem assegurar que seus esforços para punir os traficantes sejam implementados num sistema que respeite e salvaguarde os direitos de privacidade, dignidade e segurança das vítimas. Deve ser garantido aos traficantes um julgamento justo e com direito à defesa;
4. Acesso a ações civis e a reparações: os Estados devem assegurar que as pessoas traficadas tenham direito a procurar reparações contra traficantes, assim como assistência ao moverem tais ações;
5. Estatuto de residente: os Estados devem providenciar às pessoas traficadas vistos de residência temporária (incluindo direito a trabalhar) durante a pendência de qualquer ação criminal, civil ou outra e deve proporcionar a elas o direito de procurar asilo ou avaliar o risco considerável de retaliação a que a vítima está exposta em qualquer procedimento de deportação;
6. Saúde e outros serviços: os Estados devem proporcionar, às pessoas traficadas, serviços de saúde adequados ou outros serviços sociais durante o período de residência temporária;
7. Repatriação e reintegração: os Estados devem assegurar que as pessoas traficadas retornem as suas casas em segurança, se assim elas desejarem e quando se sentirem em condições de assim proceder. Recuperação inclui cuidados médicos e psicológicos, assim como serviços legais e sociais para assegurar o bem-estar das pessoas traficadas;
8. Cooperação entre Estados: os Estados devem trabalhar cooperativamente para assegurar a plena implementação desses padrões.<sup>6</sup>

6 GLOBAL ALLIANCE AGAINST TRAFFICKING IN WOMEN – GAATW. Human Rights and Trafficking in Persons: a handbook, 1999.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos impõem responsabilidades sobre os países no sentido de respeitarem e assegurarem a proteção legal, incluindo a obrigação de prevenir e investigar violações, tomar as medidas apropriadas contra os perpetradores e encontrar mecanismos de proteção e de reparação para aqueles que sofreram as conseqüências dessas violações. Mas os princípios consagrados nos instrumentos internacionais nem sempre gozaram de pleno *status* de proteção universal. O princípio da universalidade e da interdependência dos direitos humanos passou a ganhar força nas ações e nos discursos da ONU e de vários Estados-membros com a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, que ocorreu em 1993.

O principal tratado para combater o tráfico é o Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, que suplementou a Convenção da ONU Contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Palermo, em dezembro de 2000, que está em fase de ratificação pelos países-membros. O protocolo e a convenção contêm medidas severas contra o tráfico transnacional, mas o primeiro, não obstante conter a primeira definição de tráfico aceita internacionalmente, não propõe medidas suficientes de proteção e assistência às vítimas, dada à relutância das delegações nacionais em adotar e estender essas medidas aos imigrantes ilegais, mesmo quando são vítimas do tráfico e de graves violações de direitos humanos.<sup>7</sup>

## O TRÁFICO DE MULHERES NO BRASIL

O tráfico de seres humanos faz parte da história brasileira. O Brasil foi o último país ocidental a promover a abolição do trabalho compulsório, em 1888, não sem ter resistido por décadas. Os navios negreiros transportaram, durante 300 anos, milhões de pessoas, homens, mulheres e crianças, para o trabalho agrícola. A escravidão visava à exploração do trabalho, mas ela também se estendeu para a servidão doméstica, a exploração sexual e as violações físicas. Após a escravidão, no princípio de um novo século, outro fluxo contínuo de pessoas se iniciou, agora proveniente da Europa. Milhares de pessoas, famílias inteiras, deslocaram-se da Europa para os países do novo mundo, fugindo da fome e da perseguição, em busca da realização de seus sonhos. O novo mundo tornou-se o lócus de muitos pesadelos. Os imigrantes aqui encontraram a dura realidade do trabalho semi-escravo contra a qual também lutaram. Muitos foram deportados ou repatriados por resistirem ou por denunciarem as condições inaceitáveis de trabalho e de vida. Nesse novo fluxo e refluxo mundial de pessoas, emergiu o

7 UNITED NATIONS. General Assembly. Fourth Session. *Ad Hoc* Committee on the elaboration of a convention against transnational organized crime. Informal note by the United Nations High Commissioner for human rights. Vienna, 28 June/9 July 1999; UNITED NATIONS. General assembly, fifty-fifth session, agenda item: advancement of women, trafficking in women and girls. Report of the Secretary-General, 22 August 2000. Coomaraswamy, Radhika. Integration of the human rights of women and the gender perspective. Report of the special rapporteur on violence against women, its causes and consequences on trafficking in women, women's migration and violence against women, submitted in accordance with the Commission on Human Rights Resolution 1997/44. Commission on Human Rights E/CN.4/2000/68, 29 February 2000.

tráfico de mulheres brancas. Eram meninas ou jovens trazidas de vários países da Europa para serem exploradas sexualmente, nos países da fronteira da crescente economia capitalista.

A prostituição florescia a olhos vistos no centro e na periferia do capitalismo. As mulheres, agenciadas por traficantes mundiais, seguiam o caminho dos recursos monetários, para alimentar o desejo recém-liberado dos homens da *belle époque*.<sup>8</sup>

Nos últimos cem anos, o Brasil passou da condição de país de destino para a de país fornecedor do tráfico internacional de mulheres e crianças. No mesmo período, o País passou da condição de receptor de amplo fluxo de migração internacional para exportador de pessoas. Na atualidade, o País está às voltas com o tráfico interno de mulheres, sobretudo para fins de exploração sexual. O tráfico de crianças para adoção ilegal e a migração ilegal também são questões presentes no País e, com frequência, chegaram às páginas dos jornais nos últimos seis anos.<sup>9</sup>

O tráfico de pessoas é apenas um dos desafios para a democracia no Brasil. As mulheres e meninas são especialmente vulneráveis às tragédias sociais. Nesse sentido, cabe destacar a violência doméstica, a gravidez precoce e a inserção de jovens mulheres no mercado de trabalho informal. Adicionalmente, segundo dados oficiais, no Brasil, há um notável crescimento do número de mulheres chefes de famílias. Todos esses fenômenos sociais podem ser referidos como uma feminização da pobreza. O tráfico de mulheres é facilitado pela intersecção de práticas e crenças discriminatórias direcionadas às mulheres. As mulheres, em diferentes regiões do País, ainda são vistas como mercadorias a serem comercializadas pelas redes de exploração que, em muitos casos, começam dentro da própria casa das vítimas. As mulheres são consideradas também como indivíduos que não possuem vontade própria e existem para alimentar as vontades e os desejos dos homens, a começar dos seus próprios pais e maridos. As mulheres enfrentam dificuldades para alcançar os serviços públicos de saúde e de proteção policial e são mais vulneráveis à exploração do trabalho e à baixa remuneração no emprego.

Estimativas brasileiras contam aproximadamente 500 mil brasileiros imigrados para os EUA, boa parte desse número na condição de clandestinidade. Apesar de ser um problema flagrante, não há estatística confiável, no Brasil, para fornecer uma precisa idéia da extensão do tráfico, não obstante elaboração recente de dois relatórios nacionais sobre o tema.<sup>10</sup> No País, existe forte tráfico interno de mulheres e meninas, sobretudo

8 RAGO, Luíza Margareth. *Os prazeres da noite* – prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo, 1890-1930. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1991.

9 CECRIA. Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial. Relatório Nacional, Brasil. Brasília, jun. 2002.

10 ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL – AIDP. Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças. Relatório Brasil. Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo, fev. 2002; CENTRO DE REFERÊNCIA, ESTUDOS E AÇÕES SOBRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – CECRIA. Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial. Relatório Nacional, Brasil. Brasília, jun. 2002.

para fins de exploração sexual. Segundo a Fundação Helsinque de Direitos Humanos, 75 mil mulheres brasileiras estão, atualmente, envolvidas no mercado sexual na União Européia. Desde o começo dos anos 1990, o tráfico vem sendo admitido como uma realidade dentro dos limites territoriais do País. O tráfico de seres humanos no Brasil configura-se como exploração sexual de mulheres e meninas, adoção internacional ilegal, turismo sexual e trabalho forçado. Também não há informações disponíveis a respeito do tráfico de crianças no Brasil.

As rotas de tráfico se espalham por vários estados brasileiros e têm ramificações em muitos países do mundo. Goiás, Distrito Federal, São Paulo, Rio de Janeiro, Pará, Bahia, Tocantins, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e Ceará são os mais recorrentes tanto nas notícias divulgadas pela imprensa como nos inquéritos e processos instaurados pela justiça brasileira. Atualmente, a Espanha é o seu principal destino, mas existe a confirmação da presença de brasileiras traficadas em países como Itália, Portugal, Alemanha, Suíça e Inglaterra, além de relatos que informam o paradeiro de mulheres em Israel, no Japão, em Hong Kong, nos Estados Unidos e no Paraguai. Um levantamento parcial da polícia federal brasileira revela que o Estado de Goiás é o principal exportador de mulheres, seguido do Rio de Janeiro e de São Paulo. De janeiro de 1996 a março de 2001, foram instaurados no País 172 inquéritos para apurar casos de tráfico de seres humanos em 14 Estados. Nesse mesmo período, foram condenados 94 indivíduos ou grupos de traficantes. No início de 2001, havia 85 casos de tráfico sob investigação.<sup>11</sup>

Entre 1995 e 1998, os Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Goiás, Paraná e Rio Grande do Sul apresentavam maior número de inquéritos abertos para apurar o tráfico de mulheres. Dados levantados pelo Governo Federal, em 1998, indicam que a maioria das mulheres que saem do País para se prostituir procura a Espanha. Em 1998, na Espanha, foram encontradas 463 meninas fazendo programas, descobertas 41 redes de prostituição e presas 161 pessoas. Em 1999, a Interpol descobriu 246 mulheres vítimas de tráfico na Espanha. Foram presos ou deportados 74 traficantes. No mesmo ano, foram localizadas, ao menos, uma brasileira, em Portugal, e 45 mulheres, na Alemanha, entre brasileiras e tailandesas. Em 2000, foram descobertas três brasileiras na Bélgica. Em Portugal, foram identificadas 38 estrangeiras se prostituindo, a maioria delas originárias da América Latina, principalmente brasileiras, venezuelanas, colombianas e bolivianas. Em 2001, 100 brasileiras foram encontradas, e não há ainda um levantamento preciso sobre quantas ainda permanecem na Espanha. Desde 1999, a polícia estima que 400 brasileiras foram traficadas, sendo 25% delas provenientes de Goiás. Estima-se que existem 300 mil prostitutas na Espanha, das quais 90% seriam estrangeiras vindas do Leste Europeu e da América Latina. As portas de entrada para as brasileiras na Europa são Espanha e Portugal, pela facilidade do idioma, segundo informações de SANDRA VALE, ex-coordenadora do Programa das Nações Unidas para o Combate ao Tráfico de Seres Humanos. Ainda de acordo com os organismos

11 UNITED STATES OF AMÉRICA. Department of State. Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000. Trafficking in Persons Report, jul. 2001.



internacionais, o Brasil teria uma fatia de 15% do movimento do tráfico mundial de seres humanos. Segundo a mesma projeção, cerca de 95% dessas mulheres encontram-se com passaportes retidos, devem a aliciadores e vivem em condições degradantes e humilhantes. De acordo com dados obtidos pela polícia federal, há indícios de que as mulheres também estão sendo usadas para o tráfico de drogas. Recentemente, o Ministério da Justiça informou que o Governo já deu início a um programa de treinamento de policiais cujo objetivo é combater o tráfico de mulheres. Mas para além da iniciativa oficial, o ministro cobrou publicamente um engajamento maior da sociedade civil.<sup>12</sup>

Segundo o Departamento de Estado dos Estados Unidos, em relatório sobre tráfico internacional de pessoas, divulgado em julho de 2001, o Brasil é considerado um país fornecedor de vítimas para o tráfico doméstico e internacional de seres humanos. A maioria das vítimas do tráfico no País é composta por mulheres e garotas. Homens jovens são mais freqüentemente traficados internamente para o mercado de trabalho; entretanto, eles também são traficados como atletas para a Europa. Esses homens são submetidos a condições humilhantes ou coagidos a entrarem para a prostituição. As mulheres tornam-se empregadas domésticas em condições análogas à servidão involuntária e são exploradas sexualmente.

Nos últimos cinco anos, o tráfico de mulheres para o exterior deixou de ser uma ocorrência residual nas delegacias do País, marcada pela incidência de poucos casos desconexos, para se transformar em um evento sistêmico, cujas ramificações se estendem por vários Estados do País. Atualmente, tanto a polícia como a justiça federal, instâncias competentes para investigar e julgar os casos, confrontam-se com as atividades de quadrilhas organizadas e especializadas no aliciamento e no traslado das mulheres para o exterior. Devido ao grau crescente de conhecimento acerca dos esquemas de tráfico, é possível traçar um perfil mais ou menos comum aos casos em andamento.

De fato, as primeiras ocorrências investigadas pela polícia, notórias pela brutalidade com que as mulheres foram tratadas no exterior, levaram a crer que as vítimas, em sua maioria, viajaram ludibriadas por agenciadores, cuja oferta baseava-se

12 BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Apurar Responsabilidade pela Exploração e Prostituição Infanto-juvenil. Relatório Final Síntese. Presidente: Marilu Guimarães; Primeiro Vice-presidente: Robson Tuma; Segundo Vice-presidente: Benedita da Silva; Relator: Moroni Torgan. Brasília, 1995; BRASIL. Ministério da Justiça. Polícia Federal. Relatório Anual de Prestação de Contas da Polícia Federal. Brasília, 2000; CENTRO DE ARTICULAÇÃO DE POPULAÇÕES MARGINALIZADAS – CEAP. *Tráfico de mulheres é crime – um sonho, um passaporte, um pesadelo*. Rio de Janeiro, 1996; CENTRO DE REFERÊNCIA, ESTUDOS E AÇÕES SOBRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – CECRIA. *Exploração sexual comercial de meninos, meninas e de adolescentes na América Latina e Caribe*. Brasília, 2000. CENTRO DE REFERÊNCIA, ESTUDOS E AÇÕES SOBRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – CECRIA. *Projeto de pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual no Brasil*. Brasília, 2001; CENTRO HUMANITÁRIO DE APOIO À MULHER – CHAME. *O que é que a Bahia tem – o outro lado do turismo em Salvador*. Salvador, 1998; Levantamento das notícias sobre tráfico de mulheres e crianças publicadas na imprensa nacional entre 1994 e 2000.



na promessa de trabalho em atividades consideradas regulares, como enfermeiras e babás. Lá chegando, tais mulheres eram obrigadas a se prostituir e viviam em condições lastimáveis, endividadas e sem possibilidade de retorno, uma vez que seus passaportes eram imediatamente confiscados. Atualmente, a sofisticação da atividade mostra uma situação diferente, porém não menos grave. De acordo com as informações obtidas nos processos em andamento e nas entrevistas com agentes oficiais, percebe-se que uma parcela representativa das mulheres que partem para o exterior tem consciência da atividade que vai exercer. É fato que as mulheres são submetidas a condições desumanas, contudo o possível consentimento das vítimas gera uma situação delicada, em que o combate a esse delito torna-se mais difícil, não obstante as autoridades policiais terem a obrigação de investigar as redes de aliciamento, de transporte e de exploração, independentemente do consentimento da vítima. Além disso, o Governo brasileiro não preenche completamente os padrões mínimos para o combate ao tráfico de seres humanos, não obstante estar enviando alguns esforços, mas há evidente restrição orçamentária e ausência de coordenação entre os níveis federal e estadual. No nível local, o combate é prejudicado pela corrupção e pela desinformação. Embora as vítimas não sejam tratadas como criminosos, o acesso a abrigos e a serviços legais, médicos e psicológicos é consideravelmente limitado, e seria muito pior não fosse o trabalho de algumas organizações não-governamentais nacionais. Se tudo isso não é suficiente para indicar que o tráfico de pessoas é um problema que pede política pública específica, fiquemos apenas com a seguinte imagem. Em 1990, havia 300 mil brasileiros vivendo e trabalhando no exterior; em 2001, esse número atingiu 2 milhões de pessoas.<sup>13</sup>

No estado atual do conhecimento sobre o tráfico, levando-se em conta a precariedade dos dados disponíveis, qualquer tentativa de estabelecer rotas do tráfico é, no mínimo, temerária. Eis aqui algumas informações prestadas pelos Estados e que podem ilustrar um pouco mais o quadro da situação brasileira. A polícia civil de Santa Catarina informou que foram abertos 70 inquéritos para apurar crimes relacionados ao tráfico, entre 1999 e 2001. Desse total, foram 10 sobre tráfico de crianças, 11 sobre tráfico de mulheres, 35 sobre prostituição e 14 sobre prostituição infantil.

Dados da polícia federal de Goiás apontam a abertura de inquéritos para investigar o crime de tráfico de mulheres, distribuídos da seguinte forma: 1997, 1; 1998, 3; 1999, 2; 2000, 10, e 2001, 9. O que perfaz um total de 25 inquéritos em quatro anos. A polícia civil de Goiás informou que foram abertos, entre 1997 e 2001, 265 inquéritos sobre crimes contra os costumes, distribuídos da seguinte forma: 227 sobre corrupção de menores, 37 sobre favorecimento da prostituição e um sobre tráfico de mulheres.

A Delegacia de Defesa da Mulher de Roraima informou que foram identificadas 270 mulheres trabalhando em 52 casas noturnas de Boa Vista e 8 de Pacaraima. Essas

13 GARCIA, Pedro Frederico. O papel da rede consular brasileira sobre a questão de tráfico de seres humanos: papel, atribuições e responsabilidades. Primeiro Seminário Internacional sobre o Tráfico de Seres Humanos. Brasília, nov. 2000.

mulheres seriam provenientes de São Paulo, Pará e Amazonas e chegariam a Roraima por conta de uma rede de tráfico de mulheres. Essa rede de tráfico providenciaria documentos falsos para as mulheres em Manaus, AM. As mulheres seriam ludibriadas com promessas de casamento com “gringos milionários”. No entanto, seu destino final não seria, necessariamente, a cidade de Boa Vista, pois dali elas seguiriam para a Guiana Inglesa, o Suriname, a Guiana Francesa e, por fim, a Europa. Em outra rota, as mulheres seriam deslocadas para Santa Helena do Uairén, Puerto La Cruz e Ilha de Margarita, na Venezuela; ou ainda, República Dominicana e depois Espanha. Segundo a mesma fonte, 20 meninas teriam feito esse percurso em 1999. No ano 2000, 57 meninas foram traficadas segundo o mesmo esquema.

O Conselho Tutelar de Boa Vista informa que foram identificados 30 casos de exploração sexual de crianças em 2000, e, apenas entre janeiro e abril de 2001, esses casos já seriam em número de 12. Para o conselho tutelar, uma rede de agenciadores atua na região, e eles emitem documentos falsos para as meninas trabalharem nas boates e nos bordéis da cidade. As meninas mais bonitas da cidade seriam traficadas para Puerto La Cruz onde há boates gerenciadas por um brasileiro, um alemão e um espanhol. O preço de cada menina traficada varia de um a cinco mil dólares. Tanto as mulheres quanto as meninas têm dívidas com os agenciadores ou com os donos das casas de exploração sexual.

A exploração sexual de mulheres e meninas está disseminada por todo o País. A exploração sexual fornece a base de sustentação logística e simbólica do agenciamento de mulheres e crianças para o tráfico. A exploração sexual oferece o ambiente propício para a inserção no mundo da ilegalidade, da falsificação de documentos, da corrupção de policiais e sujeição das pessoas. O turismo sexual parece ser mais comum nas cidades litorâneas, Rio de Janeiro e Vitória, mas principalmente do Nordeste, a começar pela Bahia. Da Bahia, muitas mulheres acabaram exploradas sexualmente na Suíça e na Alemanha. No Norte, existe uma forte vinculação do tráfico de mulheres com o de drogas, característica que pode se repetir em outras regiões do País. No Pará, as mulheres são traficadas através do Suriname. Aquelas que têm melhor aparência são enviadas para a Europa, e as restantes permanecem no Suriname. Em Roraima, mulheres e meninas provenientes de Manaus e de Belém são traficadas para a Venezuela, as Guianas e o Suriname, de onde partem para a República Dominicana e para a Espanha. Em Minas Gerais, principalmente na região de Montes Claros, há a exploração sexual de meninas, e, de Governador Valadares, partem mulheres para a Espanha e, segundo suspeita a PF, para os Estados Unidos. Em São Paulo e no Rio de Janeiro chegam mulheres de várias regiões do País, principalmente provenientes do Nordeste e de Goiás. De São Paulo partem mulheres para a Inglaterra e, talvez, para os Estados Unidos. Do Rio de Janeiro partem mulheres para Israel. Em Mato Grosso, há o turismo sexual inclusive com a exploração de crianças e adolescentes. Das regiões Nordeste e Centro-Oeste partem a maioria das brasileiras que se destinam a países europeus. De Goiânia, de Vitória e de Governador Valadares partem mulheres com destino à Espanha. De Santa Catarina e do Paraná, mulheres são traficadas para o Paraguai; é possível encontrar um grande fluxo de mulheres e crianças de Santa Catarina para o Rio

Grande do Sul. No Sul, parece haver movimentação de mulheres e crianças entre o Rio Grande e a Argentina e o Uruguai.<sup>14</sup>

Não há informações disponíveis que possam dar uma dimensão apropriada do tráfico de meninas e crianças no Brasil. As tentativas de mapeamento do tráfico de crianças esbarram na ausência de legislação nacional e de políticas públicas específicas. Em geral, as informações existentes no País sobre violações, ao se concentrarem na exploração sexual, no trabalho infantil, na adoção internacional e na pedofilia, não especificam as redes que articulam o aliciamento, a movimentação, a coação e a exploração final.<sup>15</sup>

A exploração sexual de crianças e de jovens tem chamado a atenção da comunidade internacional. O Primeiro Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças, realizado em Estocolmo, em 1996, marcou o auge dessa atenção internacional, e o segundo, realizado em 2001, em Yokohama, procurou avaliar os avanços nessa matéria. As estimativas provenientes desses dois colóquios apontam algo em torno de 2 milhões de crianças sendo exploradas sexualmente no mundo. No Brasil, seriam 500 mil crianças nessas mesmas condições. As OSCs e as agências internacionais têm ressaltado o caráter diferencial do tráfico de crianças em comparação com o tráfico de mulheres. Em geral, esse diferencial decorre da condição específica de vulnerabilidade da criança. Mas, mesmo com as recorrentes campanhas de conscientização, ainda permanece alguma confusão no tocante a distinguir o tráfico de outras práticas de abuso.<sup>16</sup>

## FORMAS DE RECRUTAMENTO E ALICIAMENTO

O recrutamento e o aliciamento acontecem das maneiras mais diversas. Uma carta, um bilhete, um anúncio, um *e-mail* podem ser o começo de uma longa jornada

14 BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Apurar Responsabilidade pela Exploração e Prostituição Infanto-juvenil. Relatório Final Síntese. Presidente: Marilu Guimarães; Primeiro Vice-presidente: Robson Tuma; Segundo Vice-presidente: Benedita da Silva; Relator: Moroni Torgan. Brasília, 1995; BRASIL. Ministério da Justiça. Polícia Federal. Relatório Anual de Prestação de Contas da Polícia Federal. Brasília, 2000; CENTRO DE ARTICULAÇÃO DE POPULAÇÕES MARGINALIZADAS – CEAP. *Tráfico de mulheres é crime – um sonho, um passaporte, um pesadelo*. Rio de Janeiro, 1996; CENTRO DE REFERÊNCIA, ESTUDOS E AÇÕES SOBRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – CECRIA. *Exploração sexual comercial de meninos, meninas e de adolescentes na América Latina e Caribe*. Brasília, 2000; CENTRO DE REFERÊNCIA, ESTUDOS E AÇÕES SOBRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – CECRIA. Projeto de pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual no Brasil. Brasília, 2001. CENTRO HUMANITÁRIO DE APOIO À MULHER – CHAME. *O que é que a Bahia tem – o outro lado do turismo em Salvador*. Salvador, 1998; Levantamento das notícias sobre tráfico de mulheres e crianças publicadas na imprensa nacional entre 1994 e 2000.

15 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA MULTIPROFISSIONAL DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA – ABRAPIA. Sistema Nacional de Combate à Exploração Sexual Infanto-Juvenil. Relatório Cumulativo das Denúncias Recebidas (fevereiro de 1997 a novembro de 2001). Rio de Janeiro, 2001.

16 Conforme o Relatório Final da CPI da prostituição e exploração infanto-juvenil, 1994, e matérias publicadas pelos jornais *Folha de São Paulo*, de 08.03.2001, 12.05.1999 e 14.05.2001, o *Dia*, de 04.03.2001, e *Revista IstoÉ*, de 25.11.1998.

de explorações. O caso que segue é representativo. Em 1997, uma menina de 16 anos recebe uma carta que fala de um homem que a escolheu para ser sua noiva. Ela recebe um passaporte e viaja para a Europa, onde pensa que vai se casar e alcançar a felicidade. Mas, de acordo com JOSELINA DA SILVA, do Centro de Articulação de Populações Marginalizadas, CEAP, a garota torna-se uma das muitas mulheres que perdem sua liberdade para o negócio milionário do tráfico de pessoas. As mulheres perdem o direito à livre escolha, não podendo decidir com quem se casar e onde ou quando trabalhar. Direitos estes que deveriam ser garantidos pelo Estado. Exatamente por isso, as mulheres tornam-se vulneráveis às investidas dos traficantes. A ativista diz que a maioria das mulheres não conhece os riscos a que estão se submetendo ao responder cartas como essas.

Em outros casos, uma mulher trabalha como empregada para uma família rica, viaja com ela e chega a um país sem a permissão para trabalhar, tornando-se, dessa forma, escrava. Em outros, ainda, é o casamento com cidadão estrangeiro que muitas vezes se transforma em uma das formas mais perversas de exploração da mulher. De acordo com MALU DE CARVALHO, coordenadora do Programa de Mulheres do CEAP, um estudo da Frauen Informations Zentrum, FIZ, associação suíça especializada no combate à exploração de mulheres estrangeiras, com sede em Zurique, “verifica-se que cerca de 70% das mulheres que pedem apoio da organização são casadas com cidadãos suíços; 15% são dançarinas com passaporte suíço, o que significa que são ou já foram casadas com cidadãos suíços. E 15% compõem-se de dançarinas com visto de artista, permissão de trabalhar em casas de espetáculos noturnos válida por oito meses em cada ano”. A autora afirma que na maioria das vezes, os casamentos fracassam e, quando são bem-sucedidos, embora se esforcem nos afazeres domésticos e na satisfação social do marido/patrono, “um dia acaba a fase da doçura, e elas são substituídas por outra ‘noiva’ e/ou conscientizadas de sua condição de escravas (...) assim elas tornam-se objeto de todos os tipos de escárnio; violências de todos os tipos, resultantes do preconceito e da discriminação que seus naturais devotam, sem escrúpulos, aos ‘bárbaros’ do terceiro mundo”.<sup>17</sup>

Na mesma direção, CARLA DOLINSKI, que comanda investigações sobre o tráfico de mulheres no Rio de Janeiro, informou sobre denúncias que havia recebido referentes a um *e-mail* que circulou amplamente pela Internet. A mensagem eletrônica procurava recrutar prostitutas brasileiras que desejavam trabalhar na Espanha. A policial dizia que o correio eletrônico e a Internet podem se tornar uma ferramenta nas mãos de traficantes internacionais que procuram brasileiras interessadas em viajar: “Se um estrangeiro tem um *site* oferecendo mil dólares por mês, as garotas vão. É difícil investigar o que vem de fora do Brasil”, diz ela.

Nos *sites*, por exemplo, os internautas trocam dicas sobre bordéis de várias partes do mundo. O que eles escrevem podem chocar: “Quase todas as garotas têm bebês, mas, mesmo assim, são ótimas!!! Se você gosta de meninas, não encontrará

17 CENTRO DE ARTICULAÇÃO DE POPULAÇÕES MARGINALIZADAS – CEAP. *Tráfico de mulheres é crime – um sonho, um passaporte, um pesadelo*. Rio de Janeiro, 1996.

mais baratas em nenhum outro lugar”, diz um homem falando de sua viagem ao Brasil. Outro *site* informa que a prática sexual com meninas é ilegal no Brasil. Não obstante, sugere: “se você tem menos de 50 anos, é branco, ou melhor ainda, louro e de olhos azuis, tente flertar com qualquer menina de 16 em diante, nas ruas perto das escolas”. O mesmo *site* destaca que o Governo brasileiro está procurando combater a prostituição infantil. Mesmo assim, diz o seguinte sobre as meninas: “ou elas sofrerão abuso sexual em casa ou ficarão mendigando pelas ruas, buscando comida em latas de lixo”.<sup>18</sup>

Outras formas de recrutamento relacionam-se mais diretamente com a presença de aliciadores em casas de prostituição, boates, hotéis e, sobretudo para a exploração de meninas, bares e restaurantes de beira de estrada. Em muitos casos, o aliciamento ocorre de boca em boca, através de mulheres que foram traficadas para trabalharem em boates no exterior e retornam com a incumbência de fornecer vítimas ao negócio. Em muitos casos, os aliciadores procuram “consentimento” dos próprios familiares para o início da empreitada, sem revelar os muitos detalhes sórdidos e perigosos da oportunidade.

As formas de aliciamento trilham o caminho de falsas agências de viagem, de agências de empregos no exterior e de falsas agências de modelo, que colocam anúncios na imprensa e oferecem oportunidades irresistíveis para mulheres e jovens que buscam meios de se tornar independentes econômica e afetivamente.

## DIFICULDADES DE REPRESSÃO

Por ser país de origem, e não de destino do tráfico, o Brasil enfrenta dificuldades em combater esse tipo de crime, que é passível de punição com pena que varia de três a oito anos de reclusão. Uma das barreiras para a polícia é a falta de colaboração das famílias. O diretor da divisão da Interpol, no Brasil, WASHINGTON DO NASCIMENTO MELO afirma que as famílias são coniventes e por isso não colaboram, mas essa é, naturalmente, uma visão simplista sobre a complexidade emocional e social das pessoas que têm ou conhecem mulheres traficadas. Mais razoável é pensar que a dificuldade decorre da desconfiança que as vítimas têm da polícia ou de temor de sofrerem represálias.<sup>19</sup>

As autoridades da PF e da Justiça são unânimes em eleger a precária infraestrutura disponível como um dos principais obstáculos à repressão e ao deslinde dos casos. Em Goiás, um dos principais centros difusores do tráfico de mulheres para o exterior, apenas dois agentes trabalham na investigação das ocorrências, dividindo as atenções com outras atividades. Somado a esse empecilho, ainda não existe uma articulação sistemática entre as autoridades dos diversos estados envolvidos. Em março de 2001, houve um encontro promovido pelo Ministério da Justiça com objetivo de

18 Matéria da *San Jose Mercury News*, EUA, republicada na *Revista Consultor Juridico* em 8 de janeiro de 2001.

19 Gilberto Dimenstein, *Folha de São Paulo*, de 07.05.2001.

integrar os esforços no combate ao tráfico de mulheres, mas não se tem notícia de ações articuladas e de resultados práticos.

Em Goiânia, por exemplo, o delegado responsável pela investigação e elaboração dos inquéritos dedica-se ao serviço burocrático de emissão de passaportes. Muitas vezes no balcão da Polícia Federal, durante a requisição de passaporte, os funcionários percebem alguma coisa errada, em geral, por causa da aparência da postulante ao documento. O mesmo ocorre no momento do embarque. Devido ao grande número de embarques para a Espanha no aeroporto internacional de Goiânia, a PF local incumbiu dois agentes à paisana para acompanhar o movimento. Medidas como essas parecem ser, por enquanto, as principais estratégias de repressão ao crime no Brasil. Entre as autoridades não há nenhuma que se refira aos compromissos internacionais que sinalizam para a articulação entre repressão e assistência às vítimas. Os casos daquelas vítimas que conseguiram se libertar dos cativeiros mostram que uma das formas de alcançar as redes e os perpetradores é exatamente por meio das mulheres. Essa é uma razão operacional para que as autoridades acolham e socorram as vítimas.

O procurador da República em Goiás, Fábio George Cruz da Nóbrega responsabiliza a ausência de infra-estrutura: “O Estado é omissivo em reprimir esse tipo de atividade, não porque quer, mas porque tem a polícia insuficientemente estruturada, e está voltada para outros crimes que não este. Os agentes fazem mais do que podem com a estrutura que têm. Dá pena porque a cada dia o número de mulheres aumenta e a idade diminui. Tem casos de meninas que falsificam documentos para viajar. Das mulheres constantes nos processos raras têm mais que 25 anos. Se tivesse uma estrutura melhor e se esse crime se tornasse uma prioridade para a polícia, essa atividade cairia muito. Eu tenho uma visão legal e posso dizer que a atuação da Polícia Federal é mínima”.

Outro empecilho que se antepõe ao trabalho da polícia está na incompatibilidade da legislação brasileira com a legislação de outros países. No Brasil, a exploração da prostituição está tipificada no Código Penal. Na Espanha, por exemplo, a exploração sexual é relativamente livre, e a polícia apenas intervém caso haja denúncias de cárcere privado, participação de crianças e adolescentes ou imigração ilegal. O deputado federal NILMÁRIO MIRANDA (PT/MG) aponta uma solução: “Para erradicar o tráfico, é imperativo haver a cooperação internacional. E, nesse contexto, eu coloco o Tribunal Penal Internacional. Para o Tribunal Penal Internacional, os grandes tipos penais são os crimes de guerra, o lenocínio, os atos de agressão e o crime de lesa-humanidade. Esse último tipo abriria uma série de possibilidades para combater o tráfico de seres humanos. Na questão dos DH, não se pode falar de números, às vezes, as cifras até atrapalham. O número não é a principal referência. O tráfico de seres humanos é feito segundo a lei de mercado. E há mercado para isso, sobretudo o europeu. Dentro da lógica neoliberal, esse fato se explica, como o tráfico de drogas. A repressão deve ser feita nos mercados consumidores por meio da cooperação internacional. Quando o assunto envolve crianças, aí fica muito mais sério”.

Para a advogada MICHELLE GUERALDI, coordenadora do Projeto de Orientação Jurídica e Promoção de Direitos do CEAP, uma das dificuldades na repressão



ao tráfico é o preconceito das autoridades diante das vítimas. Ela escreveu: “Enfim, a culpa é das mulheres. Como depender de mulheres que, ‘traficadas’, já não vivem mais no Brasil para iniciar tal tipo de investigação? Ou melhor, uma vez que se sabe que esse crime é recorrente, por que não se investiga, se reprime, se pune? Como esperar que outras mulheres, dentre as que conseguem retornar, na maioria traumatizadas, procurem a polícia que, a despeito dos profissionais sérios que integram o seu quadro, é instituição por demais desmoralizada em nosso País? (...) Impera o juízo de valor das autoridades a respeito da conduta das mulheres, e não a lei. A mulher é punida por omissão das autoridades e as quadrilhas de traficantes andam a solta pelo território brasileiro”. A advogada finaliza: “De fato, como afirmado anteriormente, as mulheres são consideradas culpadas, e não vítimas desse crime, por muitos representantes do Poder Público e por grandes parcelas da sociedade. O Brasil reage à existência do crime de tráfico de mulheres da mesma forma que se posiciona diante de outras violações de direitos humanos. E, em todos esses casos, há que se notar que não somos vítimas de leis fracas, mas, ao contrário, dispomos de leis avançadas, sendo até signatários de importantes tratados internacionais de direitos humanos, inclusive dos que proíbem todas as formas de discriminação contra a mulher”.<sup>20</sup>

Em resumo, os inquéritos instaurados, com base principalmente no art. 231 do Código Penal, demonstraram, no curso das investigações, a conexão existente entre crimes que ocorriam em Estados diferentes. A Polícia Federal entende que há uma quadrilha de tráfico internacional de mulheres, com ramificações em muitos países, que articula o recrutamento, o aliciamento, a documentação, o transporte, o abrigo com o fim de explorar mulheres e crianças, principalmente nos países de destino que são, invariavelmente, do chamado primeiro mundo. Mas, infelizmente, os dados são precários. No Brasil, todas as organizações governamentais e não-governamentais apenas reproduzem os dados divulgados por pesquisas internacionais, em geral, com base na assistência que os países de destino fornecem às vítimas do tráfico. Nem mesmo a Polícia Federal, que tem a competência legal pela repressão do tráfico internacional de seres humanos, dispõe de dados razoáveis sobre nossa realidade.

Não restam dúvidas de que a ratificação dos instrumentos da ONU e a implementação de suas provisões no Brasil são passos importantes na direção do reconhecimento de que as vítimas do tráfico merecem atenção e de que nossas autoridades policiais carecem de capacitação continuada e específica para fazer frente a esse desafio e aos desafios que ainda estão por surgir.

## O TRÁFICO NO DIREITO BRASILEIRO

A mulher que se prostitui é destituída do exercício de seus direitos, enquanto aqueles que buscam os prostíbulos ou as aliciadoras jamais são alvo de qualquer política

20 CENTRO DE ARTICULAÇÃO DE POPULAÇÕES MARGINALIZADAS – CEAP. *Tráfico de mulheres é crime – um sonho, um passaporte, um pesadelo*. Rio de Janeiro, 1996. GLOBAL ALLIANCE AGAINST TRAFFICKING IN WOMEN – GAATW. *Removing the Whore Stigma. Report on the Asia and Pacific Regional Consultation on Prostitution*. Bangkok/Thailand: GAATW, 1997.

ou ação estatal e, muito menos, são reprovados moralmente. A análise legal e doutrinária do tema demonstra, à evidência, que é a moral sexual pública, e não a liberdade, a integridade física ou moral da mulher, o que se busca defender. Permite constatar, também, que a legislação sobre tráfico de mulheres e crianças no Brasil é insuficiente e confusa, levando a que, em inúmeras situações, instalem-se dúvidas acerca de qual enquadramento típico deve ser realizado, já que diversos são os dispositivos passíveis de aplicação.<sup>21</sup> Atualmente, é o art. 231 do Código Penal que a tipifica. O dispositivo legal, como já dito, encontra-se defasado, fazendo-se necessária alteração, tanto no que se refere à elaboração típica quanto no concernente à sanção punitiva cominada. Há total desrespeito a princípios fundamentais do Direito Penal, como o da proporcionalidade.

A punição pelo delito de tráfico de mulheres, o qual, frise-se, não exige o dissenso da vítima, era, na redação original do Código Penal, punido com sanção idêntica àquela cominada para o estupro. Quando se comparam as punições daquele delito com o atentado violento ao pudor, os desníveis são ainda mais estarrecedores. Para este, não obstante a configuração típica exigir violência ou grave ameaça, a sanção penal foi fixada em quantidade menor do que aquela destinada ao tráfico.

Fazem-se necessárias importantes alterações no tipo e na cominação do tráfico, dentre as quais se incluem: 1<sup>a</sup>) estabelecer como vítima do tráfico qualquer pessoa, independentemente do sexo ou da idade; 2<sup>a</sup>) responsabilizar penalmente também aquele que pratica a ação de “comprar” a pessoa traficada, pois, da forma como o art. 231 encontra-se redigido, a criminalização incide somente em relação à própria ação de traficar; 3<sup>a</sup>) não restringir o tráfico de pessoas à prostituição. Em seu lugar, deveria constar exploração sexual e outras formas de submissão. Além disso, há necessidade de se incluir as demais “modalidades” de tráfico de seres humanos, como definem os instrumentos internacionais: exploração do trabalho, trabalho forçado, casamento forçado, cativo por dívidas, cárcere privado, extração de órgãos e adoção ilegal; 4<sup>a</sup>) estabelecer na legislação específica para crianças e jovens uma figura autônoma e com punição mais elevada para os casos em que o tráfico de seres humanos incida sobre pessoa com menos de 18 anos. Além disso, para a existência do tráfico, a consumação da exploração final não é necessária, bastando que haja a indicação da finalidade do agente. Dessa forma, haveria a atenuação das evidentes dificuldades probatórias.

No concernente à sanção penal, para evitar que haja um valor desproporcional, convém que se analisem as punições fixadas para delitos de semelhante gravidade e que possuam elementos típicos próximos do que se está analisando. Pode-se começar cotejando os limites punitivos fixados para os demais delitos que integram o mesmo capítulo. A punição prevista para a figura simples, ao que parece, não apresenta problemas de proporcionalidade, quando cotejada com as punições estabelecidas para os demais delitos. Suas formas qualificadas, em razão do resultado lesão corporal grave ou morte, necessitam de alteração em seus limites punitivos.

21 BIANCHINI, Alice. *A (des)igualdade entre os sexos no direito constitucional brasileiro*. Dissertação de Mestrado. UFSC, 1994, p. 64.



Não se pode esquecer que o tráfico internacional de seres humanos encontra-se inserido no contexto da globalização. Juntamente com o movimento de mercadorias, de fluxo de capital e de mão-de-obra, há um incremento da migração global. São milhões de pessoas em constante movimentação, em busca de melhores oportunidades de trabalho e de vida. Ao lado da imigração, há o problema dos refugiados, que fogem da fome, das guerras, das perseguições e dos abusos (incluindo, em grande escala, os sexuais) praticados pelos exércitos e milícias. O Alto Comissariado da ONU para os Refugiados estima que 21,5 milhões de pessoas, em todo o mundo, encontram-se na situação de refugiados, sendo vítimas potenciais de tráfico e de outras formas de exploração.

