

**Revista da Faculdade de**

ISSN 1519-1656



# Direito

**Padre Anchieta**



**Ano VI - Nº 10 - Agosto / 2005**

**ISSN 1519-1656**

---

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA.**

Jundiaí-SP: Sociedade Padre Anchieta

il. 23cm.

Semestral

Inclui bibliografia

**CDU 34(05)**

---

## **EDITORIAL**

Com felicidade apresentamos o décimo número da Revista da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

No presente exemplar apresentamos artigos sobre temas atuais, relevantes e indispensáveis, todos sob a ótica de nossos doutrinadores, abordando diferentes áreas do Direito.

A utilização sistemática de textos doutrinários, como aqueles publicados em nossa *Revista*, faz com que o estudante e também o operador do direito se mantenham atualizados e tenham contato com questões relevantes, que fazem parte do dia-a-dia do profissional dessa área.

Ressaltamos que a formação teórica é fundamental para o profissional do direito, independentemente do ramo em que atue, para que possa atuar com ética e precisão visando à efetivação da Justiça para os que dela necessitam.

Esperamos que possam ter uma agradável leitura e que possam, de toda forma, se utilizar desta ótima fonte de literatura e doutrina.

Até o próximo exemplar.

CONSELHO EDITORIAL.

A **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA** é uma publicação semestral aberta à colaboração de estudiosos e pesquisadores das Faculdades Padre Anchieta e de outras instituições.

Os trabalhos publicados foram selecionados pelo Conselho Editorial, sendo os conceitos e opiniões neles expressos de responsabilidade exclusiva de seus autores, aos quais deve ser requerida autorização para a reprodução parcial ou total dos artigos, relatos de pesquisa etc.

### **Conselho Editorial**

*Alexandre Barros Castro*

*Cláudio Antônio Soares Levada*

*João Carlos José Martinelli*

*Luiz Carlos Branco*

*Márcio Franklin Nogueira*

*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira*

### **Correspondência**

R. Bom Jesus de Pirapora, 140, Centro, Jundiaí/SP.

CEP. 13.207-660

Fax – 4521-8444 ramal 238

Caixa Postal 240

[anchieta@anchieta.br](mailto:anchieta@anchieta.br) • [www.anchieta.br](http://www.anchieta.br)

### **Editoração**

DEPARTAMENTO DE PUBLICIDADE

Escolas e Faculdades Padre Anchieta

### **Revisão**

João Antonio de Vasconcellos

### **Tiragem**

3.000

### **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta.**

*Pede-se permuta • Pide-se canje • We ask for exchange*

## ÍNDICE

### **Sobre o acesso à justiça em Jundiaí**

Estudo realizado junto ao Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito Padre Anchieta, sob a coordenação dos professores Glauco Barsalini e Alexandre B. Castro.....7

### **O direito internacional como sucedâneo do direito natural**

Luís Renato Vedovato e Fábio Nadal Pedro.....41

### **O samba trabalhista do constituinte doido (a nova competência da justiça do trabalho)**

Manoel Carlos Toledo Filho.....59

### **Nietzsche, justiça e direito**

Glauco Barsalini.....63

### **O livramento condicional nos primeiros anos do Brasil República**

Tatiana Lages Aliverti .....77

### **Obrigações naturais**

Tereza Cristina N. Mazzotini.....91

### **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira .....103

### **Da Antigüidade aos nossos dias, a democracia deve ser vista como uma constante luta social**

João Carlos José Martinelli.....123

### **Normas para apresentação de originais.....127**



## **SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA EM JUNDIAÍ**

**(Estudo realizado junto ao Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito Padre Anchieta<sup>1</sup>, sob a coordenação dos professores Glauco Barsalini<sup>2</sup> e Alexandre Barros Castro<sup>3</sup>)**

### **APRESENTAÇÃO**

Durante praticamente dois anos realizamos, através do Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito Padre Anchieta, uma extensa pesquisa sobre o Acesso à Justiça.

Tarefa difícil, inicialmente, para os dois professores que, embora pesquisadores nas áreas em que atuam, ainda não contavam com a experiência de coordenar um processo de pesquisa, especialmente feita por alunos da graduação do ensino universitário.

Tínhamos à nossa frente algumas dificuldades, além de nossa inexperiência: precisávamos conhecer, teoricamente, melhor o assunto a ser pesquisado, pois nenhum de nós acumulava especialidade sobre o tema Acesso à Justiça - daí porque, no primeiro ano, nos dedicamos à sistemática leitura de textos sobre o tema, realizando periódicas reuniões, geralmente quinzenais, às vezes semanais, com os alunos, e trazendo palestrantes, dentre os quais Samuel Antonio Merbach de Oliveira e Mariland Francisco Righi, o primeiro, mestre sobre o assunto pela PUC de Campinas e professor da casa, e o segundo, professor de economia da casa e realizador de extensa pesquisa de dados econômicos e sociais sobre Jundiaí e região, pesquisa esta que foi demonstrada ao grupo de pesquisadores, tendo seus dados sido disponibilizados para a realização deste trabalho; necessitávamos estabelecer contatos com diferentes órgãos estatais ou não de Jundiaí (Casa da Cidadania, Prefeitura Municipal, OAB, Procuradoria Geral do Estado, Fórum, Procon, Juizado Especial Cível, Núcleo da FADIPA)<sup>4</sup>, o que fizemos, ainda no primeiro ano da pesquisa. Notamos, a partir dessa experiência, que há, em geral, uma profunda carência de dados na área jurídica em Jundiaí, mal que talvez assole todo o nosso Estado, quem sabe o nosso país, o que nos deu a convicção da urgência de se realizarem cada vez mais trabalhos de pesquisa na área jurídica e sociológico-jurídica no Brasil, o que certamente já está acontecendo na esteira.

---

<sup>1</sup> O Núcleo é coordenado pelo Prof. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira.

<sup>2</sup> Mestre em Mídias pela UNICAMP, Bacharel e Licenciado em Ciências Sociais pela UNICAMP, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC Campinas e Professor de Sociologia Geral, Jurídica e Metodologia da Faculdade de Direito Padre Anchieta.

<sup>3</sup> Presidente da 33ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, Professor de Direito Tributário da Faculdade Padre Anchieta, Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Advogado militante.

<sup>4</sup> Neste artigo, porém, constará exposição apenas sobre a Procuradoria do Estado em Jundiaí e o Juizado Especial Cível, locais onde se realizou pesquisa de campo mais aprofundada.

Este artigo se trata de uma adaptação de toda a pesquisa, de que se guarda cópia no Núcleo de Pesquisa da Fadipa. Entremos, então, em contato com o que se produziu.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 05/10/1988 foi a primeira a tratar da organização da Defensoria Pública explicitando no *caput* do artigo 134 que tal instituição é essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do artigo 5º, inciso LXXIV. Tal preceito constitucional denota a vertente que o Congresso Nacional de então, investido dos poderes de Assembléia Nacional Constituinte, procurou empreender ao Texto Maior, cunhado na expressão de Ulisses Guimarães como a “Constituição-Cidadã”.

A despeito do artigo 134, alhures aludido, dois Estados da Federação ainda não implantaram suas defensorias Públicas: Goiás e São Paulo. Em nosso Estado, ante tal lacuna, o atendimento aos hipossuficientes tem sido prestado precipuamente pela Procuradoria Geral do Estado.

Claro está que o desígnio constitucional da PGE encontra nesse atendimento um inequívoco desvio de função, exercendo a rigor função própria e específica da Defensoria Pública.

Importa ressaltar que em São Paulo, ante a carência causada pela Defensoria em nosso Estado, outros órgãos prestam tal serviço. Em Jundiá (território de nossa pesquisa) a própria Prefeitura local e as Faculdades de ensino localizadas na cidade procuram sanar essa lacuna, atendendo os hipossuficientes.

Em decorrência do volume de trabalho e do exercício multifacetário das funções da Procuradoria, a que aludimos acima, a PGE desempenha suas funções de assistência judicial mediante convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Por tal convênio os advogados inscritos na OAB e no convênio em questão desempenham o papel de defensores públicos, mediante paga.

Tal esforço conjunto não tem no entanto atendido os anseios de uma população cada vez mais marginalizada e afastada da prestação da tutela jurisdicional, como procuramos comprovar com o presente trabalho.

Nossa pesquisa também procurou atestar a atual situação dos Juizados Especiais, que ante inúmeros fatores, dentre os quais podemos destacar a grande demanda e pouca estrutura do Judiciário, não vêm atendendo a uma de suas premissas basilares: a celeridade.

Da mesma forma procuramos deitar olhos sobre o atendimento efetuado pelo Procon, Órgão da Defesa do Consumidor, Núcleo de Assistência Jurídica da Faculdade Padre Anchieta e ainda sobre a prestação assistencial efetivada pelo Executivo local através da Casa da Cidadania.



Em síntese procuramos, orientadores e alunos, traçar um panorama bastante abrangente do atual cenário vivenciando em nossa cidade no que tange à assistência judiciária aos hipossuficientes, quadro que acreditamos não se distancie muito da realidade do restante do Estado e do próprio país.

Nesse esteio o grande questionamento a ser formulado é se a despeito do esforço efetivado por tantos órgãos e entidades estamos de fato e verdadeiramente propiciando ao menos favorecido economicamente um efetivo acesso à justiça, verdadeira pedra de toque do sistema democrático.

## **2. HISTÓRIA DO ACESSO À JUSTIÇA**

### **A) O ACESSO À JUSTIÇA NA HISTÓRIA MODERNA**

O início da modernidade é marcado por eventos de extraordinária repercussão, como a reforma protestante e a chegada dos europeus à América. Com isso, surgem novos problemas para os juristas, e reabrem-se discussões não resolvidas adequadamente no passado, como: o direito de conquistas e a descoberta, o direito de posse, a *invenção*, o tesouro, o direito do mar (a liberdade dos mares) e, sobretudo, a alteridade - a liberdade natural dos índios.<sup>5</sup>

O desenvolvimento da economia urbana e a revolução comercial, entre outros fatores, trouxeram grandes mudanças na sociedade. Os impérios coloniais que se formaram a partir das conquistas e aplicação da política mercantil trouxeram grandes riquezas para a Europa. Nesse momento (séculos XV e XVI) fez-se necessário um Estado poderoso que pudesse proteger esses ganhos, abrindo-se espaço para maior participação política na sociedade. Novos problemas socioeconômicos (relação norte-sul, o capitalismo, dentre outros) começam a surgir, e, com eles, uma nova idéia de justiça.

José Reinaldo de Lima Lopes mostra o nascimento de uma nova Teoria do Direito, elaborada nos séculos XVII e XVIII, denominado direito natural, fincado nos processos e eventos históricos: desenvolvimento capitalista do mercado, fim da cristandade, conquista da América e afirmação do Estado Nacional, o que levou à discussão em torno do poder soberano pelos primeiros modernos (Maquiavel, Jean Bodin, Thomas Hobbes). Deveria também, tal Teoria do Direito, dar conta dos modernos princípios de tolerância religiosa e liberdade de consciência e de ação privada.<sup>6</sup>

No século XVI, o jusnaturalismo, contrapondo-se à tradição clássica, traz uma reafirmação do sujeito e da razão individual. O ambiente do jusnaturalismo moderno é personalista e individualista, desenvolvendo-se num meio racionalista. Esta razão moderna, segundo o autor, é cada vez mais uma razão instrumental, ou

---

<sup>5</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, p.178.

<sup>6</sup> Op.cit., p. 179.

seja, capaz de operar a relação entre meios e fins previamente dados, e uma razão estratégica, capaz de operar as relações de oportunidades de cursos de ação para alcançar fins determinados.

Com isso, a sociedade passa gradativamente a ser encarada como soma de indivíduos isolados, que se organizam por formas de contrato social. O novo direito será, pois, contratualista, entendendo que os homens não têm interesses convergentes, pois são naturalmente egoístas e, por isso, se opõem entre si. Esta idéia de homem passa a ser a base da reflexão política e jurídica, logo, o papel do direito e da autoridade se transforma: a paz, não a justiça, assume o *status* de primeira tarefa do soberano.

O comunitarismo clássico e a natural sociabilidade dos homens já não são mais os pressupostos da filosofia política e jurídica. Assim, a nova ética cada vez mais abandona a pesquisa de fins substantivos gerais, comuns e universais: de uma ética das virtudes (clássica) progressivamente se muda para uma ética dos deveres, do cumprimento de regras, de obediência a procedimentos.

No século XVIII o Direito Natural passou a ser reconhecido como oriundo da natureza humana. As classes sociais da época começaram a entender o poder como elemento necessário para a felicidade humana, iniciando-se assim muitas discussões nas academias e nas cortes. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro cita que mesmo com o poder ainda sendo exercido pelos reis, iniciou-se o conflito da chamada classe burguesa em busca de determinados direitos e contra a realeza e os privilégios da aristocracia, não só em razão da concentração dos poderes exercidos com arbítrio inigualável, mas também contra a cobrança de tributos que lhes eram impostos.<sup>7</sup>

Também nessa época a Inglaterra consolida seu processo revolucionário (a Revolução gloriosa de 1689), limitando o poder real, idéia esta extraída da Escola Clássica do Direito Natural.

Este movimento iniciado com a revolução inglesa se espalhou e em 1776 acontece a insurreição das colônias norte-americanas contra a coroa britânica. Foi o primeiro movimento bem-sucedido de independência, em face de um país europeu.

Já no século XVIII, muitos europeus admiravam a Inglaterra, não apenas por ela ser governada por representantes eleitos (mesmo que principalmente escolhidos pelos proprietários de terras) e por aristocratas, ao invés de ser governada por um monarca déspota, mas também porque os ingleses eram muito mais livres de interferência nas suas vidas privadas. Na Inglaterra era menos usual do que em outros lugares manter-se alguém preso sem julgamento, por exemplo, e os ingleses não estavam acostumados a ter suas casas invadidas e vasculhadas sem a autorização de um magistrado. A condição social era muito importante na sociedade inglesa, mas se um grande senhor cometesse um crime, seria levado a julga-

---

<sup>7</sup> Op.Cit., p.15.

mento como qualquer pessoa. Tudo isso parecia muito estranho e admirável a muitas pessoas que viviam no continente. Contudo, todo esse processo jurídico-político era fruto, principalmente, do fato de a Inglaterra ser governada por senhores de terras que queriam proteger seus bens, vendo no Parlamento um aliado confiável para tanto. Assim, o termo “constitucionalismo” passou a ser associado a uma das principais forças geradoras de uma ideologia que assumiu caráter internacional.<sup>8</sup>

Outro conceito de justiça podemos extrair da grande obra escrita por Cesare Beccaria, na qual se faz crítica às brechas presentes no sistema penal pré-moderno do seu tempo para os arbítrios dos juízes, em razão de leis imprecisas e arcaicas. No prefácio, Beccaria define: “A justiça divina e a justiça natural são, por sua essência, constantes e imutáveis, pois as relações que existem entre dois objetos da mesma natureza não podem jamais mudar. Mas a justiça humana, ou, se se preferir, a justiça política, como não é senão relação que se estabelece entre uma ação e o estado mutável da sociedade, pode igualmente variar, à proporção que essa ação se torne vantajosa ou imprescindível ao estado social”<sup>9</sup>.

A Independência Americana e a própria Declaração da Independência, ocorridas em 1776, anunciavam a consagração dos Direitos fundamentais do homem.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro cita um trecho que aqui transcrevemos da Declaração de Direitos da Virgínia, Seção VIII: “Em todos os processos criminais o acusado tem o direito de conhecer a causa e a natureza da acusação, de ser acareado com as testemunhas e acusadores, de citar testemunhas de defesa e de obter um pronto julgamento por um júri imparcial (...)”<sup>10</sup>, onde se constitui o direito ao acesso jurídico.

Pouco tempo depois na França acontece a Revolução Francesa, fato esse que veio consagrar o que seria a universalização dos direitos do homem.

Com essas revoluções, o mundo mudou. A classe burguesa sentiu a necessidade de limitar o poder do Estado. Com a liberdade de mercado, o Estado não deveria intervir e a igualdade política entre as pessoas deveria passar a ser absoluta. Surge, então, um novo conceito de Estado, cuja identidade é resultado da constituição que expressa o sentimento e a consciência social.

Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro estas revoluções produziram uma reação contra o “Poder Judiciário”, buscando retirar o poder dos juízes que nesta fase constituíram braço forte da opressão estatal. Este desprezo pelo judiciário revela que o Estado Liberal não tem preocupação com a idéia ou a prática do Acesso à Justiça.<sup>11</sup> Para Dalmo de Abreu Dallari,

“O Estado Liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, desper-

---

<sup>8</sup> ROBERTS, J.M. *O livro de ouro da História do Mundo*, p.473.

<sup>9</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, pp.13-14.

<sup>10</sup> Op. cit., p. 15.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 17.

tando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as técnicas do poder, surgindo e impondo-se a idéia do poder legal em lugar do poder pessoal. Mas, em sentido contrário, o Estado Liberal criou as condições para sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados. Esta foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o direito de ser livre, não se assegurava a ninguém o poder de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade (ou do Estado, hegemonia política?).”<sup>12</sup>

Fazendo a crítica dessa mentalidade e de suas conseqüências, observa Icilio Vanni, com grande acuidade:

“A experiência demonstra que, por um complexo de condições próprias da vida social, alguns podem, agindo com plena liberdade, receber mais ou menos do que a justiça queria que lhes fosse atribuído. A experiência demonstra que, em virtude daquelas condições, podem ser obtidas vantagens não devidas à natureza ou ao mérito, e que, assim, mesmo os piores e os inferiores podem triunfar, com prejuízo dos superiores. A liberdade não basta, pois, para assegurar a justiça e não contém toda a justiça”<sup>13</sup>.

O Estado Liberal, na realidade, comprovou tudo isso.

O progresso econômico desencadeou uma grande concentração de riqueza e a exploração dos trabalhadores, gerando o empobrecimento da maioria do povo.

Nasce, então, a classe proletária, sob a influência da filosofia marxista que luta por uma justiça social. Marx, juntamente com Engels, desenvolveu uma fundamentada crítica ao capitalismo em sua obra “O Capital”, base da Revolução Russa de 1917.

Em 1891, Leão XIII promulgou a “Encíclica Rerum Novarum” em que a igreja ocupou-se pela primeira vez da questão social, propondo soluções pacíficas para o cada vez mais intenso conflito entre os operários e patrões, sendo complementada por documentos papais posteriores.

Diante da necessidade da proteção ao trabalhador, as reivindicações marxistas serviram como marco histórico, em muitos países, do significado de acesso

---

<sup>12</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, pp. 277-278.

<sup>13</sup> VANINI, Icilio. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 242.

à justiça.

O Direito do Trabalho foi o verdadeiro ponto de partida do acesso à Justiça em relação à facilidade do acesso pela índole protetiva, em especial no que diz respeito ao ônus da prova do trabalhador e à visão da defesa coletiva da massa trabalhadora.

Com a Primeira Guerra Mundial, a situação dos operários se agravou no mundo. Formou-se o primeiro Estado Socialista na Rússia, e nos demais Estados a estabilidade social começou a ser buscada através de medidas socializantes.<sup>14</sup>

No Estado Social, o Estado intervém visando a assegurar não mais a igualdade puramente formal, concebida pelo Liberalismo, mas a procura de uma igualdade material, permitindo que os mais desfavorecidos tivessem acesso à escola, à cultura, à saúde, à participação política, enfim, àquilo que já se sustentava no passado: à felicidade.<sup>15</sup>

Um novo posicionamento do aplicar da lei perante o fato, representa uma das faces da noção de acesso à justiça dos dias de hoje. Apesar do conservadorismo de alguns tribunais, não se pode mais vedar a participação do Juiz no momento da aplicação da norma ao fato. Este deve perquirir os fins sociais que informam a aplicação da norma no caso concreto, amoldando-se às exigências do bem comum.<sup>16</sup>

Em busca de soluções de conflitos, necessita-se de um órgão estatal de conciliação e julgamento. No Estado Liberal existe o judiciário que possui condições materiais para esse exercício; com isso o Judiciário converte-se realmente em instância de solução de conflitos de toda espécie, e passa a haver uma demanda muito grande por justiça.

Cresce em importância, portanto, neste momento, a concepção do real significado de acesso à justiça. É preciso que a justiça sirva, e bem, a todos, desde os mais privilegiados, desde o indivíduo isoladamente considerado até o grupo, a coletividade, globalmente considerada.

Buscam-se, então, formas efetivas de justiça para a população em geral, em razão das reivindicações sociais. Surgem os programas de apoio aos cidadãos, juizados de pequenas causas, o direito do consumidor, direito ambiental, entre outros.

No momento atual, principalmente na última década, está havendo uma contra-reação ao chamado Estado Social. Fala-se agora numa terceira fase, que seria a fase pós-social; isto é, primeiro o liberalismo sem qualquer intervenção estatal ou a mínima possível, seguida do Estado Social, com uma forte intervenção do Estado, notadamente em função daquelas influências dos movimentos sociais, da filosofia marxista.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 278.

<sup>15</sup> CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça*, p. 21.

<sup>16</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Op.cit.*, p. 24.

<sup>17</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Op.cit.*, pp. 30-31.

Agora, nesta terceira fase, a intervenção é cada vez menor, em função das economias dos Estados, que impossibilitam a manutenção de importantes programas sociais, passando a optar pela privatização de serviços não essenciais e pela diminuição de seus investimentos naqueles considerados essenciais, gerando crises de desemprego, insuficiente assistência a direitos básicos com a saúde, aos idosos, à criança, etc.<sup>18</sup>

Nesse contexto, corporificam as reivindicações em prol dos direitos fundamentais e da possibilidade de exercitá-los, a exigir do Judiciário (o Estado) meios e modos de resolver esses problemas, sejam os de cunho individual gerados por este novo mundo, esta nova forma de vida, como também aqueles que se põem no plano da coletividade.

É preciso desenvolver um novo projeto ético que resgate os valores desenvolvidos ao longo dos séculos e coloque na pauta de discussões diversas questões que abranjam diretamente o ser humano, destacando-se, entre elas, a da justiça na sua acepção mais ampla, desde o direito a uma vida digna, até a efetiva proteção judicial de todos. Este é o grande desafio do futuro.

## **B) O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

Partindo do início da colonização, Dom João III confiou a primeira expedição colonizadora a Martin Afonso de Souza, um português de trinta anos, com fama de ser bom soldado, administrador eficiente e leal ao rei.

A ele Dom João III outorgou poderes nunca conferidos a qualquer pessoa: se tornar capitão de toda terra que descobrisse, com plena jurisdição sobre as pessoas que o acompanhavam; tinha o direito de justiça, podendo, inclusive, aplicar pena de morte, estava autorizado a doar terras, nomear funcionários e mesmo estabelecer uma autoridade com jurisdição sobre todo o território (um governo geral). A expedição deveria levantar todas as potencialidades da terra brasileira, em termos de defesa, exploração agrícola e extrativismo. Nascia, assim, o Brasil, submetido às leis portuguesas.

Assim sendo, o colonizador luso trouxe a influência dominante e definitiva à nossa formação jurídica. Se a contribuição dos indígenas foi relevante para a construção da nossa cultura, o mesmo não se pode dizer quanto à origem do direito nacional, pois os nativos não conseguiram impor seus “mores” e suas leis, participando mais “na humilde condição de objeto do direito moral”<sup>19</sup>, ou seja, objeto de proteção jurídica.

Na estrutura judicial do Brasil colonial figura uma característica de tripartição de poderes jurisdicionais:

---

<sup>18</sup> CARNEIRO. Paulo Cezar Pinheiro. Op.cit.

<sup>19</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*, p. 46.

“Essencialmente há os juízes municipais (ordinários, das Câmaras) que ocupam a base do sistema; no topo, o rei conserva sua regalia maior, ou seja, a competência para ouvir apelações e agravos pelos seus tribunais próprios e superiores. Entre as duas justiças, está uma espécie de justiça senhorial dos donatários e governadores: ora exclusiva (conforme a pessoa ou a matéria), ora servindo como instância de recurso à decisão municipal. A justiça dos capitães é exercida pelos ouvidores. Justiça senhorial em termos, naturalmente. Não derivava de costumes ou tradições antigas, mas era doada pelo rei, o rei de caráter moderno de vocação absolutista. Nestes termos, embora exercendo funções públicas pela sua qualidade de donatário de terras, estas lhe vinham do rei mesmo”.<sup>20</sup>

Dessa forma se iniciara a estrutura judicial no Brasil. Com o fracasso das capitanias a partir de 1549, Tomé de Souza, governador geral, no seu regime, menciona-se o seu ouvidor-geral, que limitava os poderes dos capitães-donatários:

“Começava a diminuição da justiça dos capitães. As restrições aos poderes dos donatários continuaram pelo Alvará de 5 de março de 1557: limitava-se o seu poder de impor pena de morte em casos de heresia, sodomia, moeda falsa, traição. Permitiu-se a partir daí a entrada de funcionários reais na capitania. O regimento do ouvidor-geral do Brasil, de 14 de abril de 1628, revogava expressamente o privilégio concedido aos capitães-donatários de fazerem justiça em suas terras.”<sup>21</sup>

Foram três séculos de colonização e, do ponto de vista legislativo, até o final do século XVIII, pouquíssimas eram as referências a um direito próprio e exigível de acesso à justiça. As Ordenações Filipinas, que passaram a vigorar no Brasil a partir de 11 de janeiro de 1603, continham algumas disposições relativas a um suposto direito de as pessoas pobres e miseráveis terem o patrocínio de um advogado. Merece ênfase um dispositivo nas Ordenações, da mais alta importância para os dias de hoje, inspirado no princípio da igualdade material, da igualdade de armas entre as partes mais e menos favorecidas, *in verbis*: “O juiz deve sempre preferir o advogado de mais idade e de melhor fama ao mais moço e, principalmente, a fim de que não seja mais perito o da parte contrária”.<sup>22</sup>

Outro aspecto importante das Ordenações Filipinas é o sistema de fontes que contém:

“No livro III, Título 64 a regra é que os conflitos devem ser julgados segundo as leis, estilos ou costumes do reino para os casos ali previstos. Leis eram os atos

---

<sup>20</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, p. 263.

<sup>21</sup> Op. cit., p. 263.

<sup>22</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*, p. 34.



dos príncipes; estilos eram os ‘costumes’ da Casa de Suplicação, ou jurisprudência determinada e aceita pelo mais alto tribunal do reino. Os costumes eram muitos e variados, locais. Nos casos não previstos (casos de lacuna), aplicava-se o direito canônico se a matéria trazia pecado ou as leis imperiais, isto é, o direito romano, quando não era matéria de pecado.”<sup>23</sup>

A disciplina das fontes de direito é reformada pela lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão. Afirma José Reinaldo de Lima Lopes: “Quanto aos costumes: passou-se a exigir que fosse também conforme à *boa razão*, que não contrariasse o direito pátrio (tentava-se aqui retirar legitimidade da *dessuetudo*, costume que revoga a lei) e que fosse antigo de pelo menos 100 anos.”<sup>24</sup>

Enquanto a servidão estava desaparecendo na Europa Ocidental, a descoberta da América revitalizaria a escravidão. Os primeiros sujeitos da escravidão foram os índios, seguidos dos negros africanos. Dessa forma, as marcas da escravidão ficariam inscritas em grupos sociais determinados.

Teoricamente, os índios gozavam de uma certa proteção por esforços dos missionários, mas nem sempre isso se dava na prática. No século XVI, os juristas teólogos da Escola de Salamanca debatiam em torno da liberdade natural dos índios:

“César Trípoli fornece uma longa lista de fontes que ao longo do tempo haviam tratado da escravidão dos índios no Brasil. No reinado de D. João IV, havia sido reafirmada a liberdade dos indígenas em 1647, e no mesmo ano, em 12 de dezembro, foi regulamentada a taxa de serviço que lhes seria devida quando se fizesse uso de seu trabalho. Naturalmente que o pagamento do trabalho do índio já é uma forma de submissão não usual para os “naturalmente livres” segundo a teologia oficialmente aceita. Em 29 de setembro de 1649 outra ordenação concedeu-lhes quatro meses por ano para trabalhar em sua própria cultura. Nova disciplina de salários foi fixada em 1656, e se concedeu ao Tribunal da Relação da Bahia poder para regular a matéria. Nota-se aqui mais um sinal de que o Tribunal acumulava funções judiciais e administrativas, coisa normal no Antigo Regime. Em 1680 novo alvará revigora a proibição de captura dos indígenas, e o mesmo se repete em 1691. Tantas repetições de alvarás e leis sobre o assunto dão bem a idéia de inefetividade das medidas e da impotência da ordem real em certos assuntos nesta terra”.<sup>25</sup>

Durante todo esse período, os indígenas foram vítimas da exploração dos colonos. O marquês de Pombal, primeiro ministro português, procurou terminar os conflitos entre os colonos e indígenas (amparados pelos jesuítas), por meio de uma

---

<sup>23</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., p. 269.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 270.

<sup>25</sup> Op. cit., p. 344.



legislação que garantia certos direitos aos nativos.

A resistência de várias tribos indígenas brasileiras ao trabalho forçado, impingindo-se continuadas guerras e batalhas entre os mesmos e os portugueses; a forte oposição dos jesuítas à escravização dos índios brasileiros, justificados por motivos teológicos numa flagrante disposição política de expansão do cristianismo romano; e a geração da economia mercantilista do tráfico negreiro, altamente rentável às Coroas europeias, em especial, no caso americano, à espanhola, à portuguesa e à inglesa, conduziram ao, a cada século mais intenso, tráfico de negros da África, que aqui eram escravizados, sem direito e sem proteção alguma que lhes garantisse a liberdade e a vida.

A escravidão dos africanos, porém, era sempre um instituto admitido. Apesar dos esforços argumentativos de Joaquim Nabuco, já no século XIX, durante a campanha abolicionista, dizendo que a Constituição não abria espaço para ela, o debate do abolicionismo mesmo travou-se também em termos jurídicos. É este debate que nos interessa aqui: os argumentos de caráter jurídico que serviram para abolicionistas e antiabolicionistas. O centro da discussão pode bem ser localizado no art. 179, parágrafo 22 da Constituição do Império, que garantia o direito de propriedade. Dizia-se que os senhores de escravos eram legítimos proprietários e que a abolição significava simplesmente desapropriar sem indenizar, o que era inconstitucional.<sup>26</sup>

Com o crescimento da consciência antiescravista, ampliavam-se os casos em que se pretendia proteger os escravos.

“Em 1874 foi ao tribunal, no Maranhão, um caso significativo. Um senhor de escravos, Raymundo José Lamaner Vianna, castigou sua escrava Carolina, castigos corporais, como se costumava. A escrava fugiu e procurou a polícia. O chefe de Polícia mandou fazer exame de corpo de delito e constatou ofensas físicas, que não deixariam mutilação. O promotor de justiça local resolveu apresentar queixa contra o senhor da escrava. Este respondeu que os castigos físicos moderados eram completamente legais e argüiu a ilegitimidade do promotor para processá-lo. Segundo ele, o escravo não tinha direito de dar queixa alguma contra qualquer pessoa (muito menos contra seu senhor), e competia sim ao senhor apresentar queixa contra quem tivesse ofendido o escravo. Invocava a seu favor o art. 72 do Código do Processo Criminal. O juiz rejeitou tal defesa com os seguintes argumentos: ‘Exigir como princípio que em todo caso só o senhor pode dar queixa pelo escravo, seria deixar o escravo exposto a grandes atentados. Seria uma iniquidade: o defloramento, o furto, o pecúlio, e outros ficariam impunes, toda vez que pelo próprio senhor fossem praticados. Ao caso vertente, pois, me parece de todo aplicável a doutrina do art. 73: se há ente miserável, é o miserável escravo, que é vítima da tirania de seu senhor’. O art. 73 obrigava o promotor de justiça a apresentar

---

<sup>26</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., p. 345.

queixa quando a vítima fosse pessoa miserável, mas de modo geral, o Código Criminal dava à própria vítima o direito de queixa e o início da ação penal. Por aviso de 1853, o Conselho de Estado havia interpretado que o escravo, tendo por si o seu senhor, não era pessoa miserável a quem os promotores estivessem obrigados a defender. No caso, porém, quando o ofensor é o próprio senhor, conclui o juiz que o escravo é naturalmente miserável. A Relação do Maranhão manifesta-se a favor do entendimento do Juiz (O Direito, 18875:241-355).<sup>27</sup>

Em toda nossa história, a efetividade do acesso à justiça em contrapeso com o poder registra capítulos marcantes, como esse que acabamos de narrar, que nos leva a refletir e entender todas as transformações que foram e serão necessárias na nossa cultura, para a concretização real de acesso à justiça aos menos favorecidos.

Pouca referência temos no que diz respeito ao acesso à justiça no Império brasileiro e mesmo após a proclamação da Independência no Brasil. Em 1822 o acesso à justiça e a noção de liberdade que se via na Europa aqui pouco se modificara.

No entanto, o último artigo da **primeira** Carta Constitucional de 25 de março de 1824, do Império do Brasil (art.179), concedia ao povo brasileiro garantias individuais, como a liberdade de religião (respeitada a católica, oficial), liberdade de locomoção, trabalho, pensamento, palavra, imprensa, segurança pessoal, garantia de propriedade (industrial, comercial, artística, literária e científica), garantia na distribuição de justiça, inviolabilidade de domicílio e correspondência<sup>28</sup>, apesar de os artigos 10 e 98 ao 101 concederem ao Imperador poderes que o colocavam na vanguarda de um governo de cunho absolutista - a figura institucional do poder.<sup>29</sup>

Ainda no século XIX, a proteção aos direitos humanos também se materializa com a Abolição da Escravatura em 13 de maio de 1888; por fim, extinguiu-se a escravidão no Brasil (Lei Áurea).

Em 15 de novembro de 1889, o descontentamento militar transforma-se num golpe decisivo contra a monarquia: a Proclamação da República. A República altera substancialmente algumas instituições, porém é inevitável que a cultura jurídica continue praticamente a mesma, pois os republicanos haviam sido socializados nos mecanismos do foro e nas faculdades de direito que seguiam leis definidas nacionalmente. A Constituição Republicana silencia completamente sobre qualquer “direito social”. Próprias do direito constitucional eram apenas as questões de soberania nacional, separação de poderes, sistema representativo e liberdades civis. O triunfo do liberalismo na República, dentro da cultura jurídica, é inquestionável.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., p. 33.

<sup>28</sup> SEGURADO, Milton Duarte. *Pequena História do Direito brasileiro*, p. 45.

<sup>29</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*, p. 44.

<sup>30</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, p.367.

“Esta cultura jurídica, porém, não foi exclusiva do Brasil. Certo que aqui ela teve na República um divulgador e que teve sua especificidade. A República impôs uma idéia de liberalismo realmente forte. No entanto, dentro de uma sociedade profundamente dividida e antidemocrática, os efeitos do liberalismo da Constituição foram muito diferentes daqueles proclamados nos discursos. Esperava-se um Brasil moderno e essa modernização significava romper com algumas tradições.”<sup>31</sup>

A grande reforma introduzida pela República foi sem dúvida o controle de constitucionalidade difuso. A partir de 1891, todos os juízes poderiam deixar de aplicar uma lei qualquer por considerá-la contrária à Constituição.

No que se refere ao acesso à justiça, o direito constitucional brasileiro só tratou a seu respeito nas últimas cartas, por essa razão faremos uma breve exposição de cada uma das constituições com alguns tópicos relevantes na nossa história.

Tivemos no Império a primeira Carta Constitucional de 1824 e o Código Criminal de 1830. Antonio Carlos Wolkemer chama a atenção para o seguinte:

“Ilustrativo, neste sentido, é aludir o pretense esquecimento e a deliberada omissão dessas primeiras legislações sobre o direito dos índios e dos negros escravos. Tudo demonstra que a legislação oitocentista, ao ocultar o escravismo colonial, parecia ‘envergonhada’ por não considerar o escravo como pessoa civil sujeita de direitos.”<sup>32</sup>

Em 1891 tivemos a Constituição Republicana, imbuída profundamente pela particularidade de um individualismo liberal-conservador, expressando formas de governabilidade e de representação sem nenhum vínculo com a vontade e com a participação popular, descartando-se, assim, das regras do jogo, as massas rurais e urbanas.<sup>33</sup>

A Constituição de 1934 contempla pela primeira vez diversos direitos sociais sob a forma de diretrizes políticas. No Título IV (Da ordem econômica e social) incluem-se os direitos dos trabalhadores (art. 121), entre os quais salário mínimo, assistência médica, férias, bem como o reconhecimento dos sindicatos (art. 120). O Título V (Da família, da educação e da cultura) faz referência ao direito à educação (art. 149).<sup>34</sup>

No capítulo II – “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, a Constituição de 1934 cria a ação popular e a assistência judiciária aos necessitados, com a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos, prevendo também a obrigação dos Estados e da União quanto à criação de órgãos para tal fim.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., p. 369.