A reversão desse quadro exige a construção de um novo modelo social, no qual as relações de poder não impliquem subjugação de alguns em favor de outros, modelo esse que requer a participação ativa da sociedade civil. A condição social das mulheres e das meninas faz com que elas sejam vítimas preferenciais do tráfico. Para além desse dado, é preciso rever a divisão internacional de riquezas e de poder, que produzem os milhões de indivíduos deserdados da terra, dos benefícios da sociedade de consumo e dos direitos internacionalmente reconhecidos.

#### PRINCÍPIOS E NORMAS GERAIS PARA UMA POLÍTICA ANTITRÁFICO<sup>22</sup>

1. O governo deve tratar as vítimas do tráfico de mulheres e crianças a partir de uma perspectiva de direitos humanos e de direitos trabalhistas, não como criminosas ou imigrantes ilegais;
2. As medidas antitráfico não devem discriminar, criminalizar, estigmatizar ou isolar as mulheres e crianças, pois isso as torna mais vulneráveis a outras violações;
3. As medidas devem ser sensíveis às questões de gênero. Ou seja, devem ser tomadas medidas adicionais para assegurar a plena participação das mulheres na vida econômica; especialmente evitando a disparidade de remuneração; assegurando o pleno gozo dos direitos trabalhistas e evitando práticas discriminatórias;
4. As mulheres, enquanto vítimas do tráfico, devem receber garantias de viver livres de perseguição ou do assédio de pessoas que ocupam posição de autoridade. Elas devem receber cuidados médicos e psicológicos adequados. A elas deve ser garantido o acesso à realização de testes de HIV, quando solicitados; acesso a um tradutor competente durante todos os procedimentos legais e assistenciais; acesso à documentação necessária a sua regularização recebimento de assistência jurídica gratuita; acesso à possibilidade legal de compensação ou indenização por danos econômicos, físicos e psicológicos

<sup>22</sup> Essas recomendações estão em consonância com os principais instrumentos internacionais e também foram extraídas de diversos documentos e relatórios da ONU, OEA, UNICEF, HCHR, GAATW, Primeiro Seminário Internacional sobre Tráfico de Seres Humanos, ESCAP, ECPAT.

- causados pelo tráfico e/ou por pessoa em situação de autoridade e poder antes, durante e depois da exploração;
5. As mulheres traficadas não devem ser deportadas caso haja possibilidade de elas estarem correndo riscos. Todas as deportações devem ser realizadas de acordo com a lei;
  6. A história e a ocupação da vítima não serão utilizadas contra ela, nem deverão servir de argumento para desqualificar seu pedido de ajuda ou para a decisão de não processar o agressor. Por exemplo, os agressores serão proibidos de usar em sua defesa a qualidade da vítima como trabalhadora do sexo ou doméstica. A história da vítima não deve ser objeto de registro público ou privado e não deve ser usada para prejudicar seu direito de viajar, casar e buscar emprego bem-remunerado;
  7. O governo deve, em conjunto com as OSCs que atuam na área, desenvolver programas de capacitação para funcionários governamentais e atores da sociedade civil, incluindo pessoal da imigração, da fiscalização de fronteiras, de consulados, de alfândegas e representantes do ministério das relações exteriores, considerando os riscos e os direitos das vítimas. Tais programas não devem criar “perfis” de vítima que impeçam as mulheres de receberem vistos e passaportes. Deve-se estabelecer a consciência de que a causa primordial do tráfico de pessoas é o não-respeito aos direitos, a pobreza e a deficiente inserção social e política das mulheres e crianças em sua sociedade.

## CONCLUSÕES

O tráfico fornece seres humanos para os mais diferentes propósitos, tais como a exploração do trabalho, a retirada de órgãos e a colocação em lar substituto. Os países de destino ainda se preocupam apenas com a exploração sexual e procuram fazer a distinção entre tráfico e imigração ilegal, dando às vítimas do primeiro algum tipo de atenção. Atualmente, embora se reconheça que homens, principalmente meninos, também sejam traficados com o intuito de exploração sexual, a parcela mais significativa das vítimas destes crimes permanece sendo do sexo feminino. O tema encontra-se intimamente ligado às condições precárias de vida das vítimas. A maior vulnerabilidade das mulheres acaba sendo condição e causa primordial da exploração e decorre de inúmeros fatores, dentre os quais destacam-se: feminização da pobreza, assimetria e falta de equidade no acesso à educação e às oportunidades de emprego nos países de origem. As mulheres e as crianças compõem os grupos sociais mais fragilizados e mais vulneráveis a todo tipo de exploração. Sofrem as mazelas da violência doméstica e da exploração do trabalho não-remunerado. Os indicadores sociais apontam que as mulheres são inferiorizadas no mercado de trabalho e na remuneração respectiva, não obstante estarem cada vez mais presentes nesse mesmo mercado e de representarem 1/3 dos chefes de família no país. As mulheres continuam sendo discriminadas no acesso aos serviços públicos. Quando necessitam da intervenção da polícia, continuam sendo tratadas com desrespeito, e de vítimas, muitas vezes, terminam sendo vistas como culpadas ou coniventes com a violação que sofreram. É por esse motivo que a

criação de delegacias especializadas no atendimento às mulheres, DEAM, em 1986, constituiu um grande avanço em nosso País, não obstante carecerem de aprimoramento.

Não foram reportadas políticas públicas especificamente voltadas para o combate ou para a assistência às vítimas do tráfico de pessoas. O fato de o tráfico de pessoas não estar adequadamente tipificado na nossa legislação penal ocasiona uma confusão da qual sobressaem outros tipos criminais relativos à exploração de mulheres e crianças, sobretudo a exploração sexual comercial e a pornografia. Dessa maneira, o caráter organizado do crime – as redes de aliciadores, mediadores e receptores – tende a não aparecer nas estatísticas brasileiras. Não obstante o trabalho que a Polícia Federal e algumas organizações da sociedade civil vêm realizando, dando a devida visibilidade ao problema, não há produção de dados primários, não há a realização de pesquisas baseadas em grupos focais (mulheres engajadas no comércio sexual ou vítimas atendidas por programas de assistência) que possam servir de base à propositura de disposições legais e de políticas públicas específicas.

Deve-se considerar o impacto na formulação futura de políticas para o setor, bem como reforçar o entendimento de que as medidas de mudança devem ser tomadas de maneira coordenada, entre os governos dos países do subcontinente sul-americano, e com a participação da sociedade civil. Finalmente, deve-se considerar o impacto numa maior articulação entre as iniciativas preventivas e repressivas, com a compreensão ampliada de que uma nova configuração do enfrentamento do tráfico de pessoas é correlata ao enfrentamento de outras formas de crime organizado que prejudicam a expansão dos direitos dos cidadãos e a consolidação da democracia social no Brasil.

O desafio das organizações internacionais é definir uma agenda segundo a qual às pessoas em movimento sejam estabelecidas garantias mínimas de emprego legal, de assistência e de retorno seguro aos seus países de origem. Soluções definitivas para o problema apenas surgirão quando a repressão ao crime organizado, a proteção e a assistência às vítimas estiverem aliadas a medidas econômicas e políticas duradouras que mudem a face da desigualdade, da pobreza e das violações de direitos que assolam 3/4 da população do globo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARNITZ, Laura A. *Commercial sexual exploitation of children: youth involved in prostitution, pornography & sex trafficking*. Washington: Youth Advocate Program International, 1998.

BIANCHINI, Alice. *A (des)igualdade entre os sexos no direito constitucional brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 1994.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Apurar Responsabilidade pela Exploração e Prostituição Infanto-juvenil. Relatório Final Síntese. Presidente: Marilu Guimarães; Primeiro Vice-presidente: Robson Tuma; Segundo Vice-presidente: Benedita da Silva; Relator: Moroni Torgan. Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. Departamento da Criança e do Adolescente. *Plano nacional de enfrentamento da violência sexual infanto-juvenil*. Brasília, 2001.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Direitos Humanos. *Programa nacional de direitos humanos*. Brasília, 1996.

\_\_\_\_\_. Ministério da Previdência e Assistência Social. *Programa de combate ao abuso e à exploração sexual de crianças e adolescentes* – Programa Sentinela. Diretrizes Gerais. Brasília, 2001.

\_\_\_\_\_. Ministério do Esporte e do Turismo. Embratur. *Combate ao turismo sexual infanto-juvenil*. Brasília, 2001.

CARR, John. Child pornography, for Ecpat. Second World Conference Against Commercial Sexual Exploitation of Children. Yokohama, dez. 2001.

CENTRO DE ARTICULAÇÃO DE POPULAÇÕES MARGINALIZADAS – CEAP. *Tráfico de mulheres é crime* – um sonho, um passaporte, um pesadelo. Rio de Janeiro, 1996.

CENTRO DE REFERÊNCIA, ESTUDOS E AÇÕES SOBRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – CECRIA. *Exploração sexual comercial de meninos, meninas e de adolescentes na América Latina e Caribe*. Brasília, 2000.

\_\_\_\_\_. Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial. Relatório Nacional, Brasil. Brasília, jun. 2002.

COOMARASWAMY, Radhika. Further promotion and encouragement of human rights and fundamental freedoms, including the question of the programme and methods of work of the commission alternative approaches and ways and means within the United Nations system for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms. Report of the special rapporteur on violence against women, its causes and consequences. Commission on Human Rights. E/CN.4/1997/47, 12.02.1997.

\_\_\_\_\_. Integration of the human rights of women and the gender perspective. Report of the special rapporteur on violence against women, its causes and consequences on trafficking in women, women's migration and violence against women, submitted in accordance with the Commission on Human Rights Resolution 1997/44. Commission on Human Rights. E/CN.4/2000/68, 29.02.2000.

\_\_\_\_\_. Report of the special rapporteur on violence against women, its causes and consequences, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85. E/CN.4/1996/53, 05.02.1996.

DEVEAU, Jean-Michel. *Femmes esclaves* – histoire de l'esclave des femmes: des origines de nos jours. Paris: France Empire, 1998.

ECONOMIC AND SOCIAL COMMISSION FOR ASIA AND THE PACIFIC – ESCAP. Regional Seminar on Using Legal Instruments to Combat Trafficking in Women and Children. Bangkok, ago. 2001.

ENDING CHILD PROSTITUTION, PORNOGRAPHY AND TOURISM – ECPAT. The Fifth Report on the Implementation of the Agenda for Action, adopted at the First World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children in Stockholm. Sweden, 28 August 1996. Bangkok, nov. 2001.

EUROPEAN UNION. Organization for Security and Co-operation in Europe, OSCE. Office for Democratic Institutions and Human Rights. ODIHR. Trafficking in Human Beings: implications for the OSCE. Review Conference, set. 1999.

GLOBAL ALLIANCE AGAINST TRAFFICKING IN WOMEN – GAATW. Regional Meeting on Trafficking in Women, Forced Labor, and Slavery-like Practice in Asia and Pacific. Bangkok, Thailand: GAATW, 1997.

INTERNATIONAL HELSINKI FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS – IHF. A form of slavery: trafficking in women in Organization for Security and Co-operation in Europe – OSCE

– Member States. Report to the OSCE Supplementary Human Dimension Meeting on Trafficking in Human Beings. Viena, 19 jun. 2000.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION – IOM. Final report on the “analysis of data and statistical resources available in the European Union Member States on Trafficking in Humans, Particularly in Women and Children for the Purposes of Sexual Exploitation”, 1998.

\_\_\_\_\_. *Victims of the trafficking in the Balkans* – A study of trafficking in women and children for sexual exploitation to, through and from the Balkan region, 2001.

KECK, Margareth; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond borders* – Advocacy networks in international politics. Ithaca/London: Cornell University Press, 1998.

KEMPADOO, Kamala; DOEZEMA, Jô (eds.). *Global sex workers. Rights, resistance and redefinition*. New York/London: Routledge, 1998.

LEIDHOLDT, Dorchen. Position paper for the coalition against trafficking in women. Special Seminar on Trafficking, Prostitution and the Global Sex Industry. United Nations Working Group on Contemporary Forms of Slavery, Organized by Coalition Against Trafficking in Women, International Movement Against Discrimination and Racism. International Human Rights Law Group and Anti-slavery. Geneva/Switzerland, 1999.

MOLINA, Fanny Polanía; JANSSEN, Marie-Louise. No pensé que eso me fuera a pasar. In: *Prostitución y tráfico de mujeres latinoamericanas en Holanda*. Fundación Esperanza, 1998.

RAGO, Luiza Margareth. *Os prazeres da noite* – prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo, 1890-1930. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

SKRBANEK, Siriporn; BOOPAKDEE, Nattaya; JANTATEERO, Chutima. *The traffic in women: human realities of the international sex trade*. Bangkok/Thailand: Foundation for Women, 1997.

UNICEF. *Profiting from abuse* – an investigation into the sexual exploitation of our children, 2001.

UNITED NATIONS. General Assembly. Eightieth Session. Trafficking in persons: update and perspectives. MC/INF/245, 2000.

\_\_\_\_\_. General assembly, fifty-fifth session, agenda item: advancement of women, trafficking in women and girls. Report of the Secretary-General, 2000.

\_\_\_\_\_. General assembly, forty-ninth session, advancement of women, violence against women migrant workers. Report of the Secretary-General. A/49/354, 1994.

\_\_\_\_\_. Office of the High Commissioner for Human Rights. United Nations Staff College Project. Human Rights: a basic handbook for UN staff, 2000.

\_\_\_\_\_. Office for Drug Control and Crime Prevention – ODCCP. Trafficking in human beings. Update, 2000.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of State. International Information Programs. Congressional Research Service Report 98-649C. Trafficking in Women and Children: The US and International Response, 2000.

\_\_\_\_\_. Center for the Study of Intelligence. International trafficking in women to the United States: A contemporary manifestation of slavery and organized crime, by Amy O’Neill Richard, 2000.

\_\_\_\_\_. Department of State. Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000. Trafficking in Persons Report, 2001.

WIJERS, Marjan; LIN, Lap-Chew. Trafficking in women, forced labour and slavery-like practices in marriage, domestic labour and prostitution. The Netherlands: Foundation Against Trafficking/STV, 1997.



## A DEMOCRACIA NA CONCEPÇÃO DE NORBERTO BOBBIO

---

### **José Jair Ferraretto**

Mestre em Direito pela UNIP – Campinas, Especialista em Advocacia Empresarial pela FMU, Especialista em Direito Penal pela PUC – SP, Professor do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, Professor do Instituto Japi de Ensino Superior e Coordenador do Núcleo de Filosofia do Circolo Italiano de Jundiaí.

### **Samuel Antonio Merbach de Oliveira**

Mestre em Direito pela PUC – Campinas, Mestre em Filosofia pela PUC – Campinas, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC – Campinas, Aluno do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Coordenador do Curso de Extensão sobre a Vida e a Obra de Norberto Bobbio, Professor do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista, Professor dos Cursos de Direito e de Administração de Empresas do Centro Universitário Padre Anchieta, Professor da UNIP – Jundiaí, Professor da Faculdade Politécnica de Jundiaí, Coordenador do Núcleo de Filosofia do Circolo Italiano de Jundiaí e Congressista do II Congresso Mundial de Direito Processual realizado em Recife.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Definição e problemas do regime democrático; 2 O futuro da democracia; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo apresentar a teoria da democracia na concepção de NORBERTO BOBBIO.

PALAVRAS-CHAVE: democracia; cidadania; estado democrático; filosofia política.

### INTRODUÇÃO

A morte do filósofo italiano NORBERTO BOBBIO, em 9 de janeiro de 2004, assinalou o desaparecimento de um dos mais importantes filósofos ocidentais que desenvolveu suas teorias de maneira clara e objetiva acerca das questões presentes na vida dos cidadãos.

Suas reflexões políticas e teóricas estavam presentes em diversos diários italianos, contribuindo para aproximar as pessoas através do debate, bem como para promover a cidadania.

BOBBIO sempre esteve aberto para o diálogo. Suas preocupações teóricas e políticas, em relação às questões centrais da democracia, da liberdade, da igualdade,

da república e dos direitos humanos, foram os elementos básicos de sua atividade filosófica e jurídica.

As obras de BOBBIO expressam enorme conhecimento do pensamento clássico por discutir PLATÃO, ARISTÓTELES, MAQUIAVEL, HEGEL, HOBBS, MARX e KANT, em questões da política contemporânea, fazendo com que estes pensadores sempre estivessem presentes no cotidiano do cidadão comum de maneira natural e atual. Por isso, seu pensamento político influenciou sobremaneira a democracia ocidental.

## 1 DEFINIÇÃO E PROBLEMAS DO REGIME DEMOCRÁTICO

BOBBIO afirma que, ao estudar a teoria contemporânea de democracia no tocante às suas tradições históricas, não se pode deixar de mencionar três grandes linhas de pensamento político-democrático: a) a teoria clássica, b) a teoria medieval e c) a teoria moderna (BOBBIO e MATTEUCCI, 1992: 319-320).

A teoria clássica fundamenta-se nas três formas de governo propostas por ARISTÓTELES, segundo a qual a democracia é o governo de todos os cidadãos, o governo do povo, de todos aqueles que gozam de cidadania. Diferencia-se da monarquia (governo de um só) e da aristocracia (governo de poucos).

A teoria medieval, segundo BOBBIO, é de origem romana, fundamentando-se na soberania popular, em cuja base há uma contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente de soberania, dependendo da origem de onde o poder deriva: do povo ou do príncipe (BOBBIO e MATTEUCCI, 1992: 319).

A teoria moderna surge com o Estado moderno, no qual as formas de governo são duas: monarquia e república. A antiga democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), na qual se origina a interação peculiar entre ideais democráticos e ideais republicanos, o governo essencialmente popular é denominado de república e não de democracia.

De fato, o Estado Democrático nasceu das lutas contra o absolutismo, principalmente através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana, por isso a grande influência de jusnaturalistas como LOCKE e ROUSSEAU.

Nesse contexto, temos três grandes movimentos político-sociais que transcenderam do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático, dentre outros: a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa.

LOCKE foi o um dos maiores expoentes da Revolução Inglesa, que teve no *Bill of Rights*, de 1689, sua expressão mais significativa. A Revolução Americana objetivou um governo popular e antiabsolutista na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776. A Revolução Francesa sob evidente influência dos pensamentos de JEAN JACQUES ROUSSEAU, universalizou os seus princípios quando expressou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Desse modo, veremos a concepção de democracia bobbiana (BOBBIO, 2002).



Ao abordar a questão democrática, BOBBIO partiu da premissa de que o permanente estado de transformação é o que marca a democracia – a democracia é dinâmica, e o despotismo é estático, visto que ela não se funda apenas no consenso nem tampouco no dissenso, mas na interação entre ambos.

Por conseguinte, para que as decisões sejam legítimas e aceitas como coletivas, devem ser fundamentadas em regras (positivadas ou consuetudinárias). Entretanto, necessariamente, devem estabelecer quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias e quais os fundamentos e procedimentos para tal.

No tocante às modalidades de decisão, o princípio fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, aquela por meio da qual são consideradas decisões coletivas as que vinculam todo o grupo.

Com efeito, a racionalidade do jogo democrático ocorre por meio do livre debate antes da deliberação, bem como pelas diversas formas de controle da decisão tomada e, por conseguinte, da revisão das decisões consideradas inoportunas, ineficazes e injustas.

Nesse contexto, a Constituição exerce um papel de fundamental importância, visto que determina as regras do jogo e não como se deve jogar, pois o modo de jogar depende da habilidade dos jogadores.

De fato, as normas constitucionais estabelecem procedimentos, regulamentando os meios para se chegar à decisão, isto é, determinam o como e não o conteúdo da decisão a ser tomada, já que o conteúdo está relacionado às opções políticas das partes vencedoras do jogo.

Dessa maneira, BOBBIO estabelece que: “Da Idade Clássica a hoje o termo ‘democracia’ foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo” (BOBBIO, 2001: 135).

Nesse contexto, observamos que o projeto democrático foi idealizado para uma sociedade bem menos complexa que a atual, assim tivemos o surgimento de três óbices não previstos e que surgiram em virtude da evolução da sociedade civil.

O primeiro óbice refere-se à transformação da economia familiar em economia de mercado.

No decorrer dos anos, a economia familiar passou para economia protegida, regulada, planejada, aumentando os problemas políticos que requerem competências técnicas. Os problemas técnicos exigem cada vez mais a presença de especialistas para solucioná-los.

Nesse contexto, a tecnocracia e democracia são antitéticas, uma vez que o protagonista da sociedade industrial é o especialista, pois é impossível que seja um cidadão qualquer.

A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos.

O segundo óbice diz respeito ao crescimento contínuo do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado hierarquicamente do vértice à base e, portanto, oposto ao sistema de poder democrático.

Apesar disto, existe uma ligação forte entre democratização e burocratização, pois o processo de burocratização foi, em boa parte, uma consequência do processo de democratização.

De fato, quando somente os proprietários votavam, era natural que pedissem ao poder público apenas a proteção da propriedade. Entretanto, a partir do momento em que o voto foi estendido aos menos favorecidos como, por exemplo, ao analfabeto, foi inevitável que eles pedissem ao estado a instituição de escolas gratuitas, surge o estado assistencial quando o mesmo direito é dado a setores desfavorecidos da sociedade.

Já o último óbice corresponde ao rendimento do sistema democrático como um todo, ou seja, o problema da ingovernabilidade da democracia.

Desse modo, a relação entre liberalismo e democracia foi sempre difícil. Hoje, quando o liberalismo parece bem ancorado na teoria do Estado mínimo, a relação se tornou ainda mais difícil. Nos últimos anos o tema principal da polêmica foi o da ingovernabilidade.

O problema da ingovernabilidade pode ser articulado em três pontos:

- a) os regimes democráticos caracterizam-se por uma desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema político;
- b) nos regimes democráticos a possibilidade de conflito social é maior do que nos regimes autocráticos. E quanto mais aumentam os conflitos, mais aumenta a capacidade de dominá-los. Os interesses contrapostos são múltiplos, sendo difícil satisfazer um deles sem ofender a um outro, numa cadeia sem-fim;
- c) nos regimes democráticos o poder está mais amplamente distribuído do que nos regimes autocráticos, neles se encontrando, em contraste com o que ocorre nos regimes opostos, o fenômeno hoje conhecido como poder “difuso”.

Uma das características da sociedade democrática é a de ter mais centros de poder: o poder é tanto mais difuso quanto mais o governo é regulado por procedimentos que admitem a participação, o dissenso e, portanto, a proliferação dos lugares em que se tomam decisões coletivas.

A ingovernabilidade tende a sugerir soluções autoritárias na direção de reforçar o Poder Executivo, dando preferência a sistemas de tipo presidencialista; antepor sempre novos limites à esfera das decisões que podem ser tomadas com base na regra da maioria.

A solução para a “sobrecarga” das demandas da sociedade refere-se ao melhor funcionamento dos órgãos de decisão ou à drástica limitação do seu poder.

Dessa maneira, temos o contraste contínuo e jamais resolvido entre a exigência dos liberais, um Estado que governe o menos possível, e a dos democratas, um Estado no qual o governo esteja o mais possível nas mãos dos cidadãos.

De fato, o Estado Liberal e depois seu desenvolvimento em Estado Democrático contribuíram para emancipar a sociedade civil do sistema político. Com efeito, tivemos um aumento cada vez maior de demandas dirigidas ao governo, ficando este obrigado a dar respostas sempre adequadas. A quantidade e a rapidez destas demandas, no entanto, são de tal ordem que nenhum sistema político, por mais eficiente que seja, pode a elas responder adequadamente.

Em sentido contrário, temos o sistema autocrático no qual ocorre o oposto, pois este controla a demanda por ter limitado a autonomia da sociedade civil. Por conseguinte, possui uma resposta mais célere por não ter que observar os complexos procedimentos decisórios de um sistema parlamentar.

Por fim, mesmo diante das dificuldades elencadas em comparação com os anos entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, tivemos o aumento no número de países que se tornam democráticos.

## 2 O FUTURO DA DEMOCRACIA

Diante dos problemas examinados, BOBBIO percebe que, para expandir a democracia, é necessário, antes de tudo, compreender o contraste entre “os ideais democráticos e a democracia real”, entre “o que foi prometido e o que foi efetivamente realizado”. E são seis as promessas não cumpridas pela democracia (BOBBIO, 2002).

De fato, BOBBIO descreve o nascimento da sociedade pluralista como a primeira promessa não cumprida. BOBBIO nos fornece uma análise acerca dos fatores, que seriam expressão direta de uma concepção individualista de sociedade, características da filosofia social da idade moderna.

A democracia moderna nasceu de uma concepção individualista da sociedade, que é entendida como produto artificial da vontade dos indivíduos. Três eventos contribuíram para a formação desta concepção de sociedade:

- a) Contratualismo que salienta acerca do estado de natureza, no qual os indivíduos são soberanos, existindo antes da sociedade civil. Para os contratualistas o contrato cria a sociedade civil.

Assim, essa corrente se baseia na idéia de uma contraposição entre estado de natureza e sociedade civil, partindo do princípio de que no estado de natureza os indivíduos desfrutavam de uma liberdade e de uma igualdade ilimitadas. A sociedade civil teria sido o resultado de um acordo livre e voluntário dos próprios indivíduos, com o objetivo de instituir um poder comum, que teria a função de garantir a liberdade e, para alguns autores do contratualismo, a propriedade.

- b) Economia política: BOBBIO elabora uma análise da sociedade e das relações sociais cujo sujeito é indivíduo singular (*homo oeconomicus* e não o *politikón*

*zôon* da tradição). O nascimento da economia política, que se baseia na idéia de homem econômico como indivíduo singular que, a exemplo de ADAM SMITH, promove o bem-estar geral da sociedade ao perseguir seus interesses.

- c) Filosofia utilitarista: o critério da ética objetivista é o de partir da consideração de estados essencialmente individuais e de resolver o problema tradicional do bem comum na soma dos bens individuais.

Nesse contexto, temos a filosofia utilitarista de BENTHAM, que parte do princípio de que o bem comum deve ser medido por meio da soma dos bens individuais.

O utilitarismo toma como ponto de partida, estados essencialmente individuais, como o prazer e a dor, afirmando que o indivíduo alcança a felicidade quando maximiza prazer e minimiza dor, advindo daí a concepção de bem comum como estando diretamente relacionado com a felicidade do maior número.

A doutrina democrática, partindo da hipótese do indivíduo soberano entrando em acordo com outros indivíduos igualmente soberanos, cria a sociedade política. *À priori*, tinha-se imaginado um estado sem corpos intermediários (cada cabeça, um voto).

Entretanto, o que aconteceu nos Estados democráticos foi exatamente o oposto. Os grupos, e não os indivíduos, são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais o povo, a nação, um soberano, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal, mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com sua relativa autonomia diante do governo central.

Nesse contexto, BOBBIO descreve que: “Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal, mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes” (BOBBIO, 2002: 35).

Conforme observamos, BOBBIO entende o fato de que os indivíduos não participam mais diretamente do processo político, mas através de organizações que competem entre si pela adesão das massas.

BOBBIO entende a revanche dos interesses como a segunda promessa não cumprida.

A democracia moderna (representativa) deveria ser caracterizada pela representação política, isto é, por uma forma de representação na qual o representante deveria representar o interesse da nação e não de outros interesses particulares.

Assim, relações que eram de natureza pública tornaram-se relações de natureza privada. Diante da relação entre a elite e a massa, sabemos que os interesses das elites divergem, consideravelmente, dos interesses das massas que representam, o que representa um problema para a questão da representação.

Em sociedades não-complexas, a vida política é passível de ser conduzida por indivíduos ou atores coletivos, no sentido em que estes é que decidem acerca de seu destino; assim, nas sociedades menores, os atores políticos relevantes são, de fato, os indivíduos.

Estes vivem em uma circunstância que lhes permite comandar o processo político, bem como as atitudes de seus representantes. Porém, o mesmo não ocorre em sociedades complexas e massificadas.

A massificação da sociedade surge em decorrência, entre outras coisas, dos sufrágios universais, que são responsáveis pela participação política da população que até então se encontrava excluída do processo político.

Diante disso, a representação política se desloca dos indivíduos para as organizações que os representam, ou seja, a ação do indivíduo se trivializa, passando a vida política a ser conduzida por organizações impessoais.

Desta forma, os sujeitos politicamente relevantes deixam de ser os indivíduos, passando a ser os grupos e as organizações.

Assim, os interesses dos indivíduos passam a ser representados.

De fato, o corporativismo é uma forma de representação de interesses de determinados grupos. Os grupos corporativistas tendem a associar interesses particulares com o interesse geral da Nação, o que demonstra que uma organização pode ser estruturada tendo em vista a representação de interesses particulares.

Assim, nas democracias modernas o indivíduo não exerce controle sobre seus representantes, pois o povo é somente produtor do governo.

Em suma, a democracia é um método de produção do governo, processo este que é dirigido pelas organizações que competem pelo poder. Assim, a função do indivíduo resume-se em escolher a melhor dentre as alternativas possíveis, contrariando os ideais da democracia clássica, que entendia o indivíduo como um ser interessado por política e capaz de comandar o processo político.

A terceira promessa não cumprida foi a não derrota do poder oligárquico.

A presença de elites no poder não eliminou a diferença entre regimes democráticos e regimes autocráticos, mas as diversas formas de governo distinguem-se diante da sua diferente formação e organização.

Assim, a característica de um governo democrático não é a ausência de elites, mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para conquista do voto popular.

A quarta promessa não cumprida é denominada por BOBBIO como o espaço ilimitado.

De fato, a democracia não conseguiu derrotar por completo o poder oligárquico, sendo, portanto, incapaz de ocupar todos os espaços importantes responsáveis pela tomada de decisões vinculatórias para um grupo social.

A democracia tem um espaço limitado. O indivíduo não é considerado em seus papéis específicos, mas no seu papel geral (de cidadão). O avanço democrático não está tanto na ampliação do número de votantes e sim na ampliação de espaços nos quais a democracia deve imperar.

Dessa maneira, o desenvolvimento atual da democracia reside na ocupação de novos espaços pela democracia representativa, isto é, da democratização do Estado à democratização da sociedade.

A quinta promessa não-cumprida pela democracia real em oposição com a democracia ideal é a eliminação do poder invisível, que se expressa em organizações como máfia, serviços secretos incontroláveis e acobertadores de subversivos que deveria combater.

Uma das razões da superioridade da democracia diante dos estados ditatoriais funda-se sobre a convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao “poder sem máscara”.

No apêndice da obra “A Paz Perpétua”, KANT descreveu um princípio que todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é susceptível de se tornar pública são injustas (KANT, Edições 70).

Nesse contexto, a publicação dos atos do governo é importante não só para torná-los públicos como também para controlá-los, um expediente que permite decidir o que é lícito ou não.

Dessa maneira, o controle público do poder é fundamental. Caso contrário, os atos do governo podem gerar mecanismos perversos de bloqueio à democracia, tornando pouco visíveis aos cidadãos os mecanismos que decidiam sobre seus destinos. Não por acaso insistiu tanto no tema do governo invisível e seu imenso perigo à democracia.

A democracia tem de ser transparente, BOBBIO indaga: quem controla os controladores? Caso não tenhamos resposta a essa pergunta, a democracia, como advento do governo visível, está perdida (BOBBIO, 2002: 43).

Assim, a não-transparência do poder representa um sério obstáculo à efetivação dos governos republicanos, entendidos como um governo do poder público baseado na publicidade de seus atos, ou seja, uma coisa pública (não privada) e manifesta (não secreta).

A última promessa não cumprida salienta que a educação do cidadão para a cidadania se realiza com o exercício da prática democrática.

Como sabemos, os cidadãos se dividem em ativos e passivos, e os governantes preferem os segundos, uma vez que é mais fácil dominar súditos dóceis e indiferentes, mas a democracia precisa dos primeiros.

Dessa maneira, a extensão do sufrágio universal e a participação eleitoral dos menos favorecidos são fatores importantes no combate aos privilégios de uma minoria que luta pelos seus interesses exclusivos.

Nesse contexto, afirmar que os direitos humanos são direitos “naturais”, que as pessoas “nascem” livres e iguais, não significa afirmar que a consciência dos direitos seja algo espontâneo.

O homem é um ser, ao mesmo tempo, natural e cultural, que deve ser “educado” pela sociedade. A educação para a cidadania constitui, portanto, uma das dimensões fundamentais para a efetivação dos direitos, tanto na educação formal quanto na educação informal ou popular e nos meios de comunicação.

Nas democracias atuais, o aumento do número de pessoas que se desinteressam por política e o aumento do número de pessoas que votam para conseguir benefícios (voto *di scambio*/voto clientelar) tem refutado a máxima de que a democracia é um processo de educação política – quanto mais a exercemos, maior tende a ser sua força.

Nesse contexto, observamos a importância do desenvolvimento e exercício da cidadania a fim de politizar o cidadão, tornando-o um elemento participativo na sociedade.

A cidadania é a qualidade de cidadão. RODRIGUES NUNES descreve que: “cidadão é a pessoa que goza dos direitos civis e políticos de um Estado, devendo, entretanto, obrigações atinentes aos mesmos” (RODRIGUES NUNES, 1995: 77).

Atualmente, o conceito de cidadão e de cidadania evoluiu, adquirindo uma abrangência psicossocial de tal monta que o estudioso da matéria não pode mais se ater tão-somente à dicotomia: “gozo dos direitos civis e políticos” e, ainda, “o desempenho dos deveres para com o estado e a comunidade”.

Assim, com o desenvolvimento histórico, os valores sociais se modificam. Deste modo, as palavras cidadão e cidadania tiveram seu significado reavaliado.

O que é cidadania hoje ?

O conteúdo da cidadania alargou-se, ao longo da história; a cidadania hoje não tem apenas o conteúdo civil e político de sua formulação original. Modernamente, a cidadania abrange outras dimensões.

MARILENA CHAUI entende que a cidadania se define pelos princípios da democracia, significando necessariamente conquista e consolidação social e política. A cidadania exige instituições, mediações, comportamentos próprios, constituindo-se na criação de espaços de lutas (movimentos sociais, sindicais e populares) e na definição de instituições permanentes para a expressão política, com partidos, legislação e órgãos do poder público. Distingue-se, portanto, a cidadania passiva – aquela que é outorgada pelo Estado, com a idéia moral do favor e da tutela – da cidadania ativa – aquela que o cidadão como portador de direitos e deveres, mas essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política (MARILENA CHAUI, *apud* CASTRO JÚNIOR, 1998: 102).

PAULO DE TARSO BRANDÃO salienta a cidadania como sendo os direitos decorrentes da relação de participação que se estabelece entre o Estado e todos os



integrantes da sociedade civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual, seja coletiva (BRANDÃO, 2001: 09).

O que é ser cidadão hoje?

Para muita gente, ser cidadão confundia-se com o direito de votar, mas quem já teve alguma experiência política – no bairro, na igreja, escola, sindicato etc. – sabe que o ato de votar não garante plenamente a cidadania, se não vier acompanhado de determinadas condições de nível jurídico, econômico, social, político e cultural.

Podemos acrescentar que ser cidadão significa ter direitos e deveres. Tal situação está descrita na Carta de Direitos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, que tem suas primeiras matrizes marcantes nas Cartas de Direito dos Estados Unidos (1776) e da Revolução Francesa (1789). Sua proposta mais importante da cidadania é a de que todos os homens são iguais ainda que perante a lei, sem discriminação de raça, credo ou cor; enfim, o direito a ter uma vida digna.

O cidadão também precisa ter deveres: ser o próprio fomentador da existência dos direitos a todos, ter responsabilidade pela comunidade, fazer parte do governo, direta ou indiretamente, ao votar, ao pressionar através dos movimentos sociais, ao participar de assembleias – no bairro, sindicato, partido ou escola.

Dessa maneira, BOBBIO salienta um padrão mínimo para a cidadania. Tal padrão pode ser reconhecido nas seguintes regras elencadas por BOBBIO:

1. Todos os cidadãos que tenham alcançado a maioridade, sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo etc., devem gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de expressar através do voto a própria opinião e/ou eleger quem se expresse por ele.

2. O voto dos cidadãos deve ser de peso igual (isto é, deve valer por um).

3. Todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres para votar, conforme opinião própria formada, quanto mais livremente possível, isto é, numa competição entre grupos políticos organizados que disputam entre si para agregar os anseios e transformá-los em deliberações coletivas.

4. Devem ser livres, também, no sentido de que devem ser colocados na condição de possuírem alternativas reais, isto é, de poderem escolher entre várias soluções.

5. Seja por deliberações coletivas, seja por eleições de representantes, vale o princípio da maioria numérica, mesmo que possam se estabelecer diversas formas de maioria (relativa, absoluta, qualificada) em determinadas circunstâncias estabelecidas.

6. Nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em particular o direito de tornar-se maioria em igualdade de condições (BOBBIO, 1991: 34).

De fato, estes itens descrevem acerca das exigências mínimas para o reconhecimento da cidadania. Assim, o fator mais complicado relaciona-se à participação efetiva nas decisões sobre os padrões de acumulação e distribuição da



riqueza social. Assim, tal como a noção de direitos humanos, a idéia de cidadania possui um sentido cada vez mais amplo.

Os direitos do cidadão implicam a existência de uma ordem jurídico-política garantida pelo Estado. Tais direitos, portanto, não têm amplitude universal. São prerrogativas dos indivíduos (cidadãos) que participam dos destinos da *Pólis*. Os direitos de cidadania precisam, pois, ser garantidos por dispositivos constitucionais.

Em muitos casos, os direitos dos cidadãos assemelham-se aos direitos humanos, os quais se caracterizam pela amplitude e abrangência em relação aos primeiros. Assim, por exemplo, uma criança tem direitos humanos, mas não tem direitos ou deveres ligados à cidadania.

Diante da variabilidade, os direitos de cidadania são mais sujeitos a modificações, pois podem ser ampliados, restringidos ou simplesmente abolidos pelos governos ou pelos poderes constituídos.

Dessa maneira, devido à globalização, é necessário redefinir o conceito de cidadania, a fim de efetividade em prol dos hipossuficientes, adequando-o às novas exigências da democracia e aos direitos da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

De acordo com BOBBIO, para o desenvolvimento da democracia é essencial um conjunto de regras que estabeleçam quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos, sendo que, para a efetivação da democracia, é fundamental o respeito aos direitos individuais, isto é, as liberdades civis.

Dessa maneira, essencial para a democracia é a necessidade de que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condições de poder escolher entre as melhores propostas.

Apesar de todos os problemas existentes, o fundamento mínimo do Estado Democrático não encolheu: garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos concorrentes, eleições periódicas com sufrágio universal, decisões coletivas ou tomadas com base no princípio da maioria.

Por fim, BOBBIO admite que a democracia resistiu a todos os óbices, mas a sua vitória não é definitiva. Como sabemos, os regimes democráticos não se transformaram em regimes autocráticos, o que não elimina a necessidade constante de lutarmos pela democracia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e filosofias políticas*: contribuições para a história da ciência política. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- \_\_\_\_\_. *A teoria das formas de governo*. 10. ed. Brasília: UnB, 1998.
- \_\_\_\_\_. *As ideologias e o poder em crise*. 3. ed. Brasília: UnB, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio sobre ciência política na Itália*. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Entre duas repúblicas*. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Il futuro della democrazia – una difesa delle regole del gioco*. Torino: Einaudi, 1984.
- \_\_\_\_\_. *L'Età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 8. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O marxismo e o estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Tra due repubbliche: Alle origini della democrazia italiana*. Roma: Donzelli Editore, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Três ensaios sobre a democracia*. São Paulo: Cardim e Alario, 1991.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1996.
- BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Diálogo em torno da república: os grandes temas da política e da cidadania*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUALINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 4. ed. Brasília: UnB, 1992. 2 v.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.
- CÁCERES, Florival. *História geral*. São Paulo: Moderna, 1996.
- CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. *A democratização do poder judiciário*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil*. São Paulo: Ícone, 2000.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70.
- MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. São Paulo: Edições Paulinas, 1987.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Curitiba: Juruá, 2001.
- NUNES, Rodrigues. *Dicionário jurídico Rg – fenix*. 3. ed. São Paulo: RG Editores, 1995.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

# PODER JUDICIÁRIO DE SÃO PAULO: ANÁLISE ENUNCIATIVA/DISCURSIVA DE UM MANDADO DE AVERBAÇÃO QUE CONVERTE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO

---

**Any Lilian Maxemiuc Barcellos**

Mestre em Comunicação Social pela Faculdade Cásper Líbero, Doutoranda em Análise de Discurso pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Professora da Universidade de Mogi das Cruzes – UMC – e da Faculdade de Campo Limpo Paulista – FACCAMP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações gerais a respeito do Poder Judiciário brasileiro; 2 Interpretação da estrutura estética do enunciado “mandado de averbação de conversão de separação judicial em divórcio”; 3 Identificação das “pessoas” no enunciado; 4 Identificação da categoria tempo e interpretação dos conteúdos semânticos e modais dos verbos; 5 Identificação da categoria espaço; Conclusão; Referências Bibliográficas; Anexo.

RESUMO: O presente artigo relata os resultados de um estudo cuja finalidade foi identificar marcas lingüístico/textuais, indicativas de valores implícitos no Poder Judiciário de São Paulo, por intermédio da análise de um mandado de averbação que converte separação judicial em divórcio, com o apoio das estratégias analíticas propostas por MIKHAIL BAKHTIN em seus estudos no campo da análise do discurso.

PALAVRAS-CHAVE: enunciação; enunciado/discurso; categoria de pessoa; categoria de tempo; categoria de espaço; heterogeneidade constitutiva.

## INTRODUÇÃO

Os documentos produzidos pelo Poder Judiciário, ou qualquer outra instituição sócio-cultural apresentam, em uma dimensão subjacente, os conflitos de valores que permeiam a sociedade como um todo (NOUROUDINE, 2002). Para que os elementos que revelam tais conflitos sejam desvelados, é necessário levar em conta aspectos que transcendem a interpretação de textos baseada em conteúdos expressos, única e exclusivamente, no âmbito do discurso verbal. Para VOLOSHINOV/BAKHTIN (1976), o discurso verbal é claramente não suficiente, pois nasce de uma situação pragmática extraverbal e mantém a conexão mais próxima possível com essa situação. Além disso, tal discurso é diretamente vinculado à vida em si e não pode ser divorciado dela sem perder seu significado. Juntamente com os fatores verbais, é possível identificar julgamentos e avaliações que abrangem situações extraverbais, aquelas, por exemplo, associadas à estrutura estética do texto/enunciado.

A análise da estrutura estética consiste em um dos recursos para se identificar a heterogeneidade constitutiva do discurso, conceito este que constitui um dos eixos da teoria proposta por BAKHTIN (2000). Ela diz respeito ao princípio de que toda linguagem se realiza em um tempo e lugar específicos e é constituída por envolvimento intersubjetivos que resultam da história que a precede, de tal forma que o significado

das palavras só se define no ato de comunicação. “Na verdade, o que o texto enfatiza, para combinar as dimensões histórica e intersubjetiva é a avaliação social realizada pelo sujeito, a qual se configura como uma dimensão que atualiza o enunciado do ponto de vista de sua presença factual, do ponto de vista de seu significado semântico e não somente enquanto palavras, forma gramatical, ou frase tomada em sua definição lingüística abstrata” (BRAIT, 2001: 97).

Levando em conta as considerações acima levantadas, é relevante destacar que o conceito de língua fica aqui definido como um sistema de estruturas semióticas virtuais que passam a fazer sentido *somente em situação de comunicação*, isto é, quando um falante delas se apropria em um contexto espaço-temporal específico com uma finalidade distinta. Ao apropriar-se de estruturas lingüísticas em situação de interação, o falante torna-se enunciatário: ele não só cria enunciados/discursos como também projeta no enunciado um destinatário, aquele a quem o discurso se dirige, aqui chamado de enunciatário. O contexto extraverbal – pessoas, espaço e tempo – que dá origem aos enunciados/discursos é chamado de situação de enunciação (FIORIN, 2002). Segundo KERBRAT-ORECCHIONI (1980) é impossível estudar o ato da enunciação; a única possibilidade é identificar e descrever os traços do ato no produto, ou seja, no enunciado.

O estudo descrito em seguida diz respeito à identificação dos valores implícitos no Poder Judiciário de São Paulo por intermédio da análise/interpretação de um mandado de averbação que converte separação judicial em divórcio (anexo),<sup>1</sup> utilizando como fundamento a análise de discurso conforme proposta acima. Os elementos passíveis de análise e interpretação foram: a estrutura formal do texto, as categorias gramaticais de pessoa, tempo (juntamente com os conteúdos semânticos e modais dos verbos) e espaço.

## 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A origem do Poder Judiciário brasileiro, instituição da qual se originou o *corpus* analisado, remonta às origens do Brasil ao ano de 1549, quando TOMÉ DE SOUZA “trouxe consigo o Desembargador PERO BORGES para desempenhar a função de Ouvidor-Geral, encarregando-se da administração da Justiça” (MARTINS FILHO, 2000: 55). Em seguida, “as figuras dos corregedores, provedores, juizes ordinários e juizes de fora, próprios da Justiça portuguesa, começaram a aparecer no Brasil, na medida em que a colonização foi se ampliando, exigindo uma estrutura burocrática e administrativa mais sofisticada” (idem). Tais figuras só foram extintas em 1832, no período regencial. No entanto, a criação do Tribunal de Relação de São Paulo (incluindo Paraná) definido como jurisdição de 2ª instância, subordinada ao Supremo Tribunal de Justiça (órgão de 1ª instância), aconteceu apenas em 1873. Este órgão, mais tarde (1891) foi transformado em Tribunal de Justiça de São Paulo, garantindo aos magistrados (juizes de Direito), a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos, direito este que se estende até a data de hoje, com o acréscimo da garantia de inamovibilidade:

1 Foram eliminados os conteúdos que, eventualmente, pudessem permitir a identificação dos participantes.

“Os juízes gozam das seguintes garantias:

- I – vitaliciedade que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;
- II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado e competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;
- III – irredutibilidade de subsídios.”<sup>2</sup>

Segundo SANTOS, a vitaliciedade dos juízes que impera até os dias de hoje “poderia, em tese, garantir uma certa autonomia do Judiciário frente às ingerências políticas do Legislativo e do Executivo” (SANTOS, 1999: 197). No entanto, “esta vitaliciedade leva à formação de uma casta intocável e inatingível, fazendo do juiz, não um cidadão, mas um ‘super cidadão’, um ‘super-homem’, e não raramente esta vitaliciedade acaba por fortalecer outra questionável conduta do Poder Judiciário brasileiro, a hereditariedade, que se torna viável através de concursos mal elaborados e de pouca seriedade encontrados em certas unidades da Federação e em certos ramos especializados da Justiça” (idem).

MALHEIROS FIÚZA comenta, igualmente, a amplitude do poder do juiz de Direito: “levando-se em conta que o Direito, como diz o ilustre Prof. DIOGO LEITE DE CAMPOS, acaba sendo ‘o que o jurista diz que é Direito e que aplica como tal’, ou, indo mais além, com o mestre AMÍLCAR DE CASTRO, ‘o Direito é aquilo que o Juiz diz que é’, pode-se perceber a responsabilidade de Judiciário brasileiro” (MALHEIROS FIÚZA, 2001: 33).

A amplitude do poder do juiz manifesta-se de forma explícita, por exemplo, em artigos do Código Civil que versam a respeito da dissolução do vínculo conjugal:

“Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de 1 (um) ano e o manifestarem *perante o juiz* sendo *por ele* devidamente homologada a convenção.

Parágrafo único. *O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial* se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.”<sup>3</sup>

A conversão da separação judicial em divórcio consiste em ação autorizada somente por Juiz de Direito e é prevista no art. 1.580 do Código Civil:

“Decorrido 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

2 Art. 95 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 e atualizada até 14 de dezembro de 2000.

3 Cap. X, art. 1.574 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

Parágrafo primeiro. A conversão em divórcio da separação judicial será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que o determinou.

Parágrafo segundo. O divórcio poderá ser requerido, por um ou ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.<sup>74</sup>

## 2 INTERPRETAÇÃO DA ESTRUTURA ESTÉTICA DO ENUNCIADO “MANDADO DE AVERBAÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO”

O ‘mandado de averbação objeto do presente estudo (cópia anexa) consiste em documento real. Ele foi emitido em folha tamanho ofício contendo, no canto superior esquerdo, o brasão representativo do Estado de São Paulo<sup>5</sup> (reproduzido abaixo, à esquerda). O referido brasão foi instituído por ocasião da Revolução Constitucionalista de 1932 pelo Decreto nº 5.656. Uma pesquisa, com a finalidade de levantar a sua origem, revelou que ele reproduz os símbolos (escudo e espada com a bainha para baixo) presentes no brasão da Guarda Nacional Republicana Portuguesa (reproduzido abaixo, à direita).<sup>6</sup>

**Brasão do Estado  
de São Paulo**



**Brasão da Guarda Nacional  
Republicana Portuguesa**



A gênese da heráldica,<sup>7</sup> no que diz respeito ao uso do escudo em brasões, mostra que tal escolha está repleta de referências a guerras e torneios. De um ponto de vista histórico, é sabido que a coroa portuguesa empregava o desenho das armas reais em seus brasões. A partição do escudo em dois (escudo partido) representa, na linguagem heráldica, um golpe de arma: simboliza o dano que um escudo poderia sofrer sob o impacto de uma espada (já que é a espada que configura a partição), consoante a direção do golpe.<sup>8</sup> A espada antiga simboliza o caráter castrense da Guarda Nacional

4 Cap. X, art. 1.580 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

5 Fonte: [brasilrepublica.com/brasão.htm](http://brasilrepublica.com/brasão.htm)

6 Fonte: <http://www.gnr.pt/>

7 A heráldica consiste em ciência que trata, principalmente, da identificação de indivíduos, famílias, tribos ou clãs por intermédio de símbolos ou cores. Os símbolos são, em geral, empregados como marcas de posse e, ainda antes do seu aparecimento nos escudos, foram encontrados emblemas proto-heráldicos em selos (de cera ou chumbo). É importante ressaltar que a heráldica encontra-se fortemente associada aos cavaleiros medievais, às guerras e aos torneios (fonte: <http://www.armorial.net>).

8 Fonte: [pwp.netcabo.pt/0218254001Terravista](http://pwp.netcabo.pt/0218254001Terravista)

Republicana, criada em Portugal por decreto de 3 de maio de 1911, como “uma força de segurança constituída por militares organizados num Corpo Especial de Tropas dependendo, em tempo de paz, do Ministério da Administração Interna, para efeitos de recrutamento, administração e execução do serviço decorrente de sua missão geral, e do Ministério da Defesa Nacional para efeitos de uniformização e normalização de doutrina militar, do armamento e do equipamento”.<sup>9</sup> A partição do escudo nos brasões segue regras predeterminadas e podem resultar de alianças familiares ou territoriais, que levam à união num só escudo das armas de diferentes famílias ou indivíduos.<sup>10</sup>

No brasão do Estado de São Paulo, a partição do escudo pode estar associada à idéia de aliança do Estado de São Paulo com o Governo Federal (conforme relatado acima, o brasão foi instituído em 1932 por ocasião da Revolução Constitucionalista). Tal possibilidade é reforçada pelo texto constante da faixa representada na parte inferior do brasão: “*Pro Brasíliá Fiant Exímia*”, que significa “Pelo Brasil façam-se grandes coisas”.

### 3 IDENTIFICAÇÃO DAS “PESSOAS” NO ENUNCIADO

A instalação da pessoa no enunciado é realizada por intermédio dos pronomes pessoais retos, os quais exprimem a pessoa em função subjetiva; os pronomes pessoais oblíquos, que exprimem a pessoa em função de complemento; “os pronomes possessivos que, por sua vez, constituem uma variante dos pronomes pessoais, empregados quando se pretende expressar uma relação de apropriação entre uma pessoa (o possuidor) e uma ‘coisa’ (o possuído)” (FIORIN, 2002:61); as desinências número-pessoais do verbo, estabelecidas na medida em que “a categoria pessoa fica normalmente integrada na própria desinência flexional do verbo, uma vez que as formas verbais são normalmente explícitas: a menos que se queira dar certa ênfase, não usamos os pronomes pessoais como indicativos da respectiva categoria” (VILELA, 1999:159); e, finalmente, os pronomes de tratamento.

No enunciado analisado, foram encontradas cinco ocorrências de pronomes de tratamento: Doutor (duas ocorrências), precedendo o nome do Juiz de Direito que assina o referido mandado; Meritíssimo (duas ocorrências), precedendo o título “Juiz de Direito” e Senhor (uma ocorrência), precedendo o título “Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais”.

O pronome possessivo foi usado para categorizar a figura da mulher requerente: “requerida por ... e sua mulher”. A expressão “sua mulher” encontra-se impressa, revelando que a expressão é estável em todos os enunciados desse tipo. O uso do possessivo pode indicar relação de parentesco; no entanto, nesse caso, não existe essa relação já que marido e mulher não são considerados parentes. Então, o possessivo indica uma relação de posse – o marido representa o possuidor, enquanto a mulher representa o objeto possuído.

A representação do pronome pessoal do caso reto “eu” ocorre duas vezes no enunciado, uma vez precedendo o nome do escrevente e outra precedendo o nome do

<sup>9</sup> Fonte: <http://www.gnr.pt/>

<sup>10</sup> Fonte: <http://www.armorial.net>



escrivão. Os títulos “Escrevente” e “Escrivão Diretor” sucedem, respectivamente, os seus nomes datilografados.

#### 4 IDENTIFICAÇÃO DA CATEGORIA TEMPO E INTERPRETAÇÃO DOS CONTEÚDOS SEMÂNTICOS E MODAIS DOS VERBOS

A categoria tempo é instalada no enunciado através dos tempos verbais, os quais, especialmente na língua portuguesa, possibilitam uma grande variedade de opções. O tempo presente, por exemplo, implica a contemporaneidade entre o momento da enunciação e o momento do enunciado. No entanto, no enunciado, ele pode ser subvertido: o tempo presente é usado no lugar do pretérito em enunciados acadêmicos já que no interior dos mesmos a atualidade se torna uma exigência: “cabe ao pós-graduando ... desenvolver seu trabalho de reflexão e pesquisa... em consonância com o momento histórico vivido pela sua sociedade concreta” (SEVERINO, 1991: 111). O uso do tempo pretérito perfeito, por sua vez, em seu sentido literal marca uma relação de anterioridade entre o momento de referência do acontecimento e o momento de referência presente, mas pode, também, ter seu uso subvertido em representações do futuro histórico como no exemplo que segue: “amanhã, a esta hora, já fizemos o exame”.

Com relação aos verbos é importante também considerar os seus aspectos semânticos e a modalidade, já que o aspecto semântico representa o tipo de processo representado (processo de ação, processo cognitivo, processo verbal, por exemplo) e a modalidade representa a gramaticalização da atitude do falante (ligada a questões de opinião, crença, conhecimento ou permissão-obrigação).

A representação do tempo presente no enunciado estudado é realizada na conjugação do verbo “mandar” e “proceder” em “O Doutor... *manda* ao Senhor Oficial... *proceda*...” e, mais adiante na conjugação do verbo “cumprir” em “*Cumpra-se*, observadas as formalidades ...” O uso do presente do indicativo, conforme já explicitado acima, marca coincidência entre o momento da enunciação e o momento projetado no enunciado. No entanto, nesses casos específicos, ele é subvertido, pois os verbos dizem respeito a ações futuras, que ainda não aconteceram. O uso do presente, na forma imperativa, tem a função de realizar uma obrigação ou ordem. “O valor do imperativo está intimamente ligado à situação, ao contexto, tanto mais que supõe a presença de um *partner* de quem o falante pode esperar a realização do que “é ordenado”. A situação – intervindo aqui também a entoação – indica em que medida aquilo que é pedido se caracteriza como “pedido”, “ordem”, “conselho” etc.” (VILELA, 1999: 175). O tempo de realização é sempre o futuro. Nesse caso específico, fica caracterizada a ordem a ser cumprida pelo *partner*: o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

#### 5 IDENTIFICAÇÃO DA CATEGORIA ESPAÇO

É interessante observar como se configura o enunciado, de um ponto de vista estético, quanto ao espaço: o brasão do Estado de São Paulo, com seu escudo e sua espada, constrói representações de valores bélicos que remetem à estrutura imperial portuguesa, ao espaço da metrópole. Tal brasão, localizado na parte superior, domina todo o resto e é seguido pela inscrição em letras maiúsculas “Poder Judiciário” sob o



qual se identifica o espaço a partir do qual enuncia: São Paulo. Logo após a identificação do documento – mandado de averbação – o enunciador projeta a pessoa, ou seja, “O Doutor... Meritíssimo Juiz de Direito da...” e, em seguida, o “Senhor Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais”, no terço superior do enunciado. A realização das pessoas que representam os requerentes aparece na parte mais central do enunciado, enquanto que as pessoas “escrevente” e “escrivão” são realizadas no terço inferior. Para FIORIN, “o espaço de cima é dos deuses; o do meio, o dos homens; o de baixo, o da morte e dos deuses subterrâneos” (2002: 260). Partindo deste ponto de vista, é possível considerar o Estado – brasão imperial – representado na pessoa do juiz como pertencente ao espaço de cima, o espaço dos deuses, enquanto que as pessoas realizadas na figura dos requerentes pertencem ao espaço do meio, o dos homens. O espaço de baixo é representado na figura dos burocratas, escrevente e escrivão, os deuses subterrâneos. Os “homens” gravitam entre as duas forças como marionetes movidas por mãos não tão invisíveis.

## CONCLUSÃO

A identificação dos elementos lingüísticos/textuais presentes no discurso/enunciado emitido pelo Poder Judiciário tornou possível desvelar conexões com discursos precedentes, mais especificamente, com discursos que tiveram lugar sob o brasão imperial, sob os símbolos das armas reais: o escudo e a espada. Parece claro não haver possibilidade de desvincular a estrutura do Poder Judiciário brasileiro atual de suas origens à época do Império.

Pode-se argumentar que, atualmente, os juízes ingressam na carreira através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação. No entanto, conforme comentado acima (SANTOS, 1999), os critérios associados a tal concurso não estão isentos de práticas que podem conduzir a possíveis desvios. Além disso, qualquer promoção, de entrância para entrância, implica critérios de merecimento – presteza e segurança no exercício da jurisdição e freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento. Tais critérios carecem de objetividade e são constituídos no âmbito da própria instituição judiciária.<sup>11</sup>

Por fim, valores como a vitaliciedade e a inamovibilidade remetem a privilégios concedidos pelo imperador aos seus representantes na colônia. Tais valores ramificam-se na forma pela qual o enunciador realiza as pessoas no enunciado: existe uma hierarquia de poderes que é representada pela atribuição ou não de títulos. Os requerentes, ambos homem e mulher, são realizados sem título algum, enquanto os enunciadorez juiz e o oficial do registro civil representados com os devidos títulos. As pessoas, “escrevente” e “escrivão”, são conectadas ao pronome “eu”, de forma que a elas é atribuída a responsabilidade da veracidade de tudo aquilo que é expresso acima.

Adicionalmente, a representação do homem na posição de possuidor e a da mulher na posição de objeto possuído pode significar, de um ponto de vista social, que o Poder Judiciário atribui ao homem *status* superior. O fato de a expressão “...e sua

11 Art. 93, Capítulo III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

mulher...” encontrar-se impressa no texto não constitui mera coincidência já que outras formas são possíveis como: “o casal... e...”, ou “os requerentes... e...” ou, simplesmente, “(nome) e (nome)”. Não parece haver, em qualquer tipo de documento oficial, a expressão “... e seu homem”, sendo possível, no entanto, encontrar... “e seu esposo”. É claro que o uso de expressões diferenciadas na representação dos gêneros masculino e feminino em tais documentos consiste em projeção de valores socioculturais presentes na situação de enunciação.

O verbo “mandar”, modalização de obrigatoriedade, é associado a um participante ao qual é atribuído poder. As obrigações projetadas nas ações “proceder” e “cumprir” são dirigidas a outro participante ao qual não resta outra alternativa a não ser obedecer. A análise do discurso revela a forma como se projetam as relações intersubjetivas no texto. Tais relações não se processam numa dimensão inconsciente, pois são consequência de hábitos culturais fortemente sedimentados na tessitura social. Para PARATESI, essas diferenças não são percebidas por “duas razões de natureza diferente: a primeira é o automatismo dos comportamentos adquiridos que faz com que sejamos apenas parcialmente conscientes de nossa linguagem ..., das posições de nosso corpo, por exemplo. A segunda razão é de natureza mais estritamente psicológica, até psicanalítica: o que é reprimido torna-se, por isso mesmo, uma zona obscura da consciência” (1991: 67).

Finalmente, a interpretação da representação estética dos espaços revelou não só o abismo que separa os cidadãos brasileiros daqueles responsáveis por “fazer justiça”, mas também a sua dependência dos burocratas que trabalham nos escalões inferiores do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BRAIT, Beth. Bakhtin: a natureza constitutivamente dialógica da linguagem. In: *Bakhtin, dialogismo e construção de sentido*. Campinas: Unicamp, 2001.
- FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação – as categorias de pessoa, espaço e tempo*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2002.
- KERBRAT-ORECCHIONI, Catherine. *L'énonciation*. De la subjectivité dans la langue. Paris: Armand Colin, 1980.
- MALHEIROS FIÚZA, Ricardo Arnaldo. *O poder judiciário no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O sistema legal e judiciário brasileiro*. São Paulo: LTr.
- NOUROUDINE, Abdallah. A linguagem: dispositivo revelador da complexidade do trabalho. In: *Linguagem e trabalho – construção de objetos de análise no Brasil e na França*. São Paulo: Cortez, 2002.
- PARATESI, Nora Galli de. As palavras tabu e a mulher. In: *Falas masculinas, falas femininas – sexo e linguagem*. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- SANTOS, Pedro Sérgio dos. Alguns elementos históricos e filosóficos sobre o poder de julgar. In: *A reforma do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 1999.
- VILELA, Mario. *Gramática da língua portuguesa*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- VOLOSHINOV, V. N. Discourse in life and discourse in art – concerning sociological poetics. In: *VOLOSHINOV, V. N. Freudism*. New York: Academic Press, 1976.

# O DIREITO À VIDA E O DIREITO À MORTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL: UM OLHAR PENSATIVO

---

**Robson do Boa Morte Garcez**

Professor de Direito Constitucional e da Cidadania, e de Linguagem Jurídica na FACCAMP, Especialista em Direito Constitucional pelo Centro de Extensão Universitária em São Paulo, Mestre em Comunicação e Letras (Discurso Jurídico) pela UPM, Membro do NUER – Núcleo de Estudos da Reforma – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Advogado Militante.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Notas histórico-etimológicas; 2 Do direito à vida e à vida digna; 3 Do direito à morte; 4 Considerações ético-jurídicas; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Faz-se uma análise dos aspectos centrais dos temas vida e morte, à luz do Direito Constitucional brasileiro. O direito à vida é tomado como pré-requisito à existência dos demais direitos. A promoção da morte, por conexão com a vida, é tida como afronta à dignidade da vida e da pessoa humana, ampliando a noção do direito à vida.

PALAVRAS-CHAVE: supremacia constitucional; direito fundamental; princípios; direito à vida; dignidade; direito à morte; eutanásia; proporcionalidade; ética.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A inviolabilidade do direito à vida é um dos pontos fundamentais dentre as garantias trazidas pelo texto constitucional que regula nosso Estado nacional. Com base nesse fundamental princípio, considerado como o “princípio dos princípios”, qualquer violação ao inalienável direito de viver deve sofrer, do Poder Público, toda a reprimenda cabível. Nesse passo, o Direito Criminal se apresenta como o braço de nossa legislação que oferece as regras para que seja regulada a conduta social.

O direito à vida vincula-se, inevitavelmente, ao direito que cada ser humano detém de viver dignamente, sem a imposição arbitrária de penas cruéis, torturas, bem como sofrimentos desnecessários. Nesse olhar, torna-se inevitável ponderar a prática da eutanásia, por inerência à vida, bem como à sua digna existência. Tema que, no tempo, vem dividindo opiniões dos filósofos, juristas e religiosos, além de permear todas as camadas sociais, em variados momentos, não pode a eutanásia deixar de ser tomada como tópico apreciável quando a matéria de fundo é o direito à vida.

No momento em que tramita um anteprojeto para um novo Código Penal, em vista da verticalidade fundamentadora<sup>1</sup> existente às normas que se abicam na

---

1 Expressão do constitucionalista Prof. Michel Temer ao enfatizar a supremacia constitucional ante as normas contidas na legislação infraconstitucional, como é o caso do Código Penal. Vd. *Elementos de direito constitucional*, p. 20.

Constituição Federal, faz-se necessário levar em elevada conta o direito à vida e afins.

Portanto, este breve texto se propõe a analisar alguns aspectos do direito fundamental à vida, tendo em vista os comandos constitucionais e certos fatores históricos, filosóficos, jurídicos e éticos implicados no direito de viver e de morrer.

Deixa-se de tratar de outras formas de promoção da morte humana, como o abortamento e o suicídio, ante a especificidade do enfoque ora adotado.

Ao final, são elaboradas considerações de cunho ético-jurídico, à luz da atual Constituição. Mesmo em face da laicidade de nosso País, ante a consabida influência de valores judaico-cristãos na CF existentes, refletindo nossa sociedade, o autor toma esse norte para o presente estudo, notadamente em suas ponderações derradeiras.

## 1 NOTAS HISTÓRICO-ETIMOLÓGICAS

*Vida* – tem origem no termo latino *vita(m)* e possui o sentido de “atividade interna substancial, por meio da qual atua o ser onde ela existe”.<sup>2</sup> Também se refere ao espaço de tempo que decorre desde que o ser orgânico nasce até que desaparece pela morte. Referindo-se à vida física, o grande tribuno MARCO TÚLIO CÍCERO (106-43 a.C.) usou a expressão “*vita quae corpore et spiritu continetur*”.<sup>3</sup>

*Eutanásia* – é expressão originada dos termos gregos *Ευς* (*eus* – bom, boa) e *Θάνατος* (*tánatos* – morte). Portanto, significa “boa morte”,<sup>4</sup> por isso designatória da morte boa, morte amena, tranqüila, enfim, o falecimento sem sofrimento. Tal compreensão já se verificava em épocas primevas, tanto que povos antigos, em certos casos, já adotavam procedimentos que minorassem sofrimentos de seus membros na hora derradeira. Por exemplo, em Esparta, os recém-nascidos com graves deformações físicas eram sacrificados na Ilha de Cós, enquanto os muito idosos eram convidados a uma festa, em que, ao fim da mesma, veneno lhes era oferecido para beber, conforme o relato de HOTTOIS e PARIZEAU.<sup>5</sup> Por sua vez, SUETÔNIO, escritor da Antigüidade, na clássica obra em que legou ao mundo uma descrição de alguns dos grandes homens de Roma, ao narrar a morte de OTÁVIO CÉSAR AUGUSTO, bem descreve um quadro da eutanásia:

“A morte que o destino lhe concedeu foi suave, tal qual sempre desejara: pois, todas as vezes que ouvia que alguém morrera logo e sem padecimentos, almejava para si e para os seus igual ‘eutanásia’ (conforme a palavra que costumava empregar). Não deu, antes de entregar a alma, senão um único sinal de perturbação mental, em virtude de um susto subitâneo.”<sup>6</sup>

2 Cf. *Novo dicionário etimológico da língua portuguesa*, p. 1863.

3 Cf. *Dicionário português-latino*, p. 1112. “Vida que contém corpo e espírito”. Tradução livre do autor.

4 Cf. *The analytical greek lexicon revised*, p. 190.

5 Apud VIEIRA, *Bioética e direito*, p. 81.

6 *A vida dos doze césares*, p. 97.

## 2 DO DIREITO À VIDA E À VIDA DIGNA

Desde os tempos primevos, a vida tem sido considerada como o bem mais valioso que pode um homem possuir. É considerado o direito dos direitos, em face da imprescindibilidade da vida para que o indivíduo possa gozar os demais direitos. O atual Código Civil brasileiro, em seu art. 1º, *in verbis*, afirma: “A personalidade civil da pessoa começa com nascimento com vida”. Entre os aspectos estruturantes da vida está que este bem fundamental deve ser garantido aos indivíduos quer ante a violência dos mais fortes, quer ante a acentuação de desigualdades sociais que impossibilitem a sobrevivência do ser humano. Nesse passo, já o papel da sociedade organizada, o Estado, mostra-se fundamental e estratégico, pois capaz de reconhecer as leis naturais e criar as leis positivas de salvaguarda e segurança.

Essa consideração acerca da atuação estatal não é de nosso tempo apenas. Na Antiguidade, antes da Era Cristã, encontramos PLATÃO retratando o dilema, por meio de CÁLICLES, que entendia ser do direito natural o domínio dos fracos pelos fortes. Assim, cada um teria direito a seus atributos, cabendo aos fracos a fraqueza e ao forte o direito à força ou fortaleza. O parecer de CÁLICLES é de que o Estado não deveria suprir o fraco em face do forte, pois estaria se opondo à natureza das coisas. No diálogo, SÓCRATES o contraria, ao explicar que – vivendo o homem em sociedade – iguala os desníveis e faz suprir as desigualdades. Além disso, prossegue, torna-se mais feliz o forte adaptado a uma sociedade em que os desvalidos têm dignidade que naquela em que são escravizados e dominados, destituindo a relação de convivência dos seres humanos.<sup>7</sup>

No Estado brasileiro, partindo de nosso texto fundamental, é declarada a existência de elementos assecuratórios da plenitude da vida. Com efeito, o princípio da preponderância da vida humana, que tem por corolário o princípio da dignidade da pessoa humana, embora subjacente no preâmbulo da Constituição Federal, manifesta-se no inciso III de seu primeiro artigo: “A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos (...) a dignidade da pessoa humana”. No art. 3º, firma-se como um dos objetivos da nossa República o “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O art. 5º, *caput*, consagra a inviolabilidade dos direitos essenciais do homem, iniciando precisa e estrategicamente pelo direito à vida. De outro lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que o Brasil subscreveu na mesma data, consagra em seu art. 3º: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.<sup>8</sup>

*Vida digna* – vai além da mera existência física. Um conceito conexo à dignidade da vida e da pessoa humana é a qualidade de vida,<sup>9</sup> objeto dos sonhos e desejos de

7 Este diálogo é o *Górgias*. Disponível em <http://www.filonet.pro.br/livros/p-z.htm>. Acesso em: 10 maio 2005.

8 Cf. *Direitos humanos – instrumentos internacionais de proteção*, p.16.

9 Ensina Francisco de Assis Correia: “*Qualidade de vida* é conjunto de condições favoráveis à expansão e ao desenvolvimento de qualquer ser humano. Ao princípio da defesa da vida e da qualidade de vida está ligado o direito de saúde, à sua defesa e promoção” (*Alguns desafios atuais da bioética*. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian. *Fundamentos da bioética*, p. 44-45. Apud VIEIRA, ob. cit. p. 20).

muitos. Contudo, nem sempre tal direito encontra sua realização, em face dos interesses diversos que há na sociedade, cumulados por atos de injustiça.

O Prof. DALMO DE ABREU DALLARI, reconhecido pesquisador e defensor dos denominados direitos da pessoa, com excelência no campo da proteção à vida e sua inerente dignidade, oferece-nos um quadro do que comporia a *visão do direito à vida*, e suas implicações, à luz de nossa vigente Constituição Federal.

*Suas vertentes*: a) direito de permanecer existente; b) direito a um adequado nível de vida (arts. 5º, XXIII; 196; 205; 215 e 217). Não bastaria, nessa compreensão, o estar vivo, mas tem-se por essencial ao reconhecimento da vida a presença de condições que tornem a vida física não apenas suportável, mas confortável.

*Conceituação*: a CF tutela o direito à vida sem estabelecer o momento inicial e final da proteção jurídica. Esses termos são fixados pela legislação infraconstitucional, como faz o Código Civil brasileiro, art. 2º. Este instituto, por sua vez, reconhece a proteção da vida desde o início da gravidez ou concepção.

*Decorrências do direito à vida*: reconhecida como o direito dos direitos, a vida acarreta o direito à integridade física, direito à integridade moral, proibição da pena de morte e venda de órgãos, punição ao crime de homicídio, eutanásia, aborto e tortura, pois que todos atentam direta e essencialmente contra a vida.

*Direito à integridade física*: é absoluto o respeito devido à integridade física e moral de qualquer ser humano, como preceitua o art. 5º, III, XLVII, e, XLIX, da CF.

*Direito à integridade moral*: a honra é entendida como um atributo moral da pessoa e alcança proteção constitucional no art. 5º, V e X.

*Pena de morte*: recebeu expressa vedação na Lei Fundamental em vigor, ressalvado o caso de guerra declarada, nos termos do art. 5º, XLVII, a.

*Venda de órgãos do corpo humano*: baseada no princípio absoluto do respeito à integridade física, a CF proíbe qualquer forma de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias com o objetivo de transplantes, pesquisa e tratamento (art. 199, § 4º); mas, diante do interesse sócio-humanitário envolvido, a doação de órgãos tem base legal, e é prática incentivada pelo Estado mediante campanhas publicitárias no *mass media*.<sup>10</sup>

*Eutanásia e abortamento*: a primeira será estudada em tópico próprio à frente.

*Tortura*: é crime contra o direito à vida, podendo se materializar moral ou fisicamente, como é do art. 5º, III e XLII, e Lei nº 9.455/97.<sup>11</sup>

10 Expressão que engloba todos os veículos de divulgação coletiva – ou de comunicação de massa – entre os quais radiofonia, televisão, jornais e outros periódicos, *outdoors*; atualmente, a rede Internet ou Web também tem esse *status* e papel. Quanto à estratégica função assumida pelo tráfego de informações no processo comunicativo atual, que inclui interesses humanitários entre outros, consulte: BURGELIN, Olivier. *A comunicação social*. São Paulo: Martins Fontes, 1970, p. 9-12, 83-97, 167-174; BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *Uma história social da mídia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 193-267. Sobre a Internet, *idem*, p. 303-310. Acerca da agilização comunicativa por via da tecnologia virtual, vd. JOHNSON, Steven. *Cultura da interface*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p.7-13.

11 Cf. Aula nº 2 do Curso de Especialização em Direito Constitucional. Apostila do Módulo 3. *Direitos fundamentais, sociais e políticos*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2003, p. 4.

CHIMENTI, CAPEZ, ROSA e SANTOS usam a expressão “direito de não ser morto (ou de continuar vivo)” para se referirem ao direito à vida. Dizem ainda que este é o direito de não se ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável.<sup>12</sup>

Acerca desse tema, o emérito professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie Dr. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS também preleciona:

“O direito à vida é o principal direito do ser humano. Cabe ao Estado preservá-lo, desde sua concepção, e preservá-lo tanto mais quanto insuficiente for o titular desse direito. Nenhum egoísmo ou interesse estatal pode superá-lo. Sempre que deixa de ser respeitado, a História tem demonstrado que a ordem jurídica que o avilta perde estabilidade futura e se deteriora rapidamente.”

Olhando uma situação em que outra compreensão se admite, por excepcionalidade, prossegue o publicista dizendo que o direito à vida deve ser sempre protegido e se afastamento se justifica, contra aqueles que o procuram negar, como nos casos de legítima defesa, em que a morte do agressor decorre da preservação do direito à vida do agredido, que estava para perdê-la sem ter dado causa à agressão.

Em face da preponderância desse bem inestimável, cuja essencialidade repousa no direito natural,<sup>13</sup> o jurista paulista vincula a existência de um Estado legítimo ao seu papel de garantidor desse direito. Nessa direção, assevera que nenhum ordenamento jurídico é justo, sem tal respeito. Quando o desrespeita, nenhum povo permanece no tempo. A decadência das civilizações, normalmente, coincidiria com o desrespeito da injusta ordem legal a tal direito. O mais fundamental direito natural do ser humano é, em face dessas ponderações, aquele que tem à vida.<sup>14</sup>

### 3 DO DIREITO À MORTE

A morte é compreendida, num olhar genérico, como a cessação das funções vitais de um indivíduo. Contudo, antiga discussão é a que envolve o direito de interrupção da vida no caso em que a pessoa esteja sob condições de sofrimento extremo e sem a perspectiva de recuperação de sua higidez.

Recentemente, os *mass media* apresentaram e dividiram com o mundo o sofrimento da senhora Terri Schiavo, de Nova Iorque, nos EUA. O fato teve como

<sup>12</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 57.

<sup>13</sup> Segundo Messner, direito natural é “uma ordem de respeito recíproco entre os homens, para que cada um possa assumir responsabilidades derivadas de sua natureza comum” (apud GUIMARÃES, Ylves J. M. *Direito natural: visão metafísica antropológica*. p. 213).

<sup>14</sup> Vd. Fundamentos do direito natural à vida. *Revista Cultura e Fé*, n. 36, p. 41-47, jan./mar. 1987. O autor do citado artigo foi um dos consultores jurídicos da Assembléia Nacional Constituinte instalada em 1987. Apenas para orientar os constituintes menos afeitos ao fazer legislativo, à ocasião, o jurista Ives Gandra Martins também escreveu a obra *Roteiro para uma constituição*, que merece ser lida (Rio de Janeiro: Forense, 1987). No pequeno e denso livro, anota que “Os direitos fundamentais são: à liberdade, à vida, ao trabalho e à propriedade. Tais direitos são naturais e transcendem à capacidade do Estado de criá-los. Este pode tão-somente regulá-los para que se harmonizem à ordem social justa”, p. 67.



desfecho a morte da paciente, em decorrência de ter sido suspenso o tratamento clínico-hospitalar que a mantinha viva, após cerca de quinze anos acamada e impossibilitada de locomover-se. O quadro dividiu opiniões quanto à legitimidade – diferente de legalidade – de ser permitido o término de sua vida ou, por outro olhar, o encerramento do seu sofrer. DWORKIN diz que “todos os dias, no mundo todo, pessoas racionais pedem que lhes seja permitido morrer. Às vezes, pedem que outras as matem”.<sup>15</sup>

Para melhor consideração desse assunto, vejamos alguns termos e conceitos diferenciadores dos diversos procedimentos existentes, a partir da situação da pessoa que sofre, bem como o que se pretenderia oferecer a ela.

*Eutanásia* – designa os procedimentos destinados a possibilitar a morte de alguém que se saiba em situação incurável, pela interrupção de seus sofrimentos. Também é empregado para casos de “recém-nascido gravemente mal-formado cuja qualidade de vida seria bastante comprometida”.<sup>16</sup> A eutanásia não se tornou um dos principais temas entre as discussões éticas sem motivos. Caracteriza-se, necessário se faz ressaltar, por ser deliberadamente provocada.

No nosso país, a prática da eutanásia é juridicamente vedada, pois considerada por nosso corpo de legislação como homicídio. Configura-se sua realização quando a pessoa à qual tal procedimento se aplique tenha condições de permanecer viva, ainda que com sofrimentos. Exemplo: um paciente em estado terminal de câncer, cujo sofrimento fosse aliviado à base de morfina – sua morte tipificaria a eutanásia, na sua clássica concepção. Diferentemente, para um paciente que não mais tivesse vida autônoma, sobrevivendo artificialmente, haveria licitude à família para autorizar o desligamento dos aparelhos. Neste caso, não se configuraria a eutanásia.<sup>17</sup>

Voltando à legislação pátria, no seu parecer, a Comissão Revisora do Anteprojeto do novo Código Penal propôs a seguinte redação para o art. 121, § 3º:

“Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:

Pena – reclusão, de três a seis anos”.

Na exposição de motivos, argumentou:

“A Comissão, sensível às circunstâncias, como recomendam os princípios do Direito Penal da Culpa, a fim de a individualização da pena considerar pormenores relevantes, sugere explicitar a eutanásia tornando-a causa de diminuição de pena, dado o agente agir por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave.”<sup>18</sup>

15 *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, p. 253.

16 VIEIRA, ob. cit. p. 80.

17 CHIMENTI et alli, ob. cit. p. 59.

18 *Anteprojeto do código penal*, p. 7; 21.



*Ortotanásia* – o prefixo *orto* (do grego ὀρθός: *ortós* – andar numa reta direção; também: ser reto na conduta moral, ser direito)<sup>19</sup> dá a esse termo a indicação de morte natural ou que acontece de maneira comum, aquela que se dá pelo deixar morrer o doente por abstenção ou omissão de cuidados por terceiros. Mais especificamente significa a supressão dos recursos médicos empregados para a manutenção artificial da vida.<sup>20</sup>

Semelhançemente, a referida Comissão Revisora do Anteprojeto do novo Código Penal, também, ainda em referência ao seu art. 121, § 3º, afirmou que o texto proposto “de outro lado, exclui a ilicitude daquele que, *em circunstâncias especificadas*, deixa de manter a vida de alguém por meio artificial, quando a morte for iminente e inevitável. Essa figura corresponde à ortotanásia”<sup>21</sup> (grifo do autor).

*Distanásia* – de seu turno, este termo é aplicado para nomear a conservação em vida de um enfermo já conhecido como incurável, para cuja sobrevivência são expendidos cuidados extraordinários, sem os quais aquele não sobreviveria. Pode-se dizer que se dá pela sustentação artificial da vida.

Sobre esta modalidade, conforme MIRANDA, o Catecismo da Igreja Católica de 1992 confirma, ainda que de modo sintético, essa doutrina: “A interrupção de procedimentos médicos onerosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionais” em relação aos resultados que se podem esperar pode ser legítimo. Em tal caso, verifica-se a renúncia à “fúria terapêutica”. Não se deseja a morte: aceita-se o fato de não poder impedi-la.<sup>22</sup> Por certo, nem todos os católicos-romanos adotam essa visão.

Constata-se que a *distanásia*, nominalmente desconhecida pela sociedade em geral, é objeto de sentidas discussões e severas críticas, em vista de que submeteria a vida humana a uma valoração, ao ponderar o grau de investimento material para sua preservação. Todavia, de se ver que o que se considera é a existência de proporção ou desproporção no uso dos meios, o peso das ações tomadas, o balanceamento cuidadoso de custos e benefícios em face do verdadeiro bem do enfermo.