<sup>32</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*, p. 86.

<sup>33</sup> Idem, p. 110.

<sup>34</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, p. 388.

<sup>35</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*, p. 38.

A Constituição de 1937, inspirada no fascismo europeu, instituiu o autoritarismo corporativista do Estado Novo e implantou uma ditadura do Executivo (todos os poderes concentrados nas mãos do Presidente da República) que se permitia legislar por decretos-lei e reduzir arbitrariamente a função do Congresso Nacional, bem como dirigir a economia do país, intervir nas organizações sociais, partidárias e representativas, além de restringir a prática efetiva e plena dos direitos dos cidadãos. O texto político-jurídico de 1946, por sua vez, restabeleceu a democracia formal representativa, a independência aparente dos poderes, a autonomia relativa das unidades federativas e a garantia dos direitos civis fundamentais.<sup>36</sup>

Nesse momento, na Constituição de 1946, se trata do acesso à justiça. Dispunha o art. 141, parágrafo 4º: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A nova Carta de 1967, apesar de semelhante, do ponto de vista da distribuição formal das matérias, à de 1946, concentrava novamente, como foi o caso da Carta de 1937, poderes fortíssimos na figura do Presidente, com o fortalecimento do Poder Executivo, inaugurando oficialmente o Estado de segurança. Durante esse período, novos alargamentos dos poderes do presidente foram praticados, atingindo grau praticamente absoluto a partir do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que paralisou o funcionamento da Constituição então vigente. A partir da Carta de 1969, com exceção do período do governo Médici, a ditadura foi recuando progressivamente, até a edição da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, que veio a revogar os chamados atos de exceção – atos institucionais e complementares – seguindo-se a ela a lei da Anistia (Lei nº 6683 de 28 de agosto de 1979), o movimento “Diretas Já”, até a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, que elaborou a Carta de 1988, ora vigente.<sup>37</sup>

A Constituição de 1988, ainda que possa ser acusada de um texto analítico, demasiadamente minucioso e detalhista, mais do que em qualquer outro momento da história brasileira - além de ter contribuído para enterrar a longa etapa de autoritarismo e repressão do golpismo militarista - expressou importantes avanços da sociedade civil e materializou a consagração de direitos alcançados pela participação de movimentos sociais organizados.<sup>38</sup>

Portanto, esta Constituição chamada por muitos de Constituição Cidadã avançou bastante no sentido de proporcionar a todos uma verdadeira possibilidade de participação de acesso ao judiciário, assegurando de maneira absoluta a inevitabilidade da função jurisdicional. Isto se comprova através do inc. XXXV, do art. 5º: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Assim, o acesso à justiça configurou-se nas cartas constitucionais, criando espaços para inúmeras discussões de como deixá-lo mais eficaz e acessível. É o que veremos adiante.

---

<sup>36</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., pp. 113-114.

<sup>37</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*, pp. 39-40.

<sup>38</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*, p.114.

### 3. O SIGNIFICADO DE ACESSO À JUSTIÇA E SUAS VÁRIAS CONCEPÇÕES

Desde o início dos tempos, em que se pensava em alguma forma de tutela jurídica, até os dias atuais, o conceito de acesso à justiça tem sofrido profundas transformações.

A expressão “acesso à justiça”, segundo Cichocki Neto<sup>39</sup>, engloba várias acepções, constituindo um grande espectro: compreende o ingresso do indivíduo em juízo; o processo como instrumento da jurisdição; e, por fim, como uma das funções do Estado, a realização da justiça aos cidadãos.

A primeira acepção corresponde ao direito de demandar, do mero exercício da ação, sem considerar o comprometimento com as repercussões sócio-políticas.<sup>40</sup> Tal acepção a respeito do acesso à justiça surgiu no início da ciência processual moderna, na qual toda atividade processual era voltada aos aspectos internos do processo. Durante mais de um século, representou uma fase de estudo, de uma visão unilateral, referia-se apenas à perspectiva do direito invocado pelo autor. Assim, o direito de acesso à justiça era visto, unicamente, para propor ou contestar uma ação.

O segundo sentido da expressão “acesso à justiça” afirma, indubitavelmente, que não dá para se referir ao acesso sem se considerar o processo como instrumento da realização da justiça. Nesta fase do século passado para cá, ocorre uma evolução do conceito do acesso à justiça, em que se deixa de lado a visão introspectiva e se passa a analisar o sistema externamente, superando-se a finalidade jurídica do processo, além do que, se alcança o direito substancial presente na jurisdição.

O processo, como direito que as partes têm, direito material, que deve servir como instrumento para a realização de direitos, atuando como meio para prestação da jurisdição, deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função social-política-jurídica, permitir uma real participação das partes e do juiz, buscando decisões céleres e justas. Assim, o processo é um instrumento posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões apropriadas.

Ademais, o processo deve ser acessível a um maior número de pessoas

---

<sup>39</sup> CICHOCKI NETO, José. Limitações ao Acesso à Justiça, p. 61.

<sup>40</sup> É importante observar que tanto na antiguidade, em que imperava, entre vários povos, o poder religioso, quanto na idade média, a cujo direito costumeiro o rei e os nobres tinham a obrigação de dar seqüência, ou nas sociedades modernas, onde o poder estatal deve prevalecer como guardião dos direitos do cidadão, ao indivíduo livre sempre foi dada a faculdade de invocar tais “poderes” para resolver seus litígios, propor uma ação, provocar a jurisdição, daí a idéia de que os órgãos jurisdicionais são, por sua própria índole, inertes. Nesta última etapa da história humana, à qual ainda pertencemos (pois vivemos a modernidade, embora em meio a um turbulento período de transformações no modelo produtivo e nas relações sociais - denominado por muitos de pós-moderno - o que implicará muito provavelmente na constituição, em futuro talvez não muito distante, de um novo modo de vida), busca-se assegurar, ao menos no plano ideológico, plenamente, às pessoas, o acesso ao Poder Judiciário.

possível a demandar e a defender adequadamente, independente de importância ou tamanho de causas, daí a conhecidíssima expressão de Chiovenda: “o processo deve dar, na medida do possível, a quem tem direito tudo aquilo que se tem direito de conseguir”<sup>41</sup>. Sendo o processo capaz de tutelar adequadamente o direito substancial dos litigantes, possibilita ao sistema de acesso à justiça a efetividade ou a realização integral da tutela jurisdicional.

A atividade jurisdicional, todavia, não raramente resulta em imperfeições quando o resultado do processo é frustrado, total ou parcialmente, quando as partes não obtêm dele os benefícios que deveria proporcionar, ou que as mesmas esperavam que ele proporcionasse, gerando-se o inconformismo das partes que em nenhum outro lugar poderão se socorrer.

Finalmente, à última acepção, presente hodiernamente, cabe a compreensão do “acesso à justiça” como função do próprio Estado à garantia da eficiência do ordenamento jurídico através da realização da justiça concreta. Assim, segundo as palavras de Watanabe: “não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.<sup>42</sup> O acesso à justiça não implica somente na existência de um ordenamento jurídico regulador das atividades individuais e sociais, mas, também, na distribuição legislativa justa dos direitos e faculdades substanciais, tais como a criação de normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação com justiça. Nesse sentido amplo, portanto, é que deve ser concebida a expressão “acesso à justiça”.

Todavia, a simples existência do direito ou da vontade da lei, incidência da norma jurídica, é insuficiente para atender aos fins do Direito<sup>43</sup>, se não considerada a realização do direito objetivo. Assim, justo deve ser o Direito, como justos devem ser o processo e o seu resultado.

Na verdade, não basta a existência de um ordenamento jurídico se o seus resultados forem injustos. Apenas a incidência da lei legalizando condutas não a transforma em justa. Consoante Azevedo:

“a justiça abstrata, alienada das exigências sociais, importa em negação da própria justiça e na frustração das expectativas sociais. Trata-se das exigências da justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis da dignidade humana, de tal sorte que ignorá-las, para dar prevalência a lei ou leis em descompasso com o processo histórico cultural, importa em negação da justiça e conseqüente frustração das expectativas sociais...”<sup>44</sup>

Portanto, é preciso uma relação entre os direitos substanciais, propostos pelo ordenamento jurídico, e o direito processual, mecanismos reservados ao acesso

---

<sup>41</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Saggi di diritto processuale civili; In: CICHOCKI NETO, José, p. 62.

<sup>42</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça, In: CICHOCKI NETO, José, p.128.

<sup>43</sup> Utilizamos, neste item, o termo “direito”, em letra minúscula, no sentido do direito positivado, configurando meramente a norma escrita. Já “Direito”, em maiúscula, está sendo utilizado no sentido daquele que almeja a justiça.

<sup>44</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. Justiça distributiva e aplicação do direito; In: CICHOCKI NETO, José, p.128.

à justiça através de seus instrumentos. Ambos devem se valer dos princípios de justiça para se atingir o direito eficaz e justo.

Evidentemente, há que se levar em conta que uma das condições que mais ofendem a dignidade humana é a injustiça, e, nesse sentido, uma decisão injusta. Assim, também os instrumentos processuais demonstram-se compensadores, se forem capazes de produzir resultados com qualidade.

O “acesso à justiça” pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos. Seu conceito está ligado à sua relação com o próprio homem. Este é o destinatário principal do serviço jurisdicional, o elemento indispensável da sociedade - seja como consumidor do direito ou usuário dos serviços prestados pela justiça, ele é essencial à ordem ética e jurídica. Ademais, não se pode alcançar o sentido essencial do Direito sem se levar em conta a busca constante empenhada pelos seres humanos no sentido de conquistar a justiça, que se apresenta historicamente, nas diferentes experiências sociais. Tudo isso implica, portanto, que são igualmente coincidentes os fins do Direito e do acesso à justiça, até mesmo, porque este é o valor fundamental do próprio direito, pois o homem aspira por justiça.

<sup>45</sup>

Disso resulta que o “acesso à justiça” é um direito fundamental do ser humano, a fim de que lhe seja garantida a capacidade e possibilidade de preservação de seus direitos. Até mesmo porque o acesso à justiça não deve ser interpretado somente como um movimento reduzido aos limites do poder e instrumentos de tutela jurisdicional do Estado, pois tal conceito abarca inúmeras outras áreas da vida social, como o acesso à educação, ao trabalho, ao lazer e à saúde.

A cidadania é um dos pressupostos à ordem jurídica justa. Ela abrange, além do conteúdo civil e político, outras dimensões, como ter direitos e deveres, como dito alhures. Direitos a uma vida digna, deveres do cidadão, como votar, ter responsabilidade social, etc. Desse modo, para a garantia de todos esses direitos, um dos fundamentos do estado democrático de direito é o acesso à justiça.

Sem Justiça não há cidadania, esta não no sentido estrito (gozo dos direitos civis e políticos), mas, dentro do conceito jurídico, falar em cidadania é falar em Direitos Humanos. Não só aqueles proclamados pelas Declarações dos Direitos desde meados desde meados do milênio passado, mas também de todos aqueles conquistados e/ou ainda em disputa.<sup>46</sup>

Além do que o cidadão precisa de mecanismos próprios e adequados para que possa efetivar seus direitos, que se dão pelo judiciário, porém, se esse acesso à justiça não existe ou é falho, cria-se certa instabilidade social, já que é prerrogativa do Estado moderno a garantia institucional da possibilidade de realização da cidadania e, por que não dizer, do próprio Direito. É no Judiciário que se buscam tais direitos da cidadania quando o Estado falha ou se busca a realização da tutela

---

<sup>45</sup> PAUPÉRIO, A. Machado. Direito e Poder, In: CICHOCKI NETO, José, pp.17e.s.

<sup>46</sup> CESAR, Alexandre. In: VIEIRA, José Ribas. In: FESTER, Antonio Carlos Ribeiro. *Direitos Humanos: um debate necessário*, p.134.



jurídica por um ou outro motivo. Sem a possibilidade de se demandar a tutela jurisdicional, a cidadania é tolhida, é meia cidadania, ou, no mais das vezes, cidadania nenhuma.

Ademais, o cidadão que ingressa na Justiça se faz valer de seu direito de ação, um direito de cidadania. Frente à realidade que assola o Poder Judiciário de nosso país, poderíamos afirmar que para que se realize verdadeiramente a cidadania é preciso que, dentre tantas medidas, ocorra uma progressista e bem intencionada reforma da instrumentalidade do processo, para que se obtenham resultados justos e céleres, pois, conforme dita o jargão jurídico, justiça tardia é injustiça. A garantia do acesso à ordem jurídica justa somente pode concretizar-se através de um processo justo. Nesse sentido, o acesso à ordem jurídica justa não se restringe ao ingresso do interessado em juízo, e, sim, de sua efetiva presença no decorrer de todo o desenrolar do processo. Portanto, somente é possível referir-se à ordem jurídica justa se a lei o for, e o Direito aplicado com justiça.

### **A) LIMITAÇÕES QUE OBSTAM O ACESSO À JUSTIÇA**

Há inúmeras interferências de natureza exoprocessual e endoprocessual que constituem entraves ao acesso. Limitações exoprocessuais ou externas ao processo localizam-se nas áreas política, social e econômico-financeiras, que diminuem o nível da acessibilidade desejada. Já os obstáculos endoprocessuais, ou internos, referem-se à duração excessiva dos processos, a custos elevados em relação aos benefícios oferecidos. Trata-se dos obstáculos vindos da instauração e desenvolvimento da própria relação processual.

Tais limitações devem ser identificadas de imediato, para que se possam apresentar soluções para sua superação.

Seguramente, é enorme, no que se refere aos obstáculos exoprocessuais, o problema da pobreza no mundo, e, mais detidamente, aqui, no Brasil, levando-se em conta que nosso país é um dos primeiros países no ranking mundial de pior distribuição de renda. O economicamente pobre é aquele que tem dificuldades em acessar os equipamentos públicos nas diversas áreas da vida social, seja no transporte, na educação, na saúde ou na cultura, especialmente se habitar locais afastados dos centros urbanos. É, ainda, o que muitas vezes não possui ao menos Registro Geral, ou sequer, e casos há, Certidão de Nascimento, inexistindo, como pessoa, aos olhos do Estado. O pobre economicamente, não raro, não tem acesso à luz, à água ou ao esgoto encanado, ao telefone, ou, quando tem, o faz, muitas vezes, por meios considerados pela lei estatal como ilícitos, não possuindo, portanto, direitos sobre os mesmos. O economicamente pobre, ainda, em regra habita espaço precário, muitas vezes fruto de, como o direito positivo denomina, invasão, e, não possuindo escritura da terra ou do imóvel, nenhum direito tem sobre ele. Tal personagem social, portanto, encontra-se excluído da possibilidade de acessar a justiça, embora na maioria das vezes tenha capacidade jurídica para tanto, já que



cidadão é, ao menos aos olhos da lei. Assim, quanto menores forem as dificuldades nessas áreas, sensivelmente maiores serão as oportunidades de acesso à justiça.

### **B) LIMITAÇÕES INTERNAS OU ENDOPROCESSUAIS**

Os altos custos do processo, seguidos de honorários advocatícios, são cobrados aos demandantes, pois, legalmente, estes são os que devem suportá-los. Além do que, não raro, advogados mais bem preparados são mais caros, o que dificulta ao menos abastado a sua contratação. Conforme Cappelletti e Garth, “qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros”.<sup>47</sup>

A crise do acesso à justiça é também consequência da crise da advocacia no Brasil. Segundo Roberto Aguiar<sup>48</sup>, o advogado, que se diz indispensável para prestação da justiça, torna-se ausente das contendas em que uma das partes seja proletária. É de se ressaltar que essa faixa social, muitas vezes, não consegue obter nem os serviços jurídicos das defensorias públicas, em virtude da precariedade dessas instituições constitucionais no Brasil. Assim, a justiça não é para os pobres, nem os pobres são para os advogados. Essa é uma crise evidente e de alta periculosidade para a própria inteireza social, que pode ser atingida por uma pulverização de interesses, ou por um *apartheid* social, conforme afirmam os analistas políticos. Nessa voragem, os advogados desaparecem, melhor dizendo, a função social do advogado perde sua significação.

Indubitavelmente, restam aos menos favorecidos os serviços prestados por profissionais sem grande experiência, muitas vezes recém-formados, habitualmente vinculados a Universidades, feitos por estagiários dos cursos de Direito, assessorados por professores que, por vezes, estão sobrecarregados de processos para acompanhamento. Sendo assim, ao menos abastado não se reserva a escolha do profissional.

Pesquisas realizadas pelo Projeto Florença<sup>49</sup>, coordenadas por Mauro Cappelletti e voltadas ao acesso à justiça, mostram que quanto menores os valores da causa ajuizada, maiores são as despesas aos litigantes, principalmente em alguns países como Alemanha, Inglaterra e Itália. Nestes, os custos totais são superiores ao valor da causa, de tal modo que seria inútil propor a demanda.<sup>50</sup>

Outro fator econômico limitante ao acesso à justiça diz respeito ao tempo do trâmite das ações, que é flagrantemente moroso. Na maioria dos países estudados por Cappelletti e Garth, as causas levam de 2 a 3 anos, gerando, assim, um au-

---

<sup>47</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. p.18.

<sup>48</sup> AGUIAR, Roberto. A crise de advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas, In: CESAR, Alexandre, p.87

<sup>49</sup> Projeto Florença é uma pesquisa coordenada pelo jurista italiano Mauro Cappelletti voltada a analisar as modificações ocorridas em todo o mundo, sob o enfoque do Movimento Universal do Acesso à Justiça, publicada em sua obra "Acesso à Justiça".

<sup>50</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op.cit., p. 19.

mento das despesas das partes e a desvalorização do montante a ser percebido. Ademais, influenciam os litigantes de baixa renda a aceitar acordos por valores inferiores a que teriam direito ou muitas vezes a abandonar suas causas. Visivelmente encontramos essa realidade na Justiça do Trabalho brasileira: o hipossuficiente, não podendo esperar a lentidão da justiça, aceita o que é proposto, deixando para trás muitas condições reclamadas.

Diante disso, a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em seu artigo 1º, estabelece que a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível. Assim também sabias as palavras de Rui Barbosa em sua inesquecível Oração aos Moços: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.<sup>51</sup>

### **C) LIMITAÇÕES EXOPROCESSUAIS OU EXTRAJUDICIAIS**

As limitações socioculturais também compõem séria barreira de ordem extrajudicial que dificulta o acesso à justiça. A pouca informação sobre os direitos do cidadão, e sobre o próprio papel do Judiciário, associada ao analfabetismo crônico ou funcional, configuram grave dificuldade ao acesso à justiça.<sup>52</sup>

O fenômeno da mundialização cultural, que conduz à padronização da cultura de massa em escala global, tem produzido, em todos os estratos da vida social, um profundo processo de alienação política, jurídica e social. A precariedade no que tange à compreensão das informações pelos sujeitos, que em outros tempos assolava grande fatia do extrato pobre e sobretudo economicamente miserável das sociedades, tem atingido enormes parcelas das classes médias em todos os países submetidos a tal processo. O papel da mídia, dos grandes grupos econômicos, e, infelizmente, também dos Estados, no mundo contemporâneo, tem sido muito mais o de desinformar do que o de informar. A pobreza econômica, todavia, em termos gerais, ainda se relaciona com o desconhecimento acerca de assuntos legais, sobretudo se associada ao afastamento dos cidadãos dos equipamentos públicos que promovem as leis e a justiça.

Em certas regiões do Brasil, há mais intensidade de subdesenvolvimento que em outras, fazendo-se evidente que em tais lugares o acesso à justiça não chega sequer a ser reclamado, por completa desinformação ou ausência mesmo de equipamento público que socorra o cidadão.

Mauro Cappelletti lembra que a correta informação acerca dos direitos exigíveis do cidadão está longe de permanecer somente com os pobres, ela envolve também a população de outras classes, pois mesmo

---

<sup>51</sup> CESAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. p. 96.

<sup>52</sup> Pesquisa realizada entre Julho e Agosto de 1998 e publicada pelo jornal Folha de São Paulo retrata que 28% das pessoas entrevistadas não sabiam para que serve a justiça no Brasil, 26% disseram não servir para nada e apenas 46% delas apresentaram alguma noção acerca do papel que ela exerce. Fonte: População desconhece papel da Justiça, afirma pesquisa. *Folha de São Paulo*. 5.9.98. Cotidiano p.3-2. In: CESAR, Alexandre, p. 98.

“consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura em um contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção”.<sup>53</sup>

Segundo Horácio Wanderlei Rodrigues, existem três pontos principais que impedem o acesso à justiça: o primeiro deles é a educação nacional, hoje “falida”, responsável por um altíssimo nível de analfabetismo e por um ensino de baixa qualidade; o outro ponto relevante diz respeito aos meios de comunicação, com ênfase à televisão, que poderia através do seu imenso “poder” (pois milhões de brasileiros têm acesso a ela) prestar informações jurídicas e aconselhamentos básicos de seus direitos, mas que, todavia, faz o inverso, pois, “presta um desserviço ao país, impondo opiniões e valores locais sem nenhum controle da sociedade”<sup>54</sup>; o terceiro ponto surge da carência de órgãos oficiais ou instituições para prestar informações e orientações à população sobre questões jurídicas de seu interesse.

Também obstáculo ao acesso à justiça é a localização geográfica das instalações dos escritórios de advocacia ou dos equipamentos públicos de atendimento ao cidadão, inclusive do Poder Judiciário, o que traz dificuldades a quem mora nas periferias, pessoas que muitas vezes não possuem sequer dinheiro para pagar a passagem do transporte, ou que, quando na condição, hoje privilegiada, de empregadas ou trabalhadoras, em regra têm dificuldades em sair de seu trabalho para procurar o advogado ou o defensor público, pois para tanto são obrigadas a perder horas de serviço, já que tais atendimentos se dão, geralmente, no chamado “horário comercial”.

O princípio de que a ninguém é dado alegar o desconhecimento da lei, teoricamente justificável, pois que pressupõe a plena racionalidade e clareza da lei, condição necessária à garantia da cidadania, presta-se, todavia, na prática, a um serviço contrário a seu espírito, proporcionando uma postura de comodismo ao Estado, que não se vê na obrigação de informar a população dos direitos protegidos pela ordem jurídica. O mau uso que o Estado faz de tal princípio, portanto, acaba por afastar o indivíduo dos benefícios sociais a que muitas vezes tem direito, dificultando o usufruto dos mecanismos de acesso à justiça.

O acesso à justiça pode, ainda, sofrer limitações por força da própria ideologia predominantemente conservadora do Poder Judiciário, ou da maior proteção legislativa aos interesses da minoria dominante.

A magistratura conservadora, muitas vezes, decide com vistas tão somente na aplicação literal da lei, seja ela qual for. Sob os princípios da hermenêutica, faz

---

<sup>53</sup> Op.cit., p. 23.

<sup>54</sup> CESAR, Alexandre. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. p. 37.

a aplicação formal do Direito, distanciando-se, assim, de certas finalidades filosóficas e sociológicas da jurisdição, o que, não raro, resulta em alguma desconexão entre os anseios sociais de justiça e a função jurisdicional. José Eduardo Faria chama a atenção para que “o direito é assim reduzido a um simples sistema de normas, o qual se limita a dar sentido jurídico aos fatos sociais à medida que estes são enquadrados no esquema normativo vigente”<sup>55</sup>, pois ainda prevalece em nosso poder judiciário uma resistência aos avanços introduzidos pela nova ordem constitucional, entre eles as questões do acesso à justiça. A ideologia de que o juiz é meramente um técnico, sem função política, devendo apenas aplicar a norma posta, não se comprometendo com o destino do processo, e de que, então, o processo interessa somente aos litigantes, presta-se, contrariamente, ao serviço, de forte teor político, de afastá-lo ou torná-lo omissivo com relação às questões de ordem social, questões relativas ao Direito.

A proteção legislativa, por sua vez, em maior grau favorável aos interesses da minoria dominante, constitui óbice ao caminho de acesso à justiça. Os próprios textos legislativos, frutos de pressões de grupos econômicos relevantes, que forcem a legalização de seus interesses puramente econômicos, ainda que em sacrifício dos interesses maiores da sociedade, acabam por estabelecer uma enorme desigualdade social e legislativa. Em razão disso, Watanabe afirma:

“O que se tem na atualidade, e isso ocorre sem que a sociedade, nem mesmo pelos profissionais do Direito tenha a visão crítica dessa realidade, é um sistema jurídico extremamente desigual. Os segmentos da sociedade que têm possibilidade de praticar lobby conseguem legislação que tutela ampla e egoisticamente seus interesses.”<sup>56</sup>

Assim, o tratamento legislativo discriminatório, resultante da aplicação da lei injusta do processo, inibe o acesso à justiça.

Portanto, todos os benefícios da tutela dos direitos não atenderão de maneira justa aos interesses substanciais e processuais da população.

Outra barreira importante a enfrentar é a disposição psicológica das pessoas para ir ao Judiciário. Mesmo a minoria esclarecida de informações jurídicas básicas muitas vezes não busca o aparelho judicial. Isso ocorre, dentre outros motivos, pela falta de credibilidade no órgão, criada por ele mesmo, devido à morosidade dos julgados. O receio de estar em juízo, a desconfiança em relação aos advogados e a decepção com o resultado anterior contribuem para afastar ou inibir o hipossuficiente à justiça.

Assim, ressalta Cappelletti: “Procedimentos complicados, formalismo, am-

---

<sup>55</sup> FARIA, José Eduardo. Ordem Legal X Mudança Social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: CICHOCKI NETO, José, p. 99.

<sup>56</sup> WATANABE, Kazuo. Assistência Judiciária e o Juizado especial de pequenas causas, In: CICHOCKI NETO, José, p.162.

bientes que intimam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”<sup>57</sup>. Há que se considerar, pois, a desconfiança em relação aos advogados e ao Judiciário, talvez, sobretudo, quando se trata das classes menos abastadas. É fato que os humildes se sentem inibidos diante dos “palácios de justiça”, de seus trajes “medievais”, seu linguajar rebuscado e inacessível. Também temem vingança e violência da outra parte ou ainda represálias se precisarem voltar à Justiça.

A morosidade na prestação jurisdicional também tem sua faceta de barreira psicológica ao acesso. A lentidão na prestação jurisdicional é causa de angustiante e longa espera ao litigante que procurou o Judiciário justamente, pois precisa aguardar até anos para uma resposta final. Parece que, no mais das vezes, ocorre uma completa inversão da função do Judiciário, pois aqueles que mais precisam da intervenção estatal precisam esperá-la.

Tais problemas também se apresentam no Brasil, apesar dos avanços institucionais em relação ao que tange o acesso à justiça. A criação constitucionalmente prevista da Defensoria Pública em cada Estado, os convênios firmados entre a Procuradoria do Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil, os Juizados Especiais, que mais recentemente se tornam, em alguns lugares do Brasil, itinerantes, prestando-se a atender a populações mais carentes, são exemplos de um certo tipo de abertura dos Poderes Executivo e Judiciário à democratização do acesso à justiça. Mas, problemas há, tanto no que concerne à implantação de tais organismos quanto no que se relaciona com o seu funcionamento. É o que, parcialmente, veremos em seguida, particularmente no que toca a Procuradoria do Estado em Jundiá e o Juizado Especial Cível nesta mesma comarca.

#### **4. ÓRGÃOS INSTITUCIONAIS PARA O ACESSO À JUSTIÇA EM JUNDIAÍ E SUA ATUAÇÃO**

##### **A) PROCURADORIA DO ESTADO**

A Procuradoria do Estado é um órgão do Poder Executivo.

No Estado de São Paulo e em outros cinco estados brasileiros, a Procuradoria atende com um desvio de função, ou seja, faz o papel da Defensoria Pública, já que esses seis estados ainda não contam com tal órgão. O que deveria ser feito pelo Defensor Público é feito, então, pelo Procurador do Estado. Na verdade, é atribuição da Procuradoria o atendimento e a defesa do Estado através de seus Procuradores. Porém, como no Estado de São Paulo não existe a Defensoria Pública, fica a cargo da Procuradoria Geral do Estado também promover assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes.

---

<sup>57</sup> Op. cit., p. 24.

No Município de Jundiá, essa assistência é desenvolvida de duas formas: uma delas é o atendimento no Fórum, em que os Procuradores atendem as causas criminais, pois, como já se disse, na esfera criminal, em cerca de 90% dos casos, os réus são desprovidos de recursos econômicos para constituir advogados em sua defesa. Essa realidade presenciamos nacionalmente. Jundiá apenas confirma este dado. Porém, para que isso aconteça, o réu é submetido a uma triagem, em que este declara sua situação econômica, demonstrando verbalmente sua impossibilidade financeira. O Estado determina que o assistido não tenha como renda mensal mais de três salários mínimos, e além disso deve declarar se possui bens móveis ou imóveis. Realizada esta triagem, o Procurador o defende até o final do processo. A outra forma de assistência pela Procuradoria Geral do Estado em Jundiá se dá na esfera civil, em que a seleção é realizada na sede da Procuradoria do Estado, e o processo de seleção é desempenhado tal como o da esfera criminal. Todavia, na esfera civil os assistidos serão atendidos pelos advogados dativos, conveniados pela OAB/PGE (Ordem dos Advogados do Brasil/Procuradoria Geral do Estado)<sup>58</sup>. O assistido ao ali chegar sai munido de uma nomeação que deverá ser levada ao advogado a ele nomeado. Os advogados inscritos nesse convênio, por sua vez, são remunerados através de honorários estabelecidos em uma tabela também prevista pelo convênio.

Motivos há para que até hoje não tenha sido instalada a Defensoria Pública no Estado de São Paulo. À época da promulgação da Constituição Federal de 1988, alguns estados brasileiros não tinham nenhum tipo de atendimento assistencial gratuito judiciário, mas São Paulo, contrariamente, já desenvolvia esse tipo de atendimento desde 1950. Tal tradição tem funcionado como alegação de setores mais conservadores dos governos e dos poderes judiciário e legislativo da não necessidade da instituição da Defensoria Pública. A concorrência é algo que assusta, e, o modo como se apresenta, atualmente, a assistência judiciária gratuita, em nosso Estado, está em consonância com a política de enxugamento da máquina administrativa e minimização das funções do Estado, até porque é, dentre outras, muito

---

<sup>58</sup> A Constituição Estadual de São Paulo de 05.10.1989 fixou prazo de 180 dias para que o Poder Executivo encaminhasse à Assembléia Legislativa o anteprojeto da Lei Orgânica da Defensoria Pública, permitindo provisoriamente o exercício das atribuições da reforma pela Procuradoria Geral do Estado ou pelos advogados. A partir disso, algumas iniciativas surgiram, como o convênio firmado entre a OAB de São Paulo e a Prefeitura do Município de São Paulo, através do artigo 4º, "r", do Estatuto da Cidade, para que os hipossuficientes tivessem atendimento jurídico. Em 1997, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, além de atender em nome próprio, fez um convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil para que os advogados se cadastrassem e se conveniassem, podendo, assim, atender os menos favorecidos. Existem, em nosso Estado, hoje, cerca de 67.000 advogados fazendo parte desse convênio. Número bastante representativo, se levarmos em conta que existem cerca de 245.000 advogados inscritos na OAB/SP. Esses profissionais atendem em todos os ramos do Direito, com exceção da esfera penal, nas cidades que possuem Procuradoria.

Quando se trata de Direito Penal, nas cidades onde existe Procuradoria do Estado (que é o caso de Jundiá, em que, aliás, há, atualmente, somente dois Procuradores), os próprios Procuradores é que são responsáveis por defender os acusados, sendo esta a função institucional do Procurador. Nas cidades em que não há Procuradoria, o Juiz oficia à OAB local, e esta nomeia advogado dativo devidamente inscrito no convênio OAB/PGE para defender os interesses do acusado.

menos oneroso ao Estado pagar um preço fixo previsto em tabela por serviço prestado pelo autônomo do que manter um órgão público funcionando, com todos os encargos que isso implica.

A precariedade com que a Procuradoria Geral do Estado vem desempenhando a função de defensoria pública, apesar do esforço, da competência e da seriedade de muitos de seus Procuradores, enseja fortemente a necessidade de se criar uma Defensoria Pública no Estado de São Paulo. Hoje, há apenas 330 Procuradores distribuídos em 26 cidades do Estado, apesar de existirem cerca de 300 Comarcas carentes de atendimento judiciário gratuito.

A OAB/SP é favorável à Defensoria, pois a tabela da Procuradoria não atende os anseios da sociedade. Há de se ressaltar também que o convênio existente hoje entre a Procuradoria do Estado e a OAB é controlado por uma comissão paritária, que controla os advogados, fazendo inclusive exclusões do convênio quando necessário.

Obviamente, a instalação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo implicaria na manutenção do convênio por vários anos, dada a grande demanda judicial que nele se apresenta<sup>59</sup>.

## **B) JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**

O Juizado Especial Cível atende qualquer pessoa, independente da renda. O que é levado em consideração é o valor da causa, que não pode ultrapassar 40 salários mínimos. Para as causas de até 20 salários mínimos, não há necessidade de acompanhamento de advogado e quando o valor é maior que vinte e menor que quarenta salários mínimos é necessária a apresentação de um advogado. As cau-

---

<sup>59</sup> Observe-se a tabela abaixo. Só entre maio de 2003 e julho de 2004, a Procuradoria em Jundiaí atendeu a nada menos que 12617 pessoas, tendo encaminhado para os advogados conveniados a grande maioria dos atendidos.

### NÚMERO DE ATENDIDOS NA PROCURADORIA (MAIO 2003/ JULHO 2004)

Maio/2003	785 pessoas
Junho/2003	790 pessoas
Julho/2003	960 pessoas
Agosto/2003	816 pessoas
Setembro/2003	987 pessoas
Outubro/2003	947 pessoas
Novembro/2003	806 pessoas
Dezembro/2003	576 pessoas
Janeiro/2004	915 pessoas
Fevereiro/2004	704 pessoas
Março/2004	997 pessoas
Abril/2004	828 pessoas
Maio/2004	821 pessoas
Junho/2004	903 pessoas
Julho/2004	782 pessoas

\* Fonte: Procuradoria Geral do Estado em Jundiaí



sas mais comuns são cobrança, execução e problemas no trânsito.

Em Jundiáí, se atendem mais ou menos 400 ações por mês, o que dá um total de mais ou menos 4.800 novas ações por ano. O JIC (Juizado Informal de Conciliação) atende 80 pessoas por mês. O JEC conta com 01 diretora, 02 escreventes chefe, escreventes e auxiliares para fazer o trabalho que, em julho de 2004, era de 7500 processos em andamento.

## **5. PESQUISA DE CAMPO E ANÁLISE DOS DADOS**

Neste item se faz a análise sobre a pesquisa de campo realizada junto ao JEC e à Procuradoria do Estado em Jundiáí.

Ao longo deste trabalho realizamos duas pesquisas de campo, uma envolvendo o Juizado Especial Cível da Comarca de Jundiáí (JEC) e a outra envolvendo a Procuradoria Geral do Estado em Jundiáí. Duzentas e treze pessoas que procuraram o JEC no período de junho a agosto de 2004, e setenta e uma pessoas<sup>60</sup> que procuraram a Procuradoria Geral do Estado em Jundiáí entre os mesmos meses do mesmo ano foram entrevistadas.

Ambas as pesquisas obedeceram a critérios de questionamento do tipo quantitativo, tendo sido, todavia, realizadas de formas diferentes. Junto ao JEC, as entrevistas foram feitas via questionário, tendo os entrevistadores escrito as respostas, sem, contudo, mostrar previamente aos entrevistados as questões. Já as realizadas junto à Procuradoria foram gravadas em fitas magnéticas, buscando-se garantir maior espontaneidade nas respostas dos entrevistados. Tais critérios se distinguiram em função das condições locais. No JEC as entrevistas foram realizadas com certa dificuldade, nos balcões; já na Procuradoria, o contato entre a pesquisadora e os entrevistados se deu em ambiente menos atribulado, embora o barulho externo tenha atrapalhado um pouco no momento da transcrição das respostas, impossibilitando mesmo a compreensão de algumas das respostas, o que resulta em uma pequena variação nos números absolutos entre um e outro gráfico. Todo o material das pesquisas encontra-se disponível na biblioteca da Faculdade de Direito.