A ponderação desses valores não seria meramente opinativa:

“Nesse balanceamento, deve-se considerar um componente ‘objetivo’ e um outro ‘subjetivo’. Do ponto de vista objetivo, é necessário avaliar os ‘custos’: as dificuldades de aplicação e os riscos para o paciente, os sofrimentos físicos ou psíquicos induzidos ou prolongamento da intervenção, as despesas necessárias, o seu peso para a família e a sociedade,<sup>23</sup> o ‘investimento’ de lugares, instrumentos e atenção que poderiam ser dispensados a outra pessoa, que sabe com maior

19 Cf. *The Analytical Greek Lexicon Revised*, p. 292.

20 Cf. *Dicionário de medicina legal*, p. 74.

21 *Anteprojeto do código penal*, p. 7.

22 Cf. *Bioética e eutanásia*, p. 18. O documento referido é *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 2278.

23 Diz Miranda, em nota de pé-de-página: “Esta consideração dos fatores econômicos não deve ser interpretada e nem aplicada como uma redução do valor da pessoa a partir de valores pecuniários. Trata-se, principalmente, da responsabilidade na administração dos bens que não devem ser gastos inutilmente”.

benefício etc. Entre os ‘benefícios’, considera-se a esperança de sucesso (também com recurso de estudos estatísticos), o tempo que se prevê o prolongamento da vida que é possível obter e manter, os benefícios que outras pessoas poderão receber, sobretudo, a família<sup>24</sup> etc.”<sup>25</sup>

Em 2001, na Inglaterra, o governo decidiu não mais assumir os custos de hemodiálise para pessoas acima de 65 anos. Mesmo sabendo que, com essa decisão, muitos morreriam, os britânicos decidiram que o dinheiro, um recurso sempre esgotável, seria mais útil se investido, por exemplo, numa campanha antitumores, que tenderia a salvar um número bem maior de vidas. Sobre isso, manifestou-se o diretor-clínico do Hospital do Câncer de São Paulo, DANIEL DEHEINZELIN: “Não estou dizendo que os ingleses estejam certos. Mas não adianta fugir da discussão, como se houvesse leitões, médicos e equipamentos para todo mundo”.<sup>26</sup>

Em face da preponderância da vida humana e sua insita dignidade, a distanásia, como uma das modalidades de interrupção da vida humana, tem nos aspectos ora registrados um amplo espaço a muitas considerações, notadamente quanto à ética.

Ante tanto dilema, quando as alternativas não dão grande margem opcional a que se tome uma tranqüila decisão, que bem pode ser tido por mais importante?

#### 4 CONSIDERAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS

“De quanto no mundo tenho visto, o resumo se abrange nestas cinco palavras: não há justiça sem Deus.” (RUY BARBOSA)

Diante de um mundo em franca expansão do conhecimento científico, o qual acarreta novos desafios à humanidade, notadamente nos campos do direito e da ética, os temas da vida e de sua inevitável faceta, a morte, encontram relevância e obrigam a todos à reflexão e ao posicionamento ao seu respeito.

Em vista da preponderância da vida, como esse “bem dos bens” do homem, mostra-se medida de razoabilidade o reconhecimento de um “princípio da primazia da pessoa”, na expressão usada pela Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> TEREZA RODRIGUES VIEIRA.<sup>27</sup>

A Lei Fundamental de nosso país, como já anotado, erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nosso Estado. A proteção jurídica dos bens relevantes como a vida é mais que uma opção, afigurando-se autêntica finalidade e dever a cumprir, ainda que interesses de outra ordem – quer comerciais, científicos e mesmo religiosos – se antepussem àqueles. A interpretação e aplicação da lei, subordinadas à observação dos magnos princípios, ainda que pondo à parte o

24 O autor se refere ao caso de familiares que, residindo distantes, gostariam de cumprimentar ardentemente a pessoa querida antes que morra.

25 Ob. cit. p. 20.

26 Apud BURGIERMAN, Denis Russo. O direito de morrer. *Superinteressante*, São Paulo, ano XV, n. 3, março de 2001, p. 44.

27 Ob. cit. p. 18.

detalhamento de algumas questões, podem assegurar não haja grandes desvios das finalidades da existência das leis. O princípio do direito fundamental à vida e o da dignidade humana têm esse papel norteador.

DWORKIN, comentando o valor intrínseco da vida, aqui tomada no aspecto a que esse mesmo doutrinador, com precisão, denomina sua sacralidade, pondera:

“Um aborto em um estágio avançado da gravidez será um insulto pior ao valor intrínseco da vida do que um aborto praticado em uma etapa inicial? Se assim, por quê? Que critério de avaliação ou comparação usamos e deveríamos usar ao fazer esse tipo de julgamento? (...) Um médico demonstra respeito pela vida humana quando permite que a mãe morra para salvar o feto? Que tipo de decisão tomada pelo médico nessas circunstâncias demonstraria mais respeito pelo valor intrínseco da vida humana, e que tipo demonstraria menos?”<sup>28</sup>

Portanto, a prevalência de sólidos princípios é condição indispensável para guiar os passos adotados diante de situações em que direitos tão relevantes estão em jogo.

Quando, em 1987, estava acesa a discussão sobre a eutanásia, com diversos pareceres e manifestações a respeito, tanto pró quanto contra, vistos mundo afora, a Associação Mundial de Medicina emitiu um claro parecer:

“A eutanásia, o ato de terminar deliberadamente com a vida de um paciente, mesmo que a seu próprio pedido ou por solicitação de seus parentes próximos, é um *procedimento que contraria a ética*, não impedindo que o médico respeite a vontade do paciente de aceitar que o processo da morte obedeça a seu curso natural na fase terminal da doença.”<sup>29</sup> (grifo do autor)

Não há, pois, alternativa. Ante uma situação em que os caminhos passíveis de trilha sejam repletos das pedras dos dilemas, impõe-se o cumprimento da lei, sempre na observação dos princípios constitucionais aplicáveis, por sua natureza vetorial. Quanto a isso, bem pondera VIEIRA:

“A lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa aliando-se às exigências legítimas do progresso do conhecimento científico e da proteção da saúde pública. A propósito destes casos, mesmo diante da inexistência de uma lei específica, cabe ao juiz dizer o direito, baseando-se em princípios gerais, determinando limites.”<sup>30</sup>

Da Idade Média, o teólogo-filósofo AGOSTINHO, bispo de Hipona, na África, deixou-nos a concepção do homem como, mais que membro da *civitas terrena*, também componente da *civitas Dei*. Não localizada neste mundo, mas nos céus, a Cidade de Deus estaria representada neste mundo pela Igreja. A Cidade Terrena seria a sociedade comum. Por constituir-se nesse, por assim dizer, “cidadão de dois mundos”, o indivíduo se acha submetido à autoridade secular e à espiritual, a um só tempo. “Essa sujeição a

28 *Dominio da vida*, p. 98.

29 Apud VIEIRA, ob. cit., p. 82.

30 *Idem*, p. 18.

duas jurisdições distintas fez com que o homem passasse a ser reconhecido como *um ser moral, e não apenas como um ser social*<sup>31</sup> (destaque do autor).

Em vista dessa referência, ao tratarmos da temática da vida e da morte, temos por indispensável o tomar-se o ser humano a partir dessa dupla dimensão. Sem isso, não há chegar seguramente a uma visão desses dois extremos tão indissolivelmente unidos – vida e morte, morte e vida – que seja tanto justa como ética.

A Constituição de nossa pátria, ao consagrar a inviolabilidade da vida humana, e ao assegurar a dignidade que lhe é por corolário, firmou a base principiológica que vincula todo o nosso ordenamento jurídico. Qualquer norma que contrarie aquelas balizas axio-teleológicas deve ser expurgada, por sua inconstitucionalidade.

## CONCLUSÃO

A feitura de conclusão, o objetivo deste estudo tem sido o de considerar a posição de nosso texto fundamental e de sua influência ante a vida e perante sua mais presente certeza: a morte. Claramente, a Constituição Federal alça a vida ao nível de direito fundamental e, por corolário, veda práticas que ocasionem ou mesmo favoreçam sua forçada interrupção. Portanto, retomando uma consideração inicial, qualquer reforma de lei infraconstitucional, como é o caso do Código Penal brasileiro, por envolver implicações diretas à vida humana, há de subordinar seu conteúdo aos princípios basilares arraigados na Lei Fundamental do país. Se tal for observado, prevalecerá a vontade popular manifesta pelo poder constituinte originário, e será possível continuarmos reconhecendo a existência de um autêntico Estado Constitucional e, tanto melhor, de um Estado Democrático de Direito.

A dimensão prática dessa visão é a premente necessidade de que cada cidadão, começando pelo autor e, agora, por você, leitor, tome para si a defesa dos direitos e garantias fundamentais do homem, para a vida plena, que incluiria o direito à morte, pela distanásia, pois que ambas merecedoras de dignidade. Como ensina DALLARI, “a melhor garantia de que os direitos de todos serão respeitados é o interesse de cada um pelos seus próprios direitos”.<sup>32</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. *Novo código civil*. São Paulo: AASP, 2003.
- BRASIL. *Anteprojeto do código penal*. São Paulo: APMP, 1998.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CENTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA. Curso de Especialização em Direito Constitucional. Apostila do Módulo 3. *Direitos fundamentais, sociais e políticos*. São Paulo: CEU, 2003.
- CHIMENTI et alli. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

31 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, p. 8.

32 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa*, p. 59.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Traduzido por Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FONTINHA, Rodrigo (org.). *Novo dicionário etimológico da língua portuguesa*. Porto: Editorial Domingos Barreira, s/d.
- GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Direito natural: visão metafísica e antropológica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- LEWANDOWSKI, Enrique. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MIRANDA, Gonzalo. *Bioética e eutanásia*. Traduzido por Elaine Caramela. Bauru: EDUSC, 1998.
- MOULTON, Harold K. (Ed.). *The analytical greek lexicon revised*. Grand Rapids: Regency, 1978.
- PEIXOTO, Paulo Matos (org.). *Dicionário de medicina legal*. São Paulo: Paumape (Coleção Enciclopédica), 1995.
- SUETÔNIO, Caio. *A vida dos doze césares*. Traduzido por Sady-Garibaldi. Rio de Janeiro: Ediouro (Coleção Universidade de Bolso), s/d.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TORRINHA, Francisco (org.). *Dicionário português-latino*. 2. ed. Porto: Editorial Domingos Barreira, 1939.
- VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). *Direitos humanos – instrumentos internacionais de proteção*. 2. ed., São Paulo: Paloma (Série Legislação), 2000.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.



# O DIREITO AMBIENTAL ELEVADO À CATEGORIA DE CIÊNCIA E A CRIAÇÃO DO BEM AMBIENTAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

---

**José Arnaldo de Oliveira Nascimento**

Mestre em Direito, Professor de Direito Civil da Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP – e da Faculdade de Direito Taboão da Serra – FTS.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito ambiental – conceito de direito ambiental; 2 Natureza jurídica do direito ambiental; 3 Bem ambiental – surgimento do conceito de bem ambiental; 4 Natureza jurídica do bem ambiental; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Procuramos, neste artigo, demonstrar que a Lei nº 6.938/81, que define o meio ambiente, permitiu que o direito ambiental, fundamentado em princípios, fosse elevado à categoria de ciência, independente e moderna, devendo sempre ser examinado como um direito transindividual. Além disso, também examinamos o bem difuso, verdadeira inovação revolucionária da Constituição Federal de 1988.

## INTRODUÇÃO

Procuraremos, neste artigo, demonstrar que a Lei nº 6.938/81, que define meio ambiente, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, permitiu que o direito ambiental, fundamentado em princípios, fosse elevado à categoria de ciência, independente e moderna, devendo sempre ser examinado como um direito transindividual. O Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único, inciso I, ao definir e prever a defesa dos direitos difusos ou transindividuais, estabelece a natureza jurídica difusa ou transindividual do direito ambiental.

Examinaremos também a inovação verdadeiramente revolucionária da Constituição Federal de 1988: a criação de um terceiro gênero de bem, nem público, nem privado – o bem difuso.

## DIREITO AMBIENTAL

### Conceito de direito ambiental

Impossível passarmos ao largo das obras do mestre Professor Doutor Livre Docente CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO toda vez que temos de enfrentar um desafio no estudo e na compreensão do direito ambiental.

Numa tentativa de conceituar o direito ambiental, temos de observar a importante obra do eminente Professor Doutor Livre Docente NELSON NERY JÚNIOR,<sup>1</sup> que, com a grandeza de sempre, afirma:

“É sabido que se considera ciência aquele ramo de estudos que é informado por princípios. Estes, portanto, é que dão natureza de ciência à determinada matéria.”

Portanto, o direito ambiental, por ter seus princípios insculpidos na Carta Constitucional de 1988, em seu art. 225, tem a sua condição elevada à categoria de ciência independente, e assim deve ser encarado pelo operador do Direito.

Nosso ilustre mestre Professor Doutor Livre Docente LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES afirma em sua magistral obra:<sup>2</sup>

“O Direito – norma de conduta – tende a ser estabilizador de comportamentos, na medida em que as pessoas, em geral, cumprem seus comandos.”

Embora tenhamos sempre vivido obviamente dentro de um meio ambiente sob o aspecto jurídico, ou melhor, constitucional, somente com a Constituição atual é que encontramos a preocupação do legislador constituinte com o direito ambiental propriamente dito, principalmente porque, como sabemos, a Constituição Federal de 1988 recepcionou integralmente a Lei nº 6.938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, com a precisa conceituação e definição do que é meio ambiente, a saber:

“Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I – meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;”

Assim, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 225, os princípios da ciência do direito ambiental.

Senão, vejamos:

“Art. 225. Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade deste direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

1 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 24.

2 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Liberdade: norma, consciência, existência*, p. 107.



III – definir, em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes a serem essencialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, à qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade;

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e a sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro das condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.”

Portanto, quando o mestre FIORILLO afirma “a existência de princípios na Política Nacional do Meio Ambiente e princípios relativos a uma política global do meio ambiente”, reconhece ele, de forma clara, que o direito ambiental é calcado sobre princípios fundamentais à sua existência, enquanto ciência.

Destarte, podemos concluir que o direito ambiental é uma ciência independente, não um ramo ou apêndice do direito público, como pensam muitos, principalmente porque o direito público foi decomposto pelo surgimento dos direitos metaindividuais;<sup>3</sup> como constatamos, em artigo publicado na Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista, volume 1, havia um “abismo” entre o direito público e o direito privado que efetivamente

3 NASCIMENTO, José Arnaldo de Oliveira. Diferença entre direito público e direito privado e o surgimento dos direitos metaindividuais. *Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, p. 63-70, 2003.

foi preenchido com o advento dos direitos transindividuais, a saber: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Desta forma, podemos, com certeza, afirmar que o direito ambiental é uma ciência moderna, independente e deve ser examinada sempre como um direito transindividual, inaugurado com a Constituição Federal de 1988.

## NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AMBIENTAL

Como vimos no item anterior, o direito ambiental, resta evidente, é uma ciência independente e deve ser tratada como tal.

Dada a sua magnitude e importância, procuraremos demonstrar sua natureza jurídica, partindo evidentemente de premissas formuladas pelo Professor Livre Docente CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO.

Como já dissemos, a preocupação com o bem difuso enquanto bem ambiental é o objeto da atenção do homem desde o início da civilização, como afirma o mestre FIORILLO em sua magistral obra *Fundamentos constitucionais da política nacional do meio ambiente: comentários ao artigo 1º da Lei nº 6.938/81*:<sup>4</sup>

“Trinta séculos antes de Cristo, os egípcios, que dependiam basicamente das duas grandes dádivas do Rio Nilo – a água e o húmus, trazidos anualmente pelas cheias que fertilizavam as terras ribeirinhas –, bem como os sumérios, quarenta séculos antes de Cristo, que viviam da agricultura dominando os mistódios, que determinavam os regimes dos rios, conseguindo aproveitar as enchentes do Rio Eufrates para canalizar água com a qual irrigavam as estepes, organizaram forças militares com a finalidade dentre outras, de assegurar seu domínio sobre um bem ambiental essencial: a água.”

Conseqüentemente, a preocupação com a proteção e defesa do bem ambiental não consegue se dissociar da existência humana desde o início dos tempos.

Somente em 1988, portanto cinquenta séculos após os egípcios, o legislador constituinte positivou, no art. 225 da Constituição Federal, a proteção do bem ambiental como um *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*.

No artigo<sup>5</sup> examinamos a profunda diferença entre a dicotomia desintegrada público/privado e procuramos demonstrar que esta dicotomia não conseguia mais atender às necessidades das sociedades de massa.

Como o bem difuso está intimamente ligado à sadia qualidade de vida de “todos”, no caso, “brasileiros e estrangeiros residentes no País”, o destinatário da norma constitucional é, portanto, o povo brasileiro.

4 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Fundamentos constitucionais da política nacional do meio ambiente: comentários ao art. 1º da Lei nº 6.938/81*, p. 42.

5 NASCIMENTO, José Arnaldo de Oliveira. Diferença entre direito público e direito privado e o surgimento dos direitos metaindividuais. *Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista*, p. 63-70.

Claro está que a natureza jurídica do direito ambiental é difusa, não privada, muito menos pública.

No Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, I, encontramos a definição legal de direitos difusos, a saber:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, ou transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Ao definir e prever a defesa dos direitos difusos ou transindividuais, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a natureza jurídica difusa ou transindividual do direito ambiental.

A esse respeito, o Professor Doutor Livre Docente NELSON NERY JUNIOR<sup>6</sup> afirma o seguinte:

“VIOLAÇÃO DE NORMAS AMBIENTAIS – O direito ao meio ambiente é bem jurídico tutelado pelo art. 225 da Constituição Federal, sendo dever de toda a coletividade sua preservação. Em vista disso, toda cláusula que possibilitar, em tese, a prática de ato ou celebração de negócio jurídico que tenha potencialidade para ofender o meio ambiente, é considerada abusiva pelo CDC. Não há necessidade da ofensa real ao meio ambiente, bastando para caracterizar a abusividade que a cláusula possibilite a ofensa ambiental.”

No caso em tela, temos nítida a necessidade de manter-se a visão constitucional sempre pleiteada pelo Professor FIORILLO, porque sem esta seria praticamente impossível enfrentarmos o estudo e a compreensão da natureza jurídica do direito ambiental.

Para os mais conservadores e retrógrados, o direito ambiental continua a ser um apêndice do direito público.

Mas, para nós, inspirados na grande obra do grande mestre FIORILLO, fica clara a inclusão do direito ambiental naqueles que têm a sua natureza jurídica fincada nos direitos difusos ou transindividuais.

## BEM AMBIENTAL

### Surgimento do conceito de bem ambiental

Não podemos examinar o tema bem ambiental sem tomarmos mais uma vez como ponto de partida as obras do mestre CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO.

<sup>6</sup> NERY JUNIOR, Nelson et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 429.

Desta feita, vamos nos servir da preciosa obra *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*,<sup>7</sup> nesta, o mestre explica que a Constituição Federal de 1988:

“(...) formulou inovação verdadeiramente revolucionária, no sentido de criar um terceiro gênero de bem que, em face de sua natureza jurídica, não se confunde com os bens públicos e muito menos com os bens privados.”

Com efeito, o bem ambiental tem sua gênese no direito ambiental, que, como vimos anteriormente, é um direito de natureza jurídica difusa.

Por conseguinte, o direito ambiental, pela sua condição de direito transindividual, protege e engloba os bens ambientais, estendendo a eles a condição de bens de caráter eminentemente difusos.

A nossa noção de bem ambiental tem base e fundamento na doutrina italiana, em face da análise dos direitos metaindividuais.

O eminente jurista CARLO MALINCONICO, em sua clássica e monumental obra *I beni ambientali*,<sup>8</sup> destaca importante contribuição teórica no sentido do aprofundamento da matéria.

O art. 1º da Lei italiana nº 1.497/39:<sup>9</sup>

“que criou a noção tradicional de bem ambiental, submetia a disciplina prevista para as belezas naturais, em razão do seu considerável interesse público, ao seguinte:

a) as coisas imóveis possuidoras de características visíveis de beleza natural ou de alguma particularidade geológica;

b) as mansões (*ville*), os jardins e os parques que, não contemplados pelas leis que tutelam os bens de interesse artístico ou histórico, distinguem-se pela sua beleza incomum;

c) o conjunto de bens imóveis que compõem um aspecto característico, o qual possui valor estético tradicional;

d) as belezas panorâmicas, consideradas como quadros naturais, e igualmente os denominados *belvedere*, acessíveis ao público, dos quais se tenha o prazer de aproveitar a vista que lhes é inerente.”

Na verdade, a Lei nº 1.437/39 enfoca a noção de beleza natural, o que não impedia que, de uma forma lógica, o conceito fosse estendido a outras situações de fato.

Nós, admiradores da cultura italiana como um todo, também fascinados pela contemplação das obras de arte em todas as suas expressões culturais (esculturas, pinturas, etc.), entendemos a importância da referida lei.

7 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*, p. 86.

8 MALINCONICO, Carlo. *I Beni Ambientali*. Padova: Cedam, 1991.

9 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena...*, p. 87-88.

Não há dúvida de que os romanos foram sucessores naturais da cultura grega e que sempre dividiram suas vidas com a arte.

Portanto, há que se valorizar a contribuição dos subsídios naturais romanos à proteção do bem ambiental quanto “belo”.

Entendemos, pois, que foi em Roma que surgiu o conceito de bem ambiental propriamente dito, que foi sendo construído, aos poucos, de uma forma gradual e lenta.

No Brasil, tendo como base os arts. 98 e 99 do Código Civil, que, como vimos, nos informam quais são os bens públicos e os bens privados, não admite pela sua simples leitura nenhum outro tipo ou gênero de bem. Para o Código Civil, os bens que não forem públicos são privados. Nada mais estanque ou fechado do que isto.

Destarte, sem a “importação” de um terceiro conceito de bens, os chamados bens difusos, conceito este que para nós foi trazido do direito italiano, nunca teríamos sequer concebido esta terceira visão.

Conseqüentemente, no Brasil, com o advento da Lei nº 6.938/81, que foi totalmente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, a conceituação de bem ambiental ficou extremamente fácil de ser encontrada, diferentemente do operador do direito italiano, que, como vimos, foi lentamente construindo um conceito e a respectiva legislação para a tutela dos mencionados bens ambientais.

Para finalizar este artigo, podemos afirmar que a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, nos seus arts. 225 e 23, incisos VI e VII, proporciona a nós uma profunda modificação na maneira de lidarmos com o bem ambiental e obriga o operador do direito a atualizar-se para poder manipular as ferramentas jurídicas contidas na Lei nº 8.078/90 e na Lei nº 7.347/85, Lei de Ação Civil Pública.

O direito ambiental e o bem ambiental devem ser examinados sempre mantendo uma visão constitucional antropocêntrica,<sup>10</sup> sem a qual o operador do direito não terá meios sequer de compreendê-los.

## NATUREZA JURÍDICA DO BEM AMBIENTAL

Por ser uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, o bem ambiental, protegido pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988, está, de uma forma ou de outra, intimamente ligado à vida.

Para muitos, conceituar meio ambiente é tarefa das mais difíceis;<sup>11</sup> para os operadores do direito constitucional ambiental brasileiro, a tarefa se torna bastante simplificada, uma vez que a Lei nº 6.938/81 conceitua e define o meio ambiente desta forma:

“Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

10 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 17-18.

11 FIORILLO; RODRIGUES. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*, p. 89.

I – meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Destarte, não encontramos grandes dificuldades para enquadrarmos o bem ambiental essencial à sadia qualidade de vida, como um bem de natureza difusa.

Como não só a comunidade, mas também a administração devem preservar e defender o meio ambiente, mais uma vez temos nítido o caráter difuso, que transcende a esfera pública e a privada. Aqui, a tradicional contraposição entre o Estado e os cidadãos, entre o público e o privado desaparece.

Senão, vejamos:

“(…) se vem distribuindo uma aproximação dinâmica, ainda que complexa, entre os dois domínios, e constata-se que a realização do interesse público não é só pertença exclusiva da Administração Pública, mas é um fato que interessa a todos enquanto *cives* e implica um *ius activae civitatis*.”<sup>12</sup>

Assim, não podemos confundir bem difuso com bem público ou mesmo privado, uma vez que, desde o advento da Carta Magna de 1988, o conceito de patrimônio público está dissociado de bem difuso.

É nítido no nosso ordenamento jurídico, portanto, a existência de três bens distintos: a) privados; b) públicos; e c) difusos.

O bem ambiental, tutelado pela Constituição Federal de 1988, como demonstrado, portanto, é um bem de natureza difusa.

## CONCLUSÃO

Tivemos como ponto de partida para a elaboração deste artigo a Constituição Federal de 1988, que tão bem positivou a tutela, dentre outros, dos direitos difusos e coletivos. Procuramos realçar os arts. 23, incisos VI e VII, e 225 da Carta Magna, que estipula e prioriza a proteção e defesa do meio ambiente, uma vez que recepciona integralmente a Lei nº 6.938/81, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente.

Destarte, procuramos também lograr demonstrar que o bem ambiental é um bem de natureza jurídica de direito difuso, com absoluto enquadramento nos termos do art. 225 da Constituição Federal de 1988, isto é, “um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, que é dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e protegê-lo para as presentes e futuras gerações”.

Claro está que procuramos fazer, neste artigo, uma abordagem deste importante tema, buscando nos fixar em seu viés constitucional, sempre sob a visão transindividual ou metaindividual.

12 FIORILLO; RODRIGUES. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*, p. 93.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Fundamentos constitucionais da política nacional do meio ambiente*: comentários ao art. 1º da Lei nº 6.938/81. São Paulo: Emag Ministro Cid F. Scartezzini. Tribunal Regional Federal 3ª Região, 1998.

\_\_\_\_\_. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. Belo Horizonte: Max Limonad, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

NASCIMENTO, José Arnaldo de Oliveira. Diferença entre direito público e direito privado e o surgimento dos direitos metaindividuais. *Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Coleção Acadêmica de Direito, Porto Alegre: Síntese, v. 1, 2003.

MALINCONICO, Carlo. *I beni ambientali*. Padova: Cedam, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

RIZZATTONUNES, Luiz Antonio. *Liberdade*: norma, consciência, existência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.





# NATUREZA E INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS OBRIGACIONAIS DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS E SEU INADIMPLEMENTO

---

## Aparecida Dias de Oliveira

Advogada, Especialista em Direito Trabalhista e Mestra em Direitos Fundamentais, Membro de Número da *Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Professora da Pós-Graduação do UNIFEI e da FACCAMP, Professora das Disciplinas Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista (FACCAMP), Professora da Disciplina Direito Civil do Curso de Direito da Faculdade de Paulínia (FACP).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Natureza jurídica do direito do trabalho; 2 Função do direito do trabalho; 3 Fontes formais do direito do trabalho; 4 Conceito de convenção e acordo coletivos de trabalho; 5 Conceito de sentença normativa; 6 Análise interpretativa das normas coletivas: métodos de interpretação; 7 Efeito das cláusulas obrigacionais: considerações gerais; 8 Classificação das cláusulas obrigacionais; 9 Descumprimento das cláusulas obrigacionais (normativas); Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O direito do trabalho é expressão do pluralismo jurídico, eis que se combinam as leis promulgadas pelo Estado e normas jurídicas pactuadas entre os sindicatos e as entidades patronais (convenções coletivas), entre aqueles e a(s) própria(s) empresa(s) (acordos coletivos) e as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou pelo Tribunal Superior do Trabalho nos dissídios coletivos, denominadas sentenças normativas. Procuraremos desenvolver, no presente artigo, a problemática da interpretação das cláusulas obrigacionais dos instrumentos coletivos e os efeitos do seu inadimplemento no direito do trabalho brasileiro.

## INTRODUÇÃO

No estudo do direito do trabalho, em que pese as divergências doutrinárias sobre a sua natureza jurídica e sua função, existe um consenso no que pertine ser este um ramo autônomo do Direito, com princípios próprios e um ordenamento jurídico próprio, sendo que, neste tópico, relativamente ao ordenamento jurídico aplicável ao direito do trabalho, convém ressaltar a existência de duas concepções jurídicas diferentes do Direito, o monismo jurídico de KELSEN, pelo qual se confunde direito e Estado de forma que todo o direito é produzido pelo Estado, e o pluralismo jurídico (DEL VECCHIO). Segundo este, nem todo o direito é elaborado pelo Estado, coexistindo, ao lado do direito estatal, normas jurídicas criadas pelos particulares entre si e toleradas pelo Estado, resultando assim um ordenamento jurídico misto, com normas estatais e não-estatais. Destarte, para esta corrente, a circunstância de se reconhecer no Estado o centro hegemônico de positividade jurídica não impede a percepção da nítida convivência, no âmbito da sociedade, de outros núcleos de produção de fontes formais

do direito.<sup>1</sup> Assim sendo, o direito do trabalho é expressão desse pluralismo jurídico, eis que combinam-se as leis promulgadas pelo Estado e os contratos coletivos pactuados entre os sindicatos e as entidades patronais (convenções coletivas), entre aqueles e a(s) própria(s) empresa(s) (acordos coletivos) e as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou pelo Tribunal Superior do Trabalho (cada qual no âmbito de sua competência) nos dissídios coletivos, denominadas sentença normativa, sendo certo que tais instrumentos normativos são a expressão maior do poder normativo atribuído constitucionalmente aos sindicatos e à própria Justiça laboral.

A Justiça do Trabalho integra o Poder Judiciário como órgão especializado da Justiça Federal, possuindo competência e organização próprias, a teor dos arts. 92, 111 e 114, respectivamente, da Constituição Federal promulgada em 05.10.1988.

Abordaremos neste, ainda que de forma sucinta, a natureza jurídica do direito do trabalho, sua função e suas fontes formais – dentre as quais estão inseridos os instrumentos normativos, quais sejam, a convenção e o acordo coletivos de trabalho e a sentença normativa –, a fim de podermos tratar da interpretação das cláusulas obrigacionais oriundas destes instrumentos normativos, frente à linguagem do direito do trabalho.

Em trabalho elaborado na PUC/SP – Faculdade Paulista de Direito (1997), acerca da “Linguagem do Direito: Semântica, Sintática e Pragmática”, o Professor ANDRÉ FRANCO MONTORO ensina:

“Podemos dizer que o Direito tem uma linguagem. Mais do que isso, o Direito é, de certa forma, um sistema de linguagem e de comunicação. Comunicação entre legislador e membros da sociedade. Comunicação entre juiz, partes e intervenientes no processo. Comunicação entre governante e governados. Comunicação entre contratantes na esfera civil, comercial, trabalhista. Comunicação entre órgãos e associados nas sociedades civis e comerciais. Comunicação entre os membros da sociedade familiar. Comunicação entre Estados na comunidade internacional etc. O Direito tem, assim, incontestável sentido comunicacional. Por isso, pode e deve ser objeto de uma análise lingüística, embora reconheçamos com TERCIO FERRAZ que ‘o Direito não é só um fenômeno lingüístico’.” (*Teoria da norma jurídica*, p. 7)

ADELMO FIORANELLI JÚNIOR, em sua obra *Direito e linguagem, cuidando da linguagem natural* afirma:

“A expressão lingüística das normas jurídicas abrange necessariamente palavras e expressões da linguagem natural, eis que ‘ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece’ (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro). Não se quer afirmar com isso que as normas jurídicas não possam conter alguns termos técnicos, elaborados pela teoria jurídica incorporados nos textos legislativos. Em vários dispositivos normativos se verificam termos técnicos, estranhos à linguagem natural (tais como ato jurídico,

1 Neste sentido: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 92; DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 141.

capacidade, domicílio, constituto possessório etc.). Face à necessidade de cumprimento das normas jurídicas pelos destinatários, no entanto, a linguagem das normas jurídicas há que se sustentar, em larga medida, na linguagem natural, sob pena de não cumprir o Direito o papel de controle social a que o mesmo se propõe. Além disso, não há que se confundir a linguagem das normas jurídicas (direito-objeto) com a linguagem das proposições normativas (enunciados articulados pela ciência do Direito para fins de conhecimento das normas jurídicas/direito-conhecimento). A linguagem da ciência do Direito, conforme postulado por NORBERTO BOBBIO, pode apresentar um grau de elaboração que afaste alguns dos problemas das linguagens naturais; não é o caso, porém, da linguagem através da qual se expressam as normas jurídicas.”

No que concerne às normas trabalhistas, AMAURI MASCARO NASCIMENTO,<sup>2</sup> ao tratar da interpretação das normas jurídicas trabalhistas, entende que:

“As escolas tradicionais de interpretação do direito comum não atendem totalmente às necessidades do direito do trabalho, porque são destinadas a uma ordem jurídica diferente daquela que se constitui em decorrência da Revolução Industrial do século XVIII e do liberalismo. Assim, tanto a Escola Exegética, como na Escola Histórica, como, ainda, a Escola do Direito Livre, são insuficientes e inadequadas para o novo Direito.

Ao interpretar o direito do trabalho, o intérprete deverá, embora partindo do método gramatical e do sentido e alcance das palavras, alcançar o sentido social das leis trabalhistas e a função que exercem na sociedade empresarial.”

ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK,<sup>3</sup> ao tratarem dos métodos de interpretação das normas jurídicas, asseveram que:

“Um dos métodos que, entretanto, não podem ser aceitos é o da teoria do direito livre (Frei Recht), que MOSSA tentou recuperar para o nosso Direito, no qual via um domínio particularmente propício para a aplicação da velha idéia alemã do direito livre. O juiz deveria traduzir, com toda imparcialidade, o sentimento de justiça sentido pelo meio social. O nosso direito positivo não se omitiu no particular, apresentando uma escala de métodos de interpretação, que deve orientar a atividade do intérprete nos casos de falta de disposições legais ou contratuais. Assim, são apontados ao juiz, nos casos de lacuna da lei, a jurisprudência, a analogia, a equidade, os princípios gerais do direito, os usos e os costumes e o direito comparado.”

SÉRGIO PINTO MARTINS,<sup>4</sup> no seu livro *Direito do trabalho*, afirma:

“Ao se interpretarem as diversas normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto deve-se levar em conta a norma mais favorável ao empregado. O art. 620 da CLT demonstra essa linha de pensamento ao dizer que ‘as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as

2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 120.

3 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

4 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, p. 82.

estipuladas em acordo'. Ao contrário, as normas estabelecidas em acordo prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva, se forem mais favoráveis ao empregado. O mesmo raciocínio pode ser levado em consideração em relação a outras normas: se o regulamento de empresa prevê melhores condições de trabalho do que a lei ou a norma coletiva, ele irá prevalecer sobre estas últimas.”

DÉLIO MARANHÃO, no seu livro *Instituições de direito do trabalho* (15. ed. São Paulo: LTr, v. 1), ao discorrer sobre a aplicação e interpretação do direito do trabalho, diz que:

“Não há ciência sem sistematização: daí a inegável utilidade das construções jurídicas, dos conceitos, como instrumentos para a elaboração das construções jurídicas: a interpretação da lei não é um mero exercício de lógica formal e abstrata. O juiz há de aplicá-la de acordo com os fins sociais a que ela se dirige, tirando conseqüências práticas que sejam conforme às exigências de fato das relações, evitando perder-se em abstrações, lembrando de que ‘*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat*’. Não há como reconhecer, por fim, a função criadora do juiz, desde que lhe cabe adaptar a lei às novas exigências sociais. Mas tal não significa que ele possa apor-se ao texto de lei.”

## 1 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO TRABALHO

Buscar a natureza jurídica do direito do trabalho consiste em fixarem-se seus elementos componentes essenciais, contrapondo-os ao conjunto mais próximo de seguimentos jurídicos sistematizados, de modo a classificar aquele ramo jurídico no conjunto do universo do Direito. À medida que esse universo do Direito tem sido subdividido em dois grandes grupos – direito público e direito privado –, a pesquisa da natureza jurídica do direito do trabalho importa em classificar tal ramo especializado em algum dos grandes grupos clássicos.<sup>5</sup>

A universalização do direito do trabalho influenciou decisivamente na socialização de todo o Direito. Constituído-se este na mais forte manifestação dessa socialização. A publicização do Direito prevalece, inquestionavelmente, nos sistemas jurídicos atinentes ao novo ramo do Direito; mas nele coexistem, igualmente, normas de direito privado, algumas meramente dispositivas, outras conceituadas como de ordem pública. Não se pode negar, também, que nas regras jurídicas contidas nos sistemas concernentes ao direito do trabalho ocorra a fusão indubitável do interesse coletivo e do individual.

Destas conclusões surgem as dificuldades para a fixação de sua posição na enciclopédia jurídica: como direito público, privado, social, misto ou unitário, eis que este contém preceitos de direito público e de direito privado.

Assim, surgiram várias teorias acerca da sua natureza jurídica do direito do trabalho, sendo as principais aquelas que entendem o direito do trabalho como público

5 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 70.

ou como privado; aqui abordaremos sucintamente apenas estas duas. As outras o explicam como direito misto, social e unitário.

*Direito público.* Para alguns juristas o direito do trabalho é ramo do direito público. Apontam estes argumentos de três ordens para fundamentar tal tese: primeiro, a natureza administrativa de algumas de suas normas jurídicas, exemplificando-as com aquelas atinentes à fiscalização trabalhista; segundo, a imperatividade das suas normas, uma vez que dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho, no seu art. 9º, que é nulo o ato destinado a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos seus preceitos; terceiro, as suas normas possuem um caráter estatutário, semelhantes as que teriam as relações mantidas pelo Estado com o funcionário público no âmbito do direito administrativo.

As críticas feitas a esta teoria são no sentido de que as normas de fiscalização e outras de direito administrativo têm caráter apenas instrumental, servindo de meio e não finalidade do direito do trabalho. Outrossim, a imperatividade das leis trabalhistas não difere da irrenunciabilidade de leis que disciplinam outros ramos do direito privado, como algumas normas de direito civil e comercial. E, finalmente, a relação de emprego é contratual e não estatutária. Sendo certo que nestas, como as do funcionalismo público, não há ajustes de condições de trabalho, uma vez que estas são impostas unilateralmente pela Administração; enquanto que naquelas (relação de emprego) há uma dimensão para a autonomia da vontade como fonte instauradora de direitos e deveres recíprocos.

*Direito privado.* Para os que entendem o direito do trabalho como ramo do direito privado, seus principais argumentos giram em torno da origem e dos sujeitos do vínculo, ou seja, o empregado e o empregador. Fundamentam que as origens deste vínculo encontram-se no direito privado, qual seja, o desenvolvimento da locação de serviços do direito civil. Os seus sujeitos são dois particulares, empregado e empregador. Se existem, no âmbito do direito do trabalho, algumas relações entre particulares e o Estado, não chegam a ter uma dimensão ampla, nem constituem a base do direito do trabalho. Outro argumento que a doutrina acrescenta é que:

“Se o direito do trabalho fosse considerado ramo do direito público, os sindicatos seriam órgãos públicos e as convenções coletivas de trabalho entre os sindicatos não teriam razão de ser, uma vez que se justificam como expressão da autonomia privada coletiva.”<sup>6</sup>

Abraçamos o entendimento da segunda teoria apresentada, qual seja, o direito do trabalho como ramo do direito privado, e, como tal, este cumpre o seu papel na regulamentação das relações individuais e coletivas de trabalho no setor privado. São corretos os argumentos que fundamentam a teoria com base na origem civilista das relações de emprego, bem como nos seus sujeitos, eis que empregado e empregador são dois particulares. Mas, ressalte-se, por oportuno, que o mais forte argumento reside na peculiaridade das relações coletivas de trabalho. A Constituição reconhece os sindicatos como representantes do empregado e empregador e ressalva a sua autonomia. Hoje o Estado não mais pode interferir quanto à criação, à administração e ao

6 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 84.

funcionamento das entidades sindicais, daí resulta o princípio da autonomia privada coletiva; por outro lado, a natureza jurídica dos sindicatos é de pessoa jurídica de direito privado, natureza esta que se encontra pacificada pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Outrossim, se o direito do trabalho fosse reconhecido como público, os seus efeitos seriam limitativos do movimento sindical, como no corporativismo, teríamos sindicatos de direito público, contrário a sua natureza e frontalmente em desacordo com o princípio da autonomia privada coletiva. Por outro lado, as normas de direito do trabalho administrativas, como as de fiscalização e do Ministério do Trabalho, não atraem este para o direito administrativo e não são principais, mas, sim, secundárias e instrumentais. Não se pode confundir normas públicas com direito público; é bem verdade que as leis elaboradas pelo Estado subsistem para prover uma proteção mínima ao obreiro, mas estas mesmas leis permitem um ajuste contrário pelas partes da relação de emprego ou suas entidades sindicais, sempre, e o limite é apenas no que refere à prejudicialidade do ajuste.

Assim, o direito do trabalho é ramo do direito privado, no qual prepondera a vontade das partes.

## 2 FUNÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Quanto à função do direito do trabalho, existe, também, muita controvérsia entre os juslaboralistas. Qual é o sistema de valores que o direito do trabalho pretende realizar? Embora este artigo não comporte um estudo mais acurado acerca do tema, convém mencionar que há várias respostas, independentes ou intercomunicantes, de acordo com a compreensão que o intérprete possa ter da nossa realidade social.

Entre as diversas teses encontramos aqueles que vêem no direito do trabalho uma função tutelar, uma função conservadora do Estado, uma função econômica, uma função coordenadora, uma função flexibilizadora ou até uma função revolucionária, como a tese do direito alternativo. Temos também aqueles que atribuem uma função de caráter modernizante<sup>7</sup> e progressista e, ainda, uma função civilizatória e democrática. A melhor definição a nosso ver é aquela que sustenta a função social do direito do trabalho. Assim vejamos. Os adeptos desta teoria pensam no direito do trabalho como

7 Neste sentido: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 59-61. Modernizante e Progressista: “Nas formações socioeconômicas centrais – a Europa Ocidental, em particular –, a legislação trabalhista, desde o seu nascimento, cumpriu o relevante papel de generalizar ao conjunto do mercado de trabalho aquelas condutas e direitos alcançados pelos trabalhadores nos seguimentos mais avançados da economia, impondo, desse modo, a partir do setor mais moderno e dinâmico da economia, condições mais modernas, ágeis e civilizadas de gestão da força de trabalho”; Civilizatória e Democrática: “Esse ramo jurídico especializado tornou-se, na história do capitalismo ocidental, um dos instrumentos mais relevantes de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos seguimentos sociais despossuídos de riqueza material acumulada, e que, por isso mesmo, vivem, essencialmente, de seu próprio trabalho... Ao lado disso, também dentro de sua função democrática e civilizatória, o direito do trabalho consumou-se como um dos mais eficazes instrumentos de gestão e moderação de uma das mais importantes relações de poder existentes na sociedade contemporânea, a relação de emprego”.

meio de realização de valores sociais e não de valores econômicos, em especial de preservação de um valor absoluto e universal, a dignidade do ser humano que trabalha. Esta teoria abrange a teoria da função tutelar e da função coordenadora, uma vez que entre estas possibilidades de convivência a base de proteção é a mesma, o trabalhador.

Mas qual é o trabalhador protegido pelo direito do trabalho?

Existe uma unidade de pensamento doutrinária e jurisprudencial que, para o direito do trabalho, trabalhador é o empregado! Expliquemo-nos. Empregado é o trabalhador subordinado. Assim, o âmbito pessoal da tutela do direito do trabalho são aqueles trabalhadores mencionados no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho; e o âmbito material de aplicação da Lei Trabalhista, ou seja, os tipos de relações jurídicas, sobre as quais as suas normas atuarão, são de três ordens: primeiro, as relações individuais entre empregados e empregadores; segundo, as relações coletivas entre os sindicatos de empregados e de empregadores ou entre aqueles e as empresas; terceiro, as relações de direito administrativo entre o Estado e os empregadores ou os empregados, como as de fiscalização trabalhistas.

### 3 FONTES FORMAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Como mencionamos, o direito do trabalho é uma expressão do pluralismo jurídico, ou seja, nem todo o direito do trabalho é produzido pelo Estado; neste coexistem, ao lado do direito estatal, um conjunto de normas jurídicas criadas pelos particulares entre si e toleradas pelo Estado, daí resultando um ordenamento misto, normas estatais e não-estatais.

Fugiria aos limites e ao escopo deste estudo uma análise completa da matéria. Vamos examiná-la, pois, o quanto baste, para que possamos ter do assunto uma noção que nos forneça o indispensável ponto de apoio para o desenvolvimento do tema específico deste artigo. Afinal, fontes do direito do trabalho são igualmente fontes do Direito, eis que, ignorando estas, não é possível indagar quais são aquelas. Fonte do Direito, em sua acepção mais ampla, significa a origem, o manancial de onde provém o Direito.

Assim, vários são os critérios segundo os quais classificam-se as fontes do Direito. Adotamos aqui a classificação geralmente aceita que as divide em fontes materiais e fontes formais. Aquelas são as fontes potenciais do Direito e compreendem o conjunto dos fenômenos sociais que contribuem para a formação da substância da matéria do Direito; e, no âmbito do direito do trabalho, quem melhor a define é GERARD LYON-CAEN, ao afirmar que a fonte material do direito do trabalho é “a pressão exercida pelos trabalhadores sobre o Estado capitalista pela ação reivindicadora dos trabalhadores”.

Já as fontes formais são os meios pelos quais se estabelece a norma jurídica, são estas que conferem à regra jurídica o caráter de direito positivo. Assim, as fontes formais do direito do trabalho são: a Constituição, a lei, o regulamento, a sentença normativa da Justiça do Trabalho, a convenção e o acordo coletivos de trabalho, o costume, o contrato de trabalho e a jurisprudência (esta consubstanciada nos enunciados do col. TST). Esclareça-se que nem todos os autores acrescentam, no tópico específico das fontes



formais do direito do trabalho, o acordo coletivo de trabalho e o contrato individual do trabalho, mas não restam dúvidas acerca da natureza jurídica de fonte formal destes instrumentos normativos. Outrossim, implicitamente, estes mesmos autores acabam por classificá-las como tal ao asseverarem que estes instrumentos são geradores de direitos e obrigações na esfera trabalhista; aliás, a própria Consolidação Trabalhista, no seu art. 444, atribui ao contrato individual a natureza de fonte de direito nas relações laborais. Outrossim, atinente ao acordo coletivo, além da previsão expressa da Consolidação quanto à natureza deste instrumento normativo, como fonte instauradora de direitos (art. 611, § 1º), a Norma Ápice, no inciso XXVI do art. 7º, o reconhece.

Ao lado da classificação acima, classificando-se, ainda, as fontes formais em fontes heterônomas e fontes autônomas. Assim, são fontes heterônomas do direito do trabalho aquelas que provém do estado, como a Constituição, a lei, o regulamento; dentre estas, a doutrina pátria coloca as sentenças normativas proferidas pela Justiça do Trabalho. Adotamos o posicionamento de ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK, que classificam as sentenças normativas proferidas pela Justiça do Trabalho como fontes de produção mista, é certo que são heterônomas, eis que o Estado participa da sua elaboração decidindo o conflito coletivo, mas as partes neste dissídio são as entidades sindicais representantes da categoria profissional/patronal, ou aquelas e uma ou mais empresas, assim a iniciativa é privada. São fontes autônomas aquelas elaboradas pelos próprios destinatários, interessados, como as convenções e os acordos coletivos – acertadamente alguns autores acrescentam, entre as fontes autônomas, o costume, eis que este não provém de fonte estatal, mas, sim, é produzido, espontaneamente, pelo ambiente de trabalho.

Destarte, cumpre neste tópico delimitar de imediato o objeto deste estudo, qual seja: “natureza e interpretação das cláusulas obrigacionais dos instrumentos coletivos e seu inadimplemento”, instrumentos estes que são fontes formais do direito do trabalho, possuindo as suas cláusulas natureza jurídica de normas jurídicas, mesmo não provindo do órgão competente para legislar, ou seja, do Poder Legislativo. Assim sendo, as convenções e os acordos coletivos de trabalho são tidos como expressão da autonomia privada coletiva, princípio este característico das relações coletivas de trabalho no âmbito do direito do trabalho brasileiro, bem como as sentenças normativas, proferidas pela Justiça do Trabalho, dentro do poder normativo que lhe é atribuído atipicamente pela Constituição Federal.

#### 4 CONCEITO DE CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVOS DE TRABALHO

O art. 611, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho define convenção coletiva de trabalho como:

“O acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.”

O § 1º do art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho prescreve que:



“É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.”

Temos aqui duas fontes formais peculiares do direito do trabalho, as convenções coletivas de trabalho e os acordos coletivos do trabalho. Estes exteriorizam a autonomia privada dos sindicatos nas negociações coletivas.

O inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho.

Convenções coletivas de trabalho são, assim, pactos firmados entre dois ou mais sindicatos – estando de um lado o sindicato patronal (igualmente denominado sindicato da categoria econômica ou dos empregadores) e do outro o sindicato profissional (também denominado sindicato dos empregados ou dos trabalhadores) – a respeito de condições de trabalho para a categoria (art. 611, *caput*, da CLT).

Acordos coletivos de trabalho são os pactos celebrados entre uma ou mais de uma empresa e o sindicato da categoria profissional a respeito de condições de trabalho a serem aplicadas no âmbito da(s) empresa(s) acordante(s) (§ 1º do art. 611 da CLT).

Quanto ao aspecto da linguagem semântica, o artigo retrocitado apresenta uma proposição normativa.

Temos aqui um ato-regra: fonte de direito, um misto de contrato e de lei, possui natureza de norma jurídica. Podemos dizer que as convenções coletivas e os acordos coletivos são a mais legítima fonte formal de direito, uma vez que atende às exigências das relações de trabalho, melhor traduzindo, o sentido deste direito, eis que transportam o centro do mundo jurídico individual para o coletivo; ademais, são instrumentos de produção de normas jurídicas pelos próprios destinatários.

As convenções coletivas de trabalho, assim como os acordos coletivos, estabelecem uma regra geral, abstrata e impessoal, resultam de negociações coletivas às vezes penosas, acompanhadas ou não de greves.

Como bem descreve AMAURI MASCARO NASCIMENTO:

“As convenções coletivas são a forma tradicional do direito coletivo de trabalho no Brasil, sempre reconhecidas pelo Estado, ainda que com maiores ou menores limitações resultantes da interferência do Estado na política salarial que o levou a legislar sobre reajustes salariais em detrimento da livre negociação dos salários.

Desempenham um papel impulsionador da lei, uma vez que diversos direitos trabalhistas nascem naquelas e depois passam para esta. Provocam, às vezes, um empilhamento de direito (COUTURIER), a superposição de direitos trabalhistas em escala. Permitem ajuste de detalhes inadequados para a lei. Como forma consensual são dotadas de maior eficácia e simplificação.”<sup>8</sup>

8 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 102.

É certo que tais ponderações são pertinentes, também, aos acordos coletivos de trabalho.

## 5 CONCEITO DE SENTENÇA NORMATIVA

O § 1º do art. 162 do Código de Processo Civil define que:

“Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.”

Assim, sentença é a decisão proferida pelo Poder Judiciário nas questões submetidas ao seu julgamento, no exercício da sua função típica. As decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho, nos dissídios coletivos, de suas respectivas competências, têm o nome de sentenças normativas. Estas são expressão do poder normativo atribuído à Justiça do Trabalho, no exercício de uma função eminentemente atípica, eis que legislar é uma função típica do Poder Legislativo. A sentença normativa constitui realmente uma das fontes peculiares do direito do trabalho. À luz desse parâmetro, a sentença normativa aproxima-se da sentença à medida que é proferida pelo Poder Judiciário Trabalhista.

O art. 114, no seu § 2º, da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004) dá competência à Justiça do Trabalho para estabelecer normas e condições de trabalho. Assim sendo, também por meio da sentença normativa, resultante do dissídio coletivo, serão criadas, modificadas ou extintas as normas e condições aplicáveis ao trabalho, gerando direitos e obrigações a empregados e empregadores. Cumpre notar que a atribuição constitucional deferida ao Poder Judiciário de fixar, no âmbito das relações laborais, regras jurídicas, como ocorre nos processos de dissídios coletivos e respectivas sentenças normativas, não se confunde com a clássica atuação jurisprudencial.

A sentença normativa é também ato-regra, constituindo-se em ato judicial no seu aspecto formal, e ato criador de regras gerais, impessoais, obrigatórias e abstratas em seu aspecto material.<sup>9</sup>

## 6 ANÁLISE INTERPRETATIVA DAS NORMAS COLETIVAS: MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Interpretar a lei significa atribuir à lei um significado, medir-lhe a exata extensão, avaliando a possibilidade de sua aplicação ao caso concreto.

Assim sendo, a interpretação consiste em determinar o sentido, também chamado de pensamento, espírito ou vontade da lei. O que se chama espírito ou sentido da lei não é a vontade do legislador, mas a vontade desta, considerada objetivamente como um ser que existe por si só, dotado de vida própria (COVIELLO).

<sup>9</sup> Neste sentido: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 158.

Reagindo contra o método tradicional, qual seja, que a interpretação se resumia em proclamar o pensamento do legislador em determinado caso, revelando, pois, a intenção do poder que elaborou o texto legal, escola exegética, para a qual, em síntese, todo o direito esta na lei, sendo esta apenas a expressão da vontade do legislador. O sistema histórico evolutivo parte da premissa de que a norma tem uma vida própria e força expansiva; destarte, torna-se possível, ao intérprete, atribuir a esta um sentido novo e de acordo com as exigências do momento histórico em que é aplicada. Surge, ainda, em oposição às abusivas construções lógicas do sistema tradicional, o sistema teleológico, propondo uma interpretação conforme a finalidade da norma, devendo o intérprete orientar-se pelas necessidades práticas a que o direito visa a atender, a fim de preservar o equilíbrio entre os interesses em jogo (art. 5º da LICC).

Resulta, também, do movimento de reação contra o método tradicional de interpretação o sistema do direito livre, segundo o qual o juiz poderia decidir *contra legem*. Este se tornou realidade prática, em certa época, na França, por meio das sentenças do “bom Juiz MAGNAUD” (FRANÇOIS GÉNY).

Entre nós aplicam-se, nos meios forenses, métodos de interpretação do direito comum. Didaticamente, várias são as formas de interpretação da norma jurídica:

- a) Gramatical (literal ou lingüística): consiste esta em verificar qual o sentido do texto gramatical da norma jurídica. É a interpretação que, fundada nas regras e nos métodos da lingüística e filologia, constrói-se a partir do exame literal do texto normativo. Analisa-se o alcance das palavras encerradas no texto da lei;
- b) Lógica (ou racional): é o método de interpretação que busca o significado, a coerência e a harmonia do texto legal, socorrendo-se de técnicas da lógica formal. Por meio deste se estabelece uma conexão entre vários textos legais a serem interpretados. Por esse método pesquisa-se a *ratio legis*, a *mens legis*, o pensamento contido na lei, ainda que exteriorizado em fórmula lingüística inadequada;
- c) Teleológica (ou finalística): a interpretação será dada de acordo com o fim social colimado pelo legislador. Busca este método subordinar o processo interpretativo ao império dos fins objetivados pela norma jurídica. A própria legislação tende a enfatizar a conduta teleológica, ao dispor que o operador jurídico deve observar, no processo interpretativo, os “fins sociais da lei”, nos termos do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil; e mais, de maneira que “nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse comum”, conforme prescreve o art. 8º, *caput*, da CLT, na sua parte final;
- d) Extensiva (ou ampliativa): nesta, dá-se um sentido mais amplo à norma a ser interpretada do que ela normalmente teria, portanto, a fórmula legal é menos ampla do que a mensagem legal deduzida. A letra de expressão da norma traduz com insuficiência o seu conteúdo, ou seja, a razão e a vontade da norma não se encontram inteiramente satisfeitas e expressas na fórmula

lingüística adotada pelo legislador. Por esta cabe ao interprete ampliar o sentido do texto legal expresso, para alcançar o sentido real e efetivo da norma;

- e) Sistemática: a interpretação será dada ao dispositivo legal conforme a análise do sistema no qual está inserido, sem se ater à interpretação isolada de um dispositivo, mas, sim, ao seu conjunto. É o método que se caracteriza pela busca de harmonização da norma ao conjunto do sistema jurídico, este volta-se a produzir uma interpretação vinculada e harmônica ao conjunto do sistema do Direito. Investiga-se aqui, também, a tendência normativa hegemônica nas diversas normas e diplomas existentes sobre matérias correlatas, adotando-se tal tendência como uma das premissas centrais implícitas àquela norma ou diploma interpretado;
- f) Restritiva (ou limitativa): na qual se dá um sentido mais restrito, limitado, à interpretação da norma jurídica. Nesta, a conclusão é a de que a transparente expressão lingüística da norma jurídica é mais ampla que o exato sentido por ela objetivado;
- g) Histórica: o direito decorre de um processo evolutivo, sendo necessário analisar, na evolução histórica dos fatos, o pensamento do legislador não só à época da elaboração da lei, mas de acordo com a sua exposição de motivos, mensagens, emendas, discussões parlamentares etc. Assim, este consiste na reconstrução da *occasio legis* no momento interpretativo. Portanto, o direito é uma forma de adaptação do meio em que vivemos em função da evolução natural das coisas;
- h) Autêntica (legal ou legislativa): é a realizada pelo próprio órgão que editou a norma, este é que irá declarar o seu sentido, alcance e conteúdo, por meio de outra norma jurídica.

Resulta deste breve enfoque e referências aos sistemas e métodos de interpretação que, para obter um resultado satisfatório, o intérprete, utilizando-se dos vários métodos, deverá deles se valer conjunta e harmonicamente. Toda interpretação deverá levar em conta, necessariamente, as regras que governam a palavra e o pensamento, sendo, em conseqüência, ao mesmo tempo gramatical e lógica; ater-se também ao elemento histórico, atentando por igual para a correlação das disposições da lei, no ordenamento jurídico, elemento sistemático. Adverte COVIELLO que: “Não há uma interpretação gramatical, uma interpretação lógica, uma interpretação histórica ou sistemática: há várias espécies de interpretação, que devem ser usadas em conjunto e não isoladamente”.

## 7 EFEITO DAS CLÁUSULAS OBRIGACIONAIS: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Após os breves enfoques a respeito da natureza jurídica e função do direito do trabalho, bem como acerca das suas fontes formais, dentre as quais mereceu uma atenção maior os instrumentos normativos, oriundos do poder normativo atribuído

constitucionalmente aos sindicatos e à Justiça do Trabalho, passamos a nos dedicar ao estudo dos efeitos das cláusulas obrigacionais constantes de tais instrumentos normativos.

Preliminarmente, convém abordar, ainda que de forma sucinta, que tanto as convenções coletivas quanto os acordos coletivos e as sentenças normativas possuem cláusulas com natureza normativas (ou jurídicas) e obrigacionais (ou contratuais). Exemplo de uma cláusula normativa seria justamente aquela que assegura aumento salarial para toda a categoria profissional.

Já o conteúdo obrigacional é constituído das cláusulas que tratam de matérias que envolvem os próprios interlocutores sociais, quais sejam, os sindicatos representantes das categorias profissional/patronal e/ou a(s) empresa(s) pactuantes. Destarte, normativas ou jurídicas são regras ou cláusulas que, de maneira geral, geram direitos e obrigações que irão se integrar aos contratos individuais de trabalho das respectivas bases representadas. Consistem na razão de ser da negociação coletiva<sup>10</sup> – mecanismo criador de fontes normativas autônomas do direito do trabalho. Assim sendo, o conteúdo normativo versa sobre matéria que atinge os representados pelos sindicatos, ainda que numa simples interpretação quanto às cláusulas possamos dizer que os efeitos destas para os empregados sejam proposições constitutivas de direitos, enquanto que para os empregadores sejam proposições estabelecedoras de deveres, obrigações.

Afirmam HUECK e NIPPERDEY que “a parte normativa é a soma das regras que determinam e afetam diretamente, de acordo com a vontade dos convenientes, o conteúdo, celebração e extinção de relações privadas de trabalho dependente, assim como regulam questões que têm por objeto instituições conjuntas das partes do convênio” (1963: 301-302).

As cláusulas obrigacionais ou contratuais, reiteramos, são aquelas que criam direitos e obrigações para as respectivas partes convenientes: sindicato obreiro e empresa, no caso do acordo coletivo de trabalho; e sindicato obreiro e sindicato da categoria econômica, no caso de convenção coletiva de trabalho. Esta é a diferenciação fundamental acerca do que contém os diplomas negociais coletivos: um conteúdo normativo, mais relevante do ponto de vista substantivo e, em geral, muito mais amplo, ao lado de um conteúdo obrigacional. Ressalta-se, uma cláusula prevendo multa para o sindicato que descumprir a convenção tem o caráter obrigacional, pois esta possui a característica de uma obrigação assumida pelo sindicato como pessoa jurídica. De outro lado, uma cláusula que assegura aumento salarial para toda a categoria tem natureza normativa, pois não há a criação de uma obrigação para o sindicato, como pessoa jurídica, mas para os empregadores do setor e um benefício correlato para os empregados.

Cumpra ressaltar que alguns doutrinadores apontam outras classificações para os conteúdos dos instrumentos coletivos de trabalho. A guisa de exemplo, a classificação de ALONSO GARCIA: cláusulas normativas, cláusulas obrigacionais e cláusulas de

10 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1383.

garantia.<sup>11</sup> Estas últimas seriam dispositivos relativos à regulação do próprio instrumento normativo, exemplo: vigência, eficácia, duração etc. A bem da verdade, nota-se que as denominadas cláusulas de garantia têm natureza de regras jurídicas e não de cláusulas meramente contratuais.

## 8 CLASSIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS OBRIGACIONAIS

As cláusulas obrigacionais podem ser classificadas em típicas e atípicas.<sup>12</sup> As primeiras correspondem aos deveres de paz e de influência. As atípicas tratam de mecanismos de administração da convenção coletiva, do acordo coletivo e da própria sentença normativa, como a instituição de comissão encarregada de dirimir controvérsias emergentes dos referidos instrumentos.

Nas cláusulas típicas, instituidoras de dever de paz, uma infração clara seria a infringência destas, por meio de greve desencadeada por instigação do sindicato. Existem ainda deveres próprios que são os que somente pelos convenientes podem ser executados, incumbindo, assim, às próprias partes e não a terceiros. Há também deveres de influência, que são aqueles que são exercidos junto aos membros do sindicato, para que levem a cabo uma conduta conforme o convênio, buscando a paz social.

As cláusulas obrigacionais extinguem-se com o término da vigência da norma coletiva. Dúvidas ocorrem apenas e relativamente acerca da incorporação ou não das cláusulas normativas, garantidoras ou constituidoras de direitos, aos contratos individuais de trabalho. Questiona-se se estas têm ultra-atividade e se ficam incorporadas aos contratos de trabalho, mesmo após o término do prazo de vigência do instrumento normativo que as criou?

Ressalta-se, por oportuno, que na existência de condições resolutivas previstas nas normas coletivas, cessando seus efeitos jurídicos, pois, realizada a condição, inexistente sobrevivência daquelas determinações.

Na doutrina existem duas correntes a analisar o tema: uma justificando a incorporação das cláusulas normativas no contrato de trabalho e a outra ponderando pela não-incorporação.

Não vamos aqui nos ater ao trato de tal incorporação, eis que a incorporação ou não das cláusulas normativas ao contrato individual de trabalho não é o objeto central deste estudo, mas não podemos deixar de consignar a nossa opinião, a qual é no sentido de apoio à segunda corrente, ou seja, em que pese o respeito à primeira corrente, bem como as razões indicadas por esta no sentido da incorporação das cláusulas normativas no contrato de trabalho, entendendo que as condições supervenientes de trabalho não podem vir a prejudicar o empregado, entre outros argumentos, sob pena de infringir o princípio da inalterabilidade das condições de trabalho, insculpido no art. 468 da

11 Apud DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1384.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, p. 834.

Consolidação das Leis do Trabalho, entendemos que o assunto resolve-se pela aplicação analógica do Enunciado nº 277 do col. TST:

“Enunciado nº 277. Sentença normativa. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho.

As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.”  
(Res. 10/88, DJ 01.03.1988)

Como já vimos, das cláusulas dos instrumentos normativos resultam obrigações e deveres próprios, que obrigam os convenentes, e só por estes podem ser executados, incumbindo, assim, às próprias partes e não a terceiros; e, por outro lado, vimos que as cláusulas obrigacionais extinguem-se com o termo final do instrumento normativo que as instituiu. Assim, questiona-se: Qual a natureza das sanções impostas pelo descumprimento destas cláusulas? Qual o limite das multas a serem exigidas pelo inadimplemento? Qual a natureza de tais multas? São cláusulas penais?

## 9 DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS OBRIGACIONAIS (NORMATIVAS)

Existe controvérsia doutrinária acerca das classificações da natureza das sanções que podem advir do inadimplemento das cláusulas constantes dos instrumentos normativos.

Para alguns, entre os quais citamos RUSSOMANO, as sanções classificam-se em: a) legais, quando provêm da lei; b) convencionais, quando estipuladas pelas partes convenentes.

Assim, nesta linha de raciocínio, as sanções oriundas do descumprimento de convenções ou acordos coletivos têm uma natureza convencional; já aquelas oriundas das sentenças normativas têm a mesma natureza das legais, eis que são instituídas por um órgão suprapartes, o Poder Judiciário, no exercício de uma função legisladora atípica. Tal interpretação se faz num silogismo ante as premissas propostas por RUSSOMANO. Assim, numa conclusão lógica, se as sentenças normativas não advêm da vontade dos interlocutores sociais, mas sim da vontade do Estado, não podem ser denominadas como sanções convencionais.

Quanto ao limite das multas impostas ao descumprimento, a Consolidação das Leis do Trabalho não contém um comando legal versando sobre a limitação da multa prevista na norma coletiva.

Justamente por tal fato discute-se na doutrina se poderia ser então aplicado o art. 412 do novo Código Civil (art. 920 do Código Civil de 1916), constituindo-se tal sanção em verdadeira cláusula penal. Vejamos.

O art. 412 do Código Civil reza que:

“O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”



Um primeiro argumento contra a tese da aplicação do artigo retromencionado poderia ser o de que as multas previstas nos instrumentos normativos são de natureza trabalhista e não civil; outro argumento poderia ser o de que as cominações foram previstas por mútuo consentimento das partes no instrumento normativo coletivo, assim sob ambos os argumentos inviáveis seria a aplicação da disciplina do Código Civil.

Ora, e as multas impostas na sentença normativa? Estas não decorreram do consentimento das partes.

Por outro lado, inexistente na Lei Trabalhista disposição sobre eventual limitação das multas a serem previstas nas normas coletivas. Outrossim, o art. 613 da CLT, no seu inciso VIII, prevê que as convenções e os acordos deverão conter, obrigatoriamente, “penalidades para os sindicatos convenientes, os empregados e as empresas, em caso de violação de seus dispositivos”.

De outro lado, o parágrafo único do art. 8º da Consolidação Trabalhista prescreve que:

“O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Não há incompatibilidade entre as normas e os princípios de direito do trabalho para a aplicação do Código Civil; assim sendo, temos presentes os requisitos permissivos da aplicação do art. 412 do Código Civil, quais sejam: a) omissão (art. 613, inciso VIII, CLT); e b) compatibilidade (art. 8º, parágrafo único, CLT).

Desta forma, entendemos que as multas previstas nos instrumentos normativos não são direitos trabalhistas, mas sim equivalem a verdadeiras cláusulas penais. A pensar-se de outra maneira, poder-se-ia atribuir-se a estas a natureza de astreintes, o que, a nosso ver, poderia levar empresas de pequeno porte à falência, principalmente em ações plúrimas e de resolução demorada, eis que tal espécie de multa pode ultrapassar o limite do principal. Ademais, não seria ilógico concluir que os próprios sindicatos iriam abarrotar ainda mais o Judiciário Trabalhista com ações de cumprimento, sem sequer haver o interesse de tentar, por meio de nova negociação, o cumprimento das normas coletivas.

Sem dúvida é preciso haver uma limitação. O próprio instituto da cláusula penal se inspira num preceito justo, de tal sorte que é preciso indenizar os danos resultantes do inadimplemento, e como a indenização não deve ultrapassar o montante do prejuízo, torna-se salutar a aplicação do art. 412 do Código Civil para limitar o valor da multa ao da obrigação principal, constantes dos instrumentos coletivos, seja convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa.

## CONCLUSÃO

Como se pôde perceber, por meio das questões trazidas para considerações, o direito do trabalho, enquanto ciência do Direito e enquanto ramo autônomo do Direito, é no seu aspecto doutrinário bastante controvertido. Salientamos nesta que jamais tivemos a pretensão de esgotar a matéria, ao contrário, apenas a intenção foi controverter



um tema bastante polêmico, o qual reputo de grande importância para o direito do trabalho, que é a interpretação das normas coletivas de trabalho, quanto ao aspecto e à natureza jurídica dos efeitos obrigacionais gerados pelo descumprimento das suas cláusulas. Entendemos plenamente aplicável o art. 412 do Código Civil para limitar o valor das multas previstas nos instrumentos normativos ao valor do principal. Sendo certo que a aplicação de direito comum, neste caso, resta recomendada, uma vez que presentes os requisitos legais da sua aplicação, quais sejam, a lacuna da Lei Trabalhista (omissão), bem como a plena compatibilidade, eis que os preceitos atinentes à cláusula penal não confrontam as disposições trabalhistas consolidadas. Damo-nos por satisfeitos se este trabalho for tido como um esboço para ulteriores desenvolvimentos e reflexões.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I e II, 1981.
- JÚNIOR, Adelmo Fioranelli. *Direito e linguagem*. Capítulo 4.
- MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, v. 1, 1995.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MONTORO, André Franco. *A linguagem do direito: semiótica, sintática e pragmática*. São Paulo: PUC, 1997.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio. *Comentários aos enunciados do TST*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Direito do trabalho em sintonia com a nova Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, v. 2, 1995.



# PARASSUBORDINAÇÃO: NOVO ELEMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO(?)

---

**Marcos Abílio Domingues**

Mestre e Doutor em Direito pela PUCSP, Coordenador e Professor de  
Direito do Trabalho do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo  
Paulista e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Paulínia.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Flexibilização e proteção; 2 A parassubordinação; 3 Direito  
do trabalho e modernidade; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Nas linhas que seguem se pretende discutir a existência de um novo componente na caracterização da relação de emprego. Trata-se da parassubordinação. Faz algum tempo, a doutrina vem discutindo a parassubordinação como um novo fenômeno que quase sempre está aliado à relação jurídica entre empregado e empregador. Portanto, além de despertar a atenção para esse novo elemento, pretende-se também lançar algumas idéias que contribuam para a sua compreensão, notadamente sua vinculação com a flexibilização.

## INTRODUÇÃO

Faz algumas décadas que os doutrinadores discutem a flexibilização do Direito do Trabalho. Tal fenômeno trouxe consigo, com o passar do tempo, um outro componente: a parassubordinação. Como produto posterior à flexibilização, naturalmente, tem a parassubordinação recebido menos destaque que a flexibilização, mas que não parece ter menos importância que ela.

Ainda que não esteja comprovada a vinculação da parassubordinação com a flexibilização, parece-nos haver um liame entre as duas coisas. Diante disso, estamos propondo um debate acerca desse relacionamento e das razões e conseqüências que tal vínculo pode resultar.

Considerando o recente tratamento do assunto dado pela doutrina, ainda não se verifica ampla fonte de estudos, exceto pelos autores italianos. Contudo, o pouco que se tem escrito ou discutido já revela delineamentos precisos e certos sobre o tema. Mas que, com a devida vênia, merecem maior reflexão.

Portanto, pretendemos traçar a partir da definição da flexibilização e da parassubordinação os âmbitos de incidência de cada fenômeno, se assim podemos denominá-los – para depois estabelecer seus efeitos nas relações de emprego.

Diverso do que possa parecer, não temos qualquer intenção de firmar postura definitiva sobre o assunto, mas senão contribuir para uma melhor compreensão e esclarecimento, como também despertar novas reflexões sobre a parassubordinação, que pode revelar novos horizontes para o Direito do Trabalho.

## 1 FLEXIBILIZAÇÃO E PROTEÇÃO

A flexibilização do Direito do Trabalho pode ser entendida como parte do processo de adaptação do mercado de trabalho “consistente no conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito Laboral de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa exigentes de pronto ajustamento”.<sup>1</sup> Ou seja, crise econômica, avanço tecnológico e anseios sociais por melhor qualidade de vida trouxeram novas necessidades de regulamentação ou desregulamentação das relações de trabalho.

A existência de um mercado produtivo extremamente competitivo, aliado ao fenômeno da globalização, passou a exigir das empresas um novo modelo de produção. O custo das mercadorias, expresso não só pela matéria-prima como também pela mão-de-obra empregada, passou a constituir elemento de grande preocupação. Tanto a redução do consumo em geral, em parte motivada pelo desemprego, quanto a competição com mercados de baixo custo da mão-de-obra, levaram administradores a buscarem alternativas de melhoria da competitividade empresarial. Além do aprimoramento das técnicas de administração dos recursos humanos e materiais, adveio a necessidade de respaldar essas novas técnicas, notadamente aquelas de melhor aproveitamento dos recursos de mão-de-obra, e de mecanismos jurídicos de legitimação das novas técnicas.

Na esteira de tal necessidade, nasceu o movimento que ficou conhecido como flexibilização do Direito do Trabalho.<sup>2</sup> A crise econômica de então foi ocasionada pela crise do petróleo da década 1970-80, cumulada com um forte processo inflacionário e retração do consumo. Tal cenário foi precedido por um período de grandes conquistas trabalhistas, principalmente na Europa, com razoáveis aumentos de salários, grande oferta de emprego e de investimento na produção.

Aliado à crise econômica adveio um próspero e marcante avanço tecnológico. Novas barreiras foram transpostas pelo ser humano com o domínio da informática e, por conseqüência, de novas maneiras de organizar a produção. O trabalhador que anteriormente tinha como local de trabalho a sede do empregador, passa a contar com a possibilidade de trabalhar a distância em sua residência. Além disso, a automação conduz à possibilidade de entregar tarefas até então extremamente perigosas e de risco a robôs não protegidos por direitos trabalhistas ou reivindicações sindicais.

Esta nova realidade choca-se com a característica histórica do Direito do Trabalho: o caráter protecionista. A legislação trabalhista teve origem em um contexto de desigualdade entre trabalhadores e empregadores, mas que foi possível somente em decorrência de um modelo capitalista de produção.<sup>3</sup> A subordinação, como principal característica da relação de emprego, decorreu do modelo de trabalho livre, prestado

1 NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991, p. 20.

2 Também denominado Direito do Trabalho da Crise e Direito do Trabalho da Emergência.

3 Em sentido contrário, veja PEREIRA, Adilson Bassalho. *A subordinação como objeto do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1991, p. 57-58.

por conta alheia a um terceiro, detentor dos meios de produção. A economia liberal criou um paradoxo. Uma relação jurídica calcada na autonomia da vontade, portanto, do trabalho livre, mas que se concretiza pela subordinação de uma das partes à outra, como que a negar ou subverter esta liberdade. De qualquer maneira, “o trabalho objeto do Direito do Trabalho (...) apenas aparece com a (e dentro da) era capitalista”.<sup>4</sup>

Mas da mesma maneira que o Direito do Trabalho se mostra irreversível, também a flexibilização indica que veio para ficar. A flexibilização mostra-se como um “processo de ajustamento das instituições jurídicas às novas realidades da sociedade capitalista”,<sup>5</sup> no propósito de perpetuar esse modelo de relações de trabalho. Se de um lado temos o chamado neoliberalismo e o neocapitalismo como tentativas de estabilizar e manter um modelo econômico, de outro se verifica também o cuidado de preservar um modelo jurídico com a adequação do Direito do Trabalho ao novo capitalismo.<sup>6</sup>

Mas as duas concepções que se podem atribuir ao Direito, notadamente ao Direito do Trabalho, a intervencionista e a liberal, podem revelar uma tentativa de coexistência para o equilíbrio. Tanto que a flexibilização pode ser encarada como um processo de atualização do Direito do Trabalho, que se ajusta às necessidades modernas de produtividade e limitações da capacidade econômica das empresas, sem descuidar do caráter protecionista das condições de trabalho ao empregado. Diante disso, a flexibilização ou redução de direitos pode ser implementada com vistas à garantia de outros interesses da classe trabalhadora, como por exemplo, aumento da oferta de emprego ou mesmo maiores salários em troca de menos benefícios indiretos.

Ademais, “é perceptível que a flexibilidade da relação de emprego não tem por sinônimo a redução de direitos trabalhistas, ainda que pesem muitas e respeitáveis opiniões divergentes”,<sup>7</sup> pois não há dúvidas que a relação de emprego é essencialmente desigual e tal desigualdade não parece resolvida, além de – até por conta dessa desigualdade – tradicionalmente conflituosa. Mas “desregulamentar, desestatizar, terceirizar (quando necessário), sim. Deixá-las inteiramente livres, sem parâmetros ou regras gerais de proteção, não. Esta liberdade, que ainda reina nos países pobres e em desenvolvimento, significa a liberdade dos fortes, para dispor dos destinos dos mais fracos”.<sup>8</sup>

Nesse sentido, a flexibilização parece perpetuar e justificar o Direito do Trabalho. A flexibilização não exige a renúncia à origem do Direito do Trabalho, como instrumento

4 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p. 23.

5 MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 75.

6 Aqui podemos até identificar certo discurso ideológico, pois o Direito do Trabalho serve de sustentação para o modelo capitalista, o liberalismo econômico e o individualismo jurídico. A manutenção do Direito do Trabalho, seja pela sistematização e intervenção da flexibilização, só tende a perpetuar o modelo no qual surgiu.

7 DOMINGUES, Marcos Abílio. *Regulamentação da hora extraordinária no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998, p. 86.

8 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *O Mercosul e as relações de trabalho: relações individuais, relações coletivas, relações internacionais de trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 28.

de proteção, senão de atualização do enfoque protecionista, para um modelo que busca conciliar a dignidade humana do trabalhador ao economicamente possível da atividade empresarial capitalista.

## 2 A PARASSUBORDINAÇÃO

A parassubordinação aparece mais recentemente, segundo a doutrina italiana, como um elemento entre a subordinação do empregado e o conceito de colaboração do trabalhador autônomo. O trabalho parassubordinado decorre de “um contrato de colaboração no qual o trabalhador se compromete a desempenhar uma atividade mediante a coordenação, e não subordinação, da empresa tomadora”.<sup>9</sup> Para AMAURI MASCARO NASCIMENTO, o trabalho parassubordinado está entre “o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais”.<sup>10</sup>

Segundo IRANY FERRARI e GEÓRGIA CRISTINA AFFONSO, referindo-se à doutrina italiana, a parassubordinação nas relações de trabalho assemelha-se a “uma subordinação pela metade ou não completa”, que somente pode existir para os membros cooperados em relação aos tomadores de serviços das cooperativas, posto que não incluída no art. 3º da CLT e no art. 2º da Lei nº 5.889/73.<sup>11</sup> Ponderam ainda os autores referidos, que entre profissionais liberais não há total autonomia no serviço em relação a seus clientes, senão na parte técnica, pois devem atender as exigências de tais clientes. Contudo, com a devida vênia, acrescentamos que no caso da relação típica de trabalho autônomo, temos uma obrigação jurídica como em todo vínculo jurídico, e não apenas colaboração, pois esta última deve estar presente em qualquer relação humana, jurídica ou social e sobretudo na firmada entre empregado e empregador.

Enquanto no trabalho subordinado temos a submissão do empregado a ordens e fiscalização do empregador, no trabalho parassubordinado prevalece a dependência econômica e o intuito de colaboração entre as partes. Se o primeiro caracteriza-se pela pessoalidade, continuidade, onerosidade e subordinação, o segundo revela-se também com a pessoalidade, continuidade, onerosidade (ou retribuição), mas mediante coordenação com a empresa tomadora do serviço. Nesta modalidade de contratação, sempre há o caráter da dependência econômica do parassubordinado, que depende da prestação contínua do trabalho para sua sobrevivência, diverso do trabalho autônomo. Tal dependência revela uma sensível redução da liberdade de contratação do prestador do serviço.

A parassubordinação é com frequência identificada nos serviços prestados por cooperativas de trabalho ou profissionais liberais. Ela advém da descentralização produtiva e da terceirização, que conduzem empresas a abandonarem várias etapas do

9 SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. Descentralização produtiva: o trabalho parassubordinado. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 68, n. 11, p. 1346, nov. 2004.

10 *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 341.

11 *Cooperativas de trabalho: existência legal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 67-68.

processo produtivo ou as atividades que não estejam intimamente vinculadas a esses processos, como, por exemplo, serviços administrativos ou técnicos.

Pode a parassubordinação ser confundida com a subordinação informal. No caso, temos uma situação real de vínculo de emprego que se reveste de uma aparente relação jurídica de natureza autônoma ou civil. São muitos os casos em que a chamada parassubordinação é usada deliberadamente como instrumento de redução fraudulenta das responsabilidades do empregador, com o intuito de ocultar verdadeiras relações de emprego, mas com a negação dos direitos trabalhistas e sociais.

Nesse sentido, o Professor NASCIMENTO<sup>12</sup> afirma que nas hipóteses em que o trabalho parassubordinado se confundir com o subordinado, deve-se enquadrá-lo como subordinado. Contudo, adverte que melhor seria elaborar legislação específica do trabalho parassubordinado, de maneira a diferenciá-lo tanto do trabalho autônomo quanto subordinado, afastando quaisquer discussões a respeito e que se revelam sem qualquer utilidade prática, pela falta de regulamentação sobre o assunto.

### 3 DIREITO DO TRABALHO E MODERNIDADE

O Direito do Trabalho surgiu da necessidade de regular o contrato de trabalho. Se inicialmente o vínculo jurídico entre empregado e empregador era regido por regras emanadas da autonomia da vontade, consagradas pelo individualismo jurídico, em um segundo momento, os efeitos da desigualdade contratual revelaram a construção de uma relação jurídica especial, que reclamava tratamento diferenciado.

A primeira fase do contrato laboral foi marcada pela pseudo-auto-regulamentação, que rapidamente levou à predominância das condições ditadas pelo empregador, pois restava ao trabalhador submeter-se a tais regras ou perecer à mercê da falta de trabalho. Esta fase deu força à idéia da natureza contratual da relação empregado-empregador. Posteriormente, de certa maneira influenciada pela relação de vassalagem,<sup>13</sup> pela qual haveria uma obrigação de fidelidade do trabalhador ao senhor feudal em troca de proteção, outra natureza é atribuída à relação de empregado: a institucional. Segundo esta, a incorporação do trabalhador à empresa implica integração à comunidade organizada, como expressão da corrente institucionalista.