No JEC, foram feitas as seguintes questões: 1) distinção de sexo; 2) profissão; 3) cidade onde reside; 4) número de dependentes; 5) idade; 6) natureza da pretensão lide; 7) renda familiar; 8) motivo que levou a pessoa a procurar a justiça; 9) como a pessoa ficou sabendo do JEC; 10) o que a pessoa espera do JEC; 11) o tempo que a pessoa estima para a resolução do problema; 12) se a pessoa se sente ou não protegida sem advogado; 13) se a pessoa acha que a sentença do juiz será cumprida. As respostas às questões 6 e 8 se confundiram, e por isso

---

<sup>60</sup> Apesar de terem sido entrevistadas 71 pessoas na Procuradoria, aproveitaram-se as respostas de 68 delas, para fins de tabulação.



abortamos o gráfico relativo à questão 6, deixando permanecer o relativo à questão 8.

Na Procuradoria, as questões foram: 1) distinção de sexo; 2) profissão; 3) cidade onde reside; 4) número de dependentes; 5) idade; 6) natureza da pretensão lide; 7) renda familiar; 8) motivo que levou a pessoa a procurar a justiça; 9) como a pessoa ficou sabendo da Assistência Gratuita; 10) o que a pessoa espera da assistência dada; 11) o que a pessoa espera do juiz; 12) o tempo que a pessoa estima para a resolução do problema; 13) se a pessoa se sente protegida sendo defendida por um advogado; 14) se a pessoa se sente protegida sendo defendida por um advogado do Estado; 15) se a pessoa acha que a sentença do juiz será cumprida. As respostas às questões 6 e 8 também se confundiram, aqui, e por isso abortamos o gráfico atinente à questão 6, mantendo o gráfico atinente à questão 8. A natureza das questões 13 e 14 nos permitiu uma fusão, resultando sobre ambas apenas um gráfico, intitulado “Preconceito entre advogado particular x advogado do Estado”.

Sobre a questão 1, nota-se sensível diferença no que tange ao sexo entre o público que freqüentou o JEC e o que freqüentou a Procuradoria. Nota-se que no JEC as diferenças entre sexo são praticamente inexistentes, mas na Procuradoria há uma quantidade bem maior de mulheres (59% de mulheres x 41% de homens). Cruzando tais dados com os dados relativos ao que “levou a pessoa a procurar a justiça”, temos que 20,58% foram atrás de pensões alimentícias, e, se somados os itens “pensões” com “separações”, tem-se o total de 42,6%, o que justifica a maior quantidade de mulheres buscando a Procuradoria.

A respeito da questão 2 (igual nas duas pesquisas) observa-se uma sensível diferença entre aqueles que buscam a procuradoria e aqueles que procuram o JEC, o que se corrobora quando cruzamos tais dados com os da questão 7 (também a mesma nas duas pesquisas). Nota-se que o público do JEC se compõe eminentemente de pessoas que se encontram na economia formal (79,8%). Um dado que pode gerar certa insegurança quanto à condição econômica do trabalhador é o tocante ao que se inclui na área de serviços (63 dos 213 entrevistados). Aí, podem se incluir trabalhadores não registrados, que convivem com condições precárias no que concerne ao trabalho. Todavia, confrontando-se com o gráfico de renda familiar, observa-se que seguramente tais trabalhadores não se incluem entre pessoas que vivem na faixa da miséria, o que nos leva a interpretar que um número substancial desses que se incluem na área de serviços deve estar na economia formal.

Já em relação à Procuradoria, o número dos que estão na economia formal, gozando de relativo status social, é bastante reduzido, não passando de 20% dos entrevistados. Trabalhadoras domésticas, trabalhadores em construção e em serviços gerais (como auxiliar de limpeza, polidor, etc.), compõem, juntos, 25,71% do universo de entrevistados. Geralmente tais trabalhadores não se incluem na economia formal, mas, mesmo que parcela substancial destes em especial estejam incluída em tal economia, o valor dado à sua força de trabalho é historicamente

bastante reduzido. Tal afirmação se comprova quando cruzados tais dados com o de renda familiar. Nota-se que 8,82% dos entrevistados têm rendimento familiar menor que um salário mínimo, e que 30,88% possuem rendimento familiar de 1 a 2 salários mínimos. 23,52% têm rendimento familiar de 2 a 3 salários mínimos, o que implica, no momento em que a pesquisa foi feita - em que o mínimo correspondia a R\$ 260,00 - que praticamente 65% dos entrevistados não chegavam à renda familiar superior a R\$ 780,00. Confrontados com os dados sobre número de dependentes, a situação fica ainda mais crítica, pois 66,17% dos entrevistados possuem 2 ou mais dependentes, o que implica em que, na melhor das hipóteses, a família com 3 pessoas tem renda per capita de R\$ 260,00 mensais, quantia que, sabemos, impossibilita uma vida em que se garantam a saúde, a educação, a boa alimentação, o lazer, a moradia, o transporte e a segurança ao indivíduo.

Quando observamos o gráfico sobre o número de dependentes dos que procuram o JEC, todavia, vemos que 53,05% deles não possuem dependentes, e que 30,4% possuem mais de 2 dependentes, menos da metade em relação ao público da Procuradoria. Note-se que aos que não possuem dependentes, a renda familiar se confunde com a renda individual, o que certamente lhes confere um padrão de vida sensivelmente mais elevado do que aquele que precisa dividir seus rendimentos entre os seus dependentes.

Frente a isso, conclui-se que a maioria dos que procuram a Assistência Gratuita orbitam entre a miséria e a pobreza social<sup>61</sup>, e, por outro lado, a maioria dos que vão ao JEC são pessoas de classe média. Isso ocorre, certamente, pela natureza das lides. 97 dos entrevistados no JEC foram motivados por questões atinentes a contratos, e 63 deles por reparação de danos, geralmente por questões de acidente de trânsito, o que, somado, totaliza 75,11% das intenções de demanda judicial. Já no caso dos que buscam a Procuradoria, 47,14% querem resolver questões de família (inventários, separações e pensões alimentícias), 7,14% procuram assistência na área criminal e outros 7,14% procuram assistência na área trabalhista, sendo que, ainda, 7,14% se sentiram lesados na área consumerista e 8,57% buscam alvarás, provavelmente para funcionamento de negócio próprio. Sustentamos a hipótese de que os socialmente pobres e miseráveis passam ao largo do JEC, pois estão marginalizados daquilo que pode ensejar o direito material, ou seja, não possuem recursos para fazer contratos formais, e nem possuem patrimônio suficiente para reivindicar qualquer tipo de reparação de danos (não somente materiais, tendo-se em vista que sua dignidade moral passa por valores distintos dos da classe média, o que merece estudo de caso mais detalhado). Outro motivo que leva mais pobres e miseráveis socialmente do que pessoas pertencentes à classe média à Assistência Gratuita, é que os primeiros não podem, evidentemente, pagar pelos serviços de advogado particular. Mas, embora 87% dos entrevistados na Pro-

---

<sup>61</sup> Entendemos, aqui, por pobreza social a condição econômica que impossibilita uma vida em que se garantam a saúde, a educação, a boa alimentação, o lazer, a moradia, o transporte e a segurança ao indivíduo.

curadoria tenham afirmado não possuir preconceito contra advogado público, não se pode concluir que a maioria das pessoas que buscam auxílio judicial consideram equiparáveis advogados privados a advogados públicos, já que, como observado anteriormente, a grande maioria dos entrevistados na Procuradoria é socialmente pobre ou miserável (pelo menos aproximadamente 65%). Pode-se concluir, sim, que os socialmente pobres e miseráveis não fazem distinção entre advogado particular e público, sentindo-se protegidas por ambos (lembramos que tal gráfico – “Preconceito entre advogado particular x advogado do Estado” – deriva das questões 13 e 14 - se a pessoa se sente protegida sendo defendida por um advogado; se a pessoa se sente protegida sendo defendida por um advogado do Estado). Somente 13,04% dos entrevistados na Procuradoria têm renda familiar superior a 4 salários mínimos, ou seja, o equivalente, na época da entrevista, a R\$ 1040,00, o que quer dizer que uma parte pequena da classe média procura a Assistência, ainda, provavelmente (é interessante que se investigue isso) por estar na condição de pobreza aos olhos da lei, ou seja, por não poder demandar judicialmente sem que o ônus de tal demanda não lhe comprometa a rotina econômica.

Quando investigado o item “residência”, observa-se que a grande maioria dos que buscam a Procuradoria, (82%) é de Jundiá, seguida de Várzea Paulista (6%), ordem que se repete em relação ao JEC (69% de Jundiá e 12% de Várzea Paulista). É possível que a porcentagem superior dos que habitam Jundiá que buscam a Procuradoria se deva ao fato de que, por serem na sua maioria muito pobres, não possuem condições de locomoção de outra cidade a Jundiá, onde funciona a Procuradoria.

As respostas aos itens “Como ficou sabendo do JEC” e “Como ficou sabendo da Assistência”, o primeiro relativo ao JEC e o segundo relativo à Procuradoria nos chamaram muito a atenção. No caso do JEC, 52,58% ficaram sabendo da existência de tal órgão por meio de parentes, vizinhos, amigos ou pela comunidade; 34,27% por meio de Instituições Públicas, como o Fórum, ou repartições públicas; apenas 0,93% por advogados e 1,87% pela mídia; 8,92% já se utilizaram do JEC. Quando vamos ao gráfico das entrevistas na Procuradoria, notamos que 44,11% souberam da Assistência por vizinhos, amigos ou família; 38,23% por Instituições Públicas; 7,35% por meio de advogados e apenas 2,95% pela mídia. Concluímos que o Estado tem funcionado pouco na garantia do acesso à justiça, pelo menos no que se refere à Assistência Gratuita e ao JEC da Comarca de Jundiá, pois o “boca a boca” tem sido mais eficaz que o próprio Estado na divulgação de tais serviços. A diferença de 8,47% dos que sabem dos serviços pela comunidade, amigos, parentes e vizinhos existente entre os que procuram o JEC e os que procuram a Assistência, confrontada com a diferença de praticamente 4% dos que sabem da Assistência por Instituições Públicas contra os que sabem do JEC por tais Instituições nos leva a formular a hipótese de que pessoas mais pobres procuram mais os órgãos públicos que pessoas menos pobres, daí porque a informação aos mais pobres pelos órgãos públicos ser maior, ainda que essa diferença seja relati-

vamente pequena, em relação aos menos pobres. É de se refletir porque apenas 0,93% dos que procuram o JEC o fazem por informação de advogado, contra 7,35% dos que procuram a Assistência. O JEC, para as causas de até 20 salários mínimos, dispensa o acompanhamento de advogado, o que deve incomodar muitos dos profissionais, que não farão esforços para informar as pessoas sobre tal serviço. Já a Assistência, apesar de gratuita, funciona basicamente por meio do Convênio com a OAB, dada a inexistência da Defensoria Pública, o que garante demanda de trabalho aos advogados, razão pela qual alguns desses profissionais do Direito têm atuado mais incisivamente na divulgação do serviço prestado pela Procuradoria. Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil em decorrência da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que lhe confere o papel de agente em defesa dos interesses da classe, da cidadania e sobretudo do estado democrático de direito, tem procurado divulgar em campanhas institucionais aquela prestação estatal, o que no entanto poderia e deveria ser otimizado. Finalmente, salta aos olhos a debilidade dos sistemas de comunicação no que tange à divulgação dos serviços prestados pelo JEC e pela Procuradoria. Apenas 1,87% dos entrevistados no JEC e 2,95% dos entrevistados na Procuradoria ficaram sabendo de tais serviços pela mídia, o que nos faz pensar que predomina, em relação ao acesso à justiça, a estrutura ideológica privatista nos meios de comunicação, já que os organismos públicos, embora deficitários, como já afirmamos, são muito mais eficazes em relação à divulgação de tais serviços que os meios de comunicação, embora estes estejam muito mais presentes no cotidiano da maioria das pessoas do que aqueles.

Quando questionados sobre o que esperam do JEC, a maioria dos entrevistados parece ter interpretado que deveria responder sobre o que espera do juiz, pois 54,92% querem uma decisão favorável aos seus interesses e 33,80% esperam que o conflito seja resolvido, mesmo que não a seu favor. Apenas 4,69% disseram que esperam rapidez e eficiência do JEC. É óbvio que aqueles que afirmaram que desejam que o conflito seja resolvido, mesmo que não a seu favor, esperam que isso ocorra logo, pois, conforme se esclarece no gráfico sobre a expectativa de tempo da lide, 83,57% acreditam que o processo finda antes de 1 ano ou que a sentença deve ocorrer “o mais rápido possível”.

Sobre a questão “o que se espera do juiz”, feita na Procuradoria, 52,94% querem que a sentença seja favorável aos seus interesses e 22,05% buscam a solução do conflito, mesmo que a decisão não lhes seja favorável. 5,88% esperam honestidade, o que pode ser interpretado tanto como a decisão favorável a seus interesses pessoais (se entendem que foram lesados e a “justiça deve ser feita”, ou então que o juiz simplesmente resolva o conflito, mesmo que a decisão seja desfavorável ao entrevistado, desde que o magistrado mantenha postura de probidade).

Em relação ao tempo de resolução do problema, observa-se que aqueles que procuram o JEC e a Procuradoria têm uma expectativa irreal a respeito do tempo de resolução da lide. No JEC, 63,37% esperam uma resolução muito rápida (ou o mais rápido possível, ou em até 3 meses). Se somados com os 20,18% que

esperam resolução de 3 meses a 1 ano, atingem 83,55% dos entrevistados. Dentre os que vão à Procuradoria, 26,47% acham que a lide será solucionada em até 3 meses e 11,76% de 3 meses a 1 ano. Agravante é o fato de que nada menos que 39,70% dos que foram à Procuradoria e 34,72% dos que foram ao JEC disseram que querem que a lide seja solucionada “o mais rápido possível”, não atentando para a pergunta, que questionava em quanto tempo o entrevistado achava que a lide seria solucionada, e não em quanto tempo o entrevistado gostaria que a lide fosse solucionada. Tal dado demonstra que um número muito grande daqueles que vão tanto à Procuradoria quanto ao JEC têm uma expectativa muito alta sobre a eficácia do sistema judiciário, motivando-se mais por ansiedade do que por conhecimento. 13,23% dos que buscaram a Procuradoria disseram que desconhecem o tempo que pode levar a solução da lide, número que se aproxima ao daqueles que vão ao JEC (16,43%), e apenas 5,88% afirmaram que a decisão judicial extrapolará o prazo de 1 ano a contar do início do processo (e observe-se que, dentre os que buscam o JEC, ninguém espera solução do conflito após 1 ano!). Pode-se concluir, daí, que a maioria quase absoluta desconhece o atual funcionamento da máquina do judiciário, correndo seriamente o risco de se frustrar com o poder judiciário, pois a média de tempo de resolução da lide no JEC de Jundiá não foge à média estadual, um ano e quatro meses, valendo a lembrança de que longe da capital essa média já tem chegado a dois anos. Logo, o tempo real de solução da lide é, de fato, muito acima, como se vê, da expectativa dos demandantes, o que seguramente acaba por gerar pelo menos certo desconforto destes em relação à justiça.

Quanto à questão 12 direcionada aos entrevistados no JEC, 87,79% afirmaram que se sentem protegidos sem advogado, 1,40% disseram que “talvez” se sintam protegidos sem advogado, 0,93% não sabem e 7,04% somente se sentem protegidos se acompanhados de advogado. É bastante alta a ocorrência dos que se sentem protegidos sem advogado, o que provavelmente denota a confiança dos mesmos na Instituição JEC.

Finalmente, 88,73% dos entrevistados no JEC acreditam que a sentença do juiz será cumprida. Este número nos parece bom, denotando credibilidade do juiz que julga casos do JEC junto aos que procuram tal órgão. Há, todavia, certa desconfiança em relação ao juiz, a se registrar, por parte de uma porcentagem pequena dos entrevistados: 3,75% têm dúvidas se a sentença será cumprida e 3,28% “esperam que a sentença seja cumprida”. 3,75% “não sabem” se a sentença será cumprida, o que pode denotar desconfiança ou ignorância mesmo. Somados tais números, totalizam 10,78% dos entrevistados. Em relação à Procuradoria, 75% dos entrevistados acham que a sentença será cumprida e 21% “esperam que ela seja cumprida”, sendo que 1% disse que “talvez”, 1% que “não sabe” e 1% não respondeu. Ninguém disse que acha que a sentença não será cumprida. Aqui, o número dos que desconfiam do juiz dobra em relação ao JEC, chegando a 22%, se considerarmos que os que afirmam que “esperam que sim” e “talvez”, se posicionam numa zona intermediária entre os que afirmam “sim” e os que diriam “não”. Con-

clui-se que, dentre os mais pobres, há uma desconfiança maior em relação à efetividade da sentença prolatada pelo juiz do que dentre os de classe média, talvez porque o juiz não seja visto, pelos pobres, exatamente como um aliado, diferentemente do que acontece com os da classe média, para quem as leis e a justiça costumeiramente funcionam mais e melhor.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pudemos observar, neste trabalho, que ao longo da história o conceito de justiça foi se alterando ora com vertente religiosa, ora como favor do poder constituído, chegando até nossos dias, na democracia, como garantia e direito fundamental do cidadão.

No Brasil, por força de nossa história colonial e das várias crises institucionais que já tivemos, apenas e tão-somente a Constituição Federal de 05/10/1988, ainda em vigor, versou de forma explícita sobre a Defensoria Pública, em seu artigo 134, “*caput*”. A despeito do conceito legal empreendido para “hipossuficiência”, tomamos por base que o economicamente pobre é aquele que encontra limitações absolutas ou grandes dificuldades em acessar os equipamentos públicos nas diversas áreas da vida em sociedade, ou seja, educação, saúde, acesso a justiça, etc. Tampouco pode-se perder de vista a crise por que passa o ensino jurídico ministrado no Brasil, que resulta em profissionais de baixa qualidade em decorrência da lei da oferta e da procura, em inequívoco encarecimento dos bons profissionais, o que afasta os mais carentes. Ante a inexistência da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral do Estado, mediante convênio com a OAB, vem exercendo aquele papel ainda que precariamente. Tal situação resulta sobretudo, particularmente em Jundiá, da falta de estrutura operacional da Procuradoria de Assistência. O mesmo cenário pode-se concluir quanto ao Procon, que, a despeito de ter sua atuação limitada à temática do Código de Defesa do Consumidor, tem alcançado a contento os fins para os quais foi criado. Os Juizados Especiais também não têm resultado num caminho menos tormentoso à população carente, na medida em que um de seus pilares, qual seja, a rapidez, não está sendo alcançado, o que por óbvio tem desmotivado sua utilização. Outro fator a se destacar quanto ao Juizado Especial é que nele prescinde-se de advogados, o que afasta a atuação da PGE, criando-se, em decorrência, uma desigualdade processual na medida em que o mais abonado economicamente vale-se dos préstimos profissionais do advogado, o que acaba desestimulando a não utilização de tais juizados pelos hipossuficientes. A Prefeitura de Jundiá, através da Casa da Cidadania, e o Núcleo de Assistência da Faculdade Padre Anchieta (FADIPA) têm sido bastante procurados pelos hipossuficientes, notadamente nas questões relacionadas ao Direito de Família.

Apenas à guisa de fundamentação de nossas conclusões, cabe apontar que



64% dos entrevistados, dentre os que procuram o JEC e a Procuradoria desejam que a lide seja solucionada no prazo não superior a um ano. Nenhum dos entrevistados disse esperar a solução do conflito para além de 1 ano.

Interessante observar que cerca de 42% dos entrevistados tomaram conhecimento da prestação judiciária gratuita (interpolação de dados JEC, PGE, Casa da Cidadania e Núcleo FADIPA), através da própria comunidade, ou seja, o Estado de forma geral tem se mostrado inoperante não só na prestação da tutela jurisdicional, no oferecimento de mecanismos rápidos e eficientes para o acesso à justiça, mas também na divulgação de tais serviços.

Ante os dados coletados, fica evidente que a despeito do esforço empreendido há uma extrema defasagem nos serviços prestados e aquilo que se preconiza numa democracia como a nossa, erguida sobre a natureza republicana federativa, restando óbvio que no modelo atual não se pode afirmar que de fato o menos favorecido tenha à sua disposição mecanismos eficientes de acesso à justiça.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 9. ed., São Paulo: Icone, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BERNARDES, Renata. *Assistência Judiciária Gratuita e Defensoria Pública*. Jundiá, 2004, monografia. Faculdade de Direito Padre Anchieta.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Hemus, 1975.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

ENTREVISTAS REALIZADAS NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL ANEXO FACULDADE PADRE ANCHIETA – junho a agosto de 2004; entrevistadores: Clóvis Tarcísio Piccolo e Nerci Pereira da Silva Beloto.

ENTREVISTAS REALIZADAS NA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO EM JUNDIAÍ – junho a agosto de 2004; entrevistadora: Kelly Cristina Galbieri Agria

JORNAL DE JUNDIAÍ - 04/01/2005 e 11/01/2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *O Direito na história – Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Assistência Jurídica*. Defensoria Pública e o Acesso à Jurisdição no Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. *Acesso à Justiça*. Campinas, 2001, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da PUC-Campinas.

REVISTA DIREITO ESCRITO, Universidade Cruzeiro do Sul Unicsul, São Paulo, SP 2002-2003.

REVISTA JURÍDICA, Faculdade de Direito Padre Anchieta, Jundiaí, SP. 2004.

ROBERTS, J.M. *O livro de ouro da história do mundo*. Tradução Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SAPIA, Marco Antônio. Procon atende mais de 44 mil em 2004. *Jornal de Jundiaí*, Jundiaí, 04, jan. 2005. Cidades, p.6.

SEGURADO, Milton Duarte. *Pequena história do direito brasileiro*. 2. ed., Campinas: Mizuno, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000



## **O DIREITO INTERNACIONAL COMO SUCEDÂNEO DO DIREITO NATURAL**

**Luis Renato Vedovato<sup>1</sup>  
Fábio Nadal Pedro<sup>2</sup>**

“Abraão fez guerra aos quatro reis que saquearam Sodoma e, por causa disso, foi abençoado por Melquisedec. Ele fez isso sem um mandato especial de Deus, conforme a história parece indicar; por conseguinte, ele deve ter sido justificado pela Lei da Natureza, porque era muitíssimo sagrado e sábio, como declaram até os autores pagãos.”

Hugo Grotius<sup>3</sup>

“When international lawyers say that a state is sovereign, all that they really mean is that it is independent, that is, that is not a dependency of some other state. They do not mean that it is in any way above the law.”

Peter Malanczuk<sup>4</sup>

### **1. HUGO GROTIUS E O DIREITO NATURAL SEGUNDO ANTONIO TRUYOL Y SERRA<sup>5</sup>**

“El Derecho natural es, para Grocio, lo que la recta razón muestra como conforme a la naturaleza social del hombre, un conjunto de principios absolutos que el propio Dios no podría alterar. De ahí la célebre frase según la cual el Derecho natural existiría en la hipótesis – que, desde luego, él rechaza – de que Dios no existisse, una frase, por lo demás, tomada de escolásticos de la Baja Edad Media que reaccionaban contra el voluntarismo teológico de Occam.”

A citação acima despertou o interesse para que se buscasse uma interligação

---

<sup>1</sup> Luis Renato Vedovato – Especialista em Direito do Comércio Internacional na Universidade de Chicago. Mestre em Direito Internacional pela USP. Advogado. Assessor Jurídico da DAE S/A de Jundiaí. Professor na Cadeira de Direito Internacional na UNIP. Professor na Cadeira de Direito Constitucional na FAJ.

<sup>2</sup> Fábio Nadal Pedro – Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP. Advogado. Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Jundiaí (licenciado). Diretor Técnico-Jurídico da Prefeitura Municipal de Jundiaí. Professor na Cadeira de Direito Tributário na UNIANCHIETA. Assistente na Cadeira de Teoria da Justiça Constitucional na PUC/SP. Professor na Cadeira de Processo Administrativo na FACAMP. Professor nas Cadeiras de Direito Constitucional e Administrativo na UNIP.

<sup>3</sup> Sobre os Direitos de Guerra e Paz, Livro I, Cap. II, II.1.

<sup>4</sup> Cf. MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th. ed. London: Routledge; 1998, p. 17.

<sup>5</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1998, p.67.

entre o direito internacional e o direito natural. Atualmente, tendo-se como certo que a religião está distante, ao menos formalmente, do direito, será que existe alguma crença<sup>6</sup> que envolva o respeito ao direito internacional? No passado, ela estava ligada ao direito natural, por isso o desenvolvimento do presente trabalho.

## 2. O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Quando comparado com os direitos internos<sup>7</sup>, o direito internacional público<sup>8</sup> (DIP), como pregam uma parcela dos estudiosos do direito e a maioria dos leigos, pode ser tido como uma disciplina problemática<sup>9</sup>. Realmente, ele tem características próprias que são reflexos de sua constituição preponderante por normas horizontais, resultado de sua impossibilidade, quase total, de impor normas aos seus sujeitos<sup>10</sup>, todos igualmente independentes<sup>11</sup>.

Daí a importância da identificação das suas características fundamentais que são: a *descentralização*, pois não há órgãos concentradores do monopólio da criação e aplicação de normas; o *consenso*, que estabelece a impossibilidade de obrigar um sujeito de direito internacional a cumprir uma norma à qual não se vinculou<sup>12</sup>; a *dificuldade de efetivação*, tida como consequência das anteriores, esclarece que a falta de um órgão supranacional destinado a aplicar o direito diminui a velocidade de aplicação do direito; e a *autotutela*, que é a opção restante nas

---

<sup>6</sup> Para análise dessa questão, vale a leitura de NADAL PEDRO, Fábio. *O Mito como discurso legitimador da Constituição*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

<sup>7</sup> Cf. BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press; 1990, p. 75.

<sup>8</sup> Principalmente depois da colocação em prática da chamada doutrina Bush de ataques preventivos, que foi efetivada com a intervenção armada no Iraque em março de 2003, voltou a lume a discussão sobre a existência do direito internacional público. Entendendo, todavia, superada essa questão, pois se existe uma sociedade recheada de relações jurídicas, há direito a ela aplicável, *ubi societas ibi jus*, e os sujeitos de direito internacional formam uma sociedade internacional; sugiro a leitura de MALANCZUK, op. cit., p. 5; PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1993, p. 45; 79. A ação estadunidense, por sua vez, deve ser entendida como uma violação às normas de direito internacional público sobre a segurança coletiva internacional.

<sup>9</sup> Cf. na obra citada de PASTOR RIDRUEJO, p. 37, sua preocupação com a fundamentação do direito internacional público.

<sup>10</sup> São reconhecidos como sujeitos de direito internacional público os Estados, as Organizações Internacionais, a Santa Sé e, nos sistemas de proteção internacional dos direitos fundamentais, principalmente no sistema europeu, o ser humano.

<sup>11</sup> A escolha pelo uso do termo *independentes* em vez de *soberanos* é proposital, pois este último deveria ser usado em situações em que há relações de poder; no direito internacional público as relações são travadas entre iguais, que não podem ser soberanos quando comparados com os demais, daí o entendimento de que é mais propícia a utilização da palavra escolhida. Quanto a esse tema cf. MALANCZUK, op. cit., p. 17, e para um estudo mais aprofundado sobre a soberania e o direito internacional público, cf. HELLER, Hermann. *La Soberanía - Contribución a la teoría del derecho estatal y de derecho internacional*. Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica 1995.

<sup>12</sup> Excluem-se as normas do *jus cogens*, que é "o conjunto de normas que, no plano do direito das gentes, impõem-se objetivamente aos Estados, a exemplo das normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas". REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público - Curso Elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 111.

situações em que há resistência no cumprimento do direito ou não vinculação a sistemas de solução pacífica de controvérsias.

Dessa forma, os sujeitos de direito internacional, em regra, devem chegar a um consenso para a criação da norma internacional<sup>13</sup>, global ou regional. Como asseveram Kaplan e Katzenbach<sup>14</sup>, “qualquer que seja a razão moral da teoria do consentimento (razão representa uma repulsa à coação) os Estados ‘consentem’ os preceitos internacionais da mesma maneira que os indivíduos ‘consentem’ as leis existentes”.

Todavia, a inexistência de um aparato assemelhado ao estatal impede a aplicação de maneira efetiva de sanções o que, na maioria das vezes, pode acarretar a utilização de boicotes econômicos<sup>15</sup>, entre outras modalidades de pressão, para que o Estado seja impelido a agir de acordo com as regras às quais se vinculou<sup>16</sup>.

Logo, tendo-se em mente a lógica do direito internacional público, cujos principais sujeitos são os Estados, o julgamento de um deles só poderia ser feito por um tribunal internacional, o que é clara decorrência de suas características, principalmente a descentralização. Antes disso, no entanto, outros meios pacíficos de solução de controvérsias deveriam ser tentados, como, primordialmente, o caminho diplomático<sup>17</sup>.

O desafio no presente artigo é analisar a colocação do Direito Internacional Público no patamar de uma crença, pois, como se vê, possui grande dificuldade de efetivação. Dessa forma, o Direito Internacional sofre influência decisiva do poder, o que o faz muitas vezes ser influenciado pelos detentores do poder econômico. Alcançaram tal patamar os chamados Direitos do Homem, por isso vale a tentativa de demonstrar os fundamentos desses Direitos.

### **3. DIREITOS HUMANOS – SUSTENTADOS PELO DIREITO NATURAL**

A idéia do que são e como se fundamentam os Direitos Fundamentais, há muito tempo, vem desafiando os estudiosos do direito. Saber exatamente o que são esses direitos e como identificá-los têm sido tarefas árduas conferidas aos doutrinadores. Fundamentar os direitos fundamentais demanda perguntar sobre as suas origens.

---

<sup>13</sup> Cf. sobre o tema DUPUY, René-Jean. *Le Droit International*. Paris: PUF, 1963, p.130.

<sup>14</sup> KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *The Political Foundations of International Law*. New York: John Wiley & Sons, Inc, 1961, p. 22.

<sup>15</sup> Sobre a influência do poder dos Estados na criação do direito internacional público, vale a leitura da obra MORGENTHAU, Hans J. *Politics Among Nations - The Struggle for Power and Peace*. Revised by Kenneth W. Thompson. Chicago: McGraw Hill, 1993.

<sup>16</sup> O termo vinculação é mais usado para se fazer referência a normas positivadas como os tratados; usa-se, no entanto, aqui em seu sentido amplo.

<sup>17</sup> cf. CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 60.

Muitos conceitos, no entanto, são elaborados com falta de conteúdo, como é o caso do proferido na obra de Henry Bonfils, que, no começo do século XX, definiu direitos fundamentais como aqueles que são inerentes aos seres humanos<sup>18</sup>, todavia, não se esclarece o que é inerente ao ser humano.

Defender o indivíduo contra as ações do Estado é a função maior dos direitos fundamentais. É possível se imaginar, socorrendo-se dos contratualistas, que, no momento no qual foi elaborado o Contrato Social, pode-se dizer que a linha limítrofe entre os direitos entregues ou depositados ao Estado e os que continuavam sob a esfera de poder do indivíduo passa necessariamente pela descoberta de quais são os direitos fundamentais, ou melhor, o que são os direitos fundamentais e em que grau aconteceu essa transferência de direitos ao Estado.

As expressões direitos humanos e direitos fundamentais são usadas, muitas vezes, de maneira indistinta, no entanto, a opção, no presente trabalho, será pela utilização da expressão direitos fundamentais, como à frente exposto, pois sabe-se da dificuldade de se determinar um grupo de direitos que tenham validade para todos os povos, sem limites temporais.

Entende-se, então, que os direitos fundamentais são aqueles que foram beneficiados pela imutabilidade e, formal ou materialmente, podem ser tidos como constitucionais.<sup>19</sup>

Para Fernando Barcellos de Almeida, os “Direitos Humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais”<sup>20</sup>.

Importante, porém, é que, como ressalta o próprio Fernando Barcellos de Almeida, “o caráter genérico dessa definição seria aceitável até pelos adeptos do islamismo fundamentalista ou pelos ciganos. Mas, deve haver um esforço mesmo desses e outros grupos mais radicais a fim de eliminar a palavra ‘peculiares’ da expressão ‘qualidades peculiares’ e de acrescentar a palavra ‘igual’ antes da palavra ‘satisfação’. Com isso passariam a ser mais efetivos os vários documentos internacionais de rejeição das discriminações ainda existentes no mundo, como as praticadas contra as mulheres ou por motivos religiosos, étnicos e outras mais.”

De acordo com Robert Alexy, entre o conceito de norma de direito fundamental e o de direito fundamental existem conexões profundas e, sempre que alguém

---

<sup>18</sup> Cf. BONFILS, Henry. *Manuel de Droit International Public (Droit de Gens)*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1901, p. 209; cf., também, HEGEL, Georg W. Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 41.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 387. Cf. também: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais - Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 25.

<sup>20</sup> ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 24.

possua um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga este direito<sup>21</sup>. Portanto, identificar-se o rol das normas de direitos fundamentais é importante passo para a identificação dos direitos fundamentais.

Para ele, as normas de direitos fundamentais são irrevogáveis; podem, no entanto, sofrer a ação de limites legais ou materiais. Mais uma vez, portanto, a imutabilidade é essencial para a definição do conceito.

Para Louis Henkin<sup>22</sup>, os direitos fundamentais “constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações estas reconhecidas ‘de direito’ e não apenas por amor, graça ou caridade”.

Peter Malanczuk<sup>23</sup>, atualizando a obra de Michael Akehurst, também traz uma definição de direitos fundamentais; para ele, o conceito de direitos fundamentais “é certamente dinâmico e está sujeito a mudanças e expansão, como pode ser visto pela história constitucional dos estados ocidentais”, e continua explanando que, no entanto, “é importante manter a essência do conceito, que determina que cada indivíduo tem certos direitos inalienáveis e que o protegem contra a interferência e o abuso de poder pelos governantes”. E conclui dizendo que “esses chamados direitos civis e liberdades fundamentais são, por exemplo, o direito a um julgamento justo, liberdade de religião e de expressão”.

Para o professor da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos, Jack Donnelly<sup>24</sup>, o termo direitos fundamentais indica tanto a sua natureza quanto a sua fonte. Para ele, são aqueles que alguém possui pelo simples fato de ser humano; nesse ponto, Donnelly poderia ter caído na falta de conteúdo de seu conceito enfrentada por outros doutrinadores, se não fosse a ligação que faz com os imperativos categóricos de Kant, para completar a sua conceituação.

Como já exposto, pode se dizer, também, que são direitos fundamentais aqueles que a lei define como tais, adotando-se, assim, o caminho positivista.

Por outro lado, há também doutrinadores que dizem ser possível a determinação precisa do conceito de direito fundamental, vinculando-o à garantia da dignidade humana. No entanto, novo problema surge: o que é dignidade humana?

Nas palavras do professor Comparato: “O primeiro postulado da ciência jurídica é o de que a finalidade-função ou razão de ser do Direito é a proteção da

---

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 47.

<sup>22</sup> HENKIN, Louis. *The rights of man today*. New York: Columbia University Press, 1988, p. 1;3.

<sup>23</sup> MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7ª ed. London: Routledge; 1998, pg. 209.

<sup>24</sup> DONNELLY, Jack. *International Human Rights*. 2nd ed. Colorado: Westview Press, 1998, p. 18: “The term human rights indicates both their nature and their source: they are the rights that one has simply because one is human. They are held by all human beings, irrespective of any rights or duties individuals may (or may not) have as citizens, member of families, workers, or parts of any public or private organization or association. They are universal rights.”

dignidade humana, ou seja, da nossa condição de único ser no mundo, capaz de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”.

Também o professor Paulo Bonavides, no seu *Curso de Direito Constitucional*<sup>25</sup>, trilha tal caminho e, de forma brilhante, discorre sobre o problema da conceituação dos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

“Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber, direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.”

De acordo com Carl Schmitt<sup>26</sup>, a qualificação, como direito fundamental, trazida pelo direito vigente, dá-se de duas formas: ou pela análise do grau de dificuldade de alteração da norma, quanto maior essa dificuldade, mais próxima está a norma de trazer como conteúdo um direito fundamental; ou pela nomeação como tal, feita pela constituição. Novamente, aproxima-se aqui do posicionamento positivista.