Desde os primórdios do Direito do Trabalho muitas alterações assolaram o mundo. As relações de trabalho evoluíram da norma estatal para a norma convencional. O Direito Coletivo do Trabalho ganhou maior importância como segmento mais adequado para a normatização da relação trabalhista, não obstante o final do século XX ter apresentado um enfraquecimento do movimento sindical. Os instrumentos coletivos ganharam defensores como opção mais realista das possibilidades de regulamentação

12 Op. cit., p. 342.

13 GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elias. *El derecho del trabajo: una reflexión sobre su evolución histórica*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1996, p. 50.

das relações de trabalho por seus próprios protagonistas, ao mesmo tempo em que, inversamente, tenha ficado caracterizada a perda do poder de negociação dos sindicatos.

Seja pelo caminho da regulamentação emanada do Estado ou pela via negocial, com normas originárias do entendimento dos atores sociais – empregados e empregadores – por intermédio das respectivas entidades sindicais, o Direito do Trabalho demonstra estar fadado a continuar protegendo – mais ou menos – o trabalho assalariado, seja ele estritamente subordinado ou mesmo impregnado da subordinação indireta, camuflada ou abertamente coberta pela parassubordinação.

Vários fenômenos caminham lado a lado. Ao mesmo tempo em que se verifica o crescimento do trabalho informal ou precário,<sup>14</sup> constata-se o enfraquecimento da posição dos sindicatos e, paradoxalmente, a ampliação formal do poder de negociação destes. Amplia-se do ponto de vista legislativo formal a prerrogativa negocial do sindicato e, do ponto de vista social e real, as dificuldades econômicas reduzem e restringem o mesmo poder negocial. Parece voltarmos para os primeiros tempos do Direito do Trabalho. A época, o liberalismo e o individualismo jurídico reconheciam a autonomia da vontade como corolário de uma igualdade meramente formal, sem consideração da realidade social. Hoje, novamente, experimentamos uma pretensa igualmente formal dos sujeitos representados pelas pessoas jurídicas de direito sindical, mas no momento em que mais as restrições econômicas tolhem as ações das organizações sindicais. A aparente autonomia dos sujeitos sociais mais se acentua ou parece acentuar-se com o advento da co-gestão, como forma ideal de atuação dos trabalhadores dentro das empresas, ainda que como ideário preconizado, mas ainda não realizado na maioria dos países.

Há uma inversão dos propósitos iniciais de proteção pelo Direito do Trabalho, pois para DORNELES, “o Direito do Trabalho revelava em seus princípios uma dupla perspectiva de preservação tão contraditória como é o próprio sistema capitalista – preservação deste indiretamente e do trabalhador diretamente – hoje, parece estar revelando em seus princípios outra dupla perspectiva mais coerente com a lógica da exclusão: preservação do sistema capitalista e dos interesses do Capital predominantemente”.<sup>15</sup> Acrescente-se: em detrimento do trabalho e do trabalhador.

De instrumento protetor do trabalho e do trabalhador, o Direito do Trabalho apresenta-se como mecanismo de preservação do capitalismo e, por conseqüência, do empregador capitalista. Conserva-se a lógica inicial de preservar o Direito do Trabalho como conjunto formal legalista do sistema capitalista, pois por seu intermédio legitima-se o modo de exploração da mão-de-obra assalariada, mas sem perder-lhe o controle. Contudo, tanto a antiga concepção do Direito do Trabalho quanto a nova, pela flexibilização e com as inovações da parassubordinação, exigem um novo pacto de sustentação do capitalismo.

14 Contratos a tempo parcial; contratos a prazo determinado; diversas modalidades de contratação excepcional, que descartam a caracterização do vínculo de emprego, ainda que com os elementos caracterizadores daquela (p. ex.: estágio; trabalho temporário).

15 DORNELES, op. cit., p. 170.



## CONCLUSÃO

Para que se restaure a ordem de preservação do pacto entre o capital e o trabalho, como marco do sistema capitalista, é necessário que o próprio Direito do Trabalho retome suas origens como instrumento de proteção do trabalho.

Nesse caminho que seja identificada a parassubordinação como elemento integrante da relação de emprego e, portanto, protegida pelo novo Direito do Trabalho. Assim, estarão reduzidas as possibilidades de fraude nas situações em que verdadeiras relações de emprego são acobertadas como de trabalho autônomo. Seria o caso de ampliar a incidência das normas de Direito do Trabalho para as relações não subordinadas, incluindo, principalmente, as parassubordinadas. Outras relações de natureza civilista poderiam continuar excluídas do âmbito laboral, haja vista que para muitos dos seus sujeitos não interessa tal proteção. Mas, com certeza, àquelas relações bem próximas da laboral, tais como as que revelem a parassubordinação, representaria um avanço social e uma renovação ao pacto capitalista.

Para concluir estas primeiras linhas sobre o tema, podemos responder positivamente a pergunta implícita no título desse trabalho. Sim, a parassubordinação deve ser considerada, tal qual a subordinação, elemento caracterizador da relação de emprego.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *O Mercosul e as relações de trabalho: relações individuais, relações coletivas, relações internacionais de trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- DOMINGUES, Marcos Abílio. *Regulamentação da hora extraordinária no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998.
- DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.
- FERRARI, Irany; AFFONSO, Geórgia Cristina. *Cooperativas de trabalho: existência legal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elias. *El derecho del trabajo: una reflexión sobre su evolución histórica*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1996.
- MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.
- PEREIRA, Adilson Bassalho. *A subordinação como objeto do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1991.
- ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista LTr*, vol. 68, n. 11, p. 1287-1298, nov. 2004.
- \_\_\_\_\_. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.
- SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. Descentralização produtiva: o trabalho parassubordinado. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 68, n. 11, p. 1343-1350, nov. 2004.



# ASPECTOS PROCESSUAIS SOBRE O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS

---

**Renata Helena Paganotto Moura**

**Mestre em Direito pela PUC/SP, Professora dos Cursos de Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil da Consultime-ES e da AMAGES, Professora de Direito Civil e Processual Civil da FACCAMP.**

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origem da Regra (*full bench*); 2 Objeto da Arguição; 3 Procedimento; 4 Natureza do Incidente; 5 Inconstitucionalidade como Questão Prejudicial; 6 Legitimidade; 7 Intervenção do Ministério Público; 8 Momento de sua Arguição; 9 Decisão do Órgão Fracionário; 10 Tribunal Pleno: Significado do Conceito; 11 Contraditório no Incidente de Inconstitucionalidade; 11.1 A Figura do *Amicus Curiae* (§ 3º do Art. 482); 12 Efeitos; 13 Recursos; 14 Decisão do Tribunal Pleno ou Órgão Especial; 15 Regimento Interno do STF (Art. 176 e 177); 16 Código de Organização Judiciária do TJSP; Conclusão; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

No direito brasileiro o controle de constitucionalidade das leis é feito de duas maneiras distintas pelo Poder Judiciário: pelo controle incidental e pelo controle direto.

O controle direto ou abstrato ou por via principal ou em tese, é da competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais dos Estados e refere-se à apreciação da lei em tese. Ao STF compete a declaração direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal (art. 102, I, *a*, CF) e aos Tribunais de Justiça dos Estados, a de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição local (art. 125, § 2º).

A legitimação para o controle direto, antes da CF/88 era apenas do Procurador Geral da República, hoje temos no rol do art. 103, nove legitimados, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Destes se exige a pertinência temática para a interposição da ação de apenas 3 (Mesa de Assembléia Legislativa; Governador do Estado e Confederação sindical).

Para a ação direta no Tribunal de Justiça dos Estados a Constituição não elaborou um rol, e apenas exigiu que esta não coubesse a um único legitimado (§ 2º, art. 125).

Já o controle difuso ou incidental é realizado por qualquer juiz ou Tribunal no julgamento de uma ação, mas por não ser o pedido desta, mas apenas uma causa de pedir, a coisa julgada só atinge essa decisão.

Quanto ao controle difuso a Constituição Federal nada estabeleceu quanto aos seus legitimados, a sua propositura e a incidência da coisa julgada, apenas determinou no art. 97 que a inconstitucionalidade da lei, quando suscitada no Tribunal como causa de pedir, só pudesse ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

A essa determinação o CPC estabelece um procedimento próprio intitulado-o “Incidente de arguição de inconstitucionalidade”, e disciplinando essa matéria nos arts. 480 a 482.

### 1 ORIGEM DA REGRA (*FULL BENCH*)

A regra de que nas declarações de inconstitucionalidade deve-se observar a maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal julgador, foi firmada pela jurisprudência norte-americana do século XIX, denominando-a de *full bench* ou *full court* ou, ainda, *en banc*.

No Brasil, essa regra foi positivada em nível constitucional na Constituição de 1934, através da adoção em nosso sistema do controle difuso de constitucionalidade, mas como observa JOSÉ LEVI JUNIOR, desde 1902, já se tinha no direito brasileiro, norma sobre o quórum para apreciação da questão constitucional (art. 1º do Decreto 938, de 29.12.1902).<sup>1</sup>

Em nossas Constituições a regra se apresentou da seguinte forma ao longo dos anos:

<b>Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil</b> , de 16.07.1934	Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de acto do Poder Público.
<b>Constituição dos Estados Unidos do Brasil</b> , de 10.11.1937	Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.
<b>Constituição dos Estados Unidos do Brasil</b> , de 18.09.1946	Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.
<b>Constituição do Brasil</b> , de 24.01.1967	Art. 111. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.
<b>Constituição da República Federativa do Brasil</b> , de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969	Art. 116. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.
<b>Constituição da República Federativa do Brasil</b> , de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 7, de 1977	Art. 116. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V), poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.
<b>Constituição da República Federativa do Brasil</b> , de 05.10.1988	Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>1</sup> *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, p. 26.

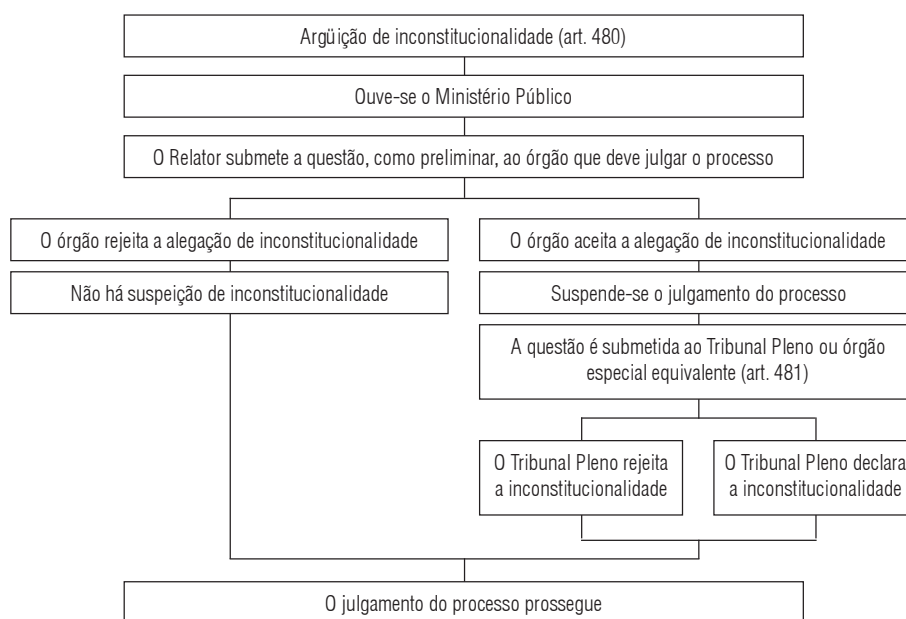
## 2 OBJETO DA ARGÜIÇÃO

A Constituição Federal refere-se à lei ou ato normativo do poder público (declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público).

Assim, deve a lei ou ato normativo do poder público ser acusada de inconstitucional como fundamento do pedido de uma ação, ou seja, como a causa de pedir de uma ação.

E é por esta causa de pedir que se formará o incidente, que decidirá sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo, não decidindo o pedido da causa, mas vinculando a decisão do pedido à manifestação do Tribunal sobre essa constitucionalidade.

## 3 PROCEDIMENTO



No procedimento do julgamento da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no Tribunal, ocorre um julgamento *per saltum*: a competência fica cindida, segundo critério funcional. O recurso ou a causa (já que o incidente pode surgir numa ação originária) será julgado por dois órgãos distintos, pronunciando-se cada qual sobre um aspecto da matéria.

## 4 NATUREZA DO INCIDENTE

Qual a natureza da declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais?

PONTES DE MIRANDA em seus Comentários ao CPC sugere ser este uma peculiar espécie recursal. Se assim o for podemos questionar sobre dois efeitos recursais: o suspensivo e o devolutivo.

Porém, para a maioria dos autores constitui um incidente processual que impõe o sobrestamento do julgamento e o destaque da questão, que deverá ser apreciada independentemente da causa.<sup>2</sup>

Considerando-o uma espécie recursal como o faz PONTES DE MIRANDA poderíamos, então, dizer que o efeito suspensivo mostra-se na suspensão do processo que ensejou o incidente, até que sobrevenha a decisão plenária.<sup>3</sup>

Com relação ao efeito devolutivo, este opera-se tão-só relativamente à *quaestio iuris*, o caso concreto não vai a julgamento do plenário e com relação a esta a causa de pedir é aberta, já que o órgão não fica adstrito a causa de pedir das partes, semelhante à ação direta de inconstitucionalidade.<sup>4</sup>

Nesse sentido BARBOSA MOREIRA também afirma que não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta *causa petendi*, até porque a argüição não constitui pedido em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis *ex officio*, pelos órgãos judiciais, na área em que lhes toque exercer atividade cognitiva.

Por fim poderíamos lembrar a semelhança deste incidente com a ação declaratória incidental: ambos se formam de uma questão prejudicial ao mérito; não fazem coisa julgada, porém a vinculação do incidente emana de normas constitucionais enquanto a da ação declaratória de qualquer causa de pedir que surja como questão prejudicial ao julgamento do mérito.

## 5 INCONSTITUCIONALIDADE COMO QUESTÃO PREJUDICIAL

A inconstitucionalidade da lei ou ato normativo surge como uma causa de pedir na ação e assume uma natureza de questão prejudicial, já que o seu julgamento prejudica o julgamento do mérito.

E como causa de pedir que é, não faz coisa julgada, pois pelo art. 469 do CPC a coisa julgada não atinge a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Para BARBOSA MOREIRA pouco importa que a inconstitucionalidade se relacione ou não com o mérito. O que interessa e basta é que a decisão a ser tomada pelo órgão, seja qual for, dependa logicamente de considerar-se ou não constitucional a lei ou o outro ato objeto de argüição.<sup>5</sup>

2 BUENO, Cássio Scarpinella. Comentários ao CPC, art. 480 e AMARAL JUNIOR, José Levi Mello, ob. cit., p.44.

3 Amaral Junior, p. 45.

4 Ob. cit, p. 45.

5 Comentários ao CPC, v. 5, p. 37.

## 6 LEGITIMIDADE

A legitimidade para a arguição do incidente em primeiro lugar é de qualquer das partes do processo. Também do litisconsorte e do assistente.

Ao Ministério Público também se confere legitimidade, como parte e *custos legis*. E o próprio relator, o revisor ou qualquer dos juízes componentes da Câmara que julga o processo.

Questão interessante que pode ser colocada é se também o juiz *a quo* tem legitimidade para suscitar o incidente. Entendemos que sim, nada impede que ao dirigir o processo ao Tribunal suscite a formação do incidente na própria decisão de encaminhamento.

## 7 INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Podemos ainda questionar se a intervenção do Ministério Público é obrigatória sob pena de nulidade?

Acreditamos que no Tribunal a sua intervenção deva ser obrigatória sob pena de nulidade.

O art. 480 do CPC determina que formado o incidente o relator encaminhará o processo à Turma ou Câmara somente após ter ouvido o Ministério Público.

Na ação direta essa intervenção é disciplinada pela Lei 9868/99 que em seu art. 8º determina que sejam ouvidos o Advogado Geral da União e o Procurador geral da República.

## 8 MOMENTO DE SUA ARGUIÇÃO

O CPC no art. 480 indica que o incidente é suscitado no próprio recurso (tratando-se de competência recursal), ou na ação, pois deste toma conhecimento o relator antes do julgamento do processo (Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo).

Quanto ao momento de sua arguição podemos realizar alguns questionamentos:

- não sendo a causa de competência originária do Tribunal, é necessário que a inconstitucionalidade seja anteriormente argüida em 1º grau como causa de pedir de ação? Haverá preclusão para sua arguição no Tribunal?
- Ainda nesse sentido, caberá embargos de declaração caso não haja manifestação desta causa de pedir?

Para BARBOSA MOREIRA não há preclusão em se tratando da *quaestio iuris*. Nada importa, diz o autor, que a questão da inconstitucionalidade só venha a ser suscitada, pela primeira vez, em grau superior de jurisdição.<sup>6</sup>

6 Comentários ao CPC, p. 40.

Assim, entendendo-se conforme o autor, não haverá necessidade de pré-questionamento da matéria constitucional para o controle difuso, que pode e deve ser exercido por qualquer juiz.

## 9 DECISÃO DO ÓRGÃO FRACIONÁRIO

Conforme os arts. 480 e 481 do CPC, o Relator submeterá ao órgão julgador o incidente e este poderá se manifestar de 2 formas:

- rejeitar a formação do incidente e
- reconhecer o vício constitucional da norma apontada e submeter a decisão ao Tribunal Pleno.

## 10 TRIBUNAL PLENO: SIGNIFICADO DO CONCEITO

O CPC no art. 481 nos fala em Tribunal Pleno, já o seu parágrafo único acrescentado pela Lei n<sup>o</sup> 9756/98 reproduz a regra da Constituição que nos fala em voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial. Logo não se trata somente do Tribunal Pleno, mas também de um órgão especial composto com essa atribuição. A própria Constituição Federal estabelece regras para a composição desse órgão especial em seu art. 93, XI (nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno).

Por maioria devemos entender a maioria do Tribunal ou do órgão especial e não somente a maioria presente a votação.

## 11 CONTRADITÓRIO NO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Os parágrafos 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup> inclusos pela Lei n<sup>o</sup> 9868/99 ao art. 482 visam garantir um amplo contraditório no incidente e também demonstrar o quanto o julgamento ultrapassa os autos em que é julgado.

Porém o Código não responde como se dará essa intervenção. O relator do incidente intimará essas pessoas? Haverá publicação de “intimação dos interessados” no Diário Oficial? A notícia do julgamento desse incidente será divulgada em jornais de grande circulação?

Todas essas questões se colocam diante de um texto novo e até em certo sentido inovador, pois permite um contraditório que ultrapassa os autos e vai além da intervenção de terceiros.

No caso do parágrafo 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> trata-se de uma intervenção voluntária, mas no caso do parágrafo terceiro trata-se de uma intervenção provocada, onde mais uma vez se demonstra a importância do relator nesse incidente.



### 11.1 A figura do *amicus curiae* (§ 3º do art. 482)

O novo parágrafo terceiro do art. 482 traz ao nosso direito a figura do *amicus curiae* do direito norte-americano. Trata-se lá de uma figura extremamente democrática de participação de segmentos sociais, oficiais ou não, na formação da Justiça.

A figura do *amicus curiae* vai além das nossas conhecidas formas de intervenção de terceiro, trata-se da permissão de uma participação que não fica adstrita à comprovação de um interesse jurídico na causa, ou seja, não há que se provar que será atingido pela decisão judicial, mas que se tem um interesse, até por questões ideológicas com aquele julgamento.

A figura do *amicus curiae* como nos ensina ADHEMAR FERREIRA MACIEL, nos traz em seu artigo um caso emblemático para a Justiça americana onde se permitiu com amplo debate a participação de *amicus curiae* para ambas as partes (GIDEON acusado de um crime grave, porém não punível com pena de morte requer do Estado um advogado por não ter condições de pagar).<sup>7</sup>

Entre nós ainda não teve tempo de provocar repercussões que levassem a um estudo mais aprofundado dessa participação processual.

Também a ação direta permite o ingresso do *amicus curiae* no § 2º do art. 7º de sua lei reguladora.

## 12 EFEITOS

O efeito da decisão do tribunal pleno ou de seu órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo configura premissa inafastável da solução que a Turma ou Câmara vier a dar, a vinculação, dizem os autores, é apenas para o caso concreto dos autos, ou seja, a eficácia do pronunciamento é só intraprocessual. Porém não podemos deixar de perceber que essa vinculação não se liga somente àquele caso concreto, mas representa uma vinculação interna para o Tribunal, já que conforme o parágrafo único do art. 481 determina que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Esse efeito é também chamado de vinculação horizontal (a decisão de mérito transcende o caso concreto que a ensejou, art. 101, RISTF).

Mas ainda podemos perguntar se a questão ainda pode ser julgada novamente?

A resposta é sim. Justamente por não se tratar de um controle direto em que haverá a formação de coisa julgada *erga omnes* sobre a questão constitucional, o Tribunal pode novamente apreciar a lei ou ato normativo, para decidir agora sobre novos fundamentos e pela sua constitucionalidade.

<sup>7</sup> *Amicus Curiae*: um instituto democrático, *REPRO*, 106/280.

### 13 RECURSOS

Não é recorrível a decisão do pleno ou órgão especial sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo, pois essa decisão resolve abstratamente a matéria constitucional. Súmula nº 513 do STF (“A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão – Câmaras, Grupos ou Turmas – que completa o julgamento do feito”).

Porém no incidente de inconstitucionalidade não temos somente esta decisão, que já tem a sua discussão resolvida por uma súmula, mas temos várias outras que impõe a nossa reflexão sobre a sua recorribilidade e conseqüentemente a de qual recurso realizar diante de tais pronunciamentos judiciais. E, assim, podemos elencar os seguintes:

- A decisão do relator que submete, ou não, a questão ao pleno.
- A decisão que a submete parcialmente.
- A decisão do órgão fracionário que apreciando a inconstitucionalidade não a remete ao órgão especial e julga a causa.
- E a decisão do órgão fracionário que após decisão plenária ter declarado a inconstitucionalidade, julga sem considerar esse precedente?

Para JOSÉ LEVI estas decisões ensejam o ataque por sete medidas:<sup>8</sup>

- 1 – embargos de declaração (535, II, CPC – omissão)
- 2 – embargos infringentes

Súmula nº 281 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

- 3 – Recurso extraordinário
- 4 – Recurso especial
- 5 – Ação rescisória
- 6 – Mandado de segurança
- 7 – Suspensão de tutela

### 14 DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO OU ÓRGÃO ESPECIAL

A soma de votos se dá pelo mesmo fundamento, é preciso que a maioria dos votantes a pronuncie no que tange, pelo menos, a um mesmo, dos vários fundamentos. Se a maioria vota pela inconstitucionalidade, porém por fundamentos diferentes não se atinge a maioria em um único fundamento, não se podem somar os votos, e, assim, não se declarará a inconstitucionalidade.

Também não está vinculado à *causa petendi*. O plenário não está adstrito aos fundamentos indicados na arguição, isto é, pode decidir por outros fundamentos.

---

8 Ob. cit. p. 73

## 15 REGIMENTO INTERNO DO STF (ART. 176 E 177)

Art. 176 Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 1º Feita a argüição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ela submetida ao Plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 2º De igual modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência.

Art. 177 O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa.

Art. 178 Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.

Podemos nos perguntar se ainda está em vigor o art. 177 deste regimento.

A CF anterior dispunha em seu art. 119, § 3º, *c*, que incumbia à Corte, em seu Regimento Interno, regular o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso. Porém a Constituição atual não reproduziu tal disposição e em seu art. 96, I, *a*, dispõe que compete aos Tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

## 16 CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO TJ/SP

O Tribunal de Justiça de São Paulo trata do incidente de inconstitucionalidade nos arts. 657 a 658 de seu Código de Organização Judiciária:

Art. 657 Se, por ocasião do julgamento de qualquer feito, pela Seção Criminal, pelas turmas especiais de uniformização da jurisprudência, grupos de câmaras ou câmaras isoladas, for acolhida, de ofício ou a requerimento de interessado, a argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao Órgão Especial, para os fins do art. 97 da Constituição da República.

§ 1º Nos incidentes de inconstitucionalidade não caberão embargos infringentes, nem perante o Plenário, nem perante os demais órgãos do Tribunal.

§ 2º Os juízes da decisão em que foi suscitada a inconstitucionalidade, se integrantes do Órgão Especial, participarão com voto da sessão plenária, mas, em qualquer circunstância, o relator será escolhido mediante sorteio.

§ 3º Colhido, no prazo de dez dias, o parecer do Procurador-Geral de Justiça, os autos serão conclusos ao relator, que, após lançar o relatório, pedirá dia para o julgamento.

Art. 658 Proclamada a constitucionalidade do texto legal ou do ato normativo questionado, ou não alcançada a maioria prevista no dispositivo constitucional, a arguição será julgada improcedente.

§ 1º Publicadas as conclusões do acórdão, os autos serão devolvidos ao órgão judicante que suscitou o incidente, para apreciar a causa, de acordo com a decisão da matéria prejudicial.

§ 2º A decisão declaratória ou denegatória da inconstitucionalidade, se for unânime, constituirá, para o futuro, decisão vinculativa para os casos análogos, salvo se o órgão judicante, por motivo relevante, considerar necessário provocar nova manifestação do Órgão Especial sobre a matéria.

§ 3º Poderá também a seção, turma especial, grupo ou câmara isolada, dispensar a remessa dos autos ao Órgão Especial, quando este, embora com votos divergentes, houver firmado jurisprudência uniforme sobre a matéria da prejudicial.

§ 4º No Órgão Especial, tomarão parte no julgamento o Presidente, com voto ordinário, e os desembargadores que estejam convocados, em substituição ao titulares.

## CONCLUSÃO

Podemos concluir que o estudo do controle difuso de constitucionalidade nos Tribunais, através da regra do *full bench*, guarda vários pontos que merecem ser melhor analisados e alvo de uma reflexão maior por parte da doutrina.

Pois tão importante quanto o controle direto é o controle difuso e, aliás, é por meio deste que o cidadão alega em sua ação a inconstitucionalidade da norma e, muitas vezes, antes de um dos legitimados do art. 103 requererem a ação direta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

## *IMPEACHMENT*

---

### Sérgio Resende de Barros

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caso Collor; 2 O clamor popular; 3 Origem e evolução na Inglaterra; 4 Mutações e evolução nos Estados Unidos; 5 No constitucionalismo brasileiro; Conclusão; Referências bibliográficas.

### INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, como indica o seu próprio nome em inglês,<sup>1</sup> o *impeachment* sempre teve por finalidade impedir o mau exercício de um cargo ou função, sobretudo de natureza política, de modo a salvaguardar o Estado contra a ruína do seu governo e a deterioração da sua governabilidade.<sup>2</sup> Hoje, conceituado genericamente, o *impeachment* é um processo destinado a apurar e punir condutas antiéticas graves, instaurado, processado e julgado por órgão parlamentar, contra um agente do Estado, para impedi-lo de continuar na função pública, mediante sua remoção do cargo ou função atual e inabilitação para o exercício de qualquer outro cargo ou função por um certo tempo. Eis como o *impeachment* se apresenta na atualidade, consoante um conceito e uma prática em que – plenamente emancipado de seu ancestral monárquico – ele se tem revelado um instituto destacadamente republicano. Mas também se tem revelado eficaz?

A doutrina brasileira tinha por ineficaz o instituto do *impeachment*. Para o fim de promover a responsabilidade presidencial, não enxergava nele “senão um tigre de palha”. Não era “sequer um canhão de museu”, que pudesse figurar “entre as antigualhas históricas”, recolhido “à secção arqueológica de uma armaria”. Era “apenas um monstro de pagode (...) medonho na carranca e nas garras imóveis”. Assim o caricaturou RUI BARBOSA.<sup>3</sup>

Noutra passagem, cotejando os males dos sistemas de governo, RUI continuou a depreciação, aduzindo que o presidencialismo se ressentia “da ausência de

---

1 Não muito freqüente na língua inglesa, o verbo *to impeach* significa *impedir*, donde o substantivo e o seu significado: *impeachment* significa *impedimento*; porém, não no sentido estático, mas no dinâmico: o ato ou a ação de impedir. A doutrina tem encontrado dificuldade de traduzir *impeachment* por *impedimento*. Daí o uso da palavra inglesa, que deve ser posta entre aspas ou em itálico ou negrito.

2 Sobre o conceito de governabilidade, ver BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 449.

3 BARBOSA, Rui. *Ruínas de um governo*. 1931, p. 97.

responsabilidade, que, reduzida, nas instituições americanas, ao *impeachment* do Chefe da Nação, não passa de uma ameaça desprezada e praticamente inverificável”.<sup>4</sup>

Assim caricato e depreciado – tal como *a experiência* o revelava –, o *impeachment* realmente se afigurava “inepto para realizar os fins que lhe foram assinados pela Constituição”. Indisfarçavelmente, não assegurava, “de maneira efetiva, a responsabilidade política do Presidente da República”.<sup>5</sup> Em suma, “a doutrina era unânime: tratava-se de uma peça de museu”, tudo isso até o caso envolvendo o Presidente COLLOR.<sup>6</sup> O caso COLLOR mudou o *impeachment*?

## 1 O CASO COLLOR

Em si mesmo, como teoricamente considerado e conceituado, o *impeachment* não foi alterado pelo caso COLLOR. Entretanto, foi modificado nas condições de sua existência prática. No curso do processo do Presidente COLLOR, o *impeachment* se tornou popular – divulgou-se entre o povo – no Brasil. Antes, jazia na Constituição, distante do povo. O episódio COLLOR confirmou-lhe no Brasil uma nova qualidade que já despontara nos Estados Unidos com o episódio NIXON: a de instrumento de interação do povo com a representação parlamentar mediante os meios eletrônicos de comunicação de massa. A esse recondicionamento do *impeachment* pela comunicação eletrônica, não pode permanecer insensível a doutrina constitucionalista brasileira. Ainda mais quando se verifica que – seja por coincidência, seja por decorrência, pouco importa – o fenômeno se deu em condições institucionais geradas pelo direito constitucional. Sim, a Constituição de 1988 não se limitou a recompor a democracia brasileira, mas corajosamente rompeu tradições, não só para alargá-la com o voto dos menores relativamente incapazes e dos analfabetos e, enfim, dos soldados e praças de pré, mas também para autenticá-la com institutos de manifestação direta e maciça do povo.

O *impeachment* de COLLOR envolveu a figura aguerrida de um presidente com boa fluência de expressão, recentemente eleito pela crença do povo na prometida renovação dos usos e costumes políticos e administrativos. Particularmente, o certame eleitoral tocou na esperança da juventude que, com a ampliação do seu direito de voto, pela primeira vez participara decisivamente do processo eleitoral. Fruto das urnas condicionadas ao diálogo eletrônico dos candidatos com a massa popular, após duas décadas de eleições indiretas predeterminadas pelas decisões secretas de um regime autoritário, o jovem presidente não cedeu à hipótese de alguns lhe tirarem o mandato que milhões lhe deram. Obcecado por sua ascensão pelo povo e sobre o povo, desafiou os representantes igualmente eleitos pelo povo. Por meios inusitados porque recentes, valeu-

4 BARBOSA, Rui. *Escritos e discursos seletos*. Seleção, organização e notas de Virginia Cortes de Lacerda. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995, p. 1038.

5 PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 201.

6 FERREIRAFILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 163.

se da tecnologia eletrônica para, em comunicação direta com as massas populares, jogar as urnas contra as urnas, nas quais todos eles, desafiante e desafiados, haviam obtido o poder.

Esse jogo, gerando uma contradição interna à novel democracia, trouxe a decisão para as ruas e, com ela, o *impeachment*. Despertou o clamor popular. Essa condição nova, a popularidade, redimiou o *impeachment* da antiga pecha: a ineficácia? Não. A pecha é que era imerecida. Discutível o rótulo peça de museu, pois, desde antanho, um fato é certo: se o *impeachment* caiu em desuso nas monarquias, como na Grã-Bretanha, por efeito necessário do parlamentarismo, a cujo despontar serviu de alavanca, já nas repúblicas presidenciais essa conseqüência suicida, obviamente, não se deu, como também não se atrofiou o *impeachment* nem mesmo onde – como no Brasil – tenha o presidencialismo descambado para o presidentismo.<sup>7</sup>

De fato, o *impeachment* republicano tem sido praticado. Tanto mais quando se tem em vista que sua prática não consiste apenas na sua consumação pelo julgamento, o que é raro, mas abrange também os episódios inúmeros em que sua admissão, ou instauração, ou simples ameaça tem sido bastante para produzir o efeito ético que lhe é próprio, seja quando provoca a renúncia do acusado, seja, no mínimo, quando faz o acusado retornar ou não fugir aos padrões da moralidade política e administrativa.

## 2 O CLAMOR POPULAR

Ao longo dessa prática secular, outro fato se vem tornando evidente: o termômetro do *impeachment* é a *vox populi*. Sem a voz do povo, o *impeachment* é um instituto mudo ou tartamudo. Ela o exige, o impulsiona, o dispensa. Antes dos representantes eleitos pelo povo, é o próprio povo que admite ou rejeita o processo, condena ou inocenta o acusado. Assim é o *impeachment* republicano: uma função política em que povo e representação agem um em razão do outro, reagindo a representação na razão direta da pressão popular. Essa condição de existência do *impeachment*, até então latente, ficou patente entre nós com o caso COLLOR. Este caso revelou algo que já era nativo e inerente ao *impeachment*: a instância popular, o clamor popular, a necessidade de participação direta e efetiva do povo no processo de deposição dos mandatários por ele eleitos.

De fato, o *impeachment* não só nasceu, mas vive do clamor popular. Quando o povo o clama e reclama, o *impeachment* ganha vida. Quando não, é algo inerte, de que logo se esquece: um banquete insípido, a que poucos comparecem, ou, ainda apelando para a metáfora, uma caldeira apagada, que facilmente se enferruja; mas, se o condimento e aquece o clamor do povo, o *impeachment* adquire o sabor da democracia e ferve e,

7 Para designar a degeneração do presidencialismo nas repúblicas latino-americanas, decorrente da concentração e demasia de poderes nas mãos do Chefe do Estado, do Governo e da Nação, tal como há muito vem ocorrendo no Brasil, cunhei o termo *presidentismo*. É a exageração do presidencialismo, a tal ponto que, em vez de um presidente da república, na realidade se tem uma república do presidente. O termo foi aceito pela doutrina (cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 100).



por sobre o fogaréu que por baixo o sustenta, serve à assepsia: é um processo pelo qual se afastam os germes patogênicos do governo republicano.

Por tudo isso, tal como de um vulcão, também do *impeachment* nunca se pode dizer que ele adormeceu para sempre. Ao silêncio pode suceder o clamor. A trepidação do povo nas ruas pode acordá-lo na história das repúblicas. Como de fato o acorda reiteradamente. Assim aconteceu no Brasil recentemente, em um quadrante republicano que, nesse aspecto, realmente perfez o quadro de uma Nova República.

Nada justifica, pois, a aposentadoria compulsória do *impeachment* republicano. Em vez de o recolher ao ócio dos museus e guardar os seus estudos nos caixotes dos sobos, a história do presidencialismo – até por seus episódios mais recentes, da última quadra do século XX – aconselha à doutrina deixá-lo bem visível nas estantes atuais do direito constitucional, daí podendo descer para as ruas, onde a prática do povo dá eficácia social à eficácia jurídica do constitucionalismo.

### 3 ORIGEM E EVOLUÇÃO NA INGLATERRA

Típico do direito ocidental, o *impeachment* nasceu na Inglaterra como processo criminal. Daí, passou aos Estados Unidos, onde perdeu a natureza criminal, tornando-se um procedimento estritamente político. Esses países lhe marcaram o desenvolvimento, gerando as duas espécies históricas de *impeachment*, o criminal e o político.

O criminal nasceu no direito medieval em congruência com o próprio surgimento da representação política das únicas classes que podiam estar em parlamento com o rei: os nobres feudais e os novos burgueses enriquecidos, aqueles ainda senhores dos feudos e estes já deles libertos pelo mercantilismo. Em meio a essa tríplice estrutura, em que parlamentam o rei, os nobres e os burgueses, o *impeachment* nasceu, viveu e morreu em função da correlação de forças em que se tem processado o governo inglês: *the king in parliament*. Mas, antes de perder sua força, o *impeachment* plantou rebento na constituição dos então recentes Estados Unidos da América, onde germinou com uma qualidade que lhe garantiu sobrevivência com vida nova: abandonando as punições físicas e patrimoniais, tornou-se um procedimento que, em si mesmo, é de conseqüência somente política. Nessa mutação, na origem do Estado contemporâneo, tendo por berço a constituição escrita, nasceu o *impeachment* republicano, sucessor do *impeachment* monárquico, que nascera na origem do Estado moderno, embalado no berço de uma constituição costumeira.

Na Inglaterra, as origens do *impeachment* remontam aos séculos XIII e XIV, quando ele despontou como um meio de se abrir nas casas parlamentares uma investigação com vistas a prover a punição de alguém que era acusado pelo clamor público. Em 1283, houve um procedimento tal – que alguns apontam como o pioneiro – contra um certo DAVID, conhecido como “o irmão de Llewellyn”. Outros se seguiram, como o de THOMAS, Conde de Lancaster, em 1322, o de ROGER MORTINER e o de SIMON DE BERESFORD, em 1330, e o do Arcebispo de Cantuária, JOHN STRATFORD, que, em 1341, foi acusado ante o Parlamento com base em denúncias notoriamente difamatórias. Esses casos pioneiros ainda não eram o *impeachment* propriamente dito, mas aí ele despontava.



Casos mais típicos se configuraram na segunda metade do século XIV. Em 1350, o de THOMAS DE BARCLAY. Em 1376, o procedimento instaurado contra um mercador de Londres, chamado RICHARD LYONS, atingiu a pessoa de WILLIAM, Lorde Latimer, o que – além de dar-lhe bem maior repercussão – iniciou uma característica que mais tarde se reafirmou e persistiu: os réus do *impeachment* são políticos. Ademais, esse foi o primeiro caso em que o Parlamento racionalizou o *impeachment*, convertendo-o em processo e julgamento definitivos, tendo os Comuns como acusadores e os Lordes como julgadores. Nessa mesma conjuntura, também se afirma o *impeachment* contra a mulher: ALICE PERRERS em 1377. De qualquer modo, “variam as conclusões quanto à data em que o processo surgiu e à personagem que o inaugurou”.<sup>8</sup>

Após a acusação de WILLIAM DE LA POLE, Duque de Suffolk, em 1450, e o julgamento de WILLIAM, Lord Stanley, em 1459, a frequência das acusações diminuiu. Em 1529 e 1549, foram atacados, respectivamente, o Cardeal WOLSEY e Sir THOMAS SEYMOUR. O *impeachment* caiu em desuso até o século XVII. Foi reativado em 1620, quando serviu aos comuns para atacar os monopólios de Sir GILES MOMPERSON. Os comuns entenderam que não o poderiam processar senão com base em uma competência política própria das casas do Parlamento e, para isso, sugeriram aos lordes a restauração do *impeachment*, ao que se opôs o rei, JAIME I, mas sem êxito. Cada vez mais cômicos do poder de sua nova arma, os comuns passaram a atacar altas personalidades do Reino, como FRANCIS BACON, o Visconde de Saint Albans, o Conde de Middlesex e outros, inclusive os ministros do rei que perdiam a confiança dos parlamentares. No caso DANBY, decidiu-se que o *impeachment*, procedimento próprio das casas parlamentares, não era alcançado pelo poder de perdão, prerrogativa própria do rei, o que o impediu de salvar os ministros. Confirma-se, dessa maneira, o *impeachment* como um instrumento de pressão sobre os ministros do rei.

“O *impeachment* era um procedimento penal, mas não podendo o monarca agraciar os condenados por ele, não cabendo apreciação judicial das decisões nele tomadas, estava nas mãos do Parlamento caracterizar, ou não, a conduta de um ministro como criminoso.”<sup>9</sup>

Também no *impeachment*, a Casa dos Lordes, que é o mais alto tribunal do Reino Unido da Grã-Bretanha, funciona como tribunal judiciário. Por simples maioria, pode condenar a penas terríveis – multas, confisco de bens, desonra, exílio, prisão e, até mesmo, morte – que implicavam, obviamente, o afastamento do cargo. Para evitar tais punições, os ministros renunciavam antes de ser instaurado o *impeachment*, fugindo à simples ameaça de serem processados.

De 1621 a 1715, em cerca de cinquenta julgamentos realizados, foi rechaçada a tentativa de restringir o objeto e as conseqüências do processo. Porém, ao atacar

8 PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 26. Ver também nota de rodapé 75.

9 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 144.

pessoalmente os ministros, de fato os comuns estavam atacando a política do ministério. Aí se firmou o costume de atender o ministério às políticas discutidas e traçadas nas casas parlamentares, sobretudo pelos comuns, e de renunciar o ministro ao perder a confiança parlamentar. Com isso, desviando do rei para o parlamento a responsabilidade política do ministério, o *impeachment* se tornou um dos principais instrumentos institucionais pelos quais se forjou o parlamentarismo na Inglaterra. Mas eram grandes as limitações e os inconvenientes do *impeachment*.