No entanto, do ponto de vista material, a dificuldade também é exposta pelo doutrinador alemão, pois admite que o rol dos direitos fundamentais varia de país para país, em função das diferenças culturais<sup>27</sup>.

Não há, portanto, até aqui uma fórmula que demonstre de forma precisa as características que identificam os direitos fundamentais, por conta disso, a melhor saída parece ainda ser aquela que prega serem direitos fundamentais os assim definidos pelo direito positivo.

A gama mínima de direitos que sustenta a dignidade do ser humano pode ser considerada como a gama de direitos fundamentais, no entender de Konrad Hesse, linha também seguida pelo professor Dalmo de Abreu Dallari, que define direitos humanos como a representação de “uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana”; continua o professor asseverando que “esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente

---

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 514.

<sup>26</sup> Cf. o raciocínio de Schmitt em BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 515: “Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.”

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 515: “Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.”

da vida”<sup>28</sup>.

Como bem ensina o professor José Carlos Vieira de Andrade, “aquilo que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por diversas perspectivas”<sup>29</sup>.

Continua o professor, dizendo que “os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser considerados direitos de todos os homens (ou categorias de homens), em todos os lugares, num certo tempo – perspectiva universalista ou internacionalista; como ainda podem ser referidos aos direitos dos homens (cidadãos), num determinados tempo e lugar, isto é, num Estado concreto – perspectiva estadual ou constitucional”.

Exatamente para evitar o entendimento que poderia levar à primeira perspectiva, deve-se ter cuidado no uso da expressão “*direitos humanos*”, pois é um claro *bis in idem*, pois, em última análise, somente os seres humanos são sujeitos de direito<sup>30</sup> (tomando-se como certo que eles formam as pessoas jurídicas).

Prefere-se aqui, como já antecipado, a expressão direitos fundamentais da pessoa, conforme lição de José Roberto Franco da Fonseca<sup>31</sup>. Entretanto, não se pode deixar de se mencionar que a expressão *direitos humanos*<sup>32</sup> é a mais usada, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Para Salvador Vergés Ramírez, direitos fundamentais são “aquelas exigências que brotam da própria condição natural da pessoa humana, e que reclamam seu reconhecimento, seu respeito e inclusão sob tutela e promoção por parte de todos; mas especialmente de quem está constituído em autoridade”<sup>33</sup>.

Esse parece ser o conceito que mais satisfaz, pois traz os pontos principais, sem cair no problema da falta de conteúdo, pois equilibra o elemento material, com aspectos positivistas, além de inserir a necessidade de tutela e respeito dos mesmos.

Aliás, pode-se dizer que a internacionalização da proteção dos direitos fundamentais trouxe uma menor dificuldade na conceituação dos mesmos, pois tor-

---

<sup>28</sup> Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo - Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 27.

<sup>29</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais - Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 11.

<sup>30</sup> No mesmo sentido: RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo - Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 27.

<sup>31</sup> FONSECA, José Roberto Franco da. Dimensão internacional dos direitos da pessoa. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. 1993; 88:487-496, p. 488.

<sup>32</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo - Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 28: “Cabe citar como expressões tradicionais ligadas ao tema as seguintes: direitos naturais, direitos individuais, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos e finalmente direitos fundamentais do homem ou direitos fundamentais da pessoa humana” – vale ressaltar, também, que o autor afasta as quatro primeiras expressões por possíveis confusões com o direito natural ou com apenas uma das gerações de direitos fundamentais.

<sup>33</sup> RAMÍREZ, Salvador Vergés. *Derechos Humanos: Fundamentación*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 16.



nou visível a todas as sociedades quais são eles, optando-se, dessa forma, claramente pela posição positivista<sup>34</sup>.

Nesse mesmo sentido, também, vai o pensamento do professor Viera de Andrade, que demonstra que a internacionalização dos direitos fundamentais assinala “a preocupação internacional de garantir certos direitos fundamentais do homem”, garantia, no entanto, que vem sem a preocupação de criação de normas válidas como verdades absolutas em todos os tempos, a preocupação é mais modesta, todavia, mais eficaz, que é trazer ao conhecimento de todos os direitos fundamentais universais e comuns aos povos de todos os continentes<sup>35</sup>.

Antonio Enrique Pérez Luño utiliza a expressão direitos humanos, conceituando-a como o conjunto de faculdades, instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais<sup>36</sup>.

Com um conceito um pouco mais aberto, o professor J.J. Gomes Canotilho diferencia, como já exposto, direitos do homem e direitos fundamentais, os primeiros ligados a uma dimensão jusnaturalista-universalista, e os segundos, para o constitucionalista português, são aqueles “jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”<sup>37</sup>. Continua o autor, nos seguintes termos:

“Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”<sup>38</sup>

Utilizando a expressão direitos subjetivos fundamentais, Gregório Peces-Barba conceitua-os como faculdade que a norma atribui de proteção à pessoa no que se refere a sua vida, liberdade, igualdade, participação no processo político e social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o seu desenvolvimento integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com possibilidade de colocar em marcha o aparato coativo do Estado em caso de violação<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> SZABÓ, Imre. The Theoretical Foundations of Human Rights. In: *International Protection of Human Rights*. New York: Asbjørneide & August Schou, 1967, p. 35: “The incorporation of human rights in international law has, to a certain degree, brought about an approach of the various concepts relating to them; more precisely, it has enable those starting form different approaches to arrive at a harmony in the legal definition of human rights. Thus, on the one hand it can be said that after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights and of international treaties relating to human rights, it seems of minor interest, whether believers in the different social systems, respectively in the different theories and philosophical trends organize their scientific approach to he human rights in this or that manner, since the diversity of theories has been balanced by the unit of positive law.”

<sup>35</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais - Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 19.

<sup>36</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; CASCAJO CASTRO, José; CASTRO CID, Benito de; GÓMEZ TORRES, Carmelo. *Los Derechos Humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 43.

<sup>37</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 387.

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 387.

<sup>39</sup> PECES-BARBA, Gregório. *Derechos Fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Biblioteca Universitária Guadiana, 1976, p. 80.



Prefere José Afonso da Silva a expressão *direitos fundamentais do homem*, que, no seu entendimento, “constitui a expressão mais adequada (...), porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”<sup>40</sup>.

A não exaustão dos direitos fundamentais pelas suas várias compilações é certa; exatamente por esse motivo, a constituição brasileira demonstra que não traz um rol com a totalidade dos direitos fundamentais, abrindo-se portas para que eles possam ser retirados do sistema ou dos tratados internacionais (art. 5º, § 2º)<sup>41</sup>, opção que nasceu exatamente pela dificuldade de conceituação de tais direitos.

Dessa forma, opta-se no presente trabalho pela utilização da expressão direitos fundamentais, adotando-se, também, as definições do professor José Afonso da Silva e do professor Salvador Vergés Ramírez, pois trazem os pontos que mais interessam ao objetivo desta obra, quais sejam, a positivação, ou reconhecimento, e necessidade de mecanismos de tutela.

A importância dos direitos fundamentais, hoje, pode ser identificada tanto no campo teórico quanto no campo prático. Pois é clara, atualmente, a necessidade de hierarquização constitucional dos direitos fundamentais. Por outro lado, é possível identificar-se o nível de desenvolvimento de uma nação através da análise da distância existente entre o direito declarado e a prática.

Passa-se, agora, a uma análise sucinta das principais correntes que buscam compreender a fundamentação dos direitos fundamentais. Para tal estudo, escolheu-se a obra de José Carlos Vieira de Andrade, que analisa o tema sob três dimensões: a perspectiva filosófica ou jusnaturalista; a universalista ou internacionalista, que mais nos interessa; e, por último, a perspectiva estadual ou constitucional.

#### **4. DIREITO NATURAL**

O conceito de que o direito é baseado na natureza humana é antigo, surgindo sob duas formas: na Grécia, é o corpo de normas ideais e não escritas, opostas aos estatutos reais e imperfeitos da vida cotidiana; em Roma, o direito positivo era apresentado como uma distorção de uma ordem natural primitiva<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 176.

<sup>41</sup> Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo - Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 33; também cf. PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 70.

<sup>42</sup> CAENEGEM, R. C. van. *um Introdução Histórica ao Direito Privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 164.

A palavra jusnaturalismo vem da junção de *ius* e *natural*, demonstrando-se assim o seu objetivo que é encontrar um fundamento para todo o direito e, nesse cenário, os direitos fundamentais têm papel essencial<sup>43</sup>.

O surgimento dos direitos fundamentais se deu exatamente através da perspectiva filosófica jusnaturalista, baseada na idéia de que há direitos que nascem com o ser humano, direitos que fazem parte da natureza humana<sup>44</sup>.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr., “as prescrições do direito natural pressupõem, segundo Pufendorf, a natureza decaída do homem. Em consequência, toda ‘ordenação’ e, pois, todo direito contém, pela sua essência mesma, uma proibição. Seu caráter fundamental repousa, por assim dizer, em sua função imperativa (*befehlende*) e não em sua função indicativa (*anzeigende*), para usar uma terminologia de Kelsen”<sup>45</sup>.

Ligada estritamente com o Direito Natural<sup>46</sup> ficaria, portanto, a evolução dos direitos fundamentais, pois também esses estariam ligados à natureza humana<sup>47</sup>.

Por conta de suas amarras com o direito natural, dessa forma, é comum se dizer que os direitos fundamentais têm sua origem junto aos estóicos, primeiros a trazerem, em suas obras, os conceitos primários de dignidade e de igualdade, retirando a necessidade de se ter a qualidade de cidadão para que todo homem as tenha.

O jusnaturalismo<sup>48</sup> ganhou força com o surgimento do Cristianismo e, principalmente, na Idade Média, com a obra de São Tomás, que pregava a igualdade entre os homens, pois todos eram filhos de Deus. No entanto, ele sofreu uma retomada no início da era moderna, mais precisamente no século XVI<sup>49</sup>.

Por essa explicação, os direitos fundamentais são imutáveis, absolutos e atemporais, sendo inerentes à natureza humana, por isso devem ser impostos a todo e qualquer ordenamento jurídico. Nas palavras de Salvador Vergés Ramírez, a

<sup>43</sup> RAMÍREZ, Salvador Vergés. *Derechos Humanos: Fundamentación*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 23: “La presente teoría, compuesta etimológicamente de dos palabras clave: «*ius*» y «*natural*», connota ya su objetivo. Busca, en efecto, indagar el origen de todo derecho, y, a ese propósito, los derechos humanos ocupan la parte principal de tal investigación, ya que únicamente los derechos humanos pueden brotar de ese derecho, denominado natural, en el sentido de que el pertenece a la propia naturaleza humana.”

<sup>44</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais - Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 11.

<sup>45</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 25.

<sup>46</sup> Cf. PASSERIN D'ENTREVES, Alessandro. *Natural Law*. London: Hutchinson'sUniversity Library; 1951, p. 55; STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: The University of Chicago Press; 1953, p. 110; PIOVANI, Pietro. *Giusnaturalismo ed Ética Moderna*. Bari: Laterza, 1961, p. 27; e, também, BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997, p. 36.

<sup>47</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 36.

<sup>48</sup> BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. 2. ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 129: “Desde tiempos muy antiguos, filósofos y pensadores políticos han sustentado la creencia de que tiene que haber un Derecho basado en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual o colectivo. Han estado convencidos de que existía un Derecho natural permanente y enteramente válido, y que era independiente de la legislación, la convención o cualquier otro expediente imaginado por el hombre.”

<sup>49</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História - Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 180: “O jusnaturalismo moderno difere da tradição clássica, aristotélico-tomista. Estamos, no início da modernidade, isto é, no século XVI, assistindo a uma reafirmação do sujeito e da razão individuais.”

lei natural não vem de fora do homem, mas emana de seu interior, como água que brota de um manancial<sup>50</sup>.

A evolução do jusnaturalismo<sup>51</sup> fez perceber que ele poderia ser suplantado por outras perspectivas; no entanto, apesar de não ser estudado com a mesma intensidade que nos tempos em que surgiu, tal teoria, ao contrário dos autores que dele se afastam, não tem “apenas interesse histórico, modernizou-se, mas não desapareceu e é a ela que por vezes se recorre ainda hoje, sempre que há deficiências ou dificuldades na aplicação das normas positivas referentes aos direitos fundamentais”<sup>52</sup>.

Dessarte, ainda que tida como ultrapassada, apesar da demonstração em contrário, a perspectiva jusnaturalista tem o crédito de ter sido a primeira a analisar o tema de maneira coerente.

A história demonstra claramente a alternância entre períodos de esplendor e banimento do direito natural, como estudado por Arnold Brecht.

De fato, a importância do jusnaturalismo no decorrer dos tempos foi variável, dependendo, sempre, da tendência adotada pelos pensadores, como acima citado por Brecht.

O principal ponto, no entanto, do jusnaturalismo é que ele trouxe “a primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, construídos estes contratualmente – de acordo com o pensamento de Locke – com base na liberdade política e nas liberdades individuais e assim se define a possibilidade de realização jurídica dos direitos do homem, traçando o sentido da mudança, cujos marcos históricos mais significativos viriam a ser as Revoluções Americana e Francesa”<sup>53</sup>.

Outras perspectivas podem ser identificadas, essas ligadas ao Positivismo<sup>54</sup>, como se verificará.

## 5. TEORIA HISTÓRICA

De acordo com tal teoria, a evolução histórica tem papel essencial para a identificação de quais são os direitos que devem ser garantidos de maneira mais efetiva. Percebeu-se que esses direitos variam de acordo com o período analisado. Cabe portanto à história a determinação precisa sobre quais direitos devem ser mantidos e quais devem ser elevados a tal categoria.

---

<sup>50</sup> RAMÍREZ, Salvador Vergés. *Derechos Humanos: Fundamentación*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 25.

<sup>51</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História - Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 181.

<sup>52</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais - Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 15.

<sup>53</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais - Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 14.

<sup>54</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 30: “O termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Auguste Comte, como também aquelas que se ligam à sua doutrina ou a ela se assemelham.”

Desse modo, os direitos fundamentais, na maioria das vezes, são fruto das reivindicações sociais e do reconhecimento histórico posterior por parte das autoridades. Cabe, aqui, alusão à obra de Eros Roberto Grau, que discorre sobre o Direito Posto e o Direito Pressuposto. Dessarte, o poder legislativo tem papel fundamental para a declaração de tais direitos.

A relatividade dos direitos fundamentais, para essa teoria, pode ser identificada em vários momentos; o exemplo principal é a escravidão, que foi tida como situação normal em períodos históricos. Só o reconhecimento e posterior codificação pode afastá-la do dia-a-dia do ser humano.

Constantemente, também, podem ser identificados novos direitos fundamentais, o que faz confirmar a base histórica dos direitos do homem, pois percebe-se que eles são mutáveis e, portanto, relativos, obedecendo apenas ao fundamento histórico, que não é absoluto, acomodando-se a cada conjuntura social ou histórica.

Muitas são as críticas a tal teoria, a principal é a que diz que não é a história que cria o direito, ela apenas o reconhece. Não foi a história que concedeu ao homem a liberdade, afastando a escravidão, mas, como diriam os jusnaturalistas, a sua própria condição de ser humano<sup>55</sup>. A história muda, o que não muda são os direitos fundamentais.

## 6. GARANTIA CONSTITUCIONAL OU TEORIA JURÍDICA

A Teoria Histórica demonstrou que os direitos fundamentais não são os mesmos em todos os tempos, há exemplos inúmeros alicerçando tal raciocínio<sup>56</sup>, o que fez surgir, portanto, a proteção dos direitos que estivessem positivados.

As Constituições, dessarte, passaram a ser o abrigo mais procurado pelo rol de direitos fundamentais. O início de tal movimento pode ser reconhecido com o surgimento da Magna Carta de 1215. Apesar de se saber que a maioria das conquistas foram alcançadas, no território inglês, no século XVII, com a ocorrência da Revolução puritana e da Revolução Gloriosa, elas que trouxeram o aumento progressivo dos enunciados, como a *Petition of Right* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e, por fim, o *Bill of Rights* (1689).

Na França da Revolução de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do

---

<sup>55</sup> RAMÍREZ, Salvador Vergés. *Derechos Humanos: Fundamentación*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 37: "La razón es la siguiente: el reconocimiento de los derechos de la persona fueron los que cambiaron los vectores del valor de la historia de la humanidad, y, en consecuencia, la historia ha tomado otro sesgo y dirección. De forma que el paso de la era de la esclavitud a la de la libertad fue solo un reconocimiento de lo que 'es' la persona, no de la historia. Ésta, pues, si cambia; no la persona, que es su única protagonista nata."

<sup>56</sup> RAMÍREZ, Salvador Vergés. *Derechos Humanos: Fundamentación*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 35.

Cidadão traz, em seu artigo 16<sup>57</sup>, norma que expressamente declara que a nação em que não haja a garantia dos direitos fundamentais e a separação dos poderes não possui constituição. Claramente, dessa forma, definindo-se como sendo materialmente constitucional a declaração de direitos fundamentais<sup>58</sup>.

Papel essencial também foi realizado, um pouco antes, pela independência norte-americana, que trouxe as Declarações de Direitos dos Estados (Virgínia e Maryland, em 1776) e a Constituição Federal, de 1787, com suas nove primeiras emendas.

Apesar de, na França, as declarações de direitos fundamentais não estarem no corpo da Constituição, elas fazem parte do bloco de constitucionalidade francês.

Portanto, a partir das Declarações americanas, passou a aumentar cada vez mais o número de Estados que passaram a englobar nas suas constituições a declaração de direitos fundamentais. Eram direitos fundamentais, pois estavam na Constituição, ou, como visto, por fazerem parte do bloco de constitucionalidade.

Nas palavras de Salvador Vergés Ramírez, tal teoria “determina que se deve buscar a pedra basilar dos direitos na codificação dos direitos humanos (fundamentais)”, continua, “a razão para isso passa pelos seguintes passos: primeiro, as leis são a expressão da vontade popular, em virtude das eleições de seus representantes; segundo, as leis expressam juridicamente tal vontade, que é soberana; terceiro, as leis obrigam ao cumprimento, em virtude da coação jurídica que elas possuem necessariamente”<sup>59</sup>.

## 7. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Garantir um mínimo de direitos para todas as pessoas do mundo e controlar as ações dos Estados, esses foram os fatores que levaram à internacionalização dos direitos fundamentais<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos. In: *Publicação Especial em Comemoração aos 10 anos de Fundação da Associação Juizes para a Democracia. Direitos Humanos - Visões Contemporâneas*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, p. 16: “Ao recolherem dos norte-americanos a idéia central de que a Constituição é um ato de vontade coletiva, mais exatamente o instrumento de refundação, em novas bases, da sociedade política, os revolucionários franceses de 1789 afirmaram, solenemente, que as instituições da sociedade assim constituída tinham por finalidade precípua garantir a livre fruição dos direitos humanos. ‘Toda sociedade’, proclamou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão daquele ano, ‘na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação de poderes determinada, não tem constituição’ (art. 16).”

<sup>58</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais - Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 27: “De facto, o movimento constitucionalista iniciado pouco antes nos Estados americanos e continuado desde então por toda a Europa e pelo Mundo, respeitou e realizou essa impositação do artigo 16º, de modo que não há praticamente constituições que não tenham dedicado um espaço aos direitos ou liberdades fundamentais.”

<sup>59</sup> RAMÍREZ, Salvador Vergés. *Derechos Humanos: Fundamentación*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 38.

<sup>60</sup> Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 11.

Principalmente depois da descoberta do massacre aos judeus, durante a Segunda Guerra, essa idéia ganhou força e tem conseguido alcançar seus objetivos<sup>61</sup>. O ponto crucial é fazer os Estados se sujeitarem a um ordenamento internacional que declare tais direitos.

Com as constantes diminuições de importância do jusnaturalismo, era necessário ser criado novo limite à atuação do legislador. O novo fundamento, portanto, dos direitos fundamentais é o direito internacional<sup>62</sup>.

É certo, ainda, que a probabilidade de que tal teoria seja posta em prática pode depender da existência de normas abertas no ordenamento jurídico interno de cada país, como o art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira, pois tal norma traz para o nível constitucional os tratados internacionais que versam sobre direitos fundamentais.

Situação parecida é encontrada nos ordenamentos jurídicos do Peru e da Argentina, que nas recentes alterações constitucionais inseriram tal possibilidade.

Tal situação acontece pois, apesar da existência de sistemas internacionais de proteção dos direitos fundamentais, é característica do direito internacional a dificuldade de efetivação, em decorrência da sua descentralização e sua busca constante e necessária pelo consenso<sup>63</sup>.

Pode-se dizer, também, que o fundamento internacional dos direitos fundamentais pode levar a decisão sobre quais normas devem existir para longe do jogo interno de poderes, afastando a atuação de grupos de pressão internos e distanciando tais normas do âmbito de influência dos governos internos, garantindo-se, portanto, de maneira mais efetiva, a existência dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Vieira de Andrade<sup>64</sup>:

“A assinatura de todas essas declarações, convenções e pactos, associada à proliferação de organizações não-estaduais, assinalam a preocupação internacional de garantir certos direitos fundamentais do homem. Não já na perspectiva jusracionalista de afirmações de verdade absoluta, válida para todos os tempos, mas, mais modestamente, na perspectiva de manifestações fundamentais de princípios inscritos na consciência jurídica universal hoje comum aos povos de todos os continentes.”

---

<sup>61</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais - Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 16: “Embora já no tempo da Sociedade das Nações se tivesse revelado a necessidade de garantir internacionalmente certos direitos (fundamentais) de grupos religiosos, culturais ou racionais foi durante e depois da II Grande Guerra que se sentiu de modo particularmente intenso a necessidade de criar, ao nível da comunidade internacional, mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos nos diversos Estados.”

<sup>62</sup> Cf. DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 84; e também DUPUY, René-Jean. *Le Droit International*. Paris: PUF; 1963, pg. 35.

<sup>63</sup> MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7. ed. London: Routledge, 1998, p. 13.

<sup>64</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais - Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 18.

Logo, percebe-se que a finalidade de tal corrente não é alcançar um fundamento único, mas sim garantir um mínimo de direitos para todos os seres humanos em todo o mundo. Além disso, afirma Kelsen que a evolução do direito leva à integração cada vez maior entre o ordenamento interno e o ordenamento internacional<sup>65</sup>.

Como assevera o professor Comparato: “Felizmente, não é apenas essa globalização capitalista que está em curso no mundo contemporâneo. Ao lado dela, ou melhor, contra ela trabalha outra força histórica de unificação da humanidade: a consciência de que nada há de mais importante no mundo que a pessoa humana, e de que todos os homens, não importando a sua raça, o seu sexo, as suas condições patrimoniais, a sua nacionalidade ou a sua cultura, possuem essa mesma dignidade. Assim, se a sociedade capitalista obedece unicamente ao princípio do individualismo soberano, que é a lei do mais forte, a ‘sociedade universal do gênero humano’, já anunciada pela filosofia estoica há mais de vinte séculos, funda-se em princípio oposto: a comunhão solidária de todos, na construção de um mundo livre justo e fraterno”<sup>66</sup>.

Nesse ponto, ousa-se discordar de Vieira de Andrade<sup>67</sup>, que diz que as visões jusnaturalista, constitucional e internacional<sup>68</sup> podem ser tidas como círculos concêntricos, em que o mais amplo é o círculo constitucional.

Estaria certo se todas as constituições tivessem a cláusula aberta contida na Constituição Brasileira de 1988<sup>69</sup>; no entanto, há a possibilidade de que em alguns países esse tenha uma amplitude menor que a dos direitos garantidos internacionalmente, e, em outros casos, a Constituição pode trazer menos direitos que aqueles do círculo do jusnaturalismo.

## 8. CONCLUSÕES

O que se busca, portanto, é a demonstração de que o direito internacional é o ramo do direito que mais ligações tem com a crença, pois o que menos possibilidade de aplicar sanções tem.

---

<sup>65</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 364: “Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito Internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito Mundial, quer dizer, a formação de um Estado Mundial.”

<sup>66</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos. In: *Publicação Especial em Comemoração aos 10 anos de Fundação da Associação Juizes para a Democracia. Direitos Humanos - Visões Contemporâneas*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, p. 16.

<sup>67</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais - Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 31.

<sup>68</sup> Cf. FRANK, Thomas. *Fairness in International Law and Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 10.

<sup>69</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia de. *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 115



Nesse passo, pode-se dizer que todos os ramos do direito dependem do poder para sua legitimação. Todavia, isso fica mais evidente no direito internacional, por isso, fazê-lo aplicável depende da consciência dos seus sujeitos de que ele é a única saída.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO e SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 15. ed. Paulo Borba Casella, atualizador. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.

CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 2000.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

DUPUY, René-Jean. *Le Droit International*. Paris: PUF, 1963.

FONSECA, José Roberto Franco da. Estrutura e Funções da Corte Internacional de Justiça. in: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (coordenadores). *O Direito Internacional no Terceiro Milênio - Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998, p. 750-762.

HELLER, Hermann. *La Soberanía - Contribución a la teoría del derecho estatal y de derecho internacional*. Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional - uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th. ed. London: Routledge, 1998.



MEIRA MATOS, Adherbal. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público - 2 vols*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho Internacional Público - Parte General*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

MORGENTHAU, Hans J. *Politics Among Nations - The Struggle for Power and Peace*. Revised by Kenneth W. Thompson. Chicago: McGraw Hill, 1993.

NADAL PEDRO, Fábio. *O Mito como discurso legitimador da Constituição*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1993.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume internacional: Gênese do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público - Curso Elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: Formas da Diplomacia e as Imunidades*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

SOUZA, Ielbo Marcos Lobo de. *Direito Internacional Costumeiro*. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

VEDOVATO, Luís Renato. *Os Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Fundamentais – A incorporação dos Tratados de Direitos Fundamentais ao Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação de Mestrado, apresentada em 24.06.2002, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



## **O SAMBA TRABALHISTA DO CONSTITUINTE DOIDO (A nova competência da Justiça do Trabalho)**

Manoel Carlos Toledo Filho\*

### **“LÁ IÁ LÁ IÁ LÁ IÁ / O BODE QUE DEU VOU TE CONTAR”**

Todos conhecemos ou pelo menos já ouvimos a frase acima, constante do célebre “Samba do crioulo doido”, composto por Sérgio Porto e popularizado pela interpretação impagável dos Demônios da Garoa.

Pois não há como deixar de referi-la, diante do contexto que a nova redação do artigo 114 da Constituição Federal impôs a todos nós, operadores do direito e do processo do trabalho.

Realmente.

Diz a música que um dedicado sambista, depois de passar diversos anos “obedecendo o regulamento”, ou seja, compondo sucessivas obras sobre temas relevantes da história nacional, como a Inconfidência Mineira e a Abolição, decidiu certa feita mudar o enfoque, e falar sobre a “atual conjuntura”. Todavia, endoidou, e acabou misturando tudo. Dentre outras coisas, casou Tiradentes com a princesa Leopoldina.

Conosco, *mutatis mutandis*, está se dando o mesmo.

O legislador constituinte passou décadas “obedecendo o regulamento”, ou seja, determinando que à Justiça do Trabalho incumbiria decidir os conflitos entre patrões e empregados. Houve, é certo, aqui e ali, pontos nebulosos, que volta e meia emergiam: dano moral, ações possessórias, acidentes de trabalho. Mas a regra geral sempre foi bastante clara para todos: a Justiça do Trabalho era a Justiça do empregado (ou, como corretamente também se assinalava, a Justiça do *ex-empregado*).

E agora?

Agora, mercê da nova redação conferida ao artigo 114 da Constituição, que em seu inciso I cogita de “relação de trabalho”, sem definir ou explicitar o que tal termo significaria, ou quais conflitos ele abrangeria, instaurou-se a mais genuína confusão, como se pode verificar pela leitura dos diversos artigos já escritos a tal respeito, bem como pelo teor das conversas e discussões que estamos todos mantendo sobre o assunto.

Assim, vejamos.

Uma primeira posição que se pode validamente sustentar é a de que nada teria mudado. A relação de trabalho afirmada seria ainda a nossa conhecida e

---

\*Juiz do Trabalho, professor da Puc-Campinas, mestre e doutorando em Direito pela USP

tradicional relação de emprego, quer dizer, a relação de trabalho desenvolvida mediante subordinação jurídica, exegese que se reforça pelo inciso IX do mesmo artigo, que fala em “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”. Natural: se o constituinte afirma que há “outras”, é porque estas outras não são aquela; e se aquela é uma só, ela deve ser uma espécie das “outras”. Logo, aquela é a relação de emprego, e as outras seriam as demais modalidades de prestação de serviços, em relação às quais mister se faria a edição de lei ordinária, para efeito de extensão da competência da Justiça do Trabalho.

No extremo oposto, há aqueles para quem teria mudado tudo: a conotação ampla afeta à expressão “relação de trabalho” não poderia ser objeto de restrição pelo intérprete, alcançando assim toda e qualquer espécie de prestação de serviço. Onde houvesse trabalho, lá estaria nossa Justiça à espreita, pronta para dirimir um eventual conflito. Todos viriam a nós: empregados, servidores públicos estatutários, trabalhadores autônomos, trabalhadores eventuais, profissionais liberais e seus respectivos clientes e pacientes, consumidores, tomadores de serviço. Quiçá até mesmo pessoas jurídicas. Bastaria que no núcleo do conflito houvesse uma relação de trabalho. E não se poderia outrossim, dentro desta linha de raciocínio, excluir o exame das infrações penais diretamente relacionadas ao trabalho, que igualmente estariam então afetadas a esta Justiça (Especializada?).

Quer dizer: os juízes “do trabalho” seriam juízes de *toda espécie de trabalho*. Do aviso prévio do peão de obra injustamente despedido ao nariz arrebitado da socialite, vítima de eventual imperícia médica decorrente do trabalho de seu cirurgião plástico, as questões passariam necessariamente pelo indefectível crivo da Justiça Laboral.

No meio do caminho, situam-se aqueles que entendem que as coisas teriam mudado, sim. Mas nem tanto. Relação de trabalho não seria relação de emprego. Mas seria uma coisa próxima dela: algo como o trabalho pessoal, de cunho não empresarial, apto a gerar lucro ou proveito econômico para o seu tomador, situando-se este último, no contexto da relação, em uma situação de certa preponderância fática ou jurídica, que justificaria a atração do conflito para a órbita da Justiça (ainda) Especializada. Seria a vulgarização ou a ampliação institucional, para efeito da identificação do juízo competente, da idéia de fragilidade econômica, cunhada por Oliveira Vianna no tocante à figura do pequeno empreiteiro.

Mas a celeuma não se esgota no campo da competência. Ela se transfere, como corolário, para o procedimento aplicável às novas lides derivadas da competência ampliada.

Aqui, como lá, todos nós sempre “seguimos o regulamento”, entendendo como procedimento cabível e pertinente aquele regido pelos ditames da CLT. Também, é certo, havia pontos duvidosos: ação de consignação, ação monitória, medidas cautelares. Mas a regra geral era clara: o processo do trabalho era o processo da CLT.

E agora?

Agora ninguém sabe.

Para alguns, se o processo é da Justiça do Trabalho, o procedimento, regra geral, deve ser o da CLT; para outros, se não se trata de conflito entre empregado e empregador, o procedimento deve ser o do CPC; ainda, sustenta-se que o rito da CLT poderia, conforme o caso, incidir com adaptações.

Em suma: o legislador constituinte, ao almejar criar uma competência que se amoldasse à “atual conjuntura” das relações entre os trabalhadores e os destinatários de sua labuta, gerou uma autêntica miscelânea. Uma pura salada institucional. E nós nos encontramos bem no meio dela. Estamos, forçoso é reconhecê-lo, praticamente na mesma situação do desventurado sambista: a um passo, ou menos, de casar Tiradentes com a princesa Leopoldina.

O que fazer?

Por primeiro, é importante ter cautela.

A discussão é complexa, envolve interesses de diversas ordens, compreende uma gama imensa de pessoas, e com certeza não se irá resolver da noite para o dia.

Uma parte dela, é verdade, parece estar já encaminhada, na medida em que os servidores públicos estatutários estão, por ora, apartados da Justiça do Trabalho, por força de decisão provisória proferida em sede de ADIN.

Quanto ao mais, todavia, é preciso tempo. Tempo para refletir e concluir.

Assim, não convém, de inopino, alterar substancialmente nossa postura tradicional, passando a aceitar e processar tudo aquilo que nos caia no colo. Nem tampouco se revela adequado, de outro lado, rejeitar desde logo qualquer alteração.

O melhor, em nosso modesto entender, é, pelo menos por enquanto, aceitar aquelas ações menos polêmicas, em relação às quais se pode dizer, com razoável segurança, que teriam mesmo sido abrangidas pela modificação operada pelo constituinte. Servem de exemplo as demandas derivadas de acidente de trabalho, em que seja demandado o empregador (o óbice representado pelo inciso I do art. 109 da CF que, convenhamos, já não era lá muito consistente, ficou agora mais frágil ainda, por conta do inciso VI do novo artigo 114), bem como as ações promovidas por trabalhadores que detenham situação equiparável à do empregado, conquanto eles próprios assim não se considerem, como é o caso do representante comercial.

Quanto ao procedimento, que se tenha por norte que, na dúvida, deverá ser aplicado o previsto pela CLT, de modo que uma multidão de nulidades não assome antes da hora.

É o que temos a fazer para que, depois de tudo, se tivermos mesmo de celebrar o matrimônio do inconfidente e da princesa, as bodas sejam de gala e não de luto.



## **NIETZSCHE, JUSTIÇA E DIREITO**

**Glauco Barsalini<sup>1</sup>**

### **A) UM BREVÍSSIMO COMENTÁRIO SOBRE “ASSIM FALOU ZARATUSTRÁ”**

Escrever sobre Friedrich Nietzsche não é tarefa simples. Isto porque, antes de mais nada, entender Nietzsche não é fácil. A forma poética com que escreve, cheia de símbolos que ensejam um sem-número de significações, em especial a que se apresenta no mais impactante de seus textos - o “Assim Falou Zaratustra” , que produz em alguns de seus leitores – e isso aconteceu conosco - um efeito ambíguo: um sentimento de fascínio e ao mesmo tempo um profundo desconforto, o que, em nosso caso, nos conduzia, a cada página que líamos, a um certo inconformismo contra a realidade da vida e ao mesmo tempo contra o próprio texto. Isso talvez porque, de fato, esta obra se coloca como uma fonte de verdades universais, talvez das mais importantes verdades universais, o que nos faz entender porque o autor chamou-a de “quinto evangelho”. É inquietante ler Nietzsche, e a força de seu pensamento não pode ser simplesmente desprezada, embora, obviamente, possa ser confrontada e mesmo, por alguns, combatida. Todavia, quem pretender confrontar suas idéias às presentes em outras estruturas de pensamento, e, mais ainda, combatê-las, deve, obrigatoriamente, primeiro, conhecê-las em toda a sua amplitude, o que pode ser, em certa medida, algo impossível, porque, ousamos afirmar, correndo o risco da polêmica, talvez, especialmente no caso de Zaratustra, o próprio Nietzsche não tivesse se apropriado absolutamente da extensão de todas elas, embora, por óbvio, como seu produtor, as conhecesse em sua raiz. Não se quer com isso afirmar que o texto seja fruto de um delírio; ao contrário, sabemos da radical consciência que possuía o autor a respeito do que produzia, dado que seu trabalho é eminentemente intelectual. Porém, ainda que ele mesmo fosse o que propunha à humanidade, um “para além do homem”, fica difícil imaginar que pudesse ter o mais completo domínio sobre a total extensão interpretativa de cada um dos termos que inseriu em seu texto. Queremos dizer com isso que se pode buscar compreender, e de fato compreender no que há de mais importante, as idéias de Nietzsche, que se pode, é claro, conhecer em larga amplitude Nietzsche, mas que é praticamente impossível criticá-lo negativamente de forma conclusiva, como muitos fizeram, dado que é, em nosso entendimento, praticamente impossível se obter o domínio completo sobre, como já dissemos, a total extensão interpretativa de todos os termos inseridos em seu texto – e aqui nos remetemos

---

<sup>1</sup> Bacharel e licenciado em Ciências Sociais pela UNICAMP, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCAMP, mestre em Multimeios pela UNICAMP e professor de Sociologia Geral e do Direito e de Metodologia da Pesquisa da FADIPA.

ao Zaratustra.

### **B) ZARATUSTRAS: O PEDAGOGO DA JUSTIÇA**

Nosso intuito, neste trabalho de curso, é estabelecer, de modo singelo, um debate a respeito do conceito nietzschiano de justiça e de direito, em confronto com a tradição positivista-jurídica, em especial aquela que define o direito em função da coação. Para tanto, faremos paralelos entre Nietzsche e Thomasius, Kant, Jhering, Kelsen e Ross, tendo como referências os trabalhos de Norberto Bobbio (O Positivismo Jurídico), Rudolf von Jhering (A luta pelo Direito), Miguel Reale (Horizontes do Direito e da História), Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito), Eduardo Rezende Melo (Nietzsche e a Justiça), Oswaldo Giacoia Junior (Nietzsche) e o próprio Nietzsche (Assim Falou Zaratustra).

Norberto Bobbio afirma que “o positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de definir constantemente o direito em função da coação, no sentido que vê nesta última um elemento essencial e típico do direito”<sup>2</sup>, e que “definir o direito em função da coerção<sup>3</sup> significa considerar o direito do ponto de vista do Estado.”<sup>4</sup>

Bobbio ensina que um dos precursores da teoria coativa do direito é Christian Thomasius, que, na Alemanha, desenvolveu seu pensamento entre os séculos XVII e XVIII. O filósofo do direito fizera uma releitura dos termos *jus perfectum* e *jus imperfectum* próprios da tradição jusnaturalista racionalista<sup>5</sup>, afirmando, contrariamente ao que esta defendia, que apenas o *jus perfectum*, ou, como denominava, o *justum*, configurava o direito, dado que o direito deveria ser compreendido como algo constituído apenas pelas normas que valem coativamente. Com isso, iluminista que era, Thomasius defendia a liberdade individual de pensamento e de religião, já que, entre os indivíduos, poderia ocorrer o livre exercício do *jus imperfectum*, ou, como ele classificava, o *honestum* e o *decorum*, buscando o homem, pelo primeiro, evitar os vícios buscando sempre o aperfeiçoamento, e, pelo segundo, ser solidário, evitando um mal e realizando um bem de importância mediana. O iluminista alemão inaugurou, com isso, a indissociabilidade entre o direito e a coação.

Emmanuel Kant, que define o direito como “o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode entrar em acordo com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal da liberdade”<sup>6</sup>, demonstra por meio de tal definição uma forte conceituação metafísica do direito. Para ele, há uma “lei universal da liberdade” que é maior que o próprio homem, à qual ele está submetido e, é claro, deve se submeter. Assim, desde que seja para garantir a liberdade individual, a coerção é

---

<sup>2</sup> BOBBIO, p. 147.

<sup>3</sup> Tal como se apresenta na tradução do texto de Bobbio, utilizaremos aqui os termos “coação” e “coerção” como sinônimos, embora saibamos que o direito contemporâneo brasileiro faz distinção entre tais termos.

<sup>4</sup> Idem, p. 147.

<sup>5</sup> O jusnaturalismo racionalista considerava que ambos os termos eram direito, sendo que o primeiro, em altas vistas, se aplica às relações entre os sujeitos privados, e o segundo às relações entre o Estado e os sujeitos.

<sup>6</sup> In: BOBBIO, p. 139.



legítima, é justa, ou, nas próprias palavras do filósofo:

“A resistência que é oposta àquilo que impede um efeito, serve como auxiliar deste efeito e se combina com este.

Ora, tudo aquilo que é injusto é um impedimento à liberdade, enquanto esta é submetida a leis universais, e a própria resistência é um obstáculo que se faz à liberdade. Por conseguinte, quando um certo uso da própria liberdade é um impedimento à liberdade, segundo leis universais (quer dizer, é injusto), então a resistência oposta a tal uso, na medida em que serve para impedir um obstáculo feito à liberdade, coincide com a própria liberdade segundo leis universais, o que é justo. Daí que ao direito se une, de acordo com o princípio da contradição, a faculdade de obrigar quem o ofende”<sup>7</sup>

Desse modo, conforme nota Bobbio, tal conceito de coação é compatível com a idéia kantiana de direito como fundamento da liberdade externa, em contraponto com a moral, que para Kant não é coercitiva.

Miguel Reale, por sua vez, observa o racionalismo presente na visão contratualista de Kant, afirmando que a definição kantiana do direito é eminentemente pactista. Diz ele: “posta em plano lógico, a idéia do contrato adquire na doutrina de Kant um valor absoluto: não vale em virtude e em razão do consentimento dos obrigados (o que seria dar um fundamento empírico à vida do Direito), mas vale exclusivamente por si, por ser a expressão do supremo imperativo de conduta.”<sup>8</sup> Assim, interpretamos que a moral não dita a conduta jurídica humana, mas esta obedece à lei do pacto, uma “lei geral de liberdade”, de caráter coativo.

Será Rudolf von Jhering, segundo Bobbio, que irá consagrar a teoria do direito coativo. Diz o filósofo alemão, em seu *A finalidade no Direito*: “O direito é o conjunto das normas coativas vigentes num Estado”<sup>9</sup>, coação esta que somente se exerce por meio da *Gewalt*, ou seja, do poder. Jhering afirma, ainda: “O direito sem poder é um nome vazio sem realidade, porque só o poder, que realiza a norma do direito, faz do direito o que ele é e deve ser”<sup>10</sup> Tal concepção estatal-legislativa do direito e, portanto, metafísica do direito, se reproduz em outros de seus escritos. Por exemplo, em *A luta pelo Direito*, o autor afirma:

“Nada mais tenho a dizer da luta do particular pelo seu direito. Temo-la seguido na progressão do motivo inferior – o puro cálculo de interesse, ao motivo mais ideal – a defesa da personalidade e das condições de vida morais, para afinal atingir

---

<sup>7</sup> Idem, p. 151.

<sup>8</sup> REALE, p. 142.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>10</sup> Idem.

a realização da idéia de justiça, ponto extremo, onde um passo em falso pode precipitar o homem que alguém lesou no abismo da ilegalidade.

Mas o interesse desta luta não está por forma alguma restrito ao direito privado ou à vida particular; estende-se muito mais longe. Uma nação não é afinal senão a soma de todos os indivíduos que a compõem, e sente, pensa e opera, como sentem, pensam e operam estes indivíduos<sup>11</sup> (...)

O Estado que quer ser estimado no exterior, estando inteiramente sólido e inabalável no interior, nada tem de mais precioso a resguardar e a cultivar na nação do que o sentimento do direito.

Este encargo é um dos deveres mais elevados e mais importantes da pedagogia política.

No vigor, na energia do sentimento jurídico de cada cidadão possui o Estado o mais fecundo manancial de força, a garantia mais segura da sua própria duração. O sentimento jurídico é a raiz de toda árvore<sup>12</sup> (...)

A força de um povo corresponde à força do seu sentimento jurídico. Cultivar o sentimento do direito na nação é portanto cultivar o vigor e a força do Estado.<sup>13</sup>

Jhering entende que o Estado, legítimo detentor do poder coativo, deve trabalhar por cultivar nos indivíduos o sentimento jurídico, pois que a soma de todos eles compõe a nação e uma nação forte é aquela em que seus indivíduos crêem no direito e lutam por ele. A luta pelo direito se dá, portanto, em nível individual, pela garantia do direito privado, da liberdade civil e contra o inimigo estrangeiro. O Estado deve atuar, portanto, no sentido de garantir ao indivíduo sua própria liberdade, para o que é imprescindível o “sentimento – individual - de direito”.

Outro teórico que se filia à teoria coativa do direito é Hans Kelsen, que produziu grandemente no século XX. Bobbio<sup>14</sup> chama a atenção para que, com tal filósofo, a sanção deixa de ser interpretada como um meio para se realizar a norma jurídica, tratando-se, pois, diferentemente disso, de um elemento essencial da própria estrutura da mesma norma. Em *Teoria Pura do Direito*, diz Kelsen:

“O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação – produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos. Pressuposto deste gênero é em primeira linha – mas não exclusivamente, como já observamos e mais tarde melhor veremos -, uma determinada conduta humana que, pelo fato de ser tornada pressuposto de um ato coercitivo que é dirigido contra a pessoa que assim se conduz (ou contra os seus familiares), se

---

<sup>11</sup> JHERING, p. 61.

<sup>12</sup> Idem, p. 64-65.

<sup>13</sup> Idem, P. 66.

<sup>14</sup> BOBBIO, p.156.

transforma em conduta proibida, contrária ao Direito e que, por isso, deve ser impedida, devendo a conduta oposta – socialmente útil, desejada, conforme ao Direito – ser fomentada.”<sup>15</sup>

Ross, ex-aluno de Kelsen, apesar de, conforme lembra Bobbio, em diversos pontos, ter rompido com o pensamento kelseniano, a respeito da teoria da coação do direito afirma: “Devemos insistir no fato de que a relação entre as normas jurídicas e a força consiste em que tais normas dizem respeito à aplicação da força e não são protegidas por meio da força. Um sistema jurídico nacional é um sistema de normas que se referem ao exercício da força física.”<sup>16</sup>. Ross, defende, portanto, que o direito é um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade<sup>17</sup>.

Se, como vimos acima, há uma extensa e importante tradição no pensamento jurídico, de matriz alemã, que implica na definição do direito em função da coação, o que revela, naturalmente, uma estrutura de raciocínio metafísica na medida em que o Estado se torna um elemento imprescindível para que tal coação possa existir, garantindo-se, com isso, a própria existência do direito, tem-se, por outro lado, uma concepção absolutamente alternativa à concepção coativa do direito e visceralmente contrária a esta estrutura metafísica, originária de um filósofo, também alemão: Friedrich Nietzsche.

Autor de muitos escritos, dentre eles “O Nascimento da Tragédia” e “Cinco Prefácios a Cinco Livros não Escritos” (ambos produzidos em 1872, na “primeira fase”<sup>18</sup> de sua obra), “Humano, Demasiado Humano” (1876, 1877), e, ainda neste segundo ciclo, “Aurora” (1881) e “A Gaia da Ciência” (1882), foi na “terceira fase” de sua obra, inaugurada por “Assim Falou Zaratustra” (1883), e seguida por “Além do Bem e do Mal” (1886) e “Genealogia da Moral” (1886), que atingiu o ápice de seu pensamento, retomando e desenvolvendo importantes conceitos trabalhados anteriormente, como, em especial, em “Assim Falou Zaratustra”, a “vontade de potência”, “o eterno retorno” e o “além do homem”. Em 1888, ano anterior a um colapso mental irreversível de que seria acometido, impedindo-o de continuar produzindo, até sua morte, em 1900, Nietzsche escreveu “O Anticristo”, “O Crepúsculo dos Ídolos”, “Ecce Hommo”, “O Caso Wagner” e “Nietzsche contra Wagner”.

O caminho que Nietzsche escolheu espelha em grande medida o que pensava, senão, dialeticamente, foi, por outra via, fruto do que pensava. Perseguido por uma saúde frágil, foi vítima, ou, quem sabe, algoz, no plano amoroso, de impactantes

---

<sup>15</sup> KELSEN, p. 38.

<sup>16</sup> In: BOBBIO, p. 157.

<sup>17</sup> BOBBIO, p. 157.

<sup>18</sup> Oswaldo Giacoia Junior explicita que na literatura secundária divide-se em três fases a obra de Nietzsche, a primeira seguindo-se de 1870 a 1876, a segunda de 1876 a 1882, e a terceira que vai de 1882 a 1889. O autor chama a atenção, todavia, para que tal periodização sempre foi alvo de polêmicas dentre os estudiosos do filósofo, não se podendo negar, todavia, que em tais períodos distintos se concentram determinados grupos de idéias, e que tal periodização se presta, portanto, a fins didáticos. (GIACOIA JUNIOR, p. 30)

desilusões, ou, no mínimo, desencontros, os quais também se deram no plano intelectual, dado que somente no final de sua vida produtiva seus escritos começaram a repercutir em alguns lugares da Europa. Sua condição de pensador marginal, à época em que produzia, corresponde, enfim, à postura intelectual que tomou. Diz Oswaldo Giacoia Junior, referindo-se ao filósofo: “Ele assumiu até o fim a tarefa de levar o pensamento a suas conseqüências extremas. Não tolerava as ‘máquinas de pensar, de gélidas entranhas’. Ignoro o que sejam problemas puramente espirituais’, dizia ele. ‘Todas as verdades são, para mim, verdades sangrentas’”<sup>19</sup>, ou, como continua Giacoia, “para ele (*Nietzsche*), filosofar consiste em gerar o pensamento a partir das entranhas. Filosofar é viver – isto é, transfigurar permanentemente em luz e chama tudo o que somos, tudo o que nos afeta.”<sup>20</sup>

Eduardo Rezende Melo demonstra que Nietzsche concebe a justiça não como um elemento externo que pune os homens por seus “erros”, mas como algo intrínseco ao indivíduo, “uma justiça intelectual (...) que nos advém pelo prazer ante os múltiplos e intensos sentimentos que nos chegam quando crianças e que em tudo são opostos à neutralidade da percepção e sua objetividade.”<sup>21</sup> Nesse sentido, a justiça é prática, reconhecendo “que os juízos éticos, embora fundados em erros, são motivos para a ação.”<sup>22</sup> Desta forma, na medida em que é fruto de plena consciência individual, a justiça é intelectual; todavia, Nietzsche não fala em uma justiça intelectual no sentido em que ela é resultado de uma pré-concepção racional da própria justiça, concepção, aliás, muito familiar aos metafísicos, mas, ao contrário, ela é intelectual na medida em que resulta da consciência absoluta do indivíduo sobre a sua *potência*, e, portanto, é eminentemente prática e não teórica, logo, é fundamentalmente ação. Mas não se trata de ação coletiva, é claro, já que há uma lei individual, ou seja, cada indivíduo pode descobrir a sua própria lei, o que decorre da consciência do poder, responsável pela libertação do ser humano, pois que, como nota Melo<sup>23</sup>, é fundada na liberação e educação de si, voltada para a emancipação individual, tendo, por isso, como tarefa democrática a desmistificação do Estado.

Para Nietzsche, interpreta Melo,

“Nossa relação com o outro está marcada por uma relação antagônica de poder, mas é uma relação multifacetada ela também. Um primeiro aspecto é sabermos que o direito dos outros é a concessão de nosso sentimento de poder ao sentimento de poder dos outros e vice-versa: meus direitos são aquela parte de meu poder que não só me concederam os outros como também que quer me manter.”<sup>24</sup>

---

Assim,

<sup>19</sup> GIACOIA JUNIOR, p. 88.

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> MELO, p. 69.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>24</sup> Idem, p. 74-75.

“Sem o antagonismo, não há aposta pessoal a ser lançada, não há questionamento possível das razões que nos colocamos; sem antagonismo, não há a possibilidade de afirmação de interesses que nos transcendem, de interesses gerais que nós também possuímos e que devemos apresentar ao outro, a fim de que verifique se é de seu agrado.”<sup>25</sup>

Logo, apesar de o direito, segundo Nietzsche, ser produto do próprio *eu* e não de uma “lei universal de liberdade”, ou de um pacto social, conforme quer Kant, e, portanto, ser eminentemente individual e não comunitário ou mais precisamente estatal, como quer o positivismo jurídico, ele conduz, na perspectiva nietzscheniana, à felicidade, não se prestando ao culto cego ao egoísmo, mas, ao contrário, servindo para a conquista do direito como resultado da conquista da justiça, direito este que somente se pode dar no conflito antagônico das ações entre os seres humanos, e justiça esta que só pode se concretizar no plano do indivíduo, na medida em que somente ele (o indivíduo) pode ser ou se tornar justo, e mais ninguém: nem o outro que não é ou não se tornou justo, e muito menos o Estado, logo, qualquer tipo de direito estatal. No momento em que o justo antagoniza com o outro justo, portanto, a felicidade se consolida, ou, nas palavras de Eduardo Rezende Melo,

“Em virtude de seus direitos, ou outro se torna digno de amor, um amor distinto, é certo, que deixa marcada a distância que o separa, a liberdade que o constitui, porque sabe, agora, que se desaprendermos a amar os outros, não encontraremos mais nada de amável em nós mesmos; aos outros devemos a incitação à vida, a luta por nossa vida e por nossa felicidade. É nesse momento que se pode falar, parece-nos, de uma multiplicação positiva da felicidade, que permite a luta conjunta por felicidades várias individuais com um dever recíproco de respeito ao inimigo como aquele que, por seu contra-exemplo, chama-nos à vida, chama-nos à luta, uma luta por nossa superação e que, assim, estimula a superação da própria humanidade. Num tal quadro, podemos nos alegrar com o próximo, mais do que sofrer por ele, podemos edificar com o infortúnio dos homens, em vez de ser infelizes por eles. Justifica-se, então, que queiramos exigir que um tal dever de luta se converta em hábito e costume, e não que, como todo dever cristão e em especial o dever kantiano, seja sempre uma carga, manifestação de uma crueldade ascética.”<sup>26</sup>

Mas, se a justiça pressupõe o ser humano justo, o que é ser justo? E como chegar a ser justo? Em “Da visão do enigma”, capítulo de *Assim Falou Zaratustra*, Nietzsche escreve, linhas depois de afirmar que “Zaratustra era amigo de todos os

---

<sup>25</sup> Idem, p. 75.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 76.

que empreendem longas viagens e não gostam de viver sem perigo”<sup>27</sup>:

“É que a coragem é o melhor matador – a coragem que acomete; porque em toda a acometida há um toque de clarim.

O homem, porém, é o animal mais corajoso: por isso subjugou todos os animais. Ao toque do clarim, subjugou, também, a sua própria dor; mas a dor humana é a dor mais profunda.

A coragem mata, também, a vertigem ante os abismos; e onde o homem não estaria ante abismos? O próprio ver – não é ver abismos?

A coragem é o melhor matador: a coragem mata, ainda, a compaixão. Mas a compaixão é o abismo mais profundo: quanto mais fundo olha o homem dentro da vida, tanto mais fundo olha, também, dentro do sofrimento.

Mas a coragem é o melhor matador, a coragem que acomete; mata, ainda, a morte, porque diz: ‘Era isso, a vida? Pois muito bem! Outra vez!’”<sup>28</sup>

E, mais à frente, relatando a experiência do próprio Zaratustra, em terceira pessoa, levando o leitor desavisado a certa confusão, escreve:

“E, na verdade, o que vi, nunca vi coisa semelhante. Vi um jovem pastor contorcer-se, sufocado, convulso, com o rosto transtornado, pois uma negra e pesada cobra pendia da sua boca.

Terei visto, algum dia, tamanho asco e lívido horror num rosto? Talvez ele estivesse dormindo e a cobra lhe coleasse pela garganta adentro – e ali se agarrasse com firme mordida.

Minha mão puxou a cobra e tornou a puxá-la – em vão! Não arrancou a cobra da garganta. Então, de dentro de mim, alguma coisa gritou: ‘Morde! Morde! Decepa-lhe a cabeça! Morde!’ – assim gritou alguma coisa de dentro de mim, assim o meu horror, o meu ódio, o meu asco, a minha compaixão, todo o meu bem e o meu mal gritaram de dentro de mim, num único grito.

Ó vós, homens intrépidos que me cercais! Ó vós, buscadores e tentadores de mundos por descobrir e quem quer que de vós, com austuciosas velas, se embarcasse para mares inexplorados! Vós, amigos de enigmas!

Decifrai, pois, o enigma que então vi, interpretai a visão do ser mais solitário!

Porque foi uma visão e uma antevisão. Que vi eu, então, em forma de alegoria? E quem é aquele que, algum dia, há de vir?

Quem é o pastor em cuja garganta a cobra assim se insinuou? Quem é o homem em cuja garganta se insinuará tudo o que há de mais negro e pesado?

O pastor, porém, mordeu, como o grito lhe aconselhava; mordeu com rija dentada! Cuspiu bem longe a cabeça da cobra – e levantou-se de um pulo.

---

<sup>27</sup> NIETZSCHE, p. 191.

<sup>28</sup> Idem, p. 192.

Não mais pastor, não mais homem – um ser transformado, translumbrado, que ri! Nunca até aqui, na terra, riu alguém como ele ria!”<sup>29</sup>

Em “O convalescente”, posterior capítulo de *Assim Falou Zaratustra*, Zaratustra, aquele que sobreviveu à enorme cobra negra, “o mestre do eterno retorno”, conforme proclamam seus animais (a serpente e a águia), desafia-os, forçando-os a deixá-lo temporariamente aquietar-se, no discorrer com sua própria alma.

Pois bem, afinal, pergunta-se novamente: o que é ser justo? E como chegar a ser justo? O justo é aquele que tem coragem de viver, que empreende longas viagens e não consegue viver longe do perigo, porque sabe que ele existe e o encara de frente, enfrentando-o. Afinal, a coragem é o melhor matador, e o homem é o ser mais corajoso porque pode subjugar todos os animais (inclusive a serpente e a águia, serpente esta que simboliza a sabedoria, a astúcia, a prudência; e águia esta que significa a altivez, em certa medida, em nosso entendimento, a própria potência de coragem), além da própria dor, ou seja, a sua miséria, a sua desgraça. Por meio da coragem, o homem pode matar até a vertigem ante o abismo (em alemão “abgrund”), sendo que a compaixão é o mais profundo dos abismos. E se mata a compaixão, mata a própria morte, e, nesse sentido, escolhe viver novamente tudo aquilo que já viveu, aceitando conscientemente o eterno retorno do mesmo. O corajoso, logo, o justo, é aquele que se alia ao seu próprio destino, uma vez que o escolhe, o vivencia conscientemente em toda a sua plenitude, aceita-o, não resignadamente como faz o cristão, mas corajosamente, por assumi-lo como bom, ainda que signifique sua desgraça. O justo, enfim, é aquele que tem a coragem para encarar a sua própria desgraça, sem com isso sofrer, pois não tem pena de si mesmo (já que matou a compaixão), e também não maldiz a rudeza da vida, a ela resistindo ao acreditar no ideal (como fazem os metafísicos). O justo é, portanto, aquele que, ao não conceber a vida como sofrimento, escolhe viver, e não morrer. O justo, portanto, é o “além do homem”, aquele que tem coragem de enfrentar a vertigem do própria abismo, ou seja, a compaixão, e que, com isso, expulsa a vingança, própria aos que professam a compaixão, dado que, no sentimento de impotência que os envolve, vingam-se constantemente de si mesmos e dos outros seres, inclusive os humanos, ao castigarem-se e castigá-los, na medida da lei coativa que inventam contra si mesmos e contra os outros seres, sobretudo os outros seres humanos. Assim, Zaratustra, o “além do homem”, é aquele que tem coragem de enfiar goela abaixo todo o espírito de gravidade, aquilo que o puxa para baixo, impedindo-o de ser a passagem, a ponte de um lugar para o outro, de sair da condição de corcunda ou aleijão para chegar à condição de “para além do homem”, ou seja, Zaratustra é aquele que tem coragem de enfiar goela abaixo a enorme cobra negra, sendo hospedeiro do maior dos venenos, o da vingança, sufocando-se com ele, para depois expulsá-lo triunfantemente, cuspiendo para fora, ao rasgar a

---

<sup>29</sup> Ibidem, p. 195.

cabeça da cobra com poderosa dentada, todo o ressentimento que nutre contra o renascimento do mesmo, ou seja, o eterno retorno. O justo é, pois, aquele que se liberta dos ressentimentos, do sentimento de vingança, aquele que está livre para criar. Criar a própria vida, e, nesta medida, criar o direito, longe das amarras de um poder superior, de um deus coator, próprio da tradição cristã, ou de um Estado coator, em que só é visto como direito legítimo o *jus perfectum* como concebia Thomasius; ou em que o direito é entendido como “o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode entrar em acordo com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal da liberdade”, conforme quer Kant; ou em que o “direito é o conjunto das normas coativas vigentes num Estado” como quer Jhering; ou mesmo em que o direito é “uma ordem coativa, não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação – produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como conseqüência dos pressupostos por ele estabelecidos”, como afirma Kelsen; ou, então, conforme Ross, para quem o direito é um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade, como já se explicitou anteriormente.<sup>30</sup>

O “além do homem”, consoante a afirmação de Eduardo Resende Melo, probo e cético, e conseqüentemente criativo<sup>31</sup>, é o legislador de si mesmo, o único e incomparável, e também crítico e guerreiro de suas próprias leis quando estas se tornarem fracas. Ao recusar a obrigatoriedade incondicional de uma certa moral, por reconhecer a existência de múltiplas morais, tal ser de forma alguma rejeita toda e qualquer moral<sup>32</sup>. Por isso, nas palavras de Melo,

“o homem há de ser juiz dessa lei, deve, para decidir, avaliar, mas, ao mesmo tempo, cobrar-se seu cumprimento, sendo dela vingador, mas por ela perecer, dela se tornando vítima, lançando-se ao ocaso para que, em nova ousada tentativa, possa voltar a se estruturar, superando a si mesmo para que não nos tornemos reféns do dogmatismo próprio, num constante processo de distanciamento de nossas próprias posições assumidas, ironizando as nossas convicções. Isso torna o além do homem, mais do que uma realidade, uma exigência que se apresenta em uma imagem circular, e circular porque, ao mesmo tempo em que anuncia uma nova possibilidade de vida como arauto do porvir, está situado no instante criador como companheiro da luta que está a travar e da vitória que almeja alcançar, embora saiba que, esgotada sua força, não passará de eco daquilo que se viveu, eco dessas mesmas lutas e vitórias que ora se apresentam como a maior expressão da vontade de potência.”<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Parte desta análise está baseada em discussões feitas em aulas dos dias 28 de setembro e 05 de outubro de 2004, ministradas pelo Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior, no programa de pós-graduação da Faculdade de Filosofia da UNICAMP.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 91.



Assim, o “além do homem” é o criador do direito, pois está apto a criar, pois é justo, e tal direito só se aplica se este ser poderoso tiver na outra ponta da relação jurídica um outro ser poderoso<sup>34</sup>. É somente entre iguais, e por estes se entendam, aqueles que desenvolveram sua “vontade de potência” e com isso se tornaram “além do homem” que se pode realizar o direito e seu julgamento. Um direito dinâmico, desafiador, criativo, inovador e ao mesmo tempo remoto, na medida em que tal ser compreende e se alia ao tempo do eterno retorno e não mais a um tempo linear, concebido por um raciocínio metafísico.

Oswaldo Giacoia Junior registra que num fragmento póstumo de 1883 Nietzsche afirma: “Cultura é apenas uma delgada pelinha de maçã sobre um caos incandescente”, e, em seguida, analisa:

“isso não implica uma justificação teórica da força bruta. Pelo contrário: em sua opinião, a aposta fundamental no jogo da cultura sempre consistiu, e consiste ainda, na organização do caos, na sublimação das forças vulcânicas que se agitam no interior do homem. Não a apologia do monstruoso e do irracional, mas o reconhecimento sem disfarces de que, sem a energia poderosa desse caos pulsional, nenhuma elevação e grandeza teria sido possível na Terra. Entretanto, a tarefa da cultura consiste justamente em transfigurar essa matéria incandescente em espírito, transformar monstros selvagens em animais domésticos, com os quais é belo e agradável viver.”<sup>35</sup>

Pediríamos licença, aqui, para atribuímos ao termo cultura significação ampla, compreendendo o direito como uma espécie de produção cultural, de tal sorte que, para nós, da mesma forma que, em Nietzsche, a cultura consiste na “organização do caos, na sublimação das forças vulcânicas que se agitam no interior do homem”, transformando “monstros selvagens em animais domésticos, com os quais é belo e agradável viver”, o direito também cumpre esse papel, constituindo-se como elemento fundamental para o desenvolvimento do ser humano e, em âmbito geral, da própria humanidade. Compreendido de tal maneira, o direito é fruto do reconhecimento individual de que, “sem a energia poderosa do caos pulsional” presente na vida humana, “nenhuma elevação e grandeza teria sido possível na Terra”. O direito, tal como concebido por Nietzsche, portanto, não é o da coação no sentido da imposição (conforme acreditam os metafísicos), mas é o da coação no sentido da escolha consciente do indivíduo, escolha esta que não se confunde com moral, como concebe Kant, no sentido de valores introjetados no ser humano, mas, ao contrário, escolha no sentido da ruptura da moral social, da moral estatal, da moral hegemônica, motivada pela coragem do novo, pelo livramento do sentimento de vingança e pelo querer do eterno retorno.

---

<sup>33</sup> Idem, p. 113.

<sup>34</sup> Em *Genealogia da Moral*, como demonstra Eduardo Rezende Melo, Nietzsche considera a justiça como um acerto entre poderosos, reclamando “uma vontade de compreensão do opositor colocado em relação e uma avaliação sóbria das situações de conflito”. Idem, p. 135.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 40.

O pensamento de Nietzsche é poderoso e ao mesmo tempo polêmico, inovador e, claro, passível de contestação. Encerramos com uma citação, de autoria de Oswaldo Giacoia Junior:

“Nietzsche foi, na verdade, o mais radical adversário do rebaixamento do homem, da uniformização gregária promovida pela sociedade de massas surgida com a revolução industrial. Com uma força profética impressionante, ele antecipou os perigos da desertificação do espírito, quando a cultura se torna mercadoria e a paciência do conceito cede o passo ao frenesi sensacionalista da indústria cultural. Ao chocar, a escrita de Nietzsche pretende proteger sua intimidade, manter fora do alcance de mãos grosseiras seu núcleo espiritual frágil e delicado. Quem apenas se deixa seduzir pelo fascínio das metáforas, ou demasiadamente rápido se arvora em guardião da ortodoxia, fica paralisado pelo sortilégio do disfarce, aceita, no mau sentido, a provocação. Em ambos os casos, ainda não ascendeu à tarefa de um tipo de pensamento que não tem compromisso senão com a autenticidade. É unicamente para lá que Nietzsche, sem pressa, pretende conduzir seu leitor.”<sup>36</sup>

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche*. São Paulo: Publifolha, 2000.

\_\_\_\_\_. A genealogia dos preconceitos. In: Folha de São Paulo. Mais, 6 ago. 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.<sup>a</sup> ed., Tradutor: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim Falou Zaratustra*. 12. ed., Tradução: Mário da Silva. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MELO, Eduardo Rezende. *Nietzsche e a Justiça*. São Paulo: Perspectiva/Fapesp, 2004.

REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

---

<sup>36</sup> GIACOIA JUNIOR. A genealogia dos preconceitos, in: Folha de São Paulo. Mais, 6 ago. 2000.

VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. 14. ed., Tradução: João Vasconcelos, Rio de Janeiro, Forense, 1994.



## **O LIVRAMENTO CONDICIONAL NOS PRIMEIROS ANOS DO BRASIL REPÚBLICA**

*Tatiana Lages Aliverti<sup>1</sup>*

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto do livramento condicional, implementado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Penal de 1890, mas que somente em 1924, por meio do Decreto nº 16.665, foi efetivamente executado.

Inicialmente, mostraremos sua origem, discorrendo, inclusive, sobre os debates doutrinários travados em torno de sua execução prática.

Em seguida, trataremos da sua evolução histórica no direito penal pátrio, restringindo-nos, porém, aos primeiros anos republicanos, por ser essa a proposta do artigo.

Por fim, demonstraremos, de forma detalhada, os dispositivos sobre o livramento condicional no Código Penal de 1890 e, depois, no Decreto nº 16.665/1924.

### **I. CONCEITO E FINALIDADE**

Armando Costa, em 1934, já assinalava a dificuldade em conceituar o livramento condicional, em razão das diversas legislações existentes no mundo sobre o instituto. Todavia, o livramento condicional, para ele, é “... a liberdade concedida a um condenado que apresente índices de regeneração, depois de cumprida uma certa parte da pena, subordinado a soltura, e por um certo prazo, a cláusulas prévias fixadas<sup>2</sup>”.

Para o direito penal brasileiro, em virtude da adoção do sistema progressivo, o livramento condicional constitui “um estágio do sistema penitenciário, que importa na progressiva adaptação do condenado a uma existência dentro do Direito e termina por esse momento de passagem entre a prisão e a liberdade”, como bem destaca Luiz Regis Prado<sup>3</sup>, evocando o entendimento de Aníbal Bruno. Como asseverou Flaminio Fávero, ele “é meio de recuperar o criminoso, oferecendo-lhe a melhor forma de individualização da pena<sup>4</sup>”.

---

<sup>1</sup> Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela COGAE - PUC/SP. Mestranda em Direito Penal na PUC/SP. Professora de Direito Penal das Faculdades Padre Anchieta – Jundiaí/SP.

<sup>2</sup> COSTA, Armando. *Livramento condicional*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1934, p. 10.

<sup>3</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 1V, p. 568-569.

<sup>4</sup> FÁVERO, Flaminio. *Do livramento condicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 244, fev/1956, p. 5.

Verifica-se, assim, que o instituto do livramento condicional está ligado à concepção utilitária da pena. A pena não tem, hoje, como objetivo único a intimidação, nem cuida exclusivamente de castigar. Cada vez mais, espera-se que a pena condicione a reeducação do sentenciado, a fim de que se reintegre à coletividade como elemento útil.

## II. ORIGEM

A origem do instituto, que Quintiliano Saldaña denominou “revisão pragmática da sentença”<sup>5</sup>, é discutível. No entanto, não são encontrados vestígios da presença do livramento condicional em legislações anteriores ao século XIX.

Segundo Armando Costa<sup>6</sup>, a execução prática do livramento condicional, para alguns, foi verificada pela primeira vez na França, em 1832, e, depois, na Espanha, em 1835. Para outros, o livramento condicional surgiu na Inglaterra, como conseqüência do sistema da servidão penal inglesa, que precedeu o regime progressivo irlandês. E há, ainda, os que defendem ter o livramento condicional iniciado nos Estados Unidos.

Os que defendem a criação do livramento condicional pelos franceses, atribuem sua concepção ao magistrado Bonneville de Marsangy<sup>7</sup>, por volta dos anos de 1846 e 1847. Entretanto, como observou R. Garraud<sup>8</sup>, “desde o ano de 1832, uma circular ministerial de 3 de dezembro recomendava seu emprego a jovens presos. Alguns anos mais tarde, era ele aplicado a menores de dezesseis anos, encerrados na prisão celular de La Roquette”.

Essa circular ministerial, conforme os ensinamentos de Armando Costa<sup>9</sup>, autorizava a Administração a colocar os menores reclusos, que tivessem dado provas de regeneração, como aprendizes de particulares. Essa colocação era feita por meio de proposta das famílias dos menores ou de sociedades de patronatos, depois da realização de um inquérito que avaliasse o cabimento da medida. Quando da saída do estabelecimento, era realizada uma solenidade, na qual os menores eram alertados sobre a possibilidade de retorno à prisão, caso se mostrassem indignos da concessão.

Legislativamente, a França adotou o livramento condicional por meio da Lei de 5 de agosto de 1850, que tratava dos jovens delinqüentes internados em colônias penitenciárias. Anos depois, esta teve seu âmbito de incidência ampliado pela Lei de 14 de agosto de 1885.

---

<sup>5</sup> SALDAÑA, Quintiliano *apud* LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, 2V, p. 413.

<sup>6</sup> COSTA, Armando. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>7</sup> Bonneville de Marsangy escreveu a famosa obra *Les diverses institutions complémentaires du système pénitentiaire*.

<sup>8</sup> GARRAUD, R. *apud* NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, 1V, p. 280.

<sup>9</sup> COSTA, Armando. *Op. cit.*, p. 16.

Importante ressaltar que a aplicação do instituto defendido pelo francês Bonneville de Marsangy só se efetivou depois de grandes discussões travadas entre defensores e opositores. Duas foram as objeções que se insurgiram contra o instituto: uma de caráter teórico e outra de caráter prático.

A objeção teórica fazia referência ao desrespeito do instituto à coisa julgada, bem como ao seu contra-senso à repressão, uma vez que o caráter intimidante da pena era minorado. Diziam os adversários que se o livramento fosse introduzido no ordenamento jurídico do país atingiria, necessariamente, os julgamentos definitivos, permitindo a autoridades estranhas ao julgamento a reforma (já que a lei atribuía à autoridade administrativa ou penitenciária a faculdade de conceder a liberdade antecipada), ao menos parcialmente, de uma sentença proferida definitivamente.