Constituiu ele uma mescla bastante complexa de processo penal com procedimento político, em que se assegurava amplo direito de defesa, provocando debates longos e desgastantes. Daí, com o tempo, a preferência pelo *bill of attainder*, que era uma lei, procedimento puramente legislativo, pelo qual se condenava *ex vi legis*, sem direito de defesa. O *impeachment* – do mesmo modo que o veto, que foi usado pela última vez em 1703, pela Rainha ANA – caiu definitivamente em desuso na Inglaterra a partir do caso em que Lorde MELVILLE, em 1806, foi acusado de malversação das finanças do Almirantado.

#### 4 MUTAÇÃO E EVOLUÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS

O constitucionalismo da primeira hora, insurgindo contra o absolutismo dos reis, na passagem da era moderna para a era contemporânea, buscou controlá-lo por dois mecanismos, então havidos por necessários e suficientes para essa finalidade: a separação de poderes, mecanismo interno, disposto no interior do poder, e a declaração de direitos, mecanismo externo, oposto do exterior ao poder. Ambos surgiram com o empirismo inglês, de forma natural, ao longo do seu constitucionalismo costumeiro. Depois, aperfeiçoaram-se com o racionalismo francês e o pragmatismo norte-americano, os quais – de forma elaborada – puseram em ação uma prática inédita: a de escrever a constituição do Estado, dotada desses dois mecanismos, para limitar o poder político. Os norte-americanos inauguraram essa prática com a Constituição do Estado da Virgínia, editada em junho de 1776, antes da Declaração de Independência, de 4 de julho de 1776, e com a sua Constituição nacional, que entrou em vigor em 1787. Destacadamente nesta última, aprimoraram a separação de poderes.

Já no governo colonial, os americanos haviam entrado em contato com alguns aspectos da divisão e separação e, depois, da colaboração e integração de poderes praticados empiricamente pelos ingleses. Sobretudo, a respeito da excelência da separação rigorosa de poderes, tiveram uma notícia racionalizada e entusiástica na leitura de MONTESQUIEU. Adotaram-na com todo o rigor. No entanto, para aprimorá-la, em face da peculiar necessidade de limitar o poder federal, desenvolveram o que chamaram de *checks and balances*: freios e contrapesos que, embora já esboçados por MONTESQUIEU, só vieram a ser incrementados teórica e praticamente nos Estados Unidos.

A preocupação das ex-colônias com o controle do poder era atual e enorme. Mal se haviam libertado da opressão da monarquia metropolitana e se proclamado repúblicas soberanas, viam-se perante um desafio histórico assustador e instigante: sob pena de não reunir condições de progresso e, pior, soçobrar diante do revanchismo

da metrópole, deveriam criar acima de si mesmas um poder que as unisse, mas em cujas mãos gigantescas poderiam, do mesmo modo, perder a liberdade recém-conquistada. Para consolidar sua união, foram forçados pela necessidade histórica a escrever uma constituição – que resultou numa obra-prima da engenharia jurídico-política – na qual desenvolveram a forma de Estado, o regime, o sistema e a forma de governo que lhes convinham. Para tanto, valeram-se de institutos e instituições que – embora vários de origem e finalidade – souberam genialmente adaptar num só organismo estatal. Tais como *The Senate*, inspiração romana, que conjugaram com *The House of Representatives*, herança das colônias, para formar *The Congress of de United States of America*. Do mesmo modo, hauriram da Inglaterra e da França aqueles dois mecanismos de limitação do poder: a separação de poderes e a declaração de direitos.

Foi com a finalidade específica de aprimorar a separação de poderes que os constituintes norte-americanos retomaram dois institutos que há muito estavam em desuso na Inglaterra: o veto e o *impeachment*, que introduziram entre os *checks and balances*. Para esse fim, tiveram de discriminar ou descriminalizar o *impeachment*, dando-lhe uma finalidade exclusivamente política. Portanto, a discriminação ou descriminalização do *impeachment* nos Estados Unidos deveu-se ao seu aproveitamento e inclusão como uma das peças do mecanismo de *checks and balances* entre os Poderes.

No procedimento constitucional do *impeachment*, em sua Constituição federal, os norte-americanos outorgaram à Casa dos Representantes a exclusividade da denúncia e ao Senado a do julgamento (art. I, seq. 2, cl. 5 e 6) do Presidente, Vice-Presidente e todos os agentes públicos civis, a fim de serem afastados de seus cargos e funções por traição, suborno ou outros altos crimes ou más condutas (art. II, seq. 4). Não são muitos os casos de *impeachment* realmente concluídos por julgamento do Senado, ainda que maior seja o número de ameaças ou de processos instaurados, os quais – como no célebre caso do Presidente NIXON – foram frustrados pela renúncia do acusado.

A renúncia do agente, após ser formalmente acusado, tem sido considerada uma solução mais prática, que põe fim ao processo, apesar do decidido no caso BELKNAP. Em 1876, WILLIAM BELKNAP, ex-Secretário da Guerra, foi acusado de aceitar vantagens de um funcionário que ele mesmo nomeara para um entreposto comercial do exército. O Senado não aprovou a tese de que ele não poderia ser processado porque havia renunciado e o condenou. Dos processos concluídos, apenas um teve por acusado um presidente dos Estados Unidos. Em 1868, o Presidente ANDREW JOHNSON foi formalmente acusado de violar um ato do Congresso, ao qual estaria enfrentando, pela tentativa de exoneração do Secretário da Guerra, EDWIN M. STANTON. Foi absolvido por um voto de vantagem. Caso interessante foi o do Senador WILLIAM BLOUNT, acusado em 1797 de conspirar e planejar a sublevação dos índios *creeks* e *cherokees* contra o Rei da Espanha. O Senado decidiu que um senador não era um agente civil no sentido em que o termo é empregado pela Constituição. O *impeachment* foi arquivado, mas, mesmo assim, o mandato de BLOUNT foi cassado.

Nos Estados Unidos, é geral a crítica ao *impeachment* de ser um procedimento tumultuado, favorecendo discussões paralelas e evasivas, incompatíveis com a

linearidade e celeridade requeridas diante de fatos político-administrativos tão graves como a traição, o suborno e outros. Não obstante, não têm logrado êxito as tentativas de emendar a Constituição para reformar ou substituir o *impeachment*, por ser ele considerado um dos mais importantes *checks and balances* (freios e contrapesos) da separação de poderes nos Estados Unidos.

## 5 NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Ao Brasil, o *impeachment* chegou com o constitucionalismo e já, desde o início, fugindo ao modelo anglo-saxônico, que não limitava a um ou outro, mas estendia a quase todos os agentes públicos o alcance do instituto. Primeira constituição brasileira, a do Império, de 1824, admitiu o *impeachment* apenas para os Ministros de Estado, responsabilizando-os “por traição, por peita, suborno, ou concussão, por abuso do Poder, pela falta de observância da lei, pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos, por qualquer dissipação dos bens públicos” (art. 133). “Uma lei particular especificará a natureza destes delitos, e a maneira de proceder contra eles” (art. 134). Foi essa a finalidade da Lei de 15 de outubro de 1827. Enfim, “não salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal, ou por escrito” (art. 135). Durante o Império, o *impeachment* se praticou esporadicamente, nunca chegando à condenação.

Na primeira Constituição republicana brasileira, a de 1891, reserva-se o *impeachment* para o Presidente da República e para Ministros de Estado em crimes conexos com o Presidente, competindo à Câmara dos Deputados declarar a procedência ou não da acusação (arts. 29 e 53). Funda-se o *impeachment* em crimes de responsabilidade (art. 53) definidos na Constituição em termos básicos e genéricos (art. 54). Declarada a procedência, o Presidente era afastado de suas funções (art. 53, parágrafo único) e cabia ao Senado o julgamento (arts. 33 e 53), cuja deliberação presidia o Presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 33, § 1º). O quórum de deliberação era de dois terços dos membros presentes (art. 33, § 2º). Não se previam “outras penas mais que a perda do cargo e a incapacidade de exercer qualquer outro”, mas “sem prejuízo da ação da justiça ordinária contra o condenado” (art. 53, § 3º). Nesses termos, assumiu o *impeachment* o contorno básico que conserva até hoje no constitucionalismo brasileiro, perpassando com pequenas variações pelas sucessivas constituições (a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967 e a emenda constitucional de 1969).

À vista da Constituição de 1988, é possível desdobrar o *impeachment* em dois tipos. O primeiro tipo é o *impeachment* propriamente dito, tradicional, cujos possíveis acusados são o Presidente e o Vice-Presidente da República em crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em crimes da mesma natureza conexos com aqueles. O segundo tipo é o *impeachment* dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União. Ambos os tipos são processados e julgados privativamente pelo Senado Federal (art. 52, I e II), devendo, também privativamente, a Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus

membros, a instauração do *impeachment* previsto no inciso I do art. 52. A Constituição considera crimes de responsabilidade, passíveis de dar ensejo ao *impeachment*, “os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal” e, em especial, os atos que arrola (art. 85, *caput* e incisos).

Admitida a acusação, o Presidente da República ficará afastado desde a instauração do processo pelo Senado até cento e oitenta dias, quando então, se não houver terminado, o processo continuará com o Presidente de volta às suas funções (art. 86, §§ 1º e 2º). Ao comentar a primeira Constituição Federal brasileira, a de 1891, BARBALHO foi contra esse afastamento. Entendeu que o Presidente da República é “assim incurialmente tratado como qualquer empregado público” e exclamou:

“O primeiro magistrado da nação, o gestor dos seus mais altos negócios políticos e governamentais, em tão grave conjuntura, equiparado ao simples funcionário administrativo, sem se ponderar a natureza característica de suas funções, a origem nacional de sua investidura, sem terem-se em consideração os inconvenientes e perigo da substituição do governo num momento tão arriscado e de tamanha expectativa para o país, como deve ser esse em que se trata de processar o presidente!”<sup>10</sup>

No entanto, o afastamento persiste ainda hoje como regra constitucional, justificada pela necessidade de evitar a influência deletéria do Presidente sobre o bom andamento do processo do *impeachment*, caso ele permaneça no cargo, o que poderia até resultar em inconvenientes e perigos maiores do que os acarretados pela sua substituição temporária.

Enfim, nos casos de *impeachment*, o Senado será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, decidirá por quórum de dois terços dos votos, e a pena se limitará à perda do cargo, com inabilitação por oito anos para o exercício de função pública, sem prejuízo das sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único).

## CONCLUSÃO

É o *impeachment* uma peça de museu? Esse é o epíteto com que o tachou PAULO BROSSARD, bem como a quase unanimidade da doutrina. No Brasil, se a destituição do Presidente COLLOR não passar de um episódio isolado, que prosperou por causa das caras-pintadas, aliadas à falta de tato do Presidente em compor a maioria parlamentar em seu favor, o epíteto continuará válido. Mas, a essa questão, só o tempo dará a resposta definitiva.

Em todo caso, a esperança do povo brasileiro é a de que, em vez de peça de museu, seja o *impeachment* atualizado e ativado como peça de artilharia, sempre à disposição do cidadão, na guerra contra a corrupção política e administrativa, em prol

10 BARBALHO, João. *Constituição federal brasileira*. Comentários por João Barbalho U. C. Apresentação do Senador Mauro Benevides. Introdução de Walter Costa Porto. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992, p. 215.

da consolidação da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, dando pleno cumprimento ao que determina o art. 1º da atual Constituição Federal.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBALHO, João. *Constituição federal brasileira*. Comentários por João Barbalho U. C. Apresentação do Senador Mauro Benevides. Introdução de Walter Costa Porto. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992.

BARBOSA, Rui. *Escritos e discursos seletos*. Seleção, organização e notas de Virgínia Cortes de Lacerda. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995.

\_\_\_\_\_. *Ruínas de um governo*. 1931.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. (O texto original dessa monografia de Paulo Brossard, que se tornou obra clássica do constitucionalismo brasileiro, veio à luz em 1964, com uma segunda tiragem em 1965, editado pelas Oficinas Gráficas da Livraria do Globo de Porto Alegre).

## **HORIZONTES PARA A CIDADANIA: CONSTRUINDO UMA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA<sup>1</sup>**

---

**Vitor Castillo de Lima, Telma Cristina Cardoso, Taline Mara Polli,  
Marici Aparecida Guillen Lupino, Carla Danielle Ferreira Silva,  
Ada Cristiane Raimundo, Amanda Santos de Campos,  
Valério Dias de Oliveira, Sílvia Letícia Cordeiro da Silva,  
Renato da Silva Moraes, Katy Cristina Cordeiro da Silva,  
Élcio Batista de Moraes, Dayane Marciano de Oliveira Castro**

Acadêmicos do Curso de Direito da FACCAMP e Integrantes do Grupo de Extensão Horizontes para a Cidadania.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Surgimento e intenções; 2 Procedimentos do grupo; 3 Atividades desenvolvidas; 4 Relatos de experiências; Referências bibliográficas.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa tecer considerações sobre o projeto de extensão Horizontes para a Cidadania, discorrendo sobre o seu surgimento e seus objetivos, orientados pela necessidade de interação entre academia e comunidade, em consonância com o disposto no art. 207 da Constituição Federal de 1988.<sup>2</sup>

Relataremos, ainda, as atividades realizadas e as experiências vivenciadas pelos integrantes do projeto, vislumbrando como as ações do grupo contribuem positivamente para o desenvolvimento pessoal e profissional dos alunos.

Nesta oportunidade, socializaremos também nossas incertezas e dificuldades.

### 1 SURGIMENTO E INTENÇÕES

O projeto de extensão Horizontes para a Cidadania teve seu início no ano de 2003, surgindo da confluência de iniciativas paralelas de alunos e professores orientados pelo mesmo objetivo: contribuir para a transformação social através da informação.

Uma instituição de ensino superior não tem como intencionalidade apenas formar profissionais preparados para o mercado de trabalho e desenvolver pesquisas, ela

---

1 Pesquisa realizada sob a orientação da Profª Sabine Pierobon de Souza, coordenadora do grupo de extensão universitária Horizontes para a Cidadania e professora da disciplina de Direito Penal do Curso de Direito da FACCAMP.

2 “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre *ensino, pesquisa e extensão*” (grifo nosso).



também precisa interagir com a comunidade e fazer com que o conhecimento produzido chegue até ela; é por esta premissa que o Curso de Direito da FACCAMP se dedica ao projeto de extensão, buscando “transformar a informação em conhecimentos socialmente significativos para a sociedade”.<sup>3</sup>

Por meio da difusão de noções básicas relativas ao Direito, através desta extensão universitária, pretendemos contribuir para o atendimento da necessidade premente de construirmos uma sociedade mais justa, igual e solidária.

Desde o princípio, os precursores do projeto adotaram a concepção de que as atividades realizadas pelo grupo não incidiriam no equívoco de pensar a extensão universitária como sendo a entrega do conhecimento por seus detentores àqueles menos afortunados. Em verdade, muito além desse propósito, visam os trabalhos extensionistas um enriquecimento cultural e humano tanto dos acadêmicos quanto da comunidade.

Ademais, os trabalhos realizados pelos integrantes do projeto buscam desenvolver habilidades essenciais para o desenvolvimento pessoal e profissional do extensionista que exerce um papel semelhante ao do professor, difundindo informações mediante metodologias adequadas.

## 2 PROCEDIMENTOS DO GRUPO

A nossa extensão, de acordo com os preceitos apontados acima, desenvolve junto à comunidade atividades consistentes em: palestras, debates, peças teatrais, entre outras, trazendo temas jurídicos ligados à cidadania.<sup>4</sup>

Para que as ações se desenvolvam com êxito, percebemos a necessidade de uma sincronia perfeita no grupo, respeitando os limites individuais e procurando promover o desenvolvimento de cada integrante.

As atividades realizadas pelo projeto primam pela forma dialogada, de modo que se busca a participação da comunidade nas apresentações. Diante deste propósito, decorrem diversas dificuldades que exigem dos integrantes do grupo considerável versatilidade e dinamismo.

Muito embora exista uma centralização dos temas colocados à disposição dos receptores, enfocando em regra àqueles atinentes ao Direito, a especificidade do assunto a ser tratado fica à escolha da comunidade. Ressalte-se que o público alvo, ao qual o projeto pretende atingir, *a priori*, abrange alunos do ensino médio e, ainda, outros jovens integrantes de outros projetos comunitários.<sup>5</sup>

3 NORONHA, 2002, p. 117.

4 “Cidadania (...) qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política”. Nesse sentido, José Afonso da Silva 2000, p. 482-483.

5 Todos os integrantes possuem a incumbência de contatar com as instituições, bem como escolas as quais o projeto se destina, de modo que previamente ao mantenedor é levada uma síntese dos propósitos do projeto.



Semanalmente, o grupo se reúne visando traçar os novos delineamentos a serem seguidos sob a orientação da professora responsável.<sup>6</sup> Para tanto, programa e organiza novas palestras e avalia conjuntamente os trabalhos já realizados, procurando superar eventuais dificuldades e ressaltar aspectos positivos. Durante as reuniões prevalece o espírito democrático de toda e qualquer decisão que venha a ser colocada em pauta.

Os integrantes também participam de aulas de teatro como forma de auxílio para se desinibirem, treinando suas expressões verbal e corporal.

### 3 ATIVIDADES DESENVOLVIDAS

Entre agosto de 2004 e junho de 2005, realizamos:

- 7 palestras interativas apresentadas para alunos do ensino médio de colégios e projetos sociais de Campo Limpo Paulista e Jarinu, nas quais abordamos temas como: primeiro emprego e condições de trabalho, violência doméstica e violência juvenil;
- 3 aulas de revisão de Direito Penal I (parte geral) apresentadas para colegas de curso;
- elaboração de uma cartilha sobre o acesso à Justiça, atualmente em fase final de revisão e de busca da viabilização de sua impressão.

### 4 RELATOS DE EXPERIÊNCIAS INDIVIDUAIS

A atividade de extensão universitária, por sua natureza, exige que o plano teórico seja transcendido para o plano prático. Decorre desta assertiva, a necessidade de serem analisadas as dificuldades encontradas pelos integrantes; mas, além disso, a maneira como se sentem ao realizar as atividades e suas expectativas. Através de questionários,<sup>7</sup> colhemos depoimentos dos integrantes:

“Não podemos deixar o nosso ego falar mais alto. Devemos possibilitar a integração do grupo para melhoria do que temos a oferecer à comunidade. (...) Há a consciência de que se trata de uma troca de conhecimentos.” (Dayane)

“Sinto-me bem trabalhando com o grupo, principalmente nas aulas de teatro, onde vemos nossos colegas tão sérios e determinados rolando no chão e imitando animais.” (Renato)

“(...) o que mais me encanta é a democracia e o senso de equipe, que a cada atividade transforma o projeto e também nos transforma, atingindo naturalmente os objetivos tão difíceis de serem conceituados.” (Vitor)

A determinação encontrada nos integrantes do grupo certamente se apresenta como um diferencial; porém, a prova maior da seriedade do projeto se sedimenta nas

6 Profª Sabine Pierobon de Souza.

7 Questionários respondidos pelos integrantes do projeto, contendo questões abertas.

situações adversas, momento em que aparece um elemento imprescindível em qualquer grupo: o companheirismo. Nesse sentido destacamos:

“(…) disse que estaria desistindo, (…) foi aí que tive a melhor experiência (…) todos vieram conversar comigo, foram totalmente solidários, senti ali a preocupação do grupo para comigo, (…) fiquei muito emocionado (…)” (Valério)

“Ver aqueles adolescentes na Estação Juventude sorrindo com o teatro foi emocionante (…) experiência muito gratificante.” (Silvia Leticia)

“(…) os olhos dos adolescentes nos transmitiam uma energia inexplicável, que por vezes, mesmo sem nos dirigir uma única palavra, demonstravam o anseio pelo conhecimento.” (Élcio)

Os integrantes do projeto em suas atividades não olvidam os sentimentos, encantam e se encantam, emocionam e se emocionam... Não poderiam ser diferentes com vistas a atingirem seus propósitos, uma vez que “aprender a conviver e aprender a ser, como intencionalidades da educação, exigem o exercício constante do afeto e do amor”.<sup>8</sup> Ressaltamos, ainda, alguns trechos:

“(…) o projeto só está somando em minha vida (…) fazendo com que eu me saia bem nas apresentações perante outras pessoas.” (Katy)

“(…) é uma experiência riquíssima em conhecimentos (…) aprendo a conviver com pessoas de diferentes personalidades e jeitos.” (Amanda)

“(…) a cada reunião e a cada palestra apresentada tenho crescido tanto pessoal e profissionalmente, que difícil é para descrever...” (Taline)

“(…) a oportunidade de crescer é ampla (…) pessoas com mais experiências em certos assuntos e a troca de informações (…) tenho aprendido muito.” (Ada)

“(…) foi muito bom pois me senti útil para a sociedade (…) foi filmado e pude avaliar meu comportamento e fala.” (Telma)

A cada trabalho realizado pelo grupo, afloram a certeza de que o conhecimento somente ganha sua faceta preciosa quando compartilhado e, ainda, a clarividência de que aprendemos, e muito, quando nos propomos a ensinar. Não pretendemos aqui esgotar o assunto, apenas transcrever nossos objetivos e nossa realidade; muito ainda há a discorrer. Por ora, descrevemos o que o projeto para nós hoje representa, em uma simples e muito significante palavra: “Realização!” (Marici).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FAGUNDES, José. *Universidade e compromisso social: extensão, limites e possibilidades*. Tese de Doutorado. São Paulo: Unicamp, 1985.

NORONHA, Olinda Maria. *Políticas neoliberais, conhecimento e educação*. Campinas: Alínea, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Sabrine Pierobon. Qualidade do ensino jurídico. *Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: Síntese, v. 2, 2004.

# QUANTO VALE UM CORAÇÃO?

---

**Silvia Leticia Cordeiro da Silva, José Leopoldo Basílio e  
Maria Helena Pelizari Eiras**

Alunos do 3º Ano, Turma A, do Curso de Direito da FACCAMP. Pesquisa realizada sob orientação da Profª Mestra Renata Helena Paganotto Moura.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 O tráfico de órgãos; 2 O tráfico de órgãos no Brasil; 3 Principais redes de tráfico; 4 O trabalho das missionárias contra o tráfico de órgãos e as irmãs de *Mater Dei*; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: Procuramos neste artigo buscar informações que nos permitam fazer uma análise sobre o tráfico de órgãos nos países de Terceiro Mundo. Foi uma tarefa árdua, mas que trará grande conhecimento aos estudantes de Direito. Esperamos que todos possam fazer uma boa leitura e, quem sabe, ajudar-nos a combater este grande comércio de “mercadoria humana”.

PALAVRAS-CHAVE: tráfico de órgãos; ONU; legislação; responsabilidade social.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O trabalho aqui exposto mostrará aspectos relacionados ao tráfico de órgãos. Tal prática é hoje questionada setores da sociedade, e pelo cidadão que se apresenta contra o comércio ilegal de órgãos. Assunto que provoca indignação, infelizmente, é prática noticiada com frequência em nosso país. Aliás, o tráfico de órgãos é preocupação da ONU, que já mencionou o Brasil como um dos países fornecedores de órgãos humanos que supre o comércio clandestino até no Primeiro Mundo.

## 1 O TRÁFICO DE ÓRGÃOS

Quanto você pagaria por um rim para sair da fila de transplante? É com muito pesar que esta e outras perguntas têm-se manifestado nos dias atuais, devido ao crescente número de ocorrências sobre o comércio ilícito de órgãos nos países do Terceiro Mundo.

O tráfico de órgãos surgiu na África, mais provável na província de Nampula, onde o número de pessoas desaparecidas aumentava todos os dias.

Grande parte das denúncias ocorreu através de uma missionária brasileira que morava no país, trabalhando em prol da saúde e da assistência familiar. Notando o desaparecimento de crianças e adolescentes em grande escala, desconfiada, começou a procurar informações verdadeiras sobre o que ocorrera. Informada de que se tratava de tráfico de crianças para retirada de seus órgãos, iniciou uma longa e cansativa batalha, procurando ajuda de autoridades religiosas e políticas. Fez contato com o Cardeal responsável pela Arquidiocese de São Paulo, que, juntamente com ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, membro da Comissão de Justiça e Paz, descobriram que a religiosa estava

sendo jurada de morte. MALHEIROS e o Cardeal responsável agiram rapidamente para que isso não ocorresse. Com os nomes dos matadores, o desembargador telefonou para a rede BBC de Londres, transmitindo para toda a região de Moçambique e Europa os fatos, para que assim pudessem prender os matadores. Atualmente, a religiosa encontra-se no Brasil escondida em uma igreja, com medo do que pode acontecer.<sup>1</sup>

O número de pessoas que todos os anos acabam na rede desses traficantes de “mercadoria humana” na África tem-se elevado a cada ano, a ponto de superar os lucros do tráfico de armas, que, perto dessa situação, acaba sendo coisa de ínfimo valor.

Moçambique, como outros países, também se tornou centro deste terrível fenômeno, fazendo parte da conexão do tráfico de órgãos que envolvem ainda o Brasil e a África do Sul. Os motivos que levam a esta triste situação é a comercialização de crianças para o mundo da prostituição, a carência, a miséria, o descaso do governo com o social.

A maior parte dos doadores são pessoas pobres refugiadas, políticos econômicos, desempregadas, endividadas, empresários falidos, empregadas domésticas que se solidarizam com o patrão, prostitutas envelhecidas com poucos recursos e até outras pessoas envolvidas em atividades ilegais, como cita a antropóloga americana NANCY SCHEPER-HUGHES da Universidade da Califórnia.<sup>2</sup>

## 2 O TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil é um dos países presentes na rota do tráfico, fornecendo órgãos humanos para suprir o comércio clandestino existente em países até de Primeiro Mundo.

Em relatos de jornais e revistas, os médicos recebiam ordem para produzir cotas de órgãos de qualidade, aplicando injeções de barbitúricos para que assim ocorresse lentamente a morte cerebral e pudessem fazer a retirada dos órgãos.

Em Recife, ocorreram vários casos envolvendo pessoas que chegavam a vender parte de seus órgãos para, em momento de desespero, pagar uma dívida.

Segundo a antropóloga NANCY SCHEPER-HUGHES, o preço de um rim de doador vivo chega a custar R\$ 30 mil reais e o valor de um coração está na faixa de R\$ 100 mil reais.

O brasileiro vive um momento de desconfiança, o que tem prejudicado a imensa fila de pessoas a espera de um transplante, a tal ponto que as denúncias reduzem as doações pela metade.

1 Depoimento obtido em entrevista feita com o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Antonio Carlos Malheiros, também membro da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese da cidade de São Paulo, em 29.04.2005.

2 Nancy trabalhou mais de 10 anos no Brasil e fundou a organização ORGA-NS-WATCH para investigar denúncias sobre o tráfico de órgãos.

Hoje, pesquisas apontam que cerca de 60 mil brasileiros aguardam por um órgão na fila de espera, que neste país é por ordem de chegada e não de gravidade, como nos Estados Unidos da América.

Há casos que são bem documentados no Brasil com relação ao comércio de órgãos envolvendo alguns médicos,<sup>3</sup> que tiram vantagens de pessoas submetidas a pequenas cirurgias para remover ao mesmo tempo uma “mercadoria preciosa”, como foi o caso de uma empregada que passou por uma intervenção cirúrgica, pois diziam tratar-se de um tumor no ovário. Aproveitaram-se da situação e retiraram um de seus rins para comercializá-lo.

As irregularidades que envolvem o tráfico de órgãos existem e são graves. Por isso, quando é noticiado algum caso em que esteja presente a comercialização de crianças para esse fim, é necessário denunciar para que isso não mais permaneça às escuras.

### 3 PRINCIPAIS REDES DE TRÁFICO

Segundo NANCY SCHEPER-HUGHES,<sup>4</sup> existe uma forte rede que interliga compradores de rins de Israel e da Europa Ocidental e são vendidos em países pobres. Nas Filipinas, por exemplo, eles fornecem rins de favelados para pacientes do Japão e América do Norte.

Essa rede de tráfico não é permitida, mas ainda assim, existem pessoas que encontram brechas legais para a prática de tal ato. A relação doador-comprador é supérflua, não se podendo analisar se se trata de um ato voluntário ou de boa-fé.

Existem pacientes brasileiros ricos que descobrem maneiras de burlar o sistema e conseguir transplante nos principais centros médicos dos EUA, utilizando órgãos de cadáveres, que raramente são disponíveis para americanos sem recursos, pois eles chegam a pagar por um rim de doador vivo o equivalente a U\$ 50 mil dólares nos EUA.

### 4 O TRABALHO DAS MISSIONÁRIAS CONTRA O TRÁFICO DE ÓRGÃOS E AS IRMÃS DE *MATER DEI*

Um trabalho envolvendo amor e solidariedade leva as missionárias do convento *Mater Dei*, situado em Moçambique, a trabalharem em prol da comunidade prestando auxílio a doentes e hoje estão também na luta contra o comércio humano de tráfico de órgãos.

A exemplo disto, temos a missionária MARIA ELILDA DOS SANTOS que denuncia o tráfico na região de Nampula, Moçambique, e alerta sobre o envolvimento de vários países na rota ilegal do tráfico.

3 O Brasil conta atualmente com uma CPI que investiga os casos de tráfico de órgãos no país.

4 Antropóloga da Universidade da Califórnia, em entrevista à *Revista Época*, out. 2003.

ELILDA, juntamente com outras irmãs e em especial DORACI EDINGER (assassinada a marteladas em 21 de fevereiro de 2004),<sup>5</sup> sempre trabalharam para as boas causas. Sob pressão Elilda teve que deixar o país às pressas para não ser vítima dos matadores de Nampula. Alerta que muitas pessoas não denunciam os casos, pois passariam por um rol de interrogatórios que duraria semanas, e isso os prejudicaria. O medo esconde o crime.

Hoje, tornaram-se mais difíceis as investigações. As religiosas de *Mater Dei*, ainda sob pressão, continuam tentando solucionar os problemas, encaminhando abaixo-assinados à União Européia para a abertura de inquérito judicial sobre o sumiço de crianças e adolescentes na província de Nampula.

MARIA ELILDA DOS SANTOS, por pressão do povo moçambicano, encontra-se no Brasil prestando diversos depoimentos à CPI e à Polícia Federal, porém afirma que as irmãs devem corresponder a uma obrigação para com a sociedade e finaliza que já não estamos mais em condições de cruzar os braços se não o problema poderá se agravar em todo o mundo.

Por fim, a questão do tráfico humano de órgãos mostra como é importante que a Igreja, a população e o governo se levantem diante dos horrores que a sociedade encobre. Na verdade, a sociedade anseia por uma liderança mais presente da Igreja que tem como prioridade a preservação de valores éticos e morais dos princípios cristãos. Cabe à Igreja este papel, pois, assim, poderá reparar os erros e omissões do passado que trazem conseqüências até os dias atuais e deixaram marcas na história do mundo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O início do trabalho foi realmente difícil. Até então não tínhamos idéia de como seria elaborar um trabalho para o qual não existe vasta bibliografia para ser pesquisada. Porém, foi dentro deste ponto de vista que o trabalho cresceu, tornando-se interessante, uma vez que – na falta de argumentos – tivemos a necessidade de pesquisar cada vez mais e mais, justamente porque o conteúdo obtido aumentava nossas expectativas.

Os países encontram-se em uma situação em que as vítimas coagidas a vender um rim ou qualquer outro órgão são amedrontadas e não procuram a Justiça. Pacientes que compram órgãos são levados a crer que os doadores foram bem pagos e protegidos. O crime organizado está profundamente interligado com esse negócio, e pessoas são subornadas em troca de silêncio. Perguntas do tipo “quanto você pagaria para obter um órgão e salvar a vida de seu filho ou parente próximo?” ainda existem e existirão por muitos anos, pois estamos diante de uma grande tragédia e precisamos unir forças para combatê-la.

A legislação brasileira ainda não trouxe nenhum amparo legal específico que reprima o tráfico de órgãos. O poder legislativo, em nossa opinião, ainda tem muitas

5 Irmã Doraci denunciava o tráfico ilegal de órgãos e foi vítima de matadores, sendo morta em sua casa, a marteladas.

falhas no que tange a esse respeito. É necessário criar leis que acirrem repressão e punição desse ato ilícito, pois a situação está avançando e, se não forem tomadas medidas urgentes, com certeza o quadro agravar-se-á, vindo eventual solução tarde demais.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MALHEIROS, Antônio Carlos. Entrevista concedida aos autores no dia 29.04.2005. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Membro da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo.

REVISTA ÉPOCA. Reportagem feita com Nancy Scheper-Hughes. São Paulo: Globo, out. 2003.

Sites consultados:

<http://www.google.com.br>. Acesso em: 2 maio 2005;

<http://www.bbc.com>. Acesso em: 3 maio 2005.





# MÉTODOS PROBATÓRIOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL<sup>1</sup>

---

**Rita de Cássia Cosseti**

Aluna do 3º Ano (turma de ago./2004 a jun./2005) do Curso de Direito  
da Faculdade Campo Limpo Paulista.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Natureza jurídica dos meios de provas; 2 A prova como instrumento dos métodos dedutivo e indutivo de convencimento; 3 Objeto, finalidade e destinatário das provas; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: Os meios de provas têm a natureza jurídica de método, instrumento, probatório para dar veracidade aos fatos alegados, enquanto a prova é o descobrimento da verdade. As provas têm o escopo de transcorrerem da objetividade da comprovação do fato alegado para a subjetividade do convencimento do juiz, por meio dos métodos indutivo e dedutivo.

## INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é fundamentar o entendimento sobre a apresentação de prova no processo civil. Considerando, de forma precípua, que as provas têm o escopo de transcorrerem da objetividade da comprovação do fato alegado para a subjetividade do convencimento do juiz, por meio de método.

A exposição do processo de indução e dedução do juiz está norteadada pela obediência aos princípios de que os meios probatórios sejam juridicamente válidos e moralmente adequados para que a prova seja lícita (Constituição Federal, art. 5º, LVI, e Código de Processo Civil, art. 332).

Não obstante o método, será observado nas considerações finais o uso da analogia em decorrência das constantes inovações em vários meios de comunicação, tecnologia etc., as quais não estão previstas no elenco dos meios de provas trazido pelo Código de Processo Civil.<sup>2</sup>

## 1 NATUREZA JURÍDICA DOS MEIOS DE PROVAS

Os meios de provas têm a natureza jurídica de método, instrumento, probatório para dar veracidade aos fatos alegados, enquanto a prova é o descobrimento da verdade.

- 
- 1 Síntese do trabalho apresentado à disciplina de Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. M. Sc. Samuel Antônio Merbach de Oliveira.
  - 2 Formas previstas no CPC: depoimento pessoal (arts. 342 a 347), testemunho (arts. 400 a 419), exibição de documentos ou coisa (arts. 355 a 363), prova documental (arts. 364 a 399), confissão (arts. 348 a 354), inspeção judicial (arts. 440 a 443) e prova pericial (arts. 420 a 439).

## 2 A PROVA COMO INSTRUMENTO DOS MÉTODOS DEDUTIVO E INDUTIVO DE CONVENCIMENTO

“Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. A prova tem, pois, um objeto. Prova-se num cálculo matemático, a distância do Equador ao pólo, o grau alcoólico do vinho, a potência de uma alavanca, uma afirmação científica, um fato histórico. Tem uma finalidade: a formação da convicção de alguém. Tem um destinatário, que pode ser terceiro, ou terceiros ou o próprio agente da demonstração.”<sup>3</sup>

Lembramos aqui as aulas de Filosofia no que tange ao aprendizado sobre os métodos dedutivo e indutivo. Usando-os em análise à intenção do convencimento daquele que inicialmente alega os fatos, há de se considerar que a exordial é o meio de conduzir ao juiz as argumentações adequadas à procedência da ação ajuizada. Estarão na petição inicial contidos, entre os requisitos elencados no art. 282 do CPC, o fato e o direito,<sup>4</sup> objetos máximos para apreciação de mérito exigidos no momento. Estes elementos externos expostos de forma ordenada e cominados ao empirismo do juiz o induzirão a deferir ou indeferir a inicial. Decerto que o que fora precipuamente alegado não passa de indução e, costumeiramente, não basta para que haja o convencimento do magistrado a ponto de pôr termo ao processo.

Democraticamente, a lei assegura à parte contrária a contestação de tais argumentos – princípio do contraditório, art. 5º, LV, da Constituição Federal; art. 300 e seguintes do Código de Processo Civil. Assim, a constituição do direito do autor deverá cercar-se de meios sólidos para que não seja modificado, impedido ou extinguido pelo réu, pois a partir desse momento torna-se necessário convencer que os fatos são verdadeiros e que o direito lhe pertence. Manter-se-á, durante o procedimento processual, a busca probatória no intento do benefício jurisdicional, o qual racionalmente não será fundamentado pelo juiz apenas por sua indução, inconcebível seria este ato. Para tal conquista, o método deve ser dedutivo, em que as partes, através dos instrumentos tidos como meios de provas, trarão do geral os objetos para o convencimento do juiz. Este, com o uso da razão, deduzirá o direito perfazendo o silogismo da sentença com a aplicação da ciência jurídica.

A importância da força probatória deve ultrapassar a esfera judicial atingindo, além do âmago dedutivo do juiz, o da resistência ou pretensão da outra parte, e ter tanta lógica para que aquela parte condenada se sinta obstada a prosseguir em outro grau de jurisdição.

A prova, em sentido amplo, é tudo aquilo que as ciências buscam como fundamento dos resultados alcançados. Sendo o Direito uma ciência, não obstante as bases da criação de suas leis e teorias, torna-se imperativo o momento das provas na esfera

3 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2004, p. 337.

4 Com a ressalva de instruir a inicial com a prova documental se esta for ou compor o método probatório (arts. 283 e 396 do CPC).

judicial, pois as argumentações do juiz, na sentença ou nas decisões interlocutórias, serão fundamentadas na verossimilhança de cada fato concreto, obtida por meio das provas e da licitude dos seus meios.

### 3 OBJETO, FINALIDADE E DESTINATÁRIO DAS PROVAS

MOACIR AMARAL SANTOS elucida que as provas judiciais têm um objeto, uma finalidade e um destinatário, e servem-se de meios e métodos próprios. Nesse sentido, os objetos da prova judiciária são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou da exceção. Em regra, provam-se os fatos, pois o juiz conhece a lei: *Naha mihi factum, dabo tibi jus* (narre-me o fato, dar-te-ei o direito). A possibilidade de provar o direito evocado surge na hipótese do art. 337 do CPC, quando: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência se assim o determinar o juiz”. O artigo assegura à parte a possibilidade de trazer em juízo a lei municipal, estadual ou estrangeira sobre a qual pleiteia seu direito. O juiz tem o dever de conhecer a lei federal; contudo, as leis elencadas no artigo em referência não se exigem serem conhecidas pelo magistrado.

A finalidade da prova, adicionada ao descobrimento da verdade, é constituir o direito, formando a convicção quanto à existência dos fatos da causa. As provas têm o escopo de transcenderem da objetividade da comprovação do fato alegado para a subjetividade do convencimento do juiz.

O destinatário principal e direto da prova é o juiz. Para esse fim é que se produz a prova, na qual irá formar a sua convicção. Contudo, embora destinatários indiretos, as partes igualmente precisam ficar convencidas, a fim de acolherem como justa decisão.

As provas podem ser classificadas como diretas e indiretas. Identifica-se facilmente a distinção entre uma e outra: a prova direta é aquela alegada e provada por testemunha ou documento, sem a mesma peculiaridade precedida da indireta. Nesta, será imprescindível que haja um raciocínio lógico, com a intervenção de perícia, para que somente após apresentação de um laudo se tenha a convicção do fato. Não obstante a dedução do juiz face a veracidade do fato, a prova indireta assim como a direta tem o fim de efetivamente induzi-lo, bem como induzir a outra parte, à conclusão da existência do fato.

São inúmeros os recursos tidos como provas, os quais estão limitados pelo princípio de que sejam juridicamente válidas e moralmente adequadas. Nesse sentido, não se reduzem às prescritas no Código de Processo Civil.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais do que conhecer as leis e os procedimentos, é imperativo o método de operar o Direito, pois, por vezes, a omissão da lei não impede um ato, mas o limita aos princípios da moralidade e licitude. Assim é se aceitarmos que todos os meios de prova não poderiam estar previstos pelo legislador nas redações dos artigos que tratam do assunto. Todavia, ainda que tenha havido a reforma do CPC em 1973, manifestas críticas à imprescindível nova elaboração de um diploma instrumentalizador do direito material

civil são acolhidas ao nos depararmos com uma norma datada de 1939 ainda vigente e a dinâmica contemporânea, principalmente no que tange à tecnologia e informatização. Nesse sentido, retrocedemos à história: de juramento, ordálias, duelos<sup>5</sup> e torturas para a discussão da ilicitude da prova obtida por intermédio de mensagem eletrônica.

Se há inércia do legislador, a sociedade não espera e inova se adequando, de boa ou má-fé, aos fatos cotidianos e aos métodos probatórios de seus direitos. Concretamente, a 13ª Vara do Trabalho de Brasília entendeu que uma empresa, no caso uma seguradora, não tem o direito de violar as correspondências eletrônicas dos empregados. A seguradora alegou que o empregado utilizou indevidamente o correio eletrônico, distribuindo fotos pornográficas pela Internet. Por isso, foi demitido por justa causa e não teria direito ao aviso prévio. A Justiça rejeitou o argumento e determinou que a ré pague direitos trabalhistas e faça a “comunicação de dispensa” do empregado, entendendo que a correspondência do empregado foi violada.<sup>6</sup>

Não havendo previsão específica para o instrumento probatório em discussão, o Tribunal fundamentou seu entendimento no art. 51, XII, da Constituição Federal, que trata da inviolabilidade de correspondência, e, por analogia, decidiu ser ilícito o meio usado.