A objeção prática referia-se ao modo correto de apuração da regeneração do criminoso. Para eles, os indivíduos habituados às prisões eram os que nelas se melhor conduziam e, assim, a liberdade condicional constituir-se-ia em recompensa à hipocrisia, já que os piores criminosos seriam beneficiados<sup>10</sup>.

Essas objeções foram refutadas ainda naquela época. Conforme asseverou Armando Costa<sup>11</sup>,

“O argumento do desrespeito á cousa julgada só se póde referir preliminarmente aos indivíduos condemnados antes da introducção do instituto em um paiz, porque d’ahi por diante a sentença já nasce subordinada a uma condição legal prevista”. (...) “Em relação ás condemnações posteriores a competencia se distribúe entre as duas autoridades: autoridade judiciária para o julgamento e administrativa ou penitenciaria para determinar certo modo de execução da pena. Quanto ás condemnações anteriores a questão é puramente de competencia, e, neste posto, reconhece-se geralmente que é pela lei nova que se decide a matéria”. (...) As razões de ordem pratica, incontestavelmente mais dignas de ponderação, não invalidam, contudo, o principio da instituição. Exigirá o instituto, sem duvida, aparelhamentos nówos nas prisões, maior rigor de observação, para que se dê todos os resultados que delle se espera; mas, a emenda verificada pelo simples bom comportamento no presidio tem efeitos que não se podem negar”.

Posteriormente, prática similar ao sistema da liberdade preparatória francesa foi estendido, pelo coronel Manuel Montesinos e Molina, em 1835, aos menores presumidamente regenerados do presídio de Valença, na Espanha.

No presídio valenciano, a disciplina era severa, mas humana. O coronel Montesinos tinha a firme convicção de que a prisão deveria buscar a recuperação do recluso, devolvendo à sociedade homens honrados e cidadãos trabalhadores.

Na Inglaterra, a origem do livramento condicional prendeu-se à consagração

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>11</sup> COSTA, Armando. Op. cit., p. 20-21.

legislativa do instituto pelo *Bill*, em 20 de agosto de 1853 (mais tarde revisto e completado pelo de 26 de junho de 1857), que introduziu a liberdade condicional na Grã-Bretanha e na Irlanda, por meio da utilização do sistema *tickets of leave* (permissão de saída).

Com a emancipação da colônia americana da Inglaterra, surgiu a necessidade de deportar os delinqüentes para a Austrália, onde verdadeiras colônias penais passaram a existir. Como a deportação era temporária, depois de esgotado o prazo da condenação, os degredados tinham o direito de regressar à Inglaterra. Os governadores, interessados em evitar esse inconveniente, perdoavam o restante da pena dos egressos e lhes davam terras para explorarem em proveito próprio, desde que permanecessem na colônia.

Dois fatos, porém, segundo Armando Costa<sup>12</sup>, deram lugar à modificação do sistema *tickets of leave* e, conseqüentemente, ao delineamento do instituto do livramento condicional na Inglaterra. Em primeiro lugar, os abusos cometidos pelos governadores exigiram que a faculdade do *ticket of leave* fosse restringida. Essa faculdade passou a ser concedida, somente, após certo prazo, baseado no tempo da condenação, e o liberado, por sua vez, deixou de receber terras, passando a garantir a própria subsistência com seu trabalho. Em segundo lugar, as lutas travadas entre colonos livres e condenados, quando estes se fixavam na Austrália, fizeram com que a Inglaterra cessasse a remessa de sentenciados para a colônia australiana.

Em 1847, a Inglaterra, adotando o sistema da *penal servitude* (servidão penal inglesa), iniciou a antecipação da liberdade na própria metrópole, enviando os liberados condicionais à Austrália sob a aparência de homens livres.

No ano de 1853, a Coroa Inglesa chamou a si a faculdade de conceder ou revogar a liberdade condicional (*licence to be at large*) em seu próprio território, instituiu a vigilância e estabeleceu as obrigações que deveriam ser impostas àqueles que a obtivessem.

Cessada completamente a transportação de condenados para a Austrália, em 1868, a execução do livramento passou a ser verificada obrigatoriamente na própria metrópole, vinculado ao regime progressivo ou irlandês<sup>13</sup>.

Nos Estados Unidos, o livramento condicional filiou-se ao *parole*, implantado em 1876, mas somente difundido em todo o país em 1899.

*Parole* significa o livramento sob a fiscalização de uma sanção penal ou correcional, não se confundindo com *probation*, que cancela a condenação. O *parole*

---

<sup>12</sup> COSTA, Armando. Op. cit., p. 18.

<sup>13</sup> Walter Crofton, em 1853, modificou substancialmente o sistema da servidão penal inglesa, formando o sistema irlandês ou progressivo, assim denominado por ter sido adotado na Irlanda e se basear na idéia de restabelecer gradualmente no condenado o equilíbrio moral e de lhe reintegrar gradualmente na sociedade. Ao perceber que o sistema inglês não estabelecia as fases precisas para a reclassificação social, Crofton acrescentou, entre a passagem do segundo para o terceiro período, o período da aprendizagem da liberdade, precedendo ao da liberdade condicional (SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932, 1V, p. 612).



(livramento condicional) visa aos condenados que já cumpriram pena, inteira ou parcialmente, em estabelecimentos correccionais, ou seja, intervém durante a execução da pena. Na *probation* (suspensão do cumprimento da pena) há vigilância dos delinquentes que não foram reclusos, em razão de sentenças proferidas pelos Tribunais.

Vale lembrar que antes da criação do *parole* pelos norte-americanos em 1876, os ingleses já tinham feito da liberação condicional a última etapa do chamado sistema progressivo ou irlandês. Em razão disso, partilhamos do entendimento de Roberto Lyra<sup>14</sup>, segundo o qual o livramento condicional foi pensado na França e praticado na Inglaterra, de onde se propagou por todo o continente europeu, só vindo a ser implantado nos Estados Unidos em 1899.

O passo decisivo para a consagração do livramento condicional no mundo foi dado no Congresso Penitenciário de Estocolmo, realizado em 1878, que divulgou suas bases e recomendou sua adoção.

Antes do Congresso de Estocolmo de 1878, além da Inglaterra, o Grão Ducado de Saxe em 1862, o Cantão da Argovia (Suíça) em 1868, a Sérvia em 1869, a Alemanha em 1870 (Código Penal do Reich, de 31/05/1870, arts. 23 e 24), a Dinamarca em 1873, a Croácia em 1875, os Estados Unidos desde 1876, e o Cantão de Friburgo em 1877 já haviam adotado o instituto do livramento condicional<sup>15</sup>. Depois do Congresso, o livramento condicional foi acatado amplamente pelas legislações penais do mundo, dentre as quais destacamos: Holanda, Japão e Grécia em 1881, França em 1885, Bósnia em 1887, Bélgica em 1888, Itália em 1889 (Código Penal de 1889, arts. 16 e 17), Uruguai em 1889, Brasil em 1890, Portugal em 1893 (Lei de 6 de junho de 1893), Bulgária em 1896, Argentina em 1922<sup>16</sup>.

### **III. O LIVRAMENTO CONDICIONAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO ATÉ OS PRIMEIROS ANOS REPUBLICANOS**

Quando da descoberta do Brasil, o regime jurídico dos portugueses baseava-se nas Ordenações Afonsinas (de D. Afonso V), promulgadas em 1446, sob a influência do direito romano e do direito canônico. Essas Ordenações não tiveram aplicabilidade no território brasileiro, visto que o Brasil ainda não tinha sido colonizado quando da sua revogação no direito português. Segundo Aníbal Bruno, “As Ordenações Afonsinas podem interessar apenas por aquilo com que influíram na elaboração das Manuelinas<sup>17</sup>”.

Alguns anos após a descoberta, quando da colonização, o Brasil passou a ser regido pelas Ordenações Manuelinas (1514 a 1603 – de D. Manuel, o Venturo-

---

<sup>14</sup> LYRA, Roberto. Op. cit., p. 414.

<sup>15</sup> COSTA, Armando. Op. cit., p. 23.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>17</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, tomo 1, p. 158.

so), que foram real e efetivamente a legislação do início do regime colonial<sup>18</sup>.

Filipe II, da Espanha, entretanto, ao ser empossado no trono português, sob denominação de Filipe I, ordenou a reforma das Ordenações Manuelinas, com atualização de toda a legislação. Somente no reinado de Filipe III (Filipe II, de Portugal), em 1603, as Ordenações Filipinas foram decretadas. Restaurada a monarquia portuguesa, foram as Ordenações Filipinas revalidadas pela Lei de 29 de janeiro de 1643, continuando em vigor por mais dois séculos.

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil durante a maior parte do período colonial até os primeiros anos do Império e, em matéria penal, o seu famoso Livro V nada estabeleceu sobre o instituto do livramento condicional.

O Brasil Colônia sofreu as conseqüências de um direito penal injusto, baseado na idéia da intimidação pelo terror e, mesmo com a vinda da Corte Portuguesa e a elevação do Brasil à condição de Reino Unido, a legislação não se modificou. Nem mesmo a Independência do país veio a marcar o início de uma nova fase do nosso direito penal, pois a Lei de 27 de setembro de 1823 revigorou as disposições do Livro V das Ordenações Filipinas e a Lei de 20 de outubro de 1823 restabeleceu as penas graves cominadas naquele livro<sup>19</sup>.

Proclamada a Independência, o Imperador, em 04 de março de 1823, abriu solenemente os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, que foi dissolvida em 12 de novembro desse mesmo ano. Por Carta de Lei de 25 de março de 1824, o Imperador outorgou a Constituição Imperial, que “traçou diretrizes renovadoras” para o direito penal que seria instituído<sup>20</sup>. Apesar de todas as idéias liberais trazidas pela Constituição de 1824, que repercutiram com todo fervor em nosso Código Criminal de 1830, este não esposou o instituto do livramento condicional.

O livramento condicional somente surgiu em nosso ordenamento após a proclamação da República, com o Código Penal de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890), artigos 50 a 52.

O art. 50 do Código de 1890 permitia a transferência do condenado à prisão celular, por tempo excedente a seis anos, que já tivesse cumprido metade da pena e mostrasse bom comportamento, para uma penitenciária agrícola. Caso o condenado não perseverasse no bom comportamento, a concessão seria revogada e ele voltaria a cumprir a pena no estabelecimento de onde saiu (§ 1º do art. 50). Mantido o bom comportamento, fazendo presumir a emenda, o condenado poderia obter o livramento condicional, se o restante da pena a cumprir não excedesse dois anos (§ 2º do art. 50).

O livramento condicional instituído pelo Código de 1890 filiou-se ao sistema penal progressivo ou irlandês<sup>21</sup>. Entretanto, esse instituto não teve aplicabilidade

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>20</sup> GARCIA, Basileu. Op. cit., p. 118.

<sup>21</sup> O sistema progressivo ou irlandês é composto por quatro períodos: 1) isolamento celular; 2) trabalho comum durante o dia, em silêncio, e isolamento celular noturno; 3) serviço externo diário e reclusão na penitenciária à noite; 4) livramento condicional.

imediate em nosso ordenamento<sup>22</sup>.

Para Ary Azevedo Franco<sup>23</sup>, a inaplicabilidade do livramento deu-se em razão da subordinação do instituto à prisão celular, que não sendo regularmente organizada impediu a sua execução. Armando Costa<sup>24</sup>, para quem “sómente a titulo historico pode-se examinar o livramento condicional instituido pelo Codigo Penal de 1890”, acrescenta a esse fato, a não criação das Penitenciárias Agrícolas, pelas quais o condenado deveria passar antes de chegar ao livramento.

Após trinta anos de vigência do Código Penal da República, Candido Mendes de Almeida promoveu, depois de várias tentativas infrutíferas, a Emenda nº 67, de 4 de dezembro de 1921, ao orçamento da despesa, que autorizava o Governo Federal a realizar várias reformas, inclusive a regulamentação do livramento condicional. Essa emenda foi aprovada pelas duas Casas do Congresso, tendo sido a referida autorização incluída no projeto da Lei Orçamentária para 1922. No entanto, esse projeto foi vetado integralmente pelo Presidente Epitácio Pessoa. O Congresso, então, foi convocado extraordinariamente e o deputado Julio Bueno Brandão promoveu o destaque para o projeto especial, que, rapidamente, aprovado na Câmara, recebeu a aprovação das duas Comissões de Constituição e Justiça e Finanças, e em vez daquela autorização na Lei de Orçamento, tornou-se lei de caráter permanente, tomando o nº 4.557, de 5 de setembro de 1922, referendada pelo Ministro da Justiça Joaquim Ferreira Chaves<sup>25</sup>.

A Lei nº 4.557/1922 autorizou o Poder Executivo a tornar efetivo o livramento condicional, cuja regulamentação adveio com o Decreto nº 16.665, de 6 de novembro de 1924<sup>26-27</sup>.

O livramento condicional foi disciplinado, ainda, no Código de Processo Penal do Distrito Federal, Título XI, Capítulo VI, arts. 581 a 599 (Decreto nº 16.751, de 31 de dezembro de 1924), que praticamente reproduziu o Decreto nº 16.665/1924.

---

<sup>22</sup> “Padecia de graves senões a organização dada pelo código ao instituto do livramento condicional. A critica não os poupou. (...). Na vigencia das disposições do codigo, se entendia geralmente que não podia ser applicado o livramento condicional, emquanto não entrasse em inteiro vigor o regime penitenciario adoptado. O Pará, por iniciativa do senador Turiano Meira, estabeleceu na lei nº 679, de 15 de março de 1900, o processo para liberação antecipada, que todavia, não chegou a executar-se, em vista do Superior Tribunal de Justiça desse Estado ter resolvido que era inapplicavel o instituto emquanto não se organizasse o regime penitenciario do codigo” (BALEIRO, Aliomar *apud* COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938, 2V, p. 124).

<sup>23</sup> FRANCO, Ary Azevedo. *Livramento condicional*. Rio de Janeiro: Editor A. Coelho Branco Filho, 1931, p. 8.

<sup>24</sup> COSTA, Armando. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>25</sup> ALMEIDA, Candido Mendes de. *Primeiro decennio do livramento condicional no Brasil e do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*: Commemoração solemne em 1 de dezembro de 1934 sob a presidência do Exmo. Snr. Prof. Dr. Vicente Ráo. Rio de Janeiro: Est. de Artes Graph. C. Mendes Junior, 1934, p. 12.

<sup>26</sup> O Decreto nº 16.665/1924 foi elaborado por uma comissão composta por juristas ilustres, como: Astolpho Rezende, Candido Mendes, Mafra de Laet e Mello Matos, que receberam a incumbência do Ministro da Justiça João Luiz Alves, no Governo de Arthur Bernardes (COSTA E SILVA, Antonio José da. *Op. cit.*, p. 124) . Além de regulamentar propriamente o livramento condicional, o Decreto instituiu os Conselhos Penitenciários e modificou a organização dos presídios com a criação de novos serviços.

<sup>27</sup> O Ministro da Justiça João Luiz Alves, ao submeter ao exame e à aprovação do Presidente da República o regulamento que mandara organizar, disse: “Apesar das lacunas do regimen penitenciario, nada impede a pratica do livramento condicional, como reconheceu a lei nº 4.557, de 5 de setembro de 1922, desde que elle seja cercado das garantias que o projeto, com muita felicidade, instituiu.” (COSTA E SILVA, Antonio José da. *Op. cit.*, p. 125).

#### **IV. O LIVRAMENTO CONDICIONAL NO CÓDIGO PENAL DE 1890**

Desde a origem do livramento condicional, dois sempre foram os requisitos básicos à sua concessão: a) determinado tempo de cumprimento da prisão; b) regeneração presumida do condenado. Dessa realidade não se distanciou o nosso Código Penal de 1890 ao disciplinar o instituto.

O livramento condicional, quando de sua implantação no Brasil, apresentava como pressupostos para sua concessão: a) prisão celular por tempo não inferior a seis anos<sup>28</sup>; b) cumprimento de pelo menos metade da pena; c) demonstração de bom comportamento do condenado durante o cumprimento da pena; d) restante da pena a ser cumprida pelo condenado não excedente a dois anos (art. 50).

O procedimento do livramento estava disciplinado no art. 51 do referido diploma legal. O Poder Executivo (estadual ou federal) detinha a competência para a concessão do benefício, que era proposto, por meio de minucioso relatório justificativo da concessão, pelo chefe do estabelecimento penitenciário onde o condenado cumpria a pena. Note-se que o Código de 1890 não considerou a autoridade judiciária como a competente para a concessão do livramento, mas sim a autoridade administrativa federal ou estadual.

As condições para o cumprimento do livramento condicional eram de duas ordens: a) residir o condenado no local designado pelo ato da concessão; b) sujeição do condenado à vigilância da polícia (parágrafo único do art. 51). O Código de 1890, porém, não deixou explícito em que consistiria essa vigilância, “lacuna sensível”, segundo Galdino Siqueira<sup>29</sup>, “por estar em jogo a liberdade pessoal, affectada directamente por essa medida, que é incontestavelmente uma pena accessoria...”

O livramento condicional seria revogado caso: a) o liberado cometesse crime apenado com restrição de liberdade durante o período de prova; b) não satisfizesse as condições impostas no parágrafo único do art. 51 (art. 52). Em sendo o livramento revogado, o tempo em liberdade não seria computado como pena cumprida. Porém, decorrido o período de prova, sem que o livramento fosse revogado, a pena seria considerada cumprida.

É importante frisar que o livramento condicional instituído pelo Código de 1890 não teve aplicabilidade alguma no ordenamento jurídico pátrio, pois como bem explicitou Armando Costa<sup>30</sup>,

“A simples enunciação desses preceitos deixa ver quanto era imperfeita a regulamentação. O livramento era um modo de execução da pena mas com inter-

---

<sup>28</sup> Segundo Galdino Siqueira, “para o nosso código, o livramento condicional é concedido a todos os condemnados por prisão celular excedente de seis annos indistinctamente, de modo que um delinquente primario é equiparado inteiramente ao reincidente” (SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 619).

<sup>29</sup> SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 617.

<sup>30</sup> COSTA, Armando. Op. cit., p. 105.

venção do director do presídio sem nenhum 'contrôle' e concedida a liberdade pelo Poder Político. O maximo possível de liberdade condicional seria 2 annos qualquer que fosse a penalidade; assim, um sentenciado a trinta annos, depois de 28 annos de penitenciaria auburniana ou agrícola, é que estaria em condições de obter o favor legal. O liberado ficaria submettido á vigilância da policia, a vigilância menos apropriada para os fins que tem em vista o instituto..."

## V. O LIVRAMENTO CONDICIONAL NO DECRETO Nº 16.665/1924

O livramento condicional, apesar de instituído pelo Código Penal de 1890, somente teve applicabilidade em nosso ordenamento jurídico com o advento do Decreto nº 16.665, de 6 de novembro de 1924, o qual não se ateve ao estabelecido nos arts. 50 a 52 do Código. Segundo Roberto Lyra<sup>31</sup>, "O Brasil caracterizou, originalmente, o instituto, associando-o à intervenção administrativa, através, sobretudo, do Conselho Penitenciário – criação brasileira - e à judiciária, conferido a esta o julgamento e àquela a instrução e a crítica dos pedidos, bem como a vigilância".

Os requisitos para a concessão do livramento passaram a ser os seguintes: a) condenados a penas restritivas de liberdade, de qualquer natureza, por tempo não menor que quatro annos de prisão; b) cumprimento de mais da metade da pena; c) bom comportamento durante o tempo de prisão; d) cumprimento de pelo menos uma quarta parte da pena em penitenciária agrícola ou em serviços externos de utilidade pública.

O Decreto não estabeleceu restrições ao livramento condicional, já que em seu art. 1º prescrevia que poderia ser concedido a todos os condenados a penas restritivas de liberdade por tempo não menor que quatro annos de prisão<sup>32</sup>. Ao assim dispor, não excluiu do beneficio os criminosos habituais ou reincidentes e os estrangeiros, como fizeram, por exemplo, as legislações italiana, húngara, argentina, etc.<sup>33</sup> Além disso, o Decreto permitiu o livramento condicional a qualquer categoria de crime, não abrindo exceção alguma.

Em relação à quota parte da pena que deveria ser cumprida para fins de livramento condicional, o regulamento fixou-a em mais da metade. Porém, este prazo estava atrelado ao requisito de ter sido cumprida uma quarta parte da pena em penitenciária agrícola ou em serviços externos de utilidade pública. Caso isso não tivesse sido verificado, independentemente da vontade do criminoso, o prazo seria de dois terços<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> LYRA, Roberto. Op. cit., p. 415.

<sup>32</sup> Como bem lecionou Ary Azevedo Franco, "... o Poder Executivo, através de uma autorização que lhe foi dada pelo Poder Legislativo, unicamente para tornar effectivo o livramento condicional, derogou o Código Penal, quando a lei n. 4.577, de 1922, não lhe concedia tanto, e temo ainda que o Poder Executivo não se satisfizes apenas em usar do acto delegatório, por si só condemnavel, 'por contrario flagrantemente á Constituição e ao systema político por ella estabelecido' (...), como ainda foi além, attentando, é fora de dúvida, contra o que se contém no Código Penal, beneficiando, é certo, aos condemnados, mas violando a lei, e desservindo, quiçá, á sociedade ..."

(FRANCO, Ary Azevedo. Op. cit., p. 12).

<sup>33</sup> COSTA E SILVA, Antonio José da. Op. cit., p. 129.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 131.

O Decreto exigia, também, para que o livramento fosse concedido, “bom comportamento do condenado durante o tempo da prisão”, indicativo de sua regeneração. O “bom comportamento” era verificado pelo Conselho por meio das informações sobre a vida carcerária do condenado (faltas e punições recebidas), fornecidas pelo estabelecimento penal em que se encontrava. Não havia um critério para apuração das faltas e, assim, aquele que seguisse o princípio rígido do Decreto negaria o livramento quando o presidiário tivesse cometido infrações na prisão, mesmo que fossem de natureza leve<sup>35</sup>. Não era necessária, todavia, prova ou garantia de verificação da regeneração, bastando que o liberando, pelas suas condições pessoais, fizesse nutrir a esperança de que continuaria a proceder bem.

Ao regulamentar o instituto, o Decreto, em seu art. 8º, *caput*, atribuiu à autoridade judiciária a competência para a concessão do livramento, diferentemente do Código de 1890. Competia ao juiz ou presidente do Tribunal perante o qual tivesse sido realizado o julgamento, em primeira ou em única instância, ou ao juiz das execuções criminais, onde o houvesse, sem prejuízo da competência do juiz federal, deliberar sobre a concessão do livramento condicional<sup>36</sup>.

O livramento pressupunha um pedido do próprio condenado. Poderia, no entanto, ser de iniciativa do Conselho Penitenciário. No primeiro caso, a audiência prévia deste era indispensável, sob pena de nulidade. No segundo caso, cabia ao Presidente do Conselho enviar ao juiz o pedido, instruído com cópias da ata de deliberação do mesmo Conselho e do relatório informativo que tivesse sido apresentado (art. 8º, § 1º).

Antes da decisão do magistrado deveria ser ouvido o representante do Ministério Público. No caso de deferimento, haveria a solenidade de concessão do livramento condicional, realizada, em dia designado pelo Conselho Penitenciário, na presença dos demais presos, para que lhes servisse de estímulo. Da decisão concessiva do livramento cabia recurso<sup>37</sup> com efeito suspensivo (art. 8º, § 2º, do Decreto nº 16.665). Note-se que segundo Galdino Siqueira, já se discutia na época a idoneidade do *habeas corpus* para apurar a legalidade ou não da denegação do livramento, tendendo a jurisprudência pela idoneidade, com fundamento no art. 72, § 22, da Constituição Federal de 1924<sup>38</sup>.

O Decreto nº 16.665/1924 conferia ao juiz a faculdade de estabelecer ao libertado, para que o livramento fosse concedido, as condições que lhe afigurassem convenientes. A enumeração de condições prevista no art. 9º do Decreto era apenas exemplificativa. Entretanto, como bem salientou Costa e Silva<sup>39</sup>, a autoridade judiciária, ao estabelecer tais condições, não deveria perder de vista o fato de

---

<sup>35</sup> PRUNES, Celestino M. *O prognóstico da reincidência no livramento condicional*. Porto Alegre: Tip Santo Antonio, 1939, p. 14.

<sup>36</sup> COSTA E SILVA, Antonio José da. Op. cit., p. 133.

<sup>37</sup> A possibilidade de interposição de recurso contra a decisão que concedesse o livramento condicional também era prevista pelo Código de Processo Penal do Distrito Federal, art. 629, V.

<sup>38</sup> SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 632.

<sup>39</sup> COSTA E SILVA, Antonio José da. Op. cit., p. 134.

que elas não poderiam configurar empecilho ao viver honesto do liberado.

O art. 10 do Decreto, por sua vez, subordinava a concessão do benefício à obrigação do condenado de reparar, indenizar ou restituir o dano, bem como a de pagar as custas do processo, salvo em caso de insolvência provada e reconhecida pelo juiz. O juiz poderia fixar prazo para ultimização desses pagamentos, tendo em vista as condições econômicas ou profissionais do liberado.

O prazo do período de prova do livramento não foi disciplinado pelo Decreto nº 16.665/1924. Entendia-se que o mesmo durava até o termo restante da condenação<sup>40</sup>.

A revogação do livramento era possível em dois casos: a) se o liberado viesse a ser condenado por qualquer infração penal que o sujeitasse a pena restritiva de liberdade; e, b) se o liberado não cumprisse as obrigações a ele impostas (art. 20 do Decreto). No primeiro caso, entendia-se que a revogação só deveria ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença condenatória<sup>41</sup>.

Com a revogação do benefício<sup>42</sup>, o restante da pena seria cumprido sem qualquer dedução do tempo do livramento, o condenado não teria mais direito a um novo livramento e o curso da prescrição não correria (art. 21 do Decreto).

Por outro lado, se o prazo do livramento expirasse, sem a ocorrência de revogação, a pena era tida por cumprida (art. 22 do Decreto).

## CONCLUSÃO

O livramento condicional é um instituto importante, pois, ao integrar uma etapa do cumprimento da pena, possibilita a liberdade antecipada do condenado, desde que, é claro, sejam satisfeitos os requisitos legais exigidos.

As penas longas e a falta de contato com uma civilização que progride vertiginosamente são capazes de fazer dos condenados, ao primeiro ensaio de reajustamento, indivíduos rejeitados, em razão das dificuldades para se amoldarem às novas exigências da vida social.

A pena não pode ser uma vingança da sociedade contra o infrator. Ela deve, sobretudo, ter um caráter utilitário, qual seja: a recuperação e a readaptação do condenado à vida social. E uma das formas de se atingir a utilidade da sanção penal é concedendo ao custodiado a liberdade antecipada, por meio do livramento condicional.

Faz-se necessário, entretanto, que a administração do livramento condicional seja feita com elevado critério, a fim de que sejam evitados a distribuição auto-

---

<sup>40</sup> Esse entendimento decorreu do disposto no art. 606, VI, do Código de Processo Penal do Distrito Federal, de 1924, que determinava: "A condenação extingue-se pela terminação do tempo da pena, tendo havido livramento condicional".

<sup>41</sup> COSTA, Armando. Op. cit., p. 435.

<sup>42</sup> Nos termos do art. 629, V, do Código de Processo Penal do Distrito Federal, a decisão revogadora do livramento era recorrível.



mática e o descrédito da legislação reguladora.

### **BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Primeiro decennio do livramento condicional no Brasil e do Conselho Penitenciario do Districto Federal*: Commemoração solemne em 1 de dezembro de 1934 sob a presidência do Exmo. Snr. Prof. Dr. Vicente Ráo. Rio de Janeiro: Est. de Artes Graph. C. Mendes Junior, 1934.

AZEVEDO, Noé. *As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penaes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

AZEVEDO, Vicente de Paulo. *Curso de direito judiciário penal*. São Paulo: Saraiva, 1958, 2V.

BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Estudos de política criminal*. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: Parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, tomos 1 e 3.

COSTA, Armando. *Livramento condicional*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1934.

COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938, 2V.

FÁVERO, Flaminio. *Do livramento condicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 244, p. 3-13, fev/1956.

FRANCO, Ary Azevedo. *Livramento condicional*. Rio de Janeiro: Editor A. Coelho Branco Filho, 1931.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1978, 1V.

HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1945.

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, 2V.



MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2000, 3V.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, 1V.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. *O livramento condicional e a nova parte geral do código penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 631, p. 275-280, maio/1988.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 1V.

PRUNES, Celestino M. *O prognóstico da reincidência no livramento condicional*. Porto Alegre: Tip Santo Antonio, 1939.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932, 1V.



## **OBRIGAÇÕES NATURAIS**

*Tereza Cristina N. Mazzotini*

### **1. INTRODUÇÃO – NOÇÃO GERAL**

As obrigações em geral são civis, morais ou naturais, podendo ser diferenciadas e classificadas conforme sua exigibilidade ou seu pagamento.

Segundo Arnaldo Wald<sup>1</sup>, **OBRIGAÇÃO em geral é: “o vínculo jurídico temporário pelo qual a parte credora (uma ou mais pessoas) pode exigir da parte devedora (uma ou mais pessoas) uma prestação patrimonial e agir judicialmente sobre o seu patrimônio, se não for satisfeita espontaneamente.”**

Portanto, são ELEMENTOS das obrigações em geral:

- os sujeitos: parte credora e devedora (pessoa s físicas ou jurídicas).
- o objeto: é a prestação de conteúdo patrimonial, lícita, possível, determinada ou determinável.
- o vínculo jurídico: vínculo obrigacional. Ex.: mútuo sem juros – a relação jurídica existente cria apenas uma obrigação para o mutuário, que é a de devolver a quantia emprestada conforme estabelecido em contrato.

Toda obrigação resulta no aparecimento de duas situações: débito e responsabilidade. Importa-nos trazer a diferença entre o DÉBITO e a RESPONSABILIDADE. O débito surge do dever de prestar (prestação) e a responsabilidade da ação judicial sobre o patrimônio, ou seja, ocorrendo o inadimplemento da obrigação, há o descumprimento do dever jurídico de prestar, acarretando a responsabilidade de indenizar pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento.

Sendo assim, os autores alemães, por se dedicarem muito ao estudo da matéria – débito/obrigação e responsabilidade, acreditam que possa existir uma OBRIGAÇÃO SEM RESPONSABILIDADE, qual seja, a exemplo, a OBRIGAÇÃO NATURAL, que não pode ser exigida judicialmente por carecer do vínculo jurídico. Esse é o objeto de nosso estudo.

A obrigação natural está inserida no campo das MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES, nas OBRIGAÇÕES CONSIDERADAS EM SI MESMAS QUANTO AO SEU VÍNCULO, que podem ser:

- **Obrigação civil:** aquela fundada no vínculo jurídico, que sujeita o devedor à realizar prestação em favor do credor, estabelecendo um liame entre ambos, e, caso não cumprida pelo devedor, possibilita ao credor recorrer ao Estado, por meio da ação, para obter a prestação, tendo como garantia o patrimônio do devedor.

---

<sup>1</sup> 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. II, p. 26.

- **Obrigação moral:** constitui-se em um mero dever de consciência que se cumpre apenas por questão de princípios, sendo sua execução mera liberalidade. Ex.: obrigação de cumprir última vontade que não foi expressa em testamento. O seu inadimplemento não acarreta ação, pois inexistente o vínculo jurídico.

- **Obrigação natural:** aquela em que o credor não pode exigir do devedor uma certa prestação, mas caso ocorra seu adimplemento, espontâneo ou voluntário, o credor pode retê-lo a título de pagamento e não de liberalidade.

Como poderemos observar, *a posteriori*, alguns de nossos expressivos doutrinadores civilistas e juristas pátrios assumem posição negativista a respeito do assunto, entendendo ser impossível, no âmbito do direito civil e processual, existir qualquer obrigação desprovida de ação judicial, por acharem que se trata de uma afronta e desrespeito ao credor, desencadeando a “arte de não pagar”.

## 2. NOÇÃO ROMANA – BREVE HISTÓRICO

### 2.1. ORIGEM

Com a evolução natural originou-se no direito romano, que a intercalou entre as obrigações morais e as civis, tendo caráter jurídico incontestável: eram obrigações próprias e verdadeiras, com eficácia menor que as das civis por não ensejarem ação, e o credor não podia assim valer-se delas, senão pela exceção, podendo repelir a restituição do pagamento, mesmo que feito por erro. Eram chamadas de pactos nus, pois se tratava de acordos de vontade não revestidos das formalidades legais dos contratos em geral, de modo que o simples encontro de vontades gerava a exceção, não a ação. Distinguiam-se também das obrigações morais por serem as obrigações naturais carecedoras de vínculo jurídico.

Segundo alguns romanistas a obrigação natural fundou-se no *jus gentium*, sob a influência da filosofia grega, a qual afirmava que a lei natural regia o universo e que todas as relações humanas deveriam reger-se pela boa-fé; isto era fato absolutamente incontestável.

Mas Roberto de Ruggiero, a contrário senso, posiciona: “*não são pois as obrigações naturais aquelas que repousam sobre o jus naturale, e menos ainda sobre o jus gentium, quando este se identifique com aquele (...) Trata-se de obrigações absolutamente semelhantes às civis ...*”. Diferenciavam-se das obrigações civis por não poderem ser juridicamente exigidas. Quanto aos demais efeitos das obrigações civis, todos lhe eram atribuídos.

Características na época romana:

- tinham eficácia menor que a das civis, por serem carentes de ação\*;
- ensejavam para o credor o direito de reter o pagamento feito e não era

---

\* Efeitos próprios.

permitido repetir o que havia pago, e mesmo que tentasse, seria repellido por via de exceção\*\*;

- permitia-se a compensação e a novação (fiança ou hipoteca)\*\*.

## **2.2. DIREITO INTERMEDIÁRIO**

Nesta época as obrigações naturais eram estudadas pelos glosadores e, além de se apoiarem nas fontes contidas no direito romano, ainda apresentaram novas teorias.

Para eles, a obrigação civil continha duas raízes: a natural, fundada no jus naturale e a civil, fundada na exigibilidade judicial daquilo o que fosse devido. Na falta do elemento civil, somente ficava subsistindo a obrigação natural.

## **2.3. DIREITO MODERNO**

O primeiro código a recepcionar casos de obrigações naturais foi o de Napoleão, no início do século 19. Seqüencialmente, baseando-se no Código de Napoleão, serviu de modelo para outros estatutos civis, dentre eles, o Código Civil Italiano.

A doutrina civilista nacional moderna não mais conhece as razões históricas que deram origem às obrigações naturais em Roma, pois além da teoria romana não se acomodar às nossas leis e costumes, ainda deu lugar a muitas dúvidas e dificuldades, mas o instituto perdurou e passou a exercer outras funções que em breve estudaremos.

## **3. CONCEITO, CARACTERES E EFEITOS**

Não existe definição de obrigação natural em nosso ordenamento jurídico, apenas a encontramos nas doutrinas pátrias e no Código Civil Português (conceito interno) e nas legislações estrangeiras (conceito externo).

No campo da conceituação externa – códigos sul-americanos, temos que:

**“...é a obrigação que não confere o direito de exigir seu cumprimento, mas, se cumprida espontaneamente, autoriza a retenção do que foi pago”.**<sup>2</sup>

---

\*\* Efeitos da obrigação civil

<sup>2</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. OBRIGAÇÃO NATURAL, pgs. 71/72.

Já, no campo interno, encontra-se um compêndio de **conceituações**:

**ARNOLDO WALD**<sup>3</sup>: “SÃO AQUELAS DE PRESTAÇÃO INEXIGÍVEL, POSTO SEJAM RECONHECIDAS POR LEI. Exemplo: dívida de juro e dívida prescrita.”

**MARIA HELENA DINIZ**<sup>4</sup>: “AQUELA EM QUE O CREDOR NÃO PODE EXIGIR DO DEVEDOR UMA CERTA PRESTAÇÃO, EMBORA, EM CASO DE SEU ADIMPLENTO ESPONTÂNEO OU VOLUNTÁRIO, POSSA RETÊ-LO A TÍTULO DE PAGAMENTO E NÃO DE LIBERALIDADE”.

**ORLANDO GOMES**<sup>5</sup>: “UMA RELAÇÃO OBRIGACIONAL DESPROVIDA DE AÇÃO, MAS NÃO TOTALMENTE DE TUTELA JURÍDICA”.

**ROBERTO DE RUGGIERO**<sup>6</sup>: “OBRIGAÇÕES DE CARÁTER SOCIAL, RECONHECIDAS PELO DIREITO, MAS QUE O DIREITO NÃO TORNA COATIVAS, DE MODO QUE NÃO AS FAZ ACOMPANHAR DE AÇÃO, ELEVADAS A UMA DIGNIDADE SUPERIOR À DOS PUROS DEVERES DE CONSCIÊNCIA, VISTO O SEU ESPONTÂNEO CUMPRIMENTO NÃO SE CONSIDERAR COMO ATO DE LIBERALIDADE, MAS COMO VERDADEIRO E PRÓPRIO CUMPRIMENTO – É ISTO O SUBSTRATO DE MODERNAS OBRIGAÇÕES NATURAIS”.

Primeiramente, quando examinamos a obrigação natural, precisamos analisar a figura do vínculo. O vínculo está inserido na obrigação civil, o que a faz provida de ação tendente a efetivar a prestação do devedor inadimplente com seu patrimônio. Esse direito de reclamar judicialmente inserido nas obrigações civis está impossibilitado nas obrigações naturais, que têm um *vinculum solius aequitatis*, sem *obligatio*.

Assim, por ser a obrigação natural judicialmente inexigível, seu vínculo é constituído tão somente pelo débito; falta-lhe obrigação. Embora não possa ser exigida em juízo, ela é tutelada juridicamente quando cumprida espontaneamente ou voluntariamente pelo devedor, ocorrendo, neste caso o pagamento e não mera liberalidade como acontece nas obrigações morais, mas aquele não dá lugar ao pedido de restituição ao credor que o recebeu, pois a ele é garantido o direito de reter o que lhe foi pago – chamado de *soluti rentio*, espécie de exceção (defesa) que pode opor ao devedor se este pedir a devolução.

Não se trata de *pagamento indevido* o que se faz em cumprimento de obrigação natural. Conforme dito acima, o pagamento é sempre espontâneo ou voluntário, está na essência da obrigação natural – tutelado juridicamente.

Por conseguinte, o *pagamento parcelado* de uma obrigação ao credor civil não obriga o devedor cumprir as parcelas subseqüentes, pois, do contrário, estaria violando-se o princípio positivo que reza que o efeito da obrigação natural se limita

---

<sup>3</sup> *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol II, 14. ed., p. 30.

<sup>4</sup> *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º vol., 16. ed., 2002, pg. 64.

<sup>5</sup> *Obrigações*, 12. ed., p. 81.

<sup>6</sup> *Instituição de Direito Civil*, vol III, p. 33-34.

à irretratilidade da prestação espontaneamente efetuada; e mais além, quando ocorre a execução parcial da obrigação natural, também não está autorizado o credor a exigir o cumprimento das restantes, pois não podemos transformar obrigação natural em civil, pura e simplesmente.

Em suma, a lei atribui como consequência do cumprimento da obrigação natural a impossibilidade jurídica de obter a restituição do que foi pago espontaneamente, e, mesmo o credor não podendo compelir o devedor a cumpri-la, se o devedor pagar, é defeso pleitear a restituição, não se admite repetir o que se pagou, e se tentar a devolução pela *conditio indebiti*, será repellido por via de exceção. Assim, esta característica foi a única que sobreviveu no Direito Moderno quanto ao que se aplicava no Direito Romano.

Daí, temos como **caracteres** da obrigação natural:

- a) não se trata de obrigação moral;
- b) acarreta inexigibilidade da prestação, sendo também designada como obrigação juridicamente inexigível;
- c) quando cumprida espontaneamente por pessoa capaz, o pagamento é válido;
- d) produz irretratilidade do pagamento feito em seu cumprimento;
- e) seus efeitos dependem de previsão normativa.

Ao contrário da obrigação moral, na qual o cumprimento, sob o prisma do direito, é mera liberalidade, na obrigação natural, o seu cumprimento será considerado pagamento válido, ainda que, da mesma forma que na moral, eventual adimplemento espontâneo, não autoriza ao devedor repetir a prestação adimplida.

A obrigação natural, dentro dos caracteres, nos aponta dois tipos de efeitos, que podem ser tratados como indiretos, quais sejam: efeitos negativos – ausência do direito de ação do credor para exigir o adimplemento da prestação; e efeitos positivos – irrevogabilidade do pagamento, conforme reza o art. 814 do NCC; mas sendo o pagamento feito por pessoa incapaz, obtido por dolo ou coação ou, ainda, por terceiro em nome do devedor sem que haja a manifestação deste autorizando-o, será tido como inválido o cumprimento da obrigação natural principal, sendo revogada.

Sendo assim, a obrigação natural produzirá os seguintes **efeitos**:

- a) o credor que recebe o pagamento terá direito de retenção da coisa ou quantia dada em cumprimento da obrigação natural, e caso ocorra o pedido de retenção por parte do devedor, ele poderá alegar exceção contra tal pedido;
- b) o pagamento da obrigação natural não se sujeita às normas reguladoras da doação, porque a retenção não se opera a título de liberalidade, é pagamento;
- c) tanto a obrigação natural como a civil aumentam o patrimônio do credor e diminuem o do devedor.

Conseqüentemente, a obrigação natural **não produz outros efeitos**, pois:

- não é suscetível de novação: a novação pressupõe a extinção de uma dívida antiga por uma nova relação obrigacional, o que descabe na obrigação natu-

ral por não haver obrigação anterior válida – vínculo e ser juridicamente impossível. Há autores que entendem que pode haver novação de obrigação natural – são minoria;

- não pode ser compensada com a obrigação civil, porque a compensação requer dívidas vencidas, cobráveis e exigíveis, enquanto que a obrigação natural se caracteriza pela inexigibilidade da prestação;

- não comporta fiança;

- não se aplica o regime previsto para os vícios redibitórios, pois no vício redibitório a coisa entregue como pagamento contém vícios ocultos e as sanções jurídicas só alcançam prestações exigíveis, portanto mais uma vez afirmamos: as prestações na obrigação natural são inexigíveis e o seu cumprimento é espontâneo.

#### **4. NATUREZA**

Por se tratar de um instituto impreciso e obscuro, constitui-se num dos temas mais incertos e controvertidos da ciência jurídica, pois quando se fala em *obrigação (natural)* o que nos traz é a idéia de vínculo – prestação, o que nela inexistente. Isto porque a obrigação natural não está situada inteiramente no campo jurídico, mas em grande parte no campo do domínio moral, o que não a torna obrigação exclusivamente moral, já que o ordenamento jurídico outorga-lhe efeitos. Ante a circunstância, podemos concluir que a obrigação natural é um instituto intermediário entre a obrigação civil e a moral.

Nota-se que a juridicidade da obrigação natural só aparece quando ela é cumprida, pois antes o que encontramos é apenas um mero dever moral; a obrigação natural encontra-se dormente e quando é cumprida aparece sua fase jurídica.

Em contrapartida à posição destes doutrinadores modernos, que definem as obrigações naturais como deveres morais que têm conteúdo patrimonial, outros explicam-na como sendo uma verdadeira relação com vínculo jurídico, desprovida de ação e de qualquer exigibilidade, não sendo isto que deixa de torná-la uma relação jurídica como é a civil, primeiro porque o direito positivo a reconhece expressamente em nosso sistema legal e segundo porque o direito de retenção é suficiente para indicar que a relação não é meramente de fato, mas juridicamente relevante, pois o credor tem o direito de receber a prestação quando satisfeita espontaneamente. É, em tese, uma relação obrigacional, pois possui objeto, débito e crédito, direito e dever, faltando apenas o efeito: pretensão. Por este motivo é que não podemos descartar a viabilidade de ser a obrigação natural uma relação jurídica. Em tese, é a posição que predomina.

Maria Helena Diniz<sup>7</sup> entende que para se poder chegar a um enquadramento quanto à sua natureza, é importante analisar o conceito das normas autônomas e

---

<sup>7</sup> *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol.II, 16. ed. ,p. 74.



não-autônomas, com base na teoria Kelseniana:

- **norma autônoma:** aquela que autoriza a aplicação de sanção quando violada, ocasionando a reparação do dano ocasionado pela infração.

- **norma não-autônoma:** aquela que não prevê uma sanção, mas possui juridicidade por se ligar à uma norma que tenha autorização para empregar a coação como meio de conseguir a observância de seus preceitos.

A obrigação natural está enquadrada na categoria da norma não-autônoma.

### **5. OBRIGAÇÃO NATURAL NO DIREITO BRASILEIRO – CÓDIGO CIVIL/ 1.916 E NOVO CÓDIGO CIVIL**

Nossa lei não apresenta, diferentemente da legislação estrangeira, regime específico de obrigação natural, fazendo com que nossos civilistas, juizes e tribunais tenham que se socorrer da doutrina para preencher tal lacuna.

Como a lei não minudencia os casos de obrigação natural, surgem alguns casos na própria legislação e outros na doutrina, quais são:

• **A previsão legal da obrigação natural está inserida na 2ª parte do art. 970 do CC vigente, no Capítulo do Pagamento Indevido, diferentemente do art. 882 do NCC, que trata do assunto; vejamos:**

Art. 970 do CC vigente:

“Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir **obrigação natural**”.

Art. 882 do NCC:

“Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir **obrigação judicialmente inexigível**”.

O artigo em tela cuida da hipótese da exclusão da restituição do indébito, isto é, em algumas situações o pagamento indevido não confere o direito de restituição; é o que ocorre quando: o pagamento se destinou a solver dívida prescrita ou obrigação natural. No caso da **obrigação natural**, o devedor não terá direito à repetição, pois essa obrigação é inexigível, e ele pode cumpri-la espontaneamente ou voluntariamente, de modo que, se realizar, o pagamento feito ao credor é tido como válido, e sendo assim não pode ser repetido. Na verdade: “pagou porque quis!”. E quem paga obrigação natural não sofre empobrecimento injusto, assim como quem recebe não sofre enriquecimento indevido, pois por se tratar de crédito judicialmente inexigível o recebimento do mesmo apenas reequilibra um patrimônio que estaria desfalcado.

Outro caso é o da primeira parte do artigo em debate: **dívida prescrita**. Sem

dúvida, todas as características de dívida prescrita são de obrigação natural. Estando a dívida prescrita, o que desapareceu foi o direito de ação, daí sua inexigibilidade, existindo ainda o direito subjetivo do credor.

• **Art. 971 do CC vigente e art. 883 do NCC:**

Art. 971 do CC vigente:

“Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei.”

Art. 883 do NCC:

“Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei. **Parágrafo único:** No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

Trata-se da questão de que ninguém pode valer-se da própria torpeza. É uma forma de sanção para os que violam a ordem pública e os bons costumes, com todos os requisitos da obrigação natural.

• **Art. 1.477 do CC vigente e art. 814 do NCC:**

Art. 1.477 do CC vigente:

“As dívidas do jogo, ou aposta, não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor, ou interdito. **Parágrafo único.** Aplica-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívidas de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé”

Art. 814 do NCC:

“As dívidas do jogo, ou aposta, não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor, ou interdito. § 1º ... § 2º ... § 3º ... ”

Jogo é todo contrato aleatório, por meio do qual duas ou mais pessoas prometem a uma delas, a quem for favorável certo azar, um ganho determinado.

Aposta é contrato aleatório, em que duas ou mais pessoas, de opinião diferente sobre qualquer assunto, concordam em perder certa soma, ou certo objeto, em favor daquela, dentre os contraentes, cuja opinião se verificar ser verdadeira.

O artigo em debate deixa claro que todas as espécies de jogos, lícitos ou ilícitos, não obrigam o pagamento, porque ninguém pode ser acionado por débito de jogo ou aposta, tornando-o juridicamente inexigível – art. 166, II NCC.

• **Art. 1.478 do CC vigente e art. 815 do NCC:**

“Não se pode exigir reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, no ato de apostar ou jogar.”

• **Art. 1.259 do CC vigente e art. 588 do NCC:**

Art. 1.259 do CC vigente

“O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores, **ou abonadores.**”

Art. 588 do NCC:

“O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores.”

O mutuante deve ter aptidão para dispor da coisa emprestada e o mutuário deverá estar habilitado a se obrigar. Assim, feito por pessoa incapaz e sem prévia autorização, o mutuante não poderá ver a coisa devolvida.

As exceções encontram-se no art. 1.260 do CC vigente e art. 589 do NCC.

• **Art. 1.263 do CC vigente:**

“O mutuário, que pagar juros não estipulados, não os poderá reaver, nem imputar no capital.”

Quando os juros não foram contratualmente estipulados, e o mutuário/devedor pagá-los, embora inexigíveis, não poderá pleitear a devolução, pois se trata de obrigação natural.

**Art. 591 do NCC**, que trata esta questão de forma diferente:

“Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.”

Neste caso, os juros são exigíveis, mas se excederem os limites legais, permitida está a repetição do que foi pago. Não tratou o anteprojeto da figura da obrigação natural.

• **Direito Costumeyiro.** Com base nos usos sociais, temos dois casos de obrigação natural:

- dar gorjetas a funcionários de restaurantes, hotéis etc.;
- outorga de comissão amigável a intermediários ocasionais em negócios imobiliários; como não são corretores, não há obrigação de remunerar sua mediação.

## 6. JURISPRUDÊNCIAS

Em conformidade com a matéria acima exposta, encontram-se a barca do tema poucas jurisprudências e em época antiga. Isto porque, como já exarado, trata-se de assunto muito controvertido e de poucas fundamentações tanto doutrinárias como legais. Mas, embora com tantos percalços, consegue-se encontrar algumas, tais como:

### **PAGAMENTO INDEVIDO – Juros já prescriptos – Repetição – Inadmissibilidade – Aplicação do art. 970 do Código Civil.**

... “O Sr. *Ministro Octavio Kelly* (relator) – O ataque feito a cobrança de juros anteriores à expedição do precatório, já por excessivos, já por prescriptos, não merece acolhida, de vez que o seu pagamento se effectuou sem motivo que justifique a repetição do indébito (...) A prescrição é instituída em favor do devedor, que, se convém num pagamento, embora de obrigação prescripta, não pode reaver a somma dada, em face da clara disposição do art. 970 do Código Civil, que assim diz: **não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescripta.** (...) Esse ponto é pacífico e não comporta longas explicações.” (Decisão do Superior Tribunal de Justiça, RT 108/372)

### **APOSTA – pagamento efetivado pelo perdedor – Recuperação pretendida – Inadmissibilidade na espécie – Inocorrência das exceções legais – Inteligência do art. 1.477 do Código Civil.**

Sem embargo da lei substantiva proibir a aposta e não obrigar ao pagamento de dívidas dela resultante, lícito não é ao perdedor, porém, recobrar judicialmente a quantia voluntariamente paga, salvo, apenas, se a mesma for ganha por dolo, ou no caso de ser o perdedor menor ou interdito.

... “O apelante, tendo perdido sua aposta, pretende reaver a importância paga, por meio de ação de anulação de aposta. (...) Por sua ilicitude a dívida proveniente de aposta não obriga a pagamento. (...) Essa negativa ao direito de ação é extensível não só aos jogos proibidos, porque ilícitos, como os tolerados, que criam apenas obrigação natural, de consciência, do domínio da moral, não amparados pelo direito. Como se vê, o ganhador no jogo ou na aposta, não dispõe de recurso judicial para receber de quem perdeu o pagamento da quantia ou objeto do ganho. (...) É oportuno lembrar o que decidiu a 2ª Câmara Civil deste tribunal, que presidi por muitos anos, em caso semelhante ao dos autos. “O pagamento de uma obrigação natural tem um motivo – a satisfação de um dever de consciência – um sentimento de equidade, de delicadeza ou de honra. Dando largas a esse en-

*tendimento, cumprindo preceitos de honra, religiosidade, civismo ou moral, seria desarrazoado que a lei permitisse a repetição ao devedor que livremente prestou cumprimento ao ter reconhecido a existência da dívida e satisfez o que a moral ditou; a repetição é que seria, assim, um ato imoral” (apelação n. 19.315, da comarca de Ituiutaba).” (Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, RT 477/224).*

**APOSTA – Resultado eleitoral – Pagamento de dívida com cheque sem provisão – Carência da ação de cobrança – Inexistência de ato jurídico a gerar direitos – Recurso provido – Aplicação do art. 1.477 do Código Civil.**

Deve ser julgado carecedor da ação o exequente portador de cheques destinados a pagar aposta fundada em resultado eleitoral, pois, não sendo a aposta um ato jurídico, não cria direitos, tornando inexigível judicialmente a dívida originária.

*“A dívida de apostas fundadas em resultados eleitorais constitui obrigação natural, cujo cumprimento não pode ser exigido judicialmente”. (Decisão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, RT 494/197).*

## **7. CONCLUSÃO**

A conclusão a que se pode chegar com esta explanação e que costuma ser apresentada com numerosos outros argumentos doutrinários é a de que se trata de um instituto pouco aplicado, com importância reduzida a pequenas proporções, haja vista as decisões raras sobre tal matéria, e as que encontramos são um tanto quanto nebulosas.

Sobre o aspecto temático, pode-se observar que a obrigação natural, sob o aspecto classificatório é obrigação típica, quando prevista nos textos legais, ou atípica, quando, embora não disciplinada em lei, evidencia uma dívida que, em razão de seu impedimento legal – cobrança judicial, não pode ser reclamada. Pode ser ainda originária, quando inexigível desde seu início, ou derivada, aquela que se origina como obrigação civil e no decurso do tempo perde sua exigibilidade, como é o caso da dívida prescrita.

Antunes Varella, diante da lacuna existente em nosso ordenamento jurídico sobre a obrigação natural, aconselha que devemos colocar em prática o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil / 1916, que “*reconhece a analogia como fonte integradora das lacunas do sistema.*”

## **BIBLIOGRAFIA**

COVELLO, Sérgio Carlos. *A Obrigação Natural*. São Paulo: Leud, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Código de Direito Civil Anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JURÍDICOATLAS. *Novo Código de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 4, 1ª parte.

RODRIGUES, Silvio. *Parte Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituição de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1958, v. III.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2001, v. 2.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tributários, 2000, v. 2.

## **A PRIVACIDADE DA PESSOA HUMANA NO AMBIENTE DE TRABALHO**

*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira\**

### **1. PRIVACIDADE E CIDADANIA**

O caráter sucessivo do contrato de trabalho com suas diversas fases (pré-contratual, celebração, execução, extinção e pós-contratual) oferece várias oportunidades para que ocorra violação da privacidade, principalmente no que concerne ao empregado.

Ressalte-se que qualquer violação da privacidade importa, em última análise, em desrespeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, esta protegida por princípio constitucional constante do artigo 1º, inciso III da nossa Carta Magna.

Cidadania em sentido estrito, como preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é um status ligado ao regime político, podendo-se distinguir três graus: a) o mínimo, com que há participação no processo político e possibilidade de acesso aos cargos públicos em geral, mas sem elegibilidade; b) o médio, compreendendo elegibilidade com restrições; c) o máximo com plena elegibilidade e pleno acesso aos cargos públicos. Em sentido lato, cidadania consiste no direito de usufruir de todos bens que a sociedade dispõe ou deve dispor para todos e não só para eupátridas, tais como: educação escolar nos diversos níveis, seguridade social (saúde pública, da previdência ou da assistência social).

Não pode o empregador, pelo simples fato de ter o empregado a ele subordinado e lhe pagar salários, desrespeitar sua privacidade no ambiente de trabalho ou fora dele, violando-lhe a intimidade, em nome de um suposto poder de direção.

O princípio básico é: empregado e empregador devem, reciprocamente, em todas as fases do contrato, incluída a preliminar, respeitar direitos e deveres individuais e coletivos no art. 5º da Constituição Federal, que no seu caput declara: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Dessa forma, têm empregado e empregador direito à privacidade, à intimidade, à liberdade de pensamento e expressão, de consciência e crença religiosa, de associação, de acesso a informações e de consciência, de convicção política ou filosófica, além de outras.

---

\*Juiz titular da 49ª Vara do Trabalho de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP. Professor do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUSP.

Dentre as variadas formas que podem propiciar a ofensa aos mencionados direitos de cidadania, duas (ofensa ao direito à intimidade e discriminação) merecem análise mais detalhada.

## **2. DIREITO À INTIMIDADE**

Na abordagem da matéria, os autores distinguem os conceitos de intimidade e privacidade nos âmbitos objetivo e subjetivo.

“O direito à intimidade há muito vem sendo conceituado como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem, pressupõe ingerência na esfera íntima da pessoa através de espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente.”

O conceito objetivo é a “pretensão de um indivíduo, grupo ou instituição de determinar-se por si mesmo, quando, como e em que, pode comunicar-se a outros, informação sobre ele” e o objetivo “a esfera inderrogável de liberdade pessoal em que se desenvolvem a racionalidade e a vida privada dos indivíduos”.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 explicita três modalidades de inviolabilidade que merecem menção: a intimidade individual (inciso X), a da casa como asilo individual (inciso XI) e da correspondência, das comunicações telegráficas e telefônicas (inciso XII).

Sem forçar a compreensão dos termos, pode-se dizer, que a norma garante três modalidades de intimidades: a individual, a da moradia e a das comunicações.

A Consolidação das Leis do Trabalho é omissa a respeito da questão.

O Estatuto do Trabalhador Espanhol é mais explícito no que concerne à intimidade, na Lei nº 03/1989, onde se estipula:

“art. 4º, 2º e. En la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho (...) al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.”

O artigo 18 do mesmo ordenamento jurídico espanhol ainda dispõe:

“Art. 18. Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro del trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro del trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.”

Em diversas ocasiões, no curso de uma relação de emprego, uma das par-



tes pode praticar atos que agridam as intimidades apontadas.

O trabalho doméstico, certamente mais do que qualquer outro, propicia a violação da moradia, quer porque freqüentemente o empregado mora em cômodos da casa em que trabalha, cômodos que podem ser facilmente vasculhados, quer porque o trabalho da empregada lhe dá acesso direto à todos os compartimentos.

Algumas funções desenvolvidas no interior do estabelecimento do empregador, como a de telefonista, por exemplo, possibilitam um contato com a correspondência telegráfica e telefônica do empregado e do empregador, propiciando uma violação. Embora funcionalmente tais empregados tenham acesso às informações confidenciais, a violação ocorrerá quando estes as revelarem a terceiros.

Há uma grande incidência, que se revela nas decisões judiciais, da violação da intimidade individual no âmbito do estabelecimento, explicando-se por que os autores costumam dar a esta maior atenção enfocando, sobretudo, aquela cometida pelo empregador contra seu empregado, embora a intimidade de ambas as partes deve ser resguardadas.

No entanto, certas asserções que se fazem ao direito à intimidade individual do empregado, em outros contextos e circunstâncias, valem também, em relação à do empregador.

Falar em intimidade, não do empregador ou de seus prepostos como pessoas físicas, mas da empresa pessoa jurídica pode ser exagero. Todavia, quando se estuda a figura do ato faltoso da revelação de segredo por parte do empregado, pode-se dizer que houve a violação de uma certa "intimidade" conhecida como a "alma do negócio". Entende-se por segredo, "todo fato, ato, ou coisa, que, de uso ou conhecimento exclusivo da empresa, não possa ou não deva ser tornado público, sob pena de causar um prejuízo, remoto, imediato ou provável, àquela".

Observa ainda Dorval de Lacerda, que o ato faltoso consiste em violar, não implicando necessariamente revelar; e para justificar o dever de sigilo, diz o mesmo fundar-se no dever de fidelidade.

O direito à intimidade e o à privacidade podem ser classificados como direitos individuais, relativamente à liberdade, com natureza jurídica de direito fundamental de defesa.

Como já se sublinhou muito bem:

"A subordinação não significa sujeição ou submissão pessoal. Este conceito corresponde a etapa histórica já ultrapassada e faz lembrar lutas políticas que remontam à condição do trabalhador como objeto de locatio, portanto equiparado a coisa (res). O trabalhador como pessoa não pode ser confundido com a atividade, esta, sim, objeto da relação jurídica. No dizer de Francisco Ferrara, essa luta, que se vinculava a formas econômicas anacrônicas e superadas, não existe como antes e está desaparecendo paulatinamente para dar espaço à idéia de coordenação negociada de atividades profissionais com vistas ao cumprimento de iniludíveis fins comunitários."

Costuma-se apresentar a subordinação como o lado passivo do poder diretivo do empregador. Este poder, em relação a seus trabalhadores, pode manifestar-se em três modalidades que se concatenam: o de organização (dar conteúdo concreto às atividades a serem desenvolvidas pelo trabalhador), o de controle (verificar a observância das ordens e orientações dadas) e o disciplinar (punir por inadimplemento das ordens).

É o exercício do poder diretivo do empregador que mais frequentemente, como demonstram reiteradas decisões judiciais, vem propiciando ocasiões de invasão da privacidade e da intimidade do operário.

Entende-se, assim, por que os autores relacionam violação da intimidade e privacidade com o poder diretivo.

Neste sentido, merece citação a observação de Alice Monteiro de Barros:

“Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado. O contrato de trabalho não poderá constituir “um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais” assegurados ao empregado como cidadão; essa condição não deverá ser afetada quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva.”

Pode-se, afinal, tecer breves considerações entre direito à intimidade e à honra porque, como nota Aparecida I. Amarante, já faz tempo que se aceitou o direito à honra como integrante do núcleo da privacidade. Hoje este entendimento está superado:

“Se a honra, conforme anotamos, significa a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa, a intimidade, em sentido oposto, quer justamente significar a subtração da consideração de terceiros, da publicidade e permanência da tranqüilidade (...) Porque não se confundiram os mencionados direitos é que se verifica uma ofensa à honra, sem que atinja a intimidade ou vice-versa, bem como se comprova lesão a ambas concomitantemente” (...) Quando a lesão individual, por indiscrição, compromete a dignidade de alguém, estamos diante da ofensa à honra; quando, porém, a lesão atinge apenas o mencionado resguardo, há ataque à intimidade. Por fim, os ataques à honra tanto recaem na vida privada quanto pública do indivíduo, diferentemente dos ataques à intimidade.”

Em síntese, configurada a violação das três intimidades (do indivíduo, da casa, das comunicações telefônicas e telegráficas), ocorre dano, cujo ressarcimento pode ser requerido através de ação específica.

### 3. DISCRIMINAÇÃO E AÇÃO AFIRMATIVA

A importância do estudo da discriminação no presente artigo reside no fato de que sua ocorrência pode gerar situações que levem à violação da privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho.

A tutela anti-discriminatória está inserida nos artigos 5º, inciso XLI, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988.

A esse respeito, observa Alice Monteiro de Barros o seguinte:

“O princípio da não-discriminação possui conexão com a garantia dos direitos da personalidade e atua como limite imposto pela Constituição Federal à autonomia do empregador, quando da obtenção de dados a respeito do candidato ao emprego, e se projeta durante a execução do contrato”.

Para melhor entendimento do tema, cabe inicialmente diferenciar discriminação e ação afirmativa:

Discriminação consiste em privar alguém de algo a que os cidadãos, em geral, têm direito. A Convenção 111 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação, de 1958, ratificada pelo Brasil, assim define discriminação:

“Art. 1º (...).

a) Toda distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha como efeito anular ou alterar igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou na ocupação.

b) Qualquer distinção, exclusão, preferência que tenha como efeito alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou ocupação.”

Todavia, não são consideradas como discriminação as distinções ou exclusões baseadas em qualificações exigidas para determinado emprego (Art. 1º, parágrafos 1º, 2º e 3º).

Há inegavelmente, da parte do empregador, maior possibilidade de discriminar a partir da fase pré-contratual e em toda a vigência do contrato.

Na ação afirmativa o direito leva em consideração situações concretas e permite que se dêem maiores oportunidades a certas pessoas em condições especiais, porque em se tratando de justiça distributiva, que visa a equiparar, não se ferem normas de direito dando mais a quem tem menos.

O art. 5º, parágrafo 2º da mesma Convenção 111, explicita não serem discriminatórias as medidas especiais de proteção destinadas a atender necessidades particulares de pessoas que, por razão de sexo, idade, invalidez, encargos familiares, nível social ou cultural, tenham necessidade de proteção ou assistência

especial.

Exemplos de disposições prevendo “ação afirmativa” encontram-se na Constituição Federal, que assegura “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (Art. 7º, inciso XX), ou em favor do deficiente (Art. 37, inciso VIII e leis ordinárias que lhe reservam percentuais na admissão).

O parágrafo único do art. 373-A da CLT dispõe não ferirem o princípio da não discriminação “medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinem a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.”

A maioria, se não a totalidade, das normas de proteção da maternidade são disposições de “ação afirmativa”.

#### **4. OBRIGAÇÃO DE NÃO DISCRIMINAR**

Dentre as múltiplas modalidades de ofensa à cidadania e à privacidade que podem ocorrer em uma relação de emprego, destaca-se a discriminação que as partes podem sofrer em todas as fases do contrato de trabalho. Embora, por razões óbvias, se aborde a discriminação que possa sofrer o empregado, a obrigação de não exercê-la é de ambas as partes da relação empregatícia.

Abordar-se-ão, a seguir, algumas das inúmeras possibilidades de ocorrência de discriminação, em virtude de gênero, homossexualidade, maternidade, idade, etnia, estado civil, ideologia, nacionalidade, saúde e vida pregressa trabalhista, ensejadoras de danos pessoais.

##### **4.1. GÊNERO**

Textos legais, doutrinários e de decisões judiciais, habitualmente utilizam o termo “sexo” referindo-se a ambos, feminino e masculino. O termo mais adequado é “gênero”.

Tratando-se discriminação ela pode atingir homem e mulher, mas o fato de sta ter sofrido e ainda sofrer, maior discriminação no mundo do trabalho no que se refere ao acesso a ele, à remuneração e às funções mais graduadas, faz com que as atenções se voltem para a exclusão dela. Assim, sem nenhum paradoxo, a oferta de trabalho exclusivamente para mulheres, com explícito afastamento do homem, pode visar à obtenção de mão-de-obra mais barata.

Em rigor, não há trabalhos “masculinos” e “femininos”; a procura maior por determinadas funções por parte dos homens (motoristas de caminhões ou táxis, por exemplo) e das mulheres (enfermagem, serviço social, etc.) reflete resquícios

de preconceitos ou, na melhor das hipóteses, uma tendência cultural para determinados afazeres que seriam mais adequados à psicologia masculina ou feminina.

O empregador tem amplo poder de estabelecer a política de empregos, mas nesta não pode ser incluída a discriminação à base do gênero, sob pena de configurar-se dano moral ressarcível.

Razões históricas fizeram e fazem com que o legislador estipule normas diferenciadas de proteção ao trabalho da mulher, muitas das quais ainda refletem situações novecentistas, quando a criança, o adolescente e a mulher eram considerados “meias forças”, a quem, “coeteris paribus”, se afirmava explicitamente (talvez de modo não tanto hipócrita como hoje) caber menor remuneração pelo mesmo trabalho.

As normas anteriores de “proteção” à mulher, tidas no passado como de ação afirmativa, acabaram tendo efeito contraproducente e se tornaram de discriminação negativa, o que levou o legislador a suprimir várias proibições, fato que se verifica no confronto de antigas e atuais normas da CLT. Houve, por exemplo, tempo em que o princípio era o da proibição do trabalho noturno, especificando-se as exceções; depois prevaleceu o princípio da permissão, especificando-se as exceções.

A partir da Constituição de 1988, entendeu-se que as restrições não se justificavam, razão pela qual a Lei 7.855/89 suprimiu sem sistematizar, várias proteções.

Visando especialmente ao trabalho da mulher, o art. 373-A relaciona e proíbe os atos discriminatórios: publicar e fazer publicar anúncio no qual haja referência a sexo, recusar emprego, promoção ou motivar dispensa do trabalho em razão de sexo, considerar o sexo como variável, como determinante para fins de remuneração e formação profissional, impedir acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos em razão de sexo.

O contexto em que se situa a norma citada não deixa dúvidas de que se visa à proteção do trabalho da mulher; tecnicamente, porém, os mesmos atos apontados podem configurar-se, em determinadas situações, como discriminatórios contra o homem.

No inciso I do art. 373-A, abre-se uma exceção quanto à publicação de anúncio, “salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível.” A matéria implica complexidade uma vez que é indispensável a verificação de quais trabalhos, por sua natureza seriam notoriamente incompatíveis.

Há ordenamentos jurídicos em que, por exemplo, se proíbem determinadas atividades insalubres para a mulher, não porque estas só afetem o organismo procriador feminino, mas porque (ao que consta, científica mas não dogmaticamente comprovado) têm efeitos que se prorrogam no tempo prejudicando no futuro o feto.

É evidente que a opção por ter filhos é individual, de cada mulher; na hipótese, o direito proíbe, levando em consideração que uma grande maioria faz esta opção, portanto a proteção seria não contra o trabalho da mulher, mas de uma

maternidade potencial. O tema sempre abre espaço para acaloradas discussões e há quem veja, em tais formulações, um machismo oculto nada sutil ou uma visão da mulher apenas como “reprodutora da espécie”.

Qualquer discriminação fundada em gênero implica em violação da privacidade que pode ser reparada por ação pleiteando a indenização pelo dano pessoal.

#### **4.2. HOMOSSEXUALIDADE**

Durante anos, o fenômeno da homossexualidade, de pouca expressão quantitativa, foi objeto de uma rejeição cultural muito forte, sobretudo quando fundamentada em motivos religiosos. Hoje se tem notícia de que ele está presente nos mais diversos meios sociais, alguns dos quais, como, por exemplo, as fileiras das forças armadas, pareciam fortalezas inexpugnáveis.

Indubitavelmente, os homossexuais constituem-se minoria. Os grupos minoritários, de qualquer coloração ideológica, costumam ser mais agressivos em suas reivindicações para conseguir seu espaço na sociedade.

Não há qualquer razão que justifique a exclusão de homossexuais do mercado de trabalho.

Se o empregador indagar ao candidato sobre suas preferências sexuais, este tem todo o direito de omiti-las ou ocultá-las, caso entenda necessário, uma vez que se trata de opção individual situada na esfera da intimidade.

Sobre o tema, assim expõe Alice Monteiro de Barros:

“Quando o preceito constitucional veda a discriminação no ato da admissão do empregado e considera invioláveis sua intimidade e sua vida privada, está protegendo uma série de direitos e liberdades individuais. E, em consequência, estabelece um limite ao poder empresarial de questionar sobre os modos pelos quais o empregado conduz sua vida privada, dentre eles, fatos ligados à liberdade pessoal. Logo, a proibição de indagar é uma consequência da própria idéia de tutela à privacidade (...).”

Assim sendo, não pode o empregador em qualquer das fases do contrato de trabalho discriminar o empregado em virtude de sua condição de homossexual, mormente quando este desenvolve suas atividades laborais de maneira recatada. Quando o tema é objeto de seminários acadêmicos, há quem aponte certos comportamentos estranhos de homossexuais. O decoro que o empregador pede de todo e qualquer empregado é exigível também do homossexual. Configurada a discriminação, ocorre o dano pessoal, ressarcível.

### 4.3. MATERNIDADE

O artigo 391 da CLT estipula que o fato de a mulher ter se casado ou se encontrar em estado de gravidez não constituem motivos para a rescisão de seu contrato de trabalho e, seu parágrafo único, proíbe que regulamentos, convenções coletivas ou contratos de trabalho restrinjam o direito da mulher ao emprego por tais motivos.

O direito francês em seu Código do Trabalho enuncia um princípio de proteção, que merece ser lembrado:

“Art. 122.25. O empregador não deve levar em consideração estado de gravidez de uma mulher para recusa de empregá-la, extinguir seu contrato de trabalho no período de experiência ou, resguardadas as disposições do art. 122.25.1, alterar seu contrato. Conseqüentemente lhe é proibido procurar ou fazer procurar quaisquer informações concernentes ao estado de gravidez. A mulher candidata a um emprego ou já assalariada não é obrigada a revelar seu estado de gravidez, a não ser que ela peça o benefício de disposições legislativas ou regulamentares concernentes à proteção da mulher grávida.”

Esse tipo de discriminação é bastante comum e se manifesta dia-a-dia, através de diversas práticas, como a exigência de exames prévios de não gravidez ou de esterilização, em que pese mesmo a vedação legal para que isso ocorra.

Não se pode exigir atestado ou exame para o fim de verificação de gravidez e muito menos que o médico transmita ao empregador qualquer informação nesse sentido, limitando-se este a dizer se aquela candidata encontra-se ou não apta para a função à qual se destina.