Decerto que, em análise ao *caput* do art. 332 do Código de Processo Civil, não há imposição de limites; a importância na busca de um recurso probatório é o reconhecimento dos princípios da licitude e da moralidade do método utilizado para obtenção das provas e convencimento do magistrado.

Por fim, independente da previsão legal, é imperativa a ciência de que a construção das provas deve ser norteada pela moral, pela licitude dos seus fins e, principalmente, de seus meios.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum acadêmico de direito forense: Código de Processo Civil e Constituição Federal*. São Paulo: Rideel, 2004.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Cadernos de processo civil: prova documental*. v. 10. São Paulo: LTR, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodriguez et al. *Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2003.

5 Na Idade Média, séculos XI a XIII, os meios instrutórios eram juramento, ordálias e duelos. Aquele que optava por fazer o juramento era submetido à automaldição divina. Um exemplo de ordálias é a prova da fogueira: o acusador e o acusado atravessavam o estreito caminho entre duas sarças de fogo, o que saía ileso era proclamado inocente. No mesmo sentido era o duelo, em que guerrilhavam até a morte, e o vencedor da guerra adquiria a vitória do debate.

6 Disponível em: <http://www.cbeji.com.br/jurisprudencia/email.htm>. Acesso em: 17 abr. 2005.

## A ERA DOS DIREITOS\*

---

**Rafael Barbini Petta, Élcio Batista de Moraes,  
Gabriela Cristina P. dos Santos, Adelson Alves de Souza,  
Mauro Aparecido da Silva, Miriam Borges da Silva**

Alunos do 3º Ano do Curso de Direito da FACCAMP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Democracia: a sociedade dos cidadãos; 2 Direitos dos homens: presente e futuro; 3 As gerações de direitos humanos; 4 Era dos direitos; 5 A democracia; Considerações finais.

RESUMO: O presente trabalho, fazendo referências ao capítulo que leva o nome da principal obra do jurisfilósofo NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*,<sup>1</sup> visa a abordar aspectos relacionados à democracia e à paz em confluência com a proteção dos direitos do homem, enraizados na maioria das constituições modernas.

### INTRODUÇÃO

A obra *A era dos direitos* trata-se de uma preciosa reunião dos principais artigos que escreveu durante quarenta anos sobre o tema dos direitos do homem, tal problema estreitamente ligado aos da democracia e da paz.

Considerada uma das principais obras de NORBERTO BOBBIO, trata em especial do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, que, por sua vez, encontram-se na base das constituições democráticas modernas.

Como pressuposto para esse reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e como consequência no sistema internacional, temos a paz.

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem devem estar acima de cada Estado, de modo que não existe democracia sem tais reconhecimentos e, ainda, sem democracia não haverá condições mínimas para solução de conflitos.

### 1 DEMOCRACIA: A SOCIEDADE DOS CIDADÃOS

A democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais. Haverá paz estável, uma vez que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

---

\* Pesquisa realizada sob a orientação do Professor Samuel Antonio Merbach de Oliveira, responsável pelo grupo de estudos da vida e obra de Norberto Bobbio.

1 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Quanto ao que tange aos direitos do homem, necessário se faz acepção de que diferente de um direito que se tem, o qual diz respeito a um direito que se gostaria de ter; neste sentido, um direito a ser alcançado, por toda parte, em igual medida.

Diante da propositura de se estabelecer um *fundamento absoluto*, o eminente autor aduz sobre a dificuldade de precisar a conceituação de *direitos dos homens*, surgindo a questão axiológica, faz alusão, ainda, quanto à transformação histórica e seus reflexos.

## 2 DIREITOS DOS HOMENS: PRESENTE E FUTURO

O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los.

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político.

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, estes sejam continuamente violados.

Atualmente, quem não pensa que é evidente que não se devem torturar os presos? Todavia, durante séculos, a tortura foi aceita e defendida como um procedimento judiciário normal.

## 3 AS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Ante a evolução histórica e teleológica, os direitos humanos foram ganhando nuances ao longo dos anos. BOBBIO traz as acepções em gerações, as quais podem ser assim entendidas:

A *primeira geração* de direitos humanos diz respeito aos que tangem aos direitos individuais, civis e políticos, tais como o direito à liberdade, à propriedade, o direito de votar, enraizados ainda nas Declarações de Virgínia, de 1776, e na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 – liberalismo político –, autores iluministas, ROUSSEAU, KANT.

A *segunda geração* de direitos humanos trata precipuamente dos direitos sociais, quais sejam, os direitos trabalhistas, o direito à saúde, os que tangem ao aspecto econômico e, como referência, podemos citar a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição Russa, de 1918.

A *terceira geração* de direitos humanos é entendida como a proclamação da democracia no mundo, tendo como principais referências a Declaração Universal da ONU, de 1948, e a Declaração dos Povos, de 1976. Neste contexto, novas temáticas surgem, principalmente após a Segunda Guerra Mundial.

Com a declaração de 1948, tem início uma fase na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários

dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão não mais apenas proclamados ou apenas reconhecidos, porém efetivamente protegidos contra o próprio Estado que os tenha violado.

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigurando-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

A declaração é algo mais que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas.

Na *quarta geração* de direitos humanos começa a ser tratada a temática do direito à vida das gerações futuras, com discussões acerca do respeito à natureza, bem como princípios ambientais (podemos citar como referência a ECO/92, na qual pode-se observar algumas questões relacionadas à Bioética, Biogenética, Biotecnologia, etc.).<sup>2</sup>

#### 4 ERA DOS DIREITOS

Diante da preocupação para com o futuro da humanidade, sobressaem três aspectos: o aumento cada vez maior e até agora incontrolado da população, o aumento cada vez mais rápido e incontrolado da degradação do ambiente, o aumento igualmente incontrolado e insensato do poder destrutivo dos armamentos. Configurando tantas previsíveis causas de infelicidade, pode-se, na visão do autor, vislumbrar como aspecto positivo pelo menos um desses sinais, qual seja, a crescente importância atribuída nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos do homem.

#### 5 A DEMOCRACIA

Ao tratar da democracia como governo de muitos, na qual, por meio de um contrato social, se desenvolve o exercício do poder por meio de representantes (delega poderes), com as devidas distinções<sup>3</sup> insurge a questão da *cidadania*, como conceito do direito de votar e ser votado plenamente ultrapassado.

A cidadania, em seu contexto mais amplo, deve abranger o entendimento de que o cidadão também é responsável pelo trabalho do Executivo, do Legislativo, etc.

2 Neste sentido, cumpre ressaltar que alguns autores já falam em quinta geração de direitos humanos, fazendo referência à Cibernética.

3 Diferente da democracia antiga – Sófocles e outros – cuja participação dos cidadãos se realizava em praça pública, inviável nos dias atuais.

O Estado, por sua vez, deve promover atividades para suprir as necessidades básicas das pessoas, nos contextos civis,<sup>4</sup> sociais e políticos.<sup>5</sup> Dentro de uma democracia, as regras do jogo devem ser estipuladas.<sup>6</sup>

Para a manutenção da democracia e o exercício da cidadania, alguns aspectos devem ser observados.

Os direitos políticos devem ser gozados por todos os cidadãos maiores, sem que haja qualquer distinção.

Os votos devem ter peso igual e todo cidadão deve ser livre para votar, obedecendo-se o princípio da maioria numérica, sendo respeitada a liberdade de opinião.

Quanto à Constituição, esta deve conter os princípios basilares de defesa das liberdades individuais, de modo que a participação do cidadão seja efetiva.

A distribuição de renda e a atribuição do poder a um grupo elevado de membros é imprescindível para que não se configure uma democracia meramente formal. Em uma democracia, o interesse público deve sempre sobrepujar o interesse particular e o poder não pode ter *máscaras*, devendo ser transparente.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os escritos de BOBBIO, sobre os quais nos apoiamos para desenvolver este trabalho, trazem ensinamentos preciosos acerca da proteção dos direitos do homem, vislumbrando a busca da “paz perpétua” como sendo pressuposto necessário para o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem em todos os Estados.

A importância da obra de BOBBIO é incomensurável para o processo de democratização universal e, por conseguinte, para que haja a solução pacífica dos conflitos na sociedade, escopo primordial do Direito como ciência.

4 Neste sentido, o direito de locomoção, direito à segurança.

5 Se faz necessária a participação também dos cidadãos, por intermédio das escolas, associações de bairro, etc.

6 Princípio da legalidade, encontrado nas constituições democráticas.



# PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA\*

---

**Dayane Marciano de Oliveira Castro, Renato da Silva Moraes,  
Maria de Lurdes Alves, Cleide de Andrade Passos**

Alunos do 3º Ano (turma de fev./2005 a dez./2005) do Curso de Direito  
da FACCAMP

SUMÁRIO: Introdução; 1 O que é a previdência complementar privada?; 2 Entidades fechadas e entidades abertas; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho abordará alguns dos principais aspectos sobre o regime geral da previdência complementar privada no que tange às entidades fechadas e abertas, suas peculiaridades e, ainda, sem o intuito de esgotar o assunto, apontará sua importância no contexto atual das necessidades dos segurados da Previdência Social.

## INTRODUÇÃO

A previdência complementar teve seu início através do MONGERAL.<sup>1</sup> Desde então, com a evolução histórica, outras legislações foram criadas. A Lei nº 6.435/77 estabeleceu diretrizes a respeito. No entanto, a redação original do art. 201 da Constituição Federal determinou disposições pertinentes. Todavia, à luz da Emenda Constitucional nº 20/98 houve alteração no sistema. Referida alteração determinou que lei complementar regeria a matéria. Assim, a Lei Complementar nº 109/01 abrogou a lei infraconstitucional supramencionada e passou a regular o tema na atualidade.

## 1 O QUE É A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA?

O regime geral da previdência complementar privada surgiu com o objetivo premente de complementar o benefício pago pela Previdência Social.<sup>2</sup> Assim, dispõe o art. 202 da CF *in verbis*:

“O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizada de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por lei complementar.”

Do exposto, podemos aferir que a adesão ao plano de previdência complementar possui alguns requisitos elementares de um contrato civil, embora a natureza securitária

---

\* Trabalho realizado sob a orientação da Profª Ms. Aparecida Dias de Oliveira.

1 Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado. Primeiro órgão de entidade de previdência complementar.

2 “Uma previdência social complementar ratifica a idéia de que o benefício previdenciário oficial não é suficiente ainda para atender a todas as necessidades; resulta numa aprovação constitucional da previdência privada como instrumento de proteção social.” (MARTINEZ, 2001, p. 156)

seja sua função precípua. É de trato sucessivo, protraindo-se no tempo; oneroso, pois envolve pecúnia; sinalagmático, pelo fato de haver direitos e obrigações tanto do contratante como do contratado, e, ainda, aleatório, uma vez que não há certeza quanto às prestações.<sup>3</sup>

## 2 ENTIDADES FECHADAS E ENTIDADES ABERTAS

As entidades fechadas são empresas que, por meio do vínculo empregatício ou mesmo associativo, oferecem aos seus empregados os respectivos planos de complementação de aposentadoria. São conhecidas como “fundo de pensões”, e, para sua instituição, administradas pelas entidades fechadas de previdência complementar (pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos),<sup>4</sup> deve existir autorização específica.

Limitam-se apenas às finalidades para as quais foram criadas. O atendimento a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, de acordo com o art. 74 da Lei Complementar nº 109/01, é condição *sine qua non*. Inexiste lei específica que trate do controle, sendo este exercido pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por meio do Conselho de Gestão da Previdência Complementar e da Secretaria de Previdência Complementar.

É indispensável a existência de normas estabelecidas contratualmente de forma a assegurar direitos à pessoa, pois, em caso de cessação do vínculo empregatício com a empresa, essa poderá requerer a obtenção do benefício contratado – desde que preenchidos os requisitos para sua elegibilidade.

Há, outrossim, o direito à portabilidade (transporte da totalidade das contribuições de um plano para outro pelo participante) ou mesmo o direito ao resgate do valor.

As contribuições do empregador, os benefícios e as cláusulas contratuais de previdência complementar privada não integram o contrato de trabalho. Todavia, a Justiça Laboral é competente para dirimir litígios e demais controvérsias nesse sentido. Assim entendemos que a Emenda Constitucional nº 45 veio ratificar tal entendimento, pacificando, positivamente, divergências em nossos tribunais:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.”

Quanto às entidades abertas de previdência privada complementar, são instituídas por meio de empresas como bancos, seguradoras etc., mas não mantêm vínculo algum de caráter empregatício com o participante. São constituídas sob forma de sociedades anônimas e oferecem os planos de complementação a quaisquer pessoas interessadas. Os planos de benefícios podem ser individuais ou coletivos.

Bem como os participantes de entidades privadas fechadas, os de entidades abertas também gozam do acesso à portabilidade, sendo defeso em lei, contudo, o ato de transferir recursos entre participantes sob qualquer forma. Além disso, alguns critérios

3 MARTINS, 2004, p. 485.

4 Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/spc/pc/index.asp>. Acesso em: 29 abr. 2005.

são levados em consideração no momento da aquisição do contrato, tais quais: idade, pretensão do valor a ser recebido *a posteriori* pelo participante etc.

Para o funcionamento, também dependem de autorização e fiscalização, sendo tais atividades exercidas pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (Susep), conforme aponta o art. 74 da Lei Complementar nº 109/01.

Ressalte-se, por oportuno, que seja a entidade privada aberta ou fechada, a ação do Estado será exercida com o objetivo preconizado no art. 2º da Lei Complementar nº 109/01:

“I – formular a política de previdência complementar; II – disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta lei complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro; III – determinar os padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios (...); IV – assegurar aos participantes (...) o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios; V – fiscalizar as entidades (...), suas operações e aplicar penalidades; e, VI – proteger os interesses dos participantes (...) dos planos de benefícios.”

Conforme descrito, o Estado terá a função precípua de atuar com os objetivos estabelecidos em lei, mesmo porque, caso assim não fosse determinado, muitas entidades sem idoneidade criariam empresas oferecendo planos de benefícios, sem, no entanto, cumprir com o estabelecido em contrato. É por esse motivo que se faz mister averiguar a empresa a ser contratada, com bastante seriedade.

Caso existam irregularidades, inadequações ou reconhecimento de inviabilidade de recuperação da entidade por falta de condições de funcionamento, as empresas poderão sofrer intervenção e liquidação extrajudicial. Não estão sujeitas à falência e nem à concordata.

Interessante é apontar que a decretação da liquidação extrajudicial produzirá imediatamente, dentre outras conseqüências, a suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, vencimento antecipado das obrigações, interrupção da prescrição em relação às obrigações da entidade em liquidação etc.

Desta forma, o liquidante deverá organizar o quadro de credores liquidando o passivo, sendo que os participantes que já estiverem recebendo os benefícios (ou pelo menos já tenham adquirido o direito antes de decretada a liquidação extrajudicial) terão preferência para receber os valores.

Salvo direitos de menores dependentes, incapazes ou ausentes, a prescrição ocorrerá no prazo de cinco anos. Assim, após o período, não haverá mais o direito de receber as prestações não pagas nem reclamadas em época própria. Aplicam-se as disposições do Código Civil.

Os administradores e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade responderão civilmente pelos danos ou prejuízos causados por ação ou omissão às entidades de previdência complementar. Contudo, não estão isentos de responsabilidade penal, sendo que nesses casos o órgão fiscalizador competente ao constatar práticas ilícitas juntará documentos comprobatórios e irá enviá-los ao Ministério Público para as devidas providências.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, podemos aferir que de fato, na atual conjuntura que atravessa o nosso país, é inegável a necessidade de complementação do benefício pago através do INSS. Verificamos, ainda, que tais entidades, autorizadas por lei, surgiram de uma necessidade básica da sociedade: oferecer benefícios que gerem maiores possibilidades de manutenção para os segurados da Previdência Social.

A restrição encontrada, muitas das vezes na prática, é justamente a de se filiar a uma entidade inidônea, vez que existem empresas fraudulentas tentando ludibriar pessoas, no intuito de obter com isso, enriquecimento ilícito, o que ensejará responsabilização nas esferas cível e criminal, dependendo do grau de complexidade do bem jurídico afetado pela conduta antijurídica.

Para alguns, tal sistema não se apresenta adequado pelo risco do não-recebimento dos valores a que se faz *jus*, por conta de empresas que já prestaram o serviço e não cumpriram com suas obrigações no momento em que o participante mais precisava.

Entretanto, não se busca, através das entidades de previdência complementar privada, eliminar o benefício concedido pelo Estado – ainda insuficiente para atender às necessidades básicas dos cidadãos –, antes visa prestar às pessoas melhores condições, mesmo porque um plano de previdência privada não impede o recebimento do benefício concedido pelo INSS e vice-versa.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOVAES FILHO, Wladimir (org.). *Lei básica da previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2001.

VADE MECUM ACADÊMICO FORENSE: Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Vértice, 2005.

## AUXÍLIO-DOENÇA COMUM

---

**Lilian Noemi Machado Tavares da Silva, Marcia Cristina Braga  
Congilio Thibério, Juliana Gonçalves**

Alunas do 3º Ano do Curso de Direito da FACCAMP (turma de ago./2002). Pesquisa realizada sob orientação da Profª Aparecida Dias de Oliveira, da disciplina Direito Previdenciário.

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto, dentre as várias espécies de benefícios da Previdência Social, o auxílio-doença comum. A Constituição de 1988 em seu art. 201, I, mostra que os planos de previdência social devem atender, mediante contribuição, cobertura de eventos de doença.

A CLT, no seu art. 476, emprega as denominações seguro-doença e auxílio-enfermidade. A partir da vigência da Lei nº 3.807/60 a denominação usada passou a ser auxílio-doença.<sup>1</sup> Auxílio-doença é o benefício devido ao segurado que, depois de cumprida, quando for o caso, a carência exigida, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, devido a uma doença comum ou ainda algum tipo de acidente, doença profissional ou a ela equiparado ocorrido com o segurado.

Cumprir observar que não iremos abordar neste estudo o benefício de auxílio-doença acidentário, salvo incidentalmente a fim de ressaltar diferenças, uma vez que este possui muitas peculiaridades, necessitando prévio estudo sobre o acidente de trabalho e seus equiparados.

A carência para auxílio-doença é de 12 contribuições mensais (art. 25, I, da Lei nº 8.213/91).

Será devido auxílio-doença, independentemente de carência, aos segurados obrigatórios (empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, autônomo, empresários), facultativos (dona-de-casa ou estudante), quando sofrerem acidente de qualquer natureza, bem como os segurados especiais (pescador artesanal, arrendatário rural etc.) (art.12, VII, da Lei nº 8.213/91).

Independência de carência, conforme art. 26, II, da Lei nº 8.213, o segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças ou afecções especificadas em lista elaborada pelos órgãos competentes. São elas: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondilostrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), contaminação por radiação com base em conclusão da medicina especializada e hepatopatia grave.

---

<sup>1</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*, p. 339

Em caso de doença preexistente, não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador de doença ou lesão invocada como causa para a concessão do benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão (art. 71, § 1º, do Decreto nº 3.048/99).

Para o segurado empregado, exceto o doméstico, o auxílio-doença é devido a partir do 16º (décimo sexto) dia do afastamento da atividade e não logo no 1º dia do afastamento.

O auxílio-doença do doméstico inicia-se no primeiro dia de incapacidade, não tendo o empregador doméstico de pagar os 15 primeiros dias.<sup>2</sup> Para os demais segurados, o início do benefício contar-se-á da data do início da incapacidade e enquanto o segurado permanecer incapaz (art. 60 da Lei nº 8.213/91).

Para todos os segurados que estiverem afastados por mais de 30 dias e requererem o auxílio-doença, a data a ser considerada será a da entrada do requerimento.

Quando o acidentado não se afastar do trabalho no dia do acidente, os quinze dias de responsabilidade da empresa pela sua remuneração integral serão contados a partir da data do afastamento (art. 72, § 1º, da Lei nº 3.048/99).

Quando o segurado exercer mais de uma atividade abrangida pela Previdência Social, será devido, mesmo no caso de incapacidade, apenas para o exercício de uma delas, devendo a perícia médica ser conhecedora de todas as atividades que o mesmo estiver exercendo (art. 73 do Decreto nº 3.048/99).

Neste caso, o auxílio-doença será concedido em relação à atividade para a qual o segurado estiver incapacitado, considerando-se para efeito de carência somente as contribuições relativas a essa atividade.

Ao segurado que exerce a mesma profissão nas várias atividades será exigido de imediato o afastamento de todas.

Quando o segurado exercer mais de uma atividade e se incapacitar definitivamente para uma delas, deverá o auxílio-doença ser mantido indefinidamente, não cabendo sua transformação em aposentadoria por invalidez, enquanto essa incapacidade não se estender às demais atividades.

O valor do benefício consiste numa renda mensal de 91% do salário-de-benefício (art. 39, I, do Decreto nº 3.048/99).

O salário-de-benefício corresponderá à média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo (art. 28, II, da Lei nº 8.213/91).

Ocorrendo novo afastamento e concessão de novo benefício decorrente da mesma doença dentro de 60 dias contados da cessação do benefício anterior, a empresa

2 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*, p. 340

fica desobrigada do pagamento relativo aos 15 primeiros dias de afastamento, prorrogando-se o benefício anterior e descontando-se os dias trabalhados, se for o caso.

Podemos exemplificar o caso de um empregado que retorna do auxílio-doença dia 15.11.2004, no dia 05.01.2005 volta a afastar-se pela mesma doença. Entre o término do auxílio-doença e o novo afastamento há uma diferença inferior a 60 dias. Neste caso a empresa está desobrigada do pagamento dos primeiros 15 dias do afastamento, assumindo o INSS o encargo.

Porém, se entre o término do auxílio-doença e o novo afastamento há uma diferença superior a 60 dias, neste caso a empresa pagará os primeiros 15 dias de afastamento, e o INSS assumirá o encargo somente a partir do 16º dia de afastamento, pois se considera novo benefício e não continuação do anterior.

O segurado empregado, por motivo de doença, afasta-se do trabalho durante 15 dias, retornando à atividade no 16º (décimo sexto) dia, e se dela voltar a se afastar dentro de 60 (sessenta) dias desse retorno, fará jus ao auxílio-doença a partir da data do novo afastamento. Neste caso, se o retorno à atividade tiver ocorrido antes de 15 dias do afastamento, o segurado fará jus ao auxílio-doença a partir do dia seguinte ao que completar aquele período.

O auxílio-doença cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente de qualquer natureza, neste caso, se resultar seqüela que implique redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia (art. 78 da Lei nº 3.048/99).

O segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para exercício de outra atividade, não cessando o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez (art. 79 da Lei nº 3.048/99).

## IMPLICAÇÕES NA ÁREA TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA

O auxílio-doença, decorrente de doença comum, ou seja, que não seja decorrente de acidente do trabalho ou equiparados, a partir do 16º dia de afastamento, suspende o contrato de trabalho, uma vez que os primeiros 15 dias de afastamento são considerados como interrupção do contrato de trabalho.

- a) Férias – o empregado terá direito a férias, desde que dentro do período aquisitivo o afastamento por auxílio-doença não tenha ultrapassado a 6 meses, mesmo descontínuos (CLT art. 133, IV).
- b) Contrato de experiência – os primeiros 15 dias de afastamento, como caracterizam interrupção do contrato de trabalho, serão contados normalmente como dias trabalhados para efeito da contagem do cumprimento do contrato de experiência; após os primeiros 15 dias, o contrato de trabalho será suspenso, completando-se o cumprimento do contrato de experiência quando

- o empregado retornar após obter alta do INSS, se houver acordo expresso entre as partes (CLT art. 472, § 2º);
- c) Aviso prévio – a Orientação Jurisprudencial 135 da SDI-1 do TST dispõe que: “Aviso prévio indenizado. Superveniência de auxílio-doença no curso deste. Os efeitos da dispensa só se concretizam depois de expirado o benefício previdenciário, sendo irrelevante que tenha sido concedido no período do aviso prévio já que ainda vigorava o contrato de trabalho”;
  - d) Décimo terceiro salário – o 13º salário será pago ao empregado do período anterior ao auxílio-doença até os 15 primeiros dias de atestado médico e a partir do retorno ao trabalho, porque, como já citado, a partir do 16º dia o contrato de trabalho fica suspenso. Neste período de suspensão, o 13º salário correspondente será pago pelo INSS, o denominado abono anual;
  - e) FGTS – no auxílio-doença comum o recolhimento do FGTS é obrigatório somente até os primeiros 15 dias de afastamento.
  - f) INSS – o recolhimento da contribuição previdenciária será feito nos 15 primeiros dias de afastamento, os quais são pagos diretamente pela empresa. A partir do 16º dia torna-se encargo da Previdência Social (art. 28, III, do Decreto Lei nº 99.684/90);
  - g) Salário-família – durante o auxílio-doença, as quotas do salário-família serão pagas pelo INSS. Para isto a empresa deverá solicitar à Previdência Social o pagamento direto das quotas. Esta solicitação deverá ser realizada no próprio requerimento do auxílio-doença, em campo próprio, no verso do formulário.

O salário-família, no mês de afastamento do trabalho, será pago integralmente pela empresa, pelo sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, conforme o caso, e o do mês da cessação de benefício, pelo INSS (art.86 da Lei nº 3.048/99).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GONÇALES, Odonel Urbano. *Manual de direito previdenciário acidentes de trabalho*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LEITE, Celso Barroso. *A previdência social ao alcance de todos*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1997.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Primeiras lições de previdência complementar*. São Paulo: LTr, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: LTr, 2003.

[www.avitrine.com.br/ms/noticia/06.htm](http://www.avitrine.com.br/ms/noticia/06.htm)

[www.guiatrabalhista.com.br](http://www.guiatrabalhista.com.br)

[www.mpas.gov.br](http://www.mpas.gov.br)

[www.previdenciasocial.gov.br](http://www.previdenciasocial.gov.br)



## A FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DE PUNIR

---

**Márcio Alexandre Lacerda Falcão, Cláudio Teixeira,  
Osmar Donizete da Silva e Fabiano Bizeto**

Alunos do 3º Ano do Curso de Direito da FACCAMP (turmas de ago./2004 a jun./2005). Pesquisa realizada sob orientação da Professora Doutora Sabine Pierobon de Souza, da disciplina de Direito Penal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A necessidade da agilização da justiça; 2 Conceito de infração de menor potencial ofensivo; 3 Substitutivos penais; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Observar-se-á, na primeira seção, a degradação nas penitenciárias, cenário no qual floresceram as idéias de BECCARIA, HOWARD e BENTHAM que enfocaram as penas sob a ótica humanitária. No decorrer da segunda seção, observar-se-á, ainda, a necessidade da agilização da Justiça mediante os Juizados Especiais. Por fim, o Código Penal, com a reforma de 1984, inovou ao positivizar substitutos penais alternativos em seu art. 32; assim o legislador, com conteúdo propositadamente *indeterminado* e que tem o intuito de propiciar uma adaptação entre o sistema jurídico calcado em normas de conteúdo rígido e uma realidade cambiante a requerer respostas mais ágeis para solução dos conflitos, se valeu das *cláusulas gerais*.

### INTRODUÇÃO

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente. Durante muitos anos, imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode também afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Inúmeros autores têm-se ocupado freqüentemente da crueldade e da desumanização existente no ambiente carcerário. A ofensa à dignidade humana, que não é apenas presenciada nos países subdesenvolvidos, se tornou realidade mundial. De modo geral, as insuficiências prisionais apresentam muitas características semelhantes: maus tratos verbais (insultos, grosserias etc.); superpopulação carcerária (que reduz a privacidade do recluso, facilitando grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imunidades nas celas, corredores, cozinhas etc.); elevado índice de consumo de drogas, que

muitas vezes se origina pela corrupção de “alguns funcionários” que se deixam corromper; ambiente propício à violência, onde prevalece a lei do mais forte.

Em face dessas deficiências nas condições penitenciárias, conclui-se que a prisão se encontra efetivamente em crise. Todavia, fala-se em crise da prisão, não como resultado de algo derivado estritamente de sua essência, mas como resultado da deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, o Estado têm dispensado ao problema penitenciário, o que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em meio efetivamente reabilitador.

## 1 NECESSIDADE DA AGILIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Devido ao excessivo número de encarcerados, número esse desproporcional ao de celas, o que ocasiona constantes rebeliões nas penitenciárias e casas de detenção e também com o altíssimo número de infrações de pouca monta a emperrar a máquina judiciária sem nenhum resultado prático, os constituintes de 1988 procuraram solução para o processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Desejavam uma solução alternativa que emprestasse rapidez à Justiça, sem despenalizar, por inteiro, aquelas condutas. Permitir o simples arquivamento, sem embargo da ilicitude do comportamento, não lhes pareceu uma providência acertada.

Antevendo essa explosão de manifestações individuais na busca da satisfação de seus direitos, o constituinte de 1988 introduziu em nosso sistema os denominados Juizados Especiais, “providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (CF, art. 98, I).

Para regulamentar esse preceito constitucional, foi promulgada, em 26 de setembro de 1995, a Lei nº 9.099, que definiu infração de menor potencial ofensivo, substituindo a pena privativa de liberdade por uma simples multa ou medida restritiva de direitos e ainda estabeleceu as regras para a transação penal e para o procedimento sumaríssimo, dentre várias outras providências. Nas palavras de AGAPITO MACHADO, esta lei foi “recebida com palmas pela comunidade jurídica e que, aos poucos, teve efetividade pela instalação de unidades de Juizados Especiais em todos os Estados”.<sup>1</sup>

A Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, acrescentou um parágrafo único no art. 98 da Constituição Federal estabelecendo que a Lei Federal disporá sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Assim, em 12 de julho de 2001, foi promulgada a Lei nº 10.259, instituindo os Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplicam, no que não houver conflitância, as regras da Lei nº 9.099/95.

1 MACHADO, Agapito. *Juizados especiais criminais na justiça federal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. VII.

## 2 CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A Lei nº 9.099/95 definiu as “infrações penais de menor potencial ofensivo, como sendo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuando os casos em que a lei preveja procedimento especial” (art. 61).

O advento da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, regulamentando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na esfera federal, estabeleceu em seu art. 2º, parágrafo único, o seguinte: “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, ou multa”. Em seu art. 20, a mesma lei expressamente vedou a sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual. Quanto a este conflito de normas, com a maestria que lhe é peculiar, ressaltou FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO que “cometeria erro inominável, nosso juízo, quem pretendesse criar duas espécies de infrações de menor potencial ofensivo: uma na esfera federal e outra, na estadual”.<sup>2</sup>

Nessa mesma vertente, a doutrina logo se manifestou sobre o assunto, “posicionando-se pacificamente no sentido de que a nova lei é inconstitucional no que se refere à proibição de ser aplicada na esfera estadual, por claramente afrontar o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”.<sup>3</sup>

Em razão do *Novatio Legis in Mellius* que é incondicional,<sup>4</sup> chegou-se à conclusão de que tal lei trouxe nova definição de infração de menor potencial ofensivo, que, por ser posterior, deverá ser aplicada aos fatos tanto no âmbito estadual quanto no federal.

## 3 SUBSTITUTIVOS PENAIIS

Com a reforma penal de 1984, criou-se um elenco de alternativas à pena de prisão digno dos países de primeiro mundo: *multa substitutiva* para penas de até seis meses (art. 60, § 2º, do CP); *penas restritivas de direito* (art. 44, I) para penas inferiores a um ano ou para crimes culposos (elevadas para penas não superiores a quatro anos, pela Lei nº 9.714/97); *suspensão condicional da pena* para privativas de liberdade até dois anos (art. 77); *regime aberto* inicial para penas de até quatro anos (art. 33, § 2º, *c*); e finalmente, *livramento condicional* para penas a partir de dois anos (art. 83), inclusive com cumprimento de somente um terço para os não-reincidentes; metade para os reincidentes; ou dois terços para crimes hediondos.

Com o advento da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, introduziram-se, em nosso ordenamento jurídico, novos modelos de justiça criminal, regulamentando o rito sumaríssimo para a apuração das infrações de menor potencial

2 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários a lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26.

3 RIOS GONÇALVES, Victor Eduardo. *Juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4.

4 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003, p. 88.

ofensivo, e ainda a *transação penal* e a *suspensão condicional do processo*, institutos inseridos no ordenamento brasileiro, respectivamente, pelos arts. 76 e 89, que modificaram as noções sobre a indisponibilidade da ação penal pública e refletem uma inspiração despenalizadora.

O art. 76 da Lei nº 9099/95 permite que, antes do oferecimento da denúncia, portanto na fase administrativa ou pré-processual, o Ministério Público proponha um acordo, *transacionando* o direito de punir do Estado com o direito à liberdade do “autor do fato”, desde que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos previstos na lei para a oferta.<sup>5</sup>

Aceita a proposta pela parte e seu defensor, é submetida à apreciação do juiz para o acolhimento (§ 3º), e, se for o caso, será aplicada a pena restritiva de direitos ou multa (§ 4º) nos exatos termos do dispositivo legal já citado, cabendo apelação dessa sentença (§ 5º). Como salienta BITTENCOURT, “transação penal vem sendo apontada como uma das mais importantes formas de despenalizar na atualidade, sem descriminalizar”.<sup>6</sup>

A *suspensão do processo* consiste em *sustar* a ação penal após o recebimento da denúncia, contanto que o réu preencha determinados requisitos e obedeça a certas condições durante o prazo prefixado, findo o qual ficará extinta a punibilidade quando não der causa à revogação do benefício.<sup>7</sup> O inadimplemento das condições legalmente estabelecidas terá como consequência imediata a revogação da suspensão do processo.<sup>8</sup> Em regra, o Ministério Público pode propor a suspensão do processo por ocasião do oferecimento da denúncia (*caput* do art. 89). Nada impede, entretanto, que o faça em outra ocasião posterior, desde que presentes as condições da medida.<sup>9</sup>

Aplica-se a suspensão condicional do processo em todas as infrações penais que possuam pena mínima cominada, em abstrato, igual ou inferior a um ano independentemente de ser estabelecida de forma cumulativa ou alternativa com pena de multa.<sup>10</sup> Assim,

5 A pena máxima abstrata cominada ao delito, não sendo superior a um ano (art. 61), o Ministério Público está obrigado a fazer a proposta ao autuado, desde que presentes as condições exigidas:

- a) não ser atuado reincidente por crime anterior a que foi imposta pena privativa de liberdade (I);
- b) não ter sido beneficiado, nos últimos cinco anos, pela aplicação da mesma medida, seja pena restritiva de direitos ou multa, nos moldes da Lei dos Juizados Especiais Criminais (II);
- c) ser aconselhável a imposição de pena alternativa em face das condições e circunstâncias pessoais do acusado (III).

6 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais federais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 121.

7 Quanto ao momento processual, a proposta de suspensão condicional do processo deve ser formulada por ocasião do oferecimento da denúncia, apresentando o Ministério Público os seus termos, que deverão ser precisos, consignando sua duração e as condições que deverão ser obedecidas em caso de aceitação.

8 A lei estabelece causas de *revogação obrigatória* (art. 89, § 3º) e causas de *revogação facultativa* (art. 89, § 4º).

9 A lei exige que sejam atendidos alguns requisitos (art. 89, *caput*): a) que a denúncia seja recebida; b) que o acusado não esteja sendo processado; c) que o réu não tenha sido condenado anteriormente por outro crime; d) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, autorizem a concessão do benefício (art. 77, II, do CP).

10 Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, art. 89.

o instituto é aplicável ao furto simples, cuja pena mínima é um ano, mas não é cabível, por exemplo, no furto qualificado, em que a pena mínima é de dois anos.

Segundo VITOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, “trata-se de espécie processual em que o titular da ação abre mão de seu prosseguimento e da busca de uma condenação, enquanto o acusado, sem discutir sua responsabilidade pelo delito, submete-se, por certo tempo, ao cumprimento de determinadas condições”.<sup>11</sup> Assim, com o decurso de tal prazo sem que tenha havido revogação, será decretada a extinção da punibilidade.

As Leis n<sup>o</sup>s 9.099/95 e 10.259/01 representam, em conjunto, a evolução da política criminal iniciada com a reforma de 1984. O objetivo desses dois modernos diplomas legais é assegurar que somente irá para a prisão quem dela efetivamente necessite.

A Lei de Execução Penal prevê outra possibilidade de aplicação pelo juiz de execução dessas mesmas sanções. Essa possibilidade, que a lei chamou também de *conversão*, já se opera no curso do cumprimento da pena.<sup>12</sup>

## CONCLUSÃO

Conclui-se que a aplicação das penas está inserida segundo uma moderna tendência de globalização do direito penal e processo penal mediante soluções alternativas de prevenção geral, com a solução rápida de casos de menor potencial ofensivo. A pena privativa de liberdade deve ser reservada para autores de infrações graves, que apresentem elevado grau de dessocialização, cuja periculosidade recomende seu isolamento da comunidade livre.

As penas alternativas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de muitas legislações alienígenas, constituem uma das mais importantes inovações da reforma penal de 1984, que procurou obviar a crise da pena de prisão, a qual sabidamente não atende aos objetivos fundamentais da sanção penal, que é reeducar o apenado e integrá-lo socialmente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Novas penas alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Juizados especiais criminais federais*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA JR., Paulo José. *Direito penal – curso completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

11 RIOS GONÇALVES, Vitor Eduardo. *Juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64.

12 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 439: “A conversão é a substituição de uma sanção por outra, pena ou medida de segurança, no curso da execução”.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Aspectos de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ISHIDA, Valter Kenji. *A suspensão condicional do processo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.
- MACHADO, Agapito. *Juizados especiais criminais na justiça federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Constituição do Brasil interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- RIOS GONÇALVES, Victor Eduardo. *Juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários a lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

---

### DISPOSIÇÕES GERAIS

1º A Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – Faccamp – destina-se à publicação da produção científica dos professores e alunos do curso.

§ 1º Serão analisadas pelo Conselho Editorial colaborações de autores externos.

§ 2º Além de artigos, outras informações de natureza jurídica poderão ser veiculadas na Revista, segundo critérios do Conselho Editorial.

### DA FORMATAÇÃO DOS TEXTOS

2º O artigo submetido à Revista deverá ser elaborado em editor de texto Word ou compatível, segundo os critérios abaixo:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 25 (vinte e cinco) páginas;
- b) apresentação em disquete 3 ½ e impresso em papel A4;
- c) fonte Arial 12;
- d) espaço 1,5 entre linhas;
- e) escrito no vernáculo;
- f) páginas numeradas no alto da folha à direita, exceto a primeira;
- g) conter nome do autor à direita logo após o título;
- h) breve qualificação do autor (nome por extenso; titulação; instituição a qual está vinculado e endereço eletrônico para contato, se for o caso) logo após o respectivo nome;
- i) as notas de rodapé deverão observar seqüência numérica a partir do número 1 e estarem localizadas no final de cada página;
- j) após o nome e a identificação do autor, haverá sumário contendo (de maneira contínua e não vertical): introdução, desenvolvimento, conclusão, bibliografia;
- k) após o sumário, deverá constar resumo do artigo no máximo com 5 (cinco) linhas;
- l) após o resumo, constarão palavras-chave.

3º As abreviações, as notas de rodapé e as referências bibliográficas deverão seguir os padrões previstos pela ABNT.

§ 1º Dar-se-á preferência às citações em nota de rodapé, no formato: AUTOR, ano e página.

§ 2º As abreviações deverão ter sido precedidas, no próprio texto, de referência por extenso seguida da respectiva abreviação entre parênteses: Constituição Federal (CF).

4º A remessa do artigo deverá ser precedida de uma revisão do vernáculo, cuja responsabilidade será do próprio autor.

#### DA CONTRIBUIÇÃO DOS ALUNOS

5º Os alunos poderão colaborar para a revista com a inclusão de resumos de pesquisas realizadas;

§ 1º A elaboração dos textos pelos alunos deverá ser acompanhada por orientação de professor, com a indicação dos respectivos créditos logo após o nome e identificação do aluno.

§ 2º A formatação dos textos dos alunos deverá obedecer às mesmas regras atribuídas aos artigos de professores;

§ 3º Os resumos deverão conter no máximo 5 (cinco) páginas.

6º Será aceita a colaboração de artigo escrito por aluno como atividade final da participação no Programa de Iniciação Científica da Faccamp, cumprido o respectivo regulamento;

Parágrafo único. A formatação do texto deverá observar os mesmos critérios previstos no art. 2º.

#### DOS TEXTOS INÉDITOS

7º A remessa do texto pelo autor pressupõe a concordância com as normas de publicação da Revista, além de significar que o texto é inédito e não está sendo submetido à apreciação de outros veículos para publicação.

Parágrafo único. Os originais não serão devolvidos.

8º O autor do artigo publicado receberá cinco exemplares da revista a título de direitos autorais.

#### DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

9º As situações omissas ou os conflitos de interpretação serão resolvidos pelo Conselho Editorial da Revista.

10. Poderá o Conselho Editorial emitir outras normas para o aprimoramento da Revista.