Ressalte-se, por oportuno, que a candidata ao emprego ou empregada (conforme o caso) tem plena possibilidade de ocultar seu estado gravídico, não importando tal comportamento em violação ao princípio da boa-fé, mas apenas e tão somente restrição quanto à sua intimidade.

Veja-se, a título de exemplo, decisão de um tribunal alemão a respeito da questão:

“A autora começou a trabalhar no dia 2 de novembro de 1981 após uma entrevista com o empregador uns dias antes. Na entrevista foi-lhe perguntado se estava grávida, o que foi respondido negativamente. No dia 3 de novembro ela apresentou um atestado médico certificando que estava grávida de dez semanas. No mesmo dia o empregador contestou a validade do contrato de trabalho e a despediu.

O tribunal pronunciou-se a favor da trabalhadora entendendo que o empregador não tinha o direito de lhe perguntar se estava grávida. Mesmo reconhecendo que houve mentira deliberada, esta não era causa de anulação do contrato, a menos que se tratasse de função proibida às mulheres grávidas. Em virtude do artigo

661, letra “a” 1.1 do Código Civil, o empregador não pode praticar discriminação na formação de um contrato. Pedir a uma candidata para dizer se ela está grávida indicava que o empregador ia contratá-la, ou não, para assumir as obrigações que decorrem do emprego de uma mulher em tal situação. O artigo 661, letra “a” do Código Civil, visa a evitar que considerações desta natureza sejam levadas em consideração quando do engajamento do trabalhador. Permitir ao empregador interrogar as candidatas quanto a eventual gravidez as obrigaria a revelar fatos que diminuiriam suas possibilidades de serem tratadas em pé de igualdade com os candidatos homens para obter o emprego. Esta pergunta é incompatível com as disposições do artigo 661, letra “a” do Código Civil, exceto no que concerne a funções que são proibidas às mulheres grávidas”.

Este acórdão traz uma lição que merece comentários: verifica-se que toda indagação que invade a privacidade pode ser repelida. Quem não tem direito de perguntar não tem direito a uma resposta que exponha uma “verdade” que se quer ocultar.

A ocultação da verdade acontece freqüentemente na vida social, mesmo em ocasiões nas quais não se trata de invasão de privacidade; o esmoler abordado por um pedinte responde não ter dinheiro, embora, de fato, o tenha.

Ressalva pode ser feita àquelas situações em que a gravidez constitua obstáculo ao exercício das funções e realização das tarefas, quando então a mulher não pode ocultar seu verdadeiro estado, como é o caso do labor em usinas nucleares ou clínicas radiológicas, uma vez que em tais situações a radiação é fator teratogênico, podendo causar a malformação do feto.

A lei n. 9.029/95 vai mais longe, tipificando como crimes as seguintes práticas: exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez; a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigação à esterilização genética.

Cabe, ainda, salientar que se a mulher, empregada ou candidata ao emprego, for obrigada a submeter-se a exame laboratorial que ateste sua condição de “não grávida”, estará configurada a prática de crime por parte do empregador, além de estar a empresa violando o direito de intimidade, podendo ser condenada a pagar indenização pelo dano pessoal causado.

A pena estipulada para o crime é de um a dois anos de detenção, além da multa administrativa, em valor correspondente a 10 (dez) vezes o maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% na hipótese de reincidência, e da proibição de obter empréstimo ou financiamento em instituições financeiras oficiais.

Ainda nesse sentido, relata Alice Monteiro de Barros:

“A Procuradoria do Trabalho da 3ª Região, considerando o expediente encaminhado pelo Chefe da Divisão de Segurança e Saúde do Trabalhador, no qual dá



notícia da exigência de teste de gravidez pela empresa Katrin Têxtil e Confecções Ltda., instaurou inquérito civil público para apuração do fato (...). A referida empresa firmou termo de compromisso perante o Ministério Público, comprometendo-se a não estabelecer quaisquer procedimentos discriminatórios contra a mulher no ato de admissão, ficando claro que não poderá exigir teste de gravidez para as candidatas a emprego, sob pena de incidir em multa de R\$ 100.000,00 por trabalhadora discriminada.”

#### **4.4. IDADE**

A discriminação de um candidato por motivo de idade (salvo se esta for exigida em decorrência do cargo a ser ocupado) implica em prática de ato ilícito pelo empregador, ensejador de dano pessoal reparável.

Sabe-se que há uma discriminação negativa em relação às pessoas idosas, um problema que pode agravar-se na medida em que cresce o número de idosos no Brasil.

A regra geral é que a pessoa com mais de 45 (quarenta e cinco) anos tem grande dificuldade de colocação no mercado de trabalho, situação que se agrava, quanto menos técnica for a função procurada.

Em relação ao adolescente, há norma de discriminação positiva impedindo que seja admitido em trabalhos insalubres, inseguros (perigosos) e penosos. Estudos da O.M.S. – Organização Mundial da Saúde - mostram que o organismo do adolescente é mais susceptível aos efeitos nocivos dos elementos insalubres.

De qualquer forma, qualquer discriminação fundada em idade deve ser reprimida, independentemente da fase do contrato de trabalho em que esta ocorrer.

#### **4.5. ETNIA**

A etnia caracteriza-se como um grupo social, cuja identidade se define pela comunidade de língua, cultura, tradições, monumentos históricos e território.

Falar a mesma língua, estar radicado no mesmo ambiente humano, no mesmo território e possuir as mesmas tradições são fatores que constituem a base fundamental das relações ordinárias da vida cotidiana. Marcam tão profundamente a experiência dos indivíduos que se transformam num dos elementos constitutivos da sua personalidade e definem, ao mesmo tempo, o caráter específico do modo de viver de uma população.

Há uma discriminação difusa contra o negro no Brasil, que se verifica pelo pequeno índice de negros existentes na magistratura, nos postos de comando das forças armadas, nas faculdades de medicina, pelos papéis que se lhes atribuem nas novelas e peças teatrais (domésticas, serviços), etc.

Tais fatos surgem como resquícios do colonialismo e podem ocorrer como efeito de uma discriminação maior, fruto da marginalidade social do negro, que tem mais dificuldade de beneficiar-se dos meios que lhe permitem a ascensão social.

Assim, quando um candidato deixa de ser admitido em virtude de cor e tal motivo se torna manifesto, o empregador, inequivocamente, incide na prática de dano pessoal, sem mencionarem os aspectos penais decorrentes.

#### **4.6. ESTADO CIVIL**

O estado civil é uma circunstância que não afeta as relações de trabalho.

A Constituição de 1988 proíbe expressamente em seu artigo 7º, inciso XXX, a diferença no critério de admissão por motivo de estado civil.

Entre nós, os questionários que se dão aos candidatos revelam imediatamente seu estado civil. A rigor, a mulher ou o homem podem não decliná-lo. Qualquer declaração não verdadeira da candidata (ou candidato) sobre seu estado civil não a compromete com o empregador (hipótese de casamento secreto, por exemplo).

A discriminação quanto ao estado civil atinge principalmente a mulher casada (ou que pretenda casar-se), por causa das normas de proteção à maternidade.

Indagações à mulher ou ao homem sobre se pretendem casar-se também não precisam ser respondidas pelos candidatos e se o forem não podem se constituir em motivo de recusa da contratação, sob pena de violação de sua intimidade, ensejadora de dano pessoal ressarcível, a não ser que, a qualquer título, estes queiram beneficiar-se da condição de casados.

#### **4.7. IDEOLOGIA**

Norberto Bobbio, face à gama de significados que são atribuídos ao termo ideologia, divide-os entre significado forte e significado fraco:

“No seu significado fraco, Ideologia designa o genus, ou a species diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção de falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No sentido fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o cará-

ter mistificante da falsa consciência de uma crença política. Na ciência e na sociologia política contemporânea, predomina nitidamente o significado fraco de Ideologia, tanto na acepção geral quanto na particular.”

Os incisos IV, VI, VIII e XVII do artigo 5º da Constituição Federal proíbem a ocorrência de discriminação por motivo ideológico, que se concretiza em crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

Existem precedentes jurisprudenciais determinando a reintegração de empregado despedido por motivo de perseguição ideológica, conforme transcreve Alice Monteiro de Barros, in verbis:

“Despedida por justa causa. Nulidade. Motivação política. Perseguição ideológica. O empregador, para exercer o direito de resolver o contrato por falta grave do empregado, cinge-se às hipóteses elencadas no art. 482 da CLT. Se empresa pública, adicione-se a necessária obediência aos princípios da legalidade e da impessoalidade, dentre outros, por força do art. 37, caput, da CF/88. Ao comprovar-se que a despedida do empregado deu-se por perseguição político-partidária – em autêntica restrição ao princípio de liberdade de expressão, garantido pelo artigo 5º, inciso IV da CF/88 – finda, ainda, o empregador por ferir o princípio da impessoalidade, pois o ato resilitório deixa de atender ao interesse público para satisfazer sentimentos pessoais. Por sua vez, a violação ao princípio da legalidade dá-se pela ultrapassagem dos limites em que, permitido o exercício do ato demissório, eis que, no caso vertente, tem traço eminentemente vinculado.

(Ac. TRT 9ª Região, 3ª T., RO 00433/93, Rel. Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva, DJPR 8.7.94, p. 61, Dicionário de Decisões Trabalhistas, Calheiros Bonfim, 25ª edição).”

O texto constitucional garante a intimidade do indivíduo, não permitindo intromissão na vida privada do empregado, preservando a liberdade ideológica, esta, portanto, não pode ser motivo de exclusão.

Poder-se-ia indagar se alguém cuja ideologia não se sintonize com a filosofia do futuro empregador poderia, por esse motivo, ser excluído.

A matéria assume complexidade quando se trata de função em que o candidato ao emprego tem posições ideológicas que o colocam em confronto direto com a mundividência do tomador de serviço. Isso pode ocorrer e tem-se notícia de que ocorreu com um “jornalista âncora” de um telejornal. Irrelevante a circunstância, que o caso de que se tem notícia tenha ocorrido na oportunidade em que uma estação de televisão teve sua propriedade mudada, o que resultou numa total incompatibilidade da filosofia do “âncora” com a dos novos proprietários.

Ocorre exorbitância quando a função não interfere na ideologia (por exemplo, cozinheiro, porteiro, pedreiro etc.), hipóteses em que a exclusão pode configurar-se discriminação. Todavia, o tomador de serviços pode exigir que o candidato,

resguardadas suas convicções pessoais, respeite no serviço a orientação que a entidade dá a seus adeptos.

Na formação do contrato de trabalho estas circunstâncias podem ser levadas em consideração, porque, efetuado o contrato, a complexidade é maior e o despedimento pode não ser juridicamente justificável.

Assim sendo, mostra-se inviável a discriminação de empregado (especialmente daquele exercente de cargo não qualificado) por motivo de ideologia e sua ocorrência configura-se como hipótese de dano pessoal indenizável.

#### **4.8. SAÚDE**

O tema da invasão da privacidade no ambiente de trabalho em razão de problemas de saúde é complexo e pode assumir diferentes conotações.

Aqui, impõe-se tratar do problema da mediação do médico em relação ao empregado-paciente e ao empregador.

##### **A) ÉTICA MÉDICA NOS EXAMES**

Existem diversas medidas preventivas de medicina do trabalho visando à saúde e ao bem-estar dos empregados no ambiente laboral.

A CLT, em seu artigo 168, assim determina:

“Art. 168. Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

- I – na admissão;
  - II – na demissão;
  - III – periodicamente.
- Parágrafo 1º. (...).”

O empregado está obrigado a submeter-se aos exames médicos descritos nos incisos I, II e III do artigo 168 da CLT, mesmo que não seja essa sua vontade, ficando, porém, resguardada sua intimidade.

O parágrafo 5º do mesmo artigo 168 da CLT, com redação dada pela lei n. 7.855/89, determina que o resultado do exame médico será comunicado ao empregado, observados os preceitos da ética médica.

Distinção relevante deve ser feita entre médico empregado e médico não empregado.

Quanto ao médico não empregado, inexistem grandes problemas, por tratar-se de profissional liberal. O mesmo não ocorre, porém, com relação ao médico empregado. Este, em razão da subordinação existente na relação de emprego, poderia ver-se pressionado a aceitar de seu empregador determinação de não ad-

missão de empregados portadores de HIV positivo, hipertensão ou empregadas grávidas.

Em qualquer hipótese, o médico, empregado ou não, deve pautar-se pela correta aplicação da medicina e do Código de Ética Médica, que assim dispõe:

“Art. 11 - O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade.”

É vedado ao médico:

“Art. 102 - Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente (...);

Art. 105 - Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade;

Art. 108 - Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso.”

Conclui-se, assim, pelos dispositivos acima transcritos que, após realizado o exame (seja ele admissional, periódico demissional ou outro, dentro da empresa), o médico não poderá revelar a ninguém (inclusive empregador, departamento pessoal, etc.) o resultado dos mesmos, limitando-se a afirmar se o candidato ou empregado está ou não apto para a função a que se destina.

Isto se dá porque as informações que os pacientes fornecem quando de seu atendimento médico, assim como o resultado dos exames e procedimentos realizados com finalidade diagnóstica ou terapêutica, são de sua propriedade.

Alice Monteiro de Barros, em estudo sobre o tema, esclarece:

“O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 1.359/92, após prever a obrigatoriedade de os médicos atenderem os pacientes portadores do HIV, assevera estarem esses profissionais, quando prestam serviços à empresa, proibidos de revelar ao empregador o diagnóstico de empregado ou candidato a emprego, cabendo-lhe informar, exclusivamente, quanto à capacidade ou não de exercer determinada função (art. 3º da Resolução no 1.359, publicada n. DOU de 19.11.1992)”.

Os médicos, enfermeiros e demais profissionais de saúde e administrativos, que entram em contato com as informações constantes do prontuário do paciente, têm apenas autorização para ter acesso às mesmas em função de sua necessidade profissional, mas não têm o direito de divulgá-las.

A garantia do sigilo das informações, além de uma obrigação legal contida

no código penal e no código de ética profissional, é dever de todos os profissionais da área de saúde e também do empregador.

Assim, o médico não pode, sem o consentimento do empregado, divulgar resultados de exames médicos realizados por qualquer motivo, sob pena de violar a privacidade de tal empregado.

Se por outras vias, que não a do médico, o resultado do exame efetuado pelo empregado chegar ao conhecimento do empregador, ainda assim este não tem o direito de divulgá-lo, sob pena de causar dano pessoal ao empregado.

Portanto, ao médico cabe dizer, unicamente, se o candidato está apto para o exercício da função à qual se destina, se o empregado pode continuar trabalhando naquela função ou, ainda, se é portador de moléstia profissional, nada mais.

Podem-se apontar duas formas de rompimento do sigilo por parte do médico: a exceção ao sigilo e a quebra de privacidade ou de confidencialidade.

A exceção ao sigilo ocorre quando, por força de legislação existente e por justa causa, um profissional é obrigado a comunicar informações sigilosas a que teve acesso em função de sua atividade (maus tratos em crianças e adolescentes, abuso de cônjuge ou idoso, etc.).

A quebra de privacidade ou de confidencialidade é a ação de revelar ou deixar revelar informações recebidas em confiança do paciente. Tal hipótese somente é admissível quando: a) um sério dano físico, a uma pessoa identificável e específica, tiver alta probabilidade de ocorrência; b) um benefício real resultar dessa quebra de confidencialidade; c) for o último recurso, após ter sido utilizada persuasão ou outras abordagens e d) este procedimento deve ser generalizável, sendo novamente utilizado em outra situação, com as mesmas características, independentemente de quem seja a pessoa envolvida.

Ressalte-se, ainda, que o médico que incorrer em violação de segredo profissional incorrerá na prática do crime previsto no artigo 154 do Código Penal, in verbis:

“Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de quem tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. (grifou-se).

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

A expressão ‘possa produzir dano’ mostra que deve haver a probabilidade de dano (moral ou patrimonial) a terceiro, caso contrário não existirá conduta punível.

Assim, bastará o dano potencial para que o médico incida na conduta tipificada no Código Penal, o mesmo não ocorrendo com relação ao dano pessoal, que depende de efetiva violação da intimidade do empregado-paciente.

A questão assume relevância, pois pode se manifestar de diversas formas no curso do contrato de trabalho.

Determinado empregado pode ser discriminado por colegas, em virtude de

uma indevida divulgação do resultado de exame, pelo qual se constatou a existência de determinada doença não transmissível, feita propositadamente, como forma de forçá-lo a pedir demissão do emprego.

### **B) DA DISCRIMINAÇÃO EM VIRTUDE DE DOENÇA**

Existem doenças que, em virtude da gravidade ou da ignorância popular, trazem grande dose de discriminação por parte das pessoas, como ocorreu com a tuberculose, lepra, sífilis e, mais recentemente, com a AIDS.

Sendo o empregado, geralmente, pessoa leiga, a simples divulgação de que determinada pessoa da empresa é portadora de tais doenças já é suficiente para gerar anseio, dúvida e discriminação no local de trabalho.

No caso específico da AIDS, enquanto cientificamente ficar comprovado que a transmissão se faz por três modos: via relação sexual, via endovenosa e parietal, nem o portador de HIV, nem o afetado por doença oportunistica pode ser discriminado no emprego.

A questão é bastante complexa, porém, entende-se que poderá configurar-se o dano pessoal se restar demonstrado que a não contratação ou a demissão, ocorreu por motivo da moléstia em momento que o candidato ou o empregado poderia perfeitamente trabalhar.

O mesmo não ocorrerá, porém, se ficar demonstrado que determinada doença é transmissível pela simples convivência social: impõe-se a preservação da saúde dos demais empregados e clientes, ressalvada a obrigação de comunicação às autoridades públicas. Ainda, dentro desta hipótese, o médico informa que o candidato encontra-se inapto à função a que se destina e se já for empregado (exame periódico) não mais terá condições de continuar trabalhando, sempre, porém, ocultando o diagnóstico, exceto para o paciente, que é dono do mesmo.

À medida que a doença se alastra, os ordenamentos têm se preocupado em estabelecer critérios para seu tratamento jurídico.

Algumas normas coletivas têm previsão de garantia de emprego aos empregados portadores de AIDS, sem qualquer ressalva.

Acórdãos já têm sido proferidos, entendendo que a dispensa em virtude de AIDS, além de discriminatória, seria obstativa ao direito de tratamento pela previdência social; outros entendem que o portador de tal doença teria direito à estabilidade, como o mencionado por Alice Monteiro de Barros, in verbis:

“Mandado de Segurança. Sendo o empregado portador de doença que pode levá-lo à morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sido demitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite o perecimento de seu direito. O periculum in mora é o próprio risco do perecimento da vida do empregado. De que adiantaria

o empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, onde mais importante que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer suas funções enquanto apto para tal.”

(TST-RO-MS 110.056/94.5, Rel. Min. Armando de Brito, sessão de 7.3.95, da SDI).”

Dessa forma, além da proibição de ocorrência de dispensa discriminatória em virtude da doença, sendo cabível a reintegração, como têm entendido nossos Tribunais, o empregador pode ser condenado à reparação dos danos pessoais causados ao empregado se ficar demonstrado que agiu com evidente intuito de causar prejuízo ao mesmo.

Assim, se o portador do vírus HIV está capacitado para trabalhar, não há que se falar em dispensa e se esta por acaso ocorrer, de forma discriminatória, haverá dano pessoal, podendo o empregado pleitear a devida reparação.

## **5. RELAÇÃO DE EMPREGO E RELAÇÃO PESSOAL**

As duas principais obrigações sinalagmáticas que a relação de emprego implica (prestar serviço de modo subordinado e pagamento) levaram autores a afirmar que ela comporta, apenas, uma relação patrimonial.

Não se pode negar que esta seja importante, mas a relação empregatícia cria, também, uma inter-subjetividade entre empregado e empregador, seja este pessoa física ou jurídica. Se ela não existisse, ter-se-ia que apelar, como de fato se fez, para uma relação essencial e juridicamente diversa, para explicar o dano pessoal entre empregado e empregador.

Como conclusão, é importante que se frise que há uma relação inter-subjetiva entre empregado e empregador muito acentuada, que dá oportunidade, pelo trato sucessivo da relação, a uma das partes (e até a ambas) de violar a privacidade da outra ou, ainda, de a violação acontecer reciprocamente.

## **6. CONCLUSÃO**

Seria negar o velho ditado, segundo o qual “nil novi sub sole”, dizer que a violação da privacidade só passou a ocorrer nas relações de trabalho nos últimos anos, mais precisamente após 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal.

O que de efetivamente novo ocorreu e que merece destaque é a duplicidade de indenizações que um mesmo ato pode provocar. Toma-se, propositadamente, o



exemplo da ofensa à privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho, antes de voltar a atenção para o dano pessoal específico que ela comportava, se vítima o empregador, este tinha direito, apenas, ao não pagamento da indenização de antigüidade ou da multa fundiária; se vítima o empregado, este tinha direito ao recebimento de uma indenização de antigüidade depois de um ano de serviço ou da multa fundiária, quantias que conforme o tempo de serviço podiam ser de pequeno valor.

Hoje, concebe-se a exigência de uma reparação essencialmente diferente para tal violação da privacidade, através da ação de indenização pelo dano pessoal.

Há o direito, sem incidir em “bis in idem”, a uma outra indenização trabalhista decorrente de uma responsabilidade materialmente trabalhista, cujo montante obedece a critérios diversos da indenização tarifada.

Reconhece-se, todavia, que a quantificação da reparação em dinheiro tem peculiaridades no âmbito das relações, porque, embora afastando a impunidade, deve ser levado em conta que as condições econômicas das partes não são simétricas.

E o fato mais relevante de todo o raciocínio supra desenvolvido é o de que todo empregado deve ser respeitado como cidadão.



## **DA ANTIGÜIDADE AOS NOSSOS DIAS, A DEMOCRACIA DEVE SER VISTA COMO UMA CONSTANTE LUTA SOCIAL**

**João Carlos José Martinelli\***

“Estado, Democracia e Direito sob a ótica dos mais belos ideais de vida coletiva são o ponto de referência a ser buscado incansavelmente. O ideal não define, porém, as tensões que conduzem o mundo, na realidade de vida. Nunca definiu, tal a distância entre a teoria e a prática. Uma norma é essencial para a simultânea subsistência do direito e da democracia: em cada país devem ser cumpridas as regras do jogo político, determinadas pelo voto da maioria de sua gente.”  
(Walter Ceneviva)

### **I - A DEMOCRACIA “ANTIGA”**

De acordo com o professor Leandro Konder<sup>1</sup>, do Departamento de Educação, Pontifícia Universidade Católica/RJ, e Departamento de História, Universidade Federal Fluminense, há cerca de 2.500 anos existiam duas maneiras de governar. Numa, a sociedade era comandada por uma só pessoa: o rei ou o monarca. Era a monarquia. Noutra, a sociedade era dirigida por um grupo pequeno de homens ricos. Era a aristocracia. Em algumas cidades da Grécia foi experimentada uma terceira forma de governo, na qual este deveria ser controlado pelo conjunto de homens livres da cidade: os cidadãos. Era a democracia.

“A democracia foi, na Antigüidade, um regime e governo praticado apenas na Grécia. Certamente várias cidades-estado foram governadas pelo povo, mas pouquíssimo se sabe de suas instituições, exceto no tocante a Atenas. Por isso, quando se fala em democracia ‘antiga’ pensa-se na democracia ateniense”<sup>2</sup>.

Como todas as cidades helênicas, Atenas passou na sua história por várias formas de governo. Foi monarquia, foi aristocracia, e, por volta de 509 a.C., tornou-se uma democracia. No entanto, esta se limitava à minoria da população. Os escravos não tinham direitos, não participavam da eleição nem do controle do governo. As mulheres também não tinham direitos políticos e ficavam inteiramente subordinadas aos homens. Além disso, só aqueles que nascessem na cidade po-

---

\* Advogado, jornalista, Mestre em Direito Processual Civil e presidente da Academia Jundiaense de Letras Jurídicas.

<sup>1</sup> “Democracia, o que é? *Gazeta do Oeste*, Natal, Sup. Escola, p. 9, 24 jul. 2002.

<sup>2</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia no Liminar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, p. 03.

diam ser cidadãos. Mesmo que alguém morasse nela durante muitos anos jamais poderia adquirir as prerrogativas da cidadania.

Assim, a democracia em Atenas nos tempos de Péricles e Aspásia não alcançou a perfeição. Em Atenas e seus arredores, lá pelos 400 anos antes de Cristo, menos de 10% dos habitantes tinham o “status” de cidadãos, com direito de votarem e de serem votados. Dentre eles, apenas 500 eram escolhidos para comporem o Conselho de Legisladores, do qual saíam dez para executar as leis, exercer o governo e a chefia militar.

“A democracia grega dependeu do encontro de interesse entre os componentes de dois grupos antagônicos. Compunham o que se chamaria, embora em imprópria linguagem moderna, de partido conservador (resistindo a reformas diminuidoras de seu poder) e de partido popular (prometendo melhorar a distribuição da riqueza, para a conquista do mesmo poder). Essas facções se uniram ao perceberem o perigo externo, representado por Esparta, outra cidade-estado, inimiga comum dos dois “partidos”, mostrando que há poucas coisas novas sob o sol”<sup>3</sup>.

A democracia na Grécia não durou. As sociedades se modificaram, surgiram situações novas e novas tentativas foram feitas, mas a experiência dos antigos gregos não foi esquecida. No Renascimento (movimento de cientistas e artistas que queriam trazer de volta as idéias e a arte dos antigos), o exemplo da Grécia foi lembrado em algumas cidades italianas. No século XV, os habitantes de Florença tentaram organizar uma democracia como a grega, mas a tentativa também durou pouco.

No início dos tempos modernos, surgiu a idéia de se retomar a democracia, mas baseada na participação de todos e não de alguns, como na Grécia antiga. Muitos grupos começaram a se organizar para lutar pelas mudanças necessárias, reformar as leis, superar as discriminações e eliminar privilégios. Para isso, era necessário que o poder do Estado fosse repartido entre o presidente da República, os ministros, governadores, deputados e juízes. Assim, no final do século 19, criou-se, em alguns países da Europa, o sufrágio universal.

## **II – IGUALDADE**

Resultado da própria concepção grega, ainda que não em sua abrangência absoluta, a democracia pressupõe igualdade, ou seja, as leis devem valer igualmente para todos os cidadãos, impossibilitando-se alguém de obter privilégio diante das mesmas.

Vale ressaltar a posição de Aristóteles: - “ O verdadeiro princípio dos governos é a igualdade; as formas de governo são interpretações mais ou menos felizes desse princípio. Quando essa interpretação é obstinadamente infeliz, ou antes,

---

<sup>3</sup> CENEVIVA, Walter. Lembrando a Democracia Grega. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. 3, 28 ago. 1999.

quando há uma má distribuição entre a igualdade e a desigualdade, as revoluções tornam-se inevitáveis. Toda revolução é uma reclamação mais ou menos oportuna e mais ou menos justa da igualdade legítima contra a desigualdade ilegítima, ou desta contra aquela. O desequilíbrio social e político provém não só da desigualdade de fortunas, mas também da desigualdade de mérito e de inteligência entre os cidadãos. Daí nascem os conflitos e a desigualdade na consideração e na distribuição das honras e das riquezas”<sup>4</sup>.

Democracia significa igualdade: igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Discriminação significa desigualdade, ou, em outras palavras, consoante Flávia Piovesan<sup>5</sup>, para dotar a terminologia dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, toda “distinção, exclusão ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos políticos, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”

Vale dizer, portanto, que a democracia requer o exercício, em igualdade de condições, dos direitos fundamentais básicos.

### **III – FORMA E CONTEÚDO**

Em termos formais, a democracia é um método de decisão, composto de um conjunto de regras de procedimento para a formação das leis e escolha dos governantes de uma sociedade. Um processo democrático de decisão parte de três premissas fundamentais: primeira, de que a Lei é igual para todos os cidadãos e de que todos os cidadãos são iguais diante da Lei; segunda, de que o povo é a fonte legítima de poder; e terceira, de que apenas a soberania popular tem o poder de modificar e criar leis.

De acordo com Plínio Sampaio Jr.<sup>6</sup>, tendo como base estes princípios, considera-se “uma sociedade mais ou menos democrática na medida em que seu processo político respeitar, em maior ou menor grau, as seguintes características:

a) o poder político – seja ele executivo, legislativo ou judiciário - precisa estar sob controle de pessoas escolhidas pelo povo, através de um processo eleitoral previamente definido pelos cidadãos;

b) todo cidadão deve ter liberdade de voto, opinião, expressão e organização política;

c) nenhuma decisão tomada pela maioria pode limitar a possibilidade da minoria tornar-se um dia maioria”.

E prossegue o mestre: “Contudo, a mera existência destas condições

---

<sup>4</sup> RIBEIRO JR., João. *Curso de Teoria Geral do Estado*. Acadêmica, p. 38.

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas, igualdade e democracia. O Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. A-2.

<sup>6</sup> SAMPAIO JR., Plínio. *DEMOCRACIA – Forma e Conteúdo. Família Cristã*, p. 63, out. 1984.

institucionais não garante, por si só, o conteúdo realmente democrático de uma sociedade. Com efeito, esta só será verdadeiramente democrática na medida em que todos os cidadãos possuam as mesmas condições sociais e culturais de lutar por seus direitos e por suas aspirações. Neste sentido, a democracia será sempre limitada em países onde houver qualquer tipo de desigualdade social, econômica, racial, religiosa ou cultural.”

Assim a democracia assegura livre manifestação dos contrários. O inimigo da liberdade democrática é a ameaça de sua própria destruição. No Estado moderno, soluções gerais que ignoraram tais realidades pouco duraram.

#### **IV - CONCLUSÃO**

A democratização de uma sociedade deve ser vista como um complexo processo de luta social, em que ocorrem avanços e recuos. Logo, não se trata de uma questão estritamente institucional, nem basta uma legislação mais democrática para garantir o caráter democrático de uma sociedade.

Invoquemos novamente Plínio Sampaio Jr.<sup>7</sup>: “... a democratização de uma sociedade pressupõe a combinação de um processo de lutas populares que atue em três níveis. Na esfera jurídico-institucional, estendendo o processo democrático quantitativa e qualitativamente a todas as instâncias decisórias. Na esfera social, eliminando todas as formas de desigualdades sociais. E, por último, na esfera política, exercendo uma constante vigilância sobre o Estado, através da participação popular organizada e consciente. A inexistência de qualquer um destes três elementos cria espaço para retrocessos autoritários”.

---

<sup>7</sup> Op. citada.

## **NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS**

1. A revista **DIREITO** tem por finalidade a publicação de trabalhos e estudos referentes às áreas de Direito, conforme apreciação de seu Conselho Editorial. Os conceitos, informações e pontos de vista contidos nos trabalhos são de exclusiva responsabilidade de seus autores.

2. Os trabalhos poderão ser elaborados na forma de artigos (inéditos), relatos de pesquisa ou experiência, pontos de vista, resenhas bibliográficas ou entrevistas. Quando se tratar de relato de pesquisa, deverá obedecer à seguinte organização: introdução, metodologia (sujeitos, material e procedimento), resultados, discussão, referências bibliográficas e anexos.

3. Os trabalhos deverão ser redigidos em programa *Word for Windows*, espaço duplo, fonte *Times New Roman*, tamanho 12, folha A4, com 2,5 cm de margem (esquerda, direita, superior e inferior). Os trabalhos deverão ter, no máximo, 20 páginas.

4. Um disquete 3,5" e duas cópias impressas (com conteúdo e formato idênticos) devem ser enviados à Secretaria da Faculdade de Direito, à Av. Dr. Adoniro Ladeira, 94, Jundiá - SP.

5. A capa deverá conter, na seguinte seqüência, o título do trabalho, em parágrafo centralizado (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS); abaixo do título, em parágrafo centralizado, o tipo de publicação (artigo, relato de pesquisa, resenha etc.); abaixo, em parágrafo justificado, deverá vir o sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), seguido do nome completo (separados por vírgulas), sua mais alta titulação acadêmica e atuação profissional, endereço completo, telefone e, se tiver, o endereço eletrônico. Para trabalhos com mais de um autor, os sobrenomes devem ser colocados em ordem alfabética ou apresentados conforme este critério: em primeiro lugar, aqueles que mais contribuíram para a execução do trabalho e, em seguida, os colaboradores.

6. A primeira página deverá conter, como cabeçalho, o título do trabalho, em parágrafo centralizado (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS). Abaixo do título, em parágrafo alinhado à direita, deverá vir o nome completo do autor. A titulação acadêmica e a atuação profissional deverão vir em forma de nota de rodapé, inserida após o sobrenome. No caso de múltiplos autores, a ordem deve ser idêntica à da capa. Abaixo do cabeçalho, deverão vir o resumo do trabalho (máximo 20 linhas), cinco palavras-chave, *abstract* e *key words*.

7. Quadros, tabelas, fotos e figuras deverão ser devidamente identificados com numeração, títulos e legendas.

8. As citações indiretas deverão ser seguidas do sobrenome do(s) autor(es) (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS) e ano da publicação, entre parênteses. Exemplo: (BOSSA, 1994)

9. As citações literais, de até três linhas, deverão ser apresentadas entre aspas duplas e estar acompanhadas da respectiva referência, incluindo-se a(s) página(s). Exemplo: (BOSSA, 1994, p. 32). As aspas simples são utilizadas para indicar citação no interior da citação. Se o nome do autor for mencionado fora da referência entre parênteses, devem ser usadas letras maiúsculas e minúsculas. Exemplo:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara.”

10. As citações literais com mais de três linhas deverão ser redigidas em parágrafo destacado, com 4 cm de recuo da margem esquerda, letra tipo *Times New Roman*, fonte 10, sem as aspas. Exemplo:

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone, e computador. Através de áudio-conferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

11. As citações indiretas de diversos documentos de vários autores, mencionados simultaneamente, devem ser separadas por ponto-e-vírgula, em ordem alfabética. Exemplo:

Diversos autores salientam a importância do “acontecimento desencadeador” no início de um processo de aprendizagem (CROSS, 1984; KNOX, 1986; MEZIROW, 1991).

12. As referências bibliográficas, no final do texto, serão limitadas aos trabalhos realmente lidos e citados no corpo do trabalho, obedecendo ao seguinte padrão: sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), nome do autor, título completo da obra (*em itálico*), local de publicação e editora, ano de publicação; se a obra tiver dois ou três autores, os nomes devem ser separados por ponto-e-vírgula, seguido de espaço; quando existirem mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplos:

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dicionário de símbolos*. Tradução Vera da Costa e Silva et al. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1990.



ROMANO, Giovanni. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIDT, J. (Org.). *História dos jovens 2*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

SANTOS, F. R. dos. A colonização da terra do Tucujús. In: \_\_\_\_\_. *História do Amapá, 1º grau*. 2. ed. Macapá: Valcan, 1994. cap. 3, p. 15-24.

SEKEFF, Gisela. O emprego dos sonhos. *Domingo*, Rio de Janeiro, ano 26, n. 1344, p. 30-36, 3 fev. 2002.

URANI, A. et al. *Constituição de uma matriz de contabilidade social para o Brasil*. Brasília, DF: IPEA, 1994.

13. O nome do autor de várias obras referenciadas sucessivamente, na mesma página, é substituído, nas referências seguintes à primeira, por um traço sublinear (equivalente a seis espaços) e ponto. Exemplos:

VYGOTSKY, L. S. *A formação social da mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1984.  
\_\_\_\_\_. *Pensamento e linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

14. Referenciamento de material em meio eletrônico (disquete, CD-ROM, *on line* etc.):

a) as referências devem ser acrescidas das informações relativas à descrição física do meio eletrônico. Exemplo:

KOOGAN, André; HOUAISS, Antonio (Ed.). *Enciclopédia e dicionário digital 98*. Direção geral de André Koogan Breikmam. São Paulo: Delta: Estadão, 1998. 5 CD-ROM.

b) quando se tratar de obras consultadas *on line*, são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais < >, precedido da expressão Disponível em: e a data de acesso ao documento, precedida da expressão Acesso em:, opcionalmente acrescida dos dados referentes a hora, minutos e segundos (NOTA: não se recomenda referenciar material eletrônico de curta duração nas redes). Exemplo:

ALVES, Castro. *Navio Negreiro*. [S.l.]: Virtual Books, 2000. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/virtualbooks/freebook/port/Lport2/navionegreiro.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2002, 16:30:30.

15. Estas normas passam a vigorar a partir do próximo número desta publicação.